

Igualdade de gênero no acesso às funções públicas:

uma análise do caso Emel Boyraz v. Turquia

Diana Brandão Maia Mendes de Sousa

(Doutoranda em Direito Público pela Universidade de Coimbra, Mestra em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória – Brasil, Oficial de Gabinete da Justiça Federal do Espírito Santo – Brasil)

Resumo: O artigo aprecia a concretização do princípio da igualdade e da não discriminação de gênero no acesso às funções públicas, a partir da análise do julgamento proferido pelo TEDH no caso Emel Boyraz v. Turquia. Correlaciona-se o referido precedente com outros julgamentos anteriores do TEDH sobre o tema, para demonstrar a evolução jurisprudencial e diversos ângulos possíveis de análise da questão, de modo a compreender o pensamento da Corte a respeito do paradigma central não discriminatório, previsto no artigo 14º da CEDH, assim como da necessidade de estabelecimento da igualdade de gênero, com vistas ao alcance do ODS nº 05 da ONU.

Palavras-Chave: Igualdade; Discriminação; Gênero; Objetivos de Desenvolvimento Sustentável.

Sumário: 1. Introdução. 2. O caso Emel Boyraz vs. Turquia. 2.1. Apresentação do caso: a controvérsia no âmbito doméstico. 2.2. Transcurso do caso perante o Tribunal Europeu de Direitos Humanos: a decisão majoritária. 2.3. Apreciação do voto dissidente. 3. (Des)igualdade de gênero e princípio da não-discriminação: análise jurídico-conceitual segundo o caso Emel Boyraz vs. Turquia e sua correlação com o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável de número 05 da ONU. 4. Conclusões. Referências.

1. Introdução

O presente artigo trata da concretização do princípio da igualdade e da não discriminação de gênero no acesso às funções públicas, a partir da análise crítico-jurídica do julgamento proferido pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) no caso Emel Boyraz vs. Turquia, correlacionando o precedente em questão com a – infelizmente ainda real – necessidade de estabelecimento da igualdade de gênero como Objetivo do Desenvolvimento Sustentável pela Organização das Nações Unidas (ODS nº 05 da ONU).

O tema da pesquisa se justifica – seja em relevância jurídica, quer em atualidade – na medida em que a desigualdade de gênero, inclusive no acesso às funções públicas, ainda é um global complexo. Com efeito, em muitas ocasiões, as mulheres ainda são vítimas das chamadas discriminações odiosas ou proibidas, para fins de ingresso e exercício de diversas dessas atividades públicas, impactando, assim, a igualdade de oportunidades e chances no desenvolvimento dos diversos aspectos de sua personalidade, cidadania e exercício dos seus direitos humanos e fundamentais.

Para coibir tal tipo de atuação, há a proibição fundamental à discriminação – estabelecida no artigo 14º da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) – que é a diretriz jurídica essencial para as atividades em geral, públicas e privadas, espraiando-se, inclusive, na perspectiva do acesso às funções públicas, o que ocasiona a vedação às distinções desproporcionais de gênero, fundadas exclusivamente no sexo.

Não é por outra razão que, em pleno século XXI, ainda se constitui objetivo crucial dos Estados soberanos, dos blocos estatais políticos e juridicamente organizados, bem como da comunidade internacional em geral, a redução das desigualdades ancestrais entre homens e mulheres. Daí a justificativa para o estabelecimento do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável de número 05 da ONU, no sentido de reduzir, substancialmente, na maior medida possível, as desigualdades de oportunidades e chances, em face das mulheres e meninas, até o ano de 2030. Nesse

contexto se insere a justificativa, a relevância e a atualidade da pesquisa ora desenvolvida.

Assim, o problema a ser enfrentado consiste em analisar se o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, ao decidir o caso Emel Boyraz v. Turquia, conferiu correta aplicabilidade à Convenção Europeia de Direitos Humanos, sob a ótica do princípio jurídico da igualdade e da não discriminação.

Admite-se, como hipótese de pesquisa, que o referido Tribunal, ao decidir o caso Emel Boyraz v. Turquia – com as devidas críticas jurídicas feitas adiante – conferiu correta aplicabilidade à dita Convenção, sob a ótica do princípio da igualdade e da não discriminação.

Destarte, são objetivos da presente pesquisa, analisar jurídico-criticamente o julgado proferido pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, ao decidir o caso Emel Boyraz v. Turquia, e investigar se a Corte observou, os limites e possibilidades de densificação, real e prática, do princípio da igualdade na ótica da discriminação de gênero no acesso às funções públicas pelas mulheres.

Para o alcance dos objetivos acima delineados, a presente pesquisa adota o método indutivo, partindo-se do exame jurídico-crítico do precedente judicial acima mencionado, para, em seguida, verificar a sua aderência à normatividade internacional inerente ao princípio jurídico da igualdade e da não discriminação odiosa ou proibida, o que se dará a partir da apreciação dos referidos marcos jurídicos transnacionais sobre o tema, da consulta a outros precedentes jurisprudenciais no âmbito do TEDH e da análise de ensinamentos doutrinários a respeito da temática examinada.

Nesta ordem de ideias, na primeira parte, abordar-se-á o caso Emel Boyraz v. Turquia, com o destaque e análise jurídica dos pontos mais relevantes do mesmo. Na segunda parte, analisar-se-ão os aspectos jurídicos da igualdade de gênero e do princípio da não-discriminação, à luz do citado precedente judicial, de modo a se verificar as razões pelas quais ainda é preciso estabelecer a igualdade de gênero

como Objetivo de Desenvolvimento Sustentável em nível global. Ao final, ofertar-se-ão algumas proposições conclusivas.

Como resultados pretendidos com a presente pesquisa, almeja-se contribuir para a diminuição, e, quiçá, a eliminação das barreiras injustas de acesso das mulheres às funções públicas, com base em discriminações odiosas ou proibidas e violadoras do princípio jurídico da igualdade e da não discriminação desproporcional, enquanto objetivo dos Estados soberanos, dando-se mais um passo na concretização da dignidade humana das mulheres no exercício de atividades públicas.

2. O caso *Emel Boyraz vs. Turquia*¹

Trata-se de caso submetido ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), em desfavor da República da Turquia – à qual denominar-se-á, genericamente, e a par de seus diversos órgãos e entidades, por Governo – interposto por mulher, nacional daquela nação, Emel Boyraz – à qual se denominará demandante. Inicialmente, apresentar-se-á o transcurso do caso em território turco, evidenciando os fatos que o embasaram e a solução dada pelas Cortes domésticas, para, depois, esclarecer suas bases perante o TEDH, inclusive no que tange ao seu voto divergente.

2.1 Apresentação do caso: a controvérsia no âmbito doméstico

A demandante prestou provas e foi aprovada para ocupar função pública e escolheu, como primeira opção – dentre outras quatro funções – a atividade de segurança pública em Companhia de Eletricidade estatal. Entretanto, após a sua aprovação, foi comunicada, pelo Governo, de que não poderia exercer a referida função, haja vista não ter preenchido os requisitos de (i) “*ser homem*” e (ii) “*haver*

¹ Application nº 61960/08.

completado o serviço militar”. Além disso, o Governo afirmou que sua inaptidão se devia à incompatibilidade do exercício das referidas atribuições por mulheres, em razão da necessidade de defesa das instalações elétricas em zonas rurais, distantes dos centros urbanos, especialmente em caso de incêndios e sabotagem; assim como a obrigação de trabalho diuturno, com uso de armas – inclusive de grosso calibre – além da exigência de força física, em caso de ataques. Assim, a demandante foi considerada inapta ao cargo e excluída do certame.

Inconformada, a demandante litigou contra o Governo em território turco, requerendo a anulação da decisão de inadmissão. Defendeu que *ser homem* não era um dos requisitos apontados no edital de provas, razão pela qual ela havia preenchido integralmente as condições de nomeação. Além disso, averbou que não lhe foi oportunizado assumir um dos outros quatro postos seguintes de sua lista de opções de funções públicas. Em defesa, o Governo asseverou que o pressuposto de *haver completado o serviço militar* constava do edital, o que – necessária e indiretamente – excluiria o exercício das funções por mulheres.

Inicialmente, a decisão de inaptidão foi anulada, compreendendo-se que o requisito relativo ao serviço militar somente seria aplicável a homens. Assim, a demandante tomou posse e entrou em exercício, atuando, regularmente, entre os anos de 2001 e 2004. Ocorre, entretanto, que o Governo recorreu, sob o fundamento de que não havia a ressalva, no requisito relativo ao serviço militar, de que este somente era aplicável a homens. Inicialmente, o Governo não obteve êxito. No entanto, posteriormente, em instância superior, restou decidido que, se o exercício do cargo estava condicionado a *haver completado o serviço militar*, isso significaria, indiretamente, que o cargo era reservado a homens. A instância superior justificou seu entendimento a partir da natureza das funções e devido ao interesse público. Diante disso, considerou que a decisão de inaptidão da demandante era lícita, exonerando a demandante do cargo em 2008.

Após uma série de medidas judiciais e recursos em sede administrativa, nas quais, dentre diversos argumentos, a demandante destacava: (i) violação ao princípio da

igualdade – previsto no artigo 10º da Constituição turca – (ii) existência de discriminação em razão do gênero, no exercício de funções públicas – o que seria vedado pelo artigo 70º da dita Carta Magna – (iii) perda de chance de prestar novos concursos públicos, e (iv) a existência de precedente conflitante em caso análogo, a mesma não se sagrou vencedora, e foi, definitivamente, exonerada do cargo em 2008.

Importa reiterar que o concurso público se realizou no ano de 1999 e o primeiro impasse na nomeação da requerente ocorreu no ano de 2000. A lide em território turco entre a demandante e o Governo se iniciou no ano de 2000 e a decisão final da Corte doméstica ocorreu no ano de 2008, ano em que a demandante foi, afinal, exonerada do cargo.

2.2 Transcurso do caso perante o Tribunal Europeu de Direitos Humanos: a decisão majoritária

Em virtude do resultado do processo em território turco, a demandante ingressou com demanda perante o TEDH, ainda no ano de 2008, como adiante será esclarecido. Alegou violação aos artigos 14º e 8º da CEDH, defendendo ter sofrido discriminação na assunção da função pública, em razão do gênero, além de afronta ao artigo 6º da CEDH, haja vista a ausência de decisão nacional em prazo razoável.

Em sede preliminar, o Governo buscou a não admissão do caso perante o TEDH, com base no artigo 35º, § 1º, da CEDH, já que a demandante não teria ingressado com pedido de indenização pelos supostos danos que lhe foram causados, em âmbito nacional, e, em segundo lugar, pois teria ultrapassado o prazo limite de seis meses para ingressar com reclamação perante o TEDH.

Ambas as preliminares do Governo foram rejeitadas. Quanto ao primeiro argumento, o TEDH aduziu que foram esgotadas as vias nacionais, sem sucesso, não tendo o Governo demonstrado como a demandante seria compensada pelos danos ocasionados pela proibição de exercício da função pública. Já no que toca ao

Igualdade de gênero no acesso às funções públicas:

uma análise do caso *Emel Boyraz v. Turquia*

Diana Brandão Maia Mendes de Sousa

segundo argumento, o TEDH evidenciou que a decisão final em sede interna se deu em 17 de setembro de 2008 e que a reclamação perante o TEDH se deu em 01 de dezembro de 2008, respeitado, portanto, o prazo limite.

Ainda em sede de admissibilidade, o Governo argumentou que os artigos 14º e 8º da CEDH não seriam aplicáveis às funções públicas. Referindo-se aos precedentes *Glaser v. Alemanha*², *Kosiek v. Alemanha*³⁻⁴ e *Thlimmenos v. Grécia*⁵, o Governo defendeu que a recusa à nomeação de pessoas para o exercício de função

² Application nº 9228/80. No referido processo, discutiu-se o caso de professor temporário de escola secundária, que expressou opiniões políticas extremistas, razão pela qual teve negado o acesso a cargo permanente, isto é, não foi efetivado de temporário a permanente. O demandante levou o caso perante o TEDH, alegando violação à liberdade de expressão (artigo 10º da CEDH). O TEDH compreendeu que, na hipótese, não se verificou violação ao mencionado artigo 10º, por considerar que a recusa ao cargo permanente se devia à ausência de “*qualificação pessoal*” ao serviço, já que o Governo alemão indicava como requisito de qualificação o compromisso com os “*princípios do sistema livre de democracia constitucional*” da então Alemanha Ocidental, além de “*não ser membro de qualquer organização que se oponha a tais princípios*”. Assim, por não ter o demandante cumprido os ditos requisitos, poderia não ter sido efetivado no posto pretendido.

³ Application nº 9704/82. No referido processo, discutiu-se o caso de indivíduo, licenciado em Física, que exerceu função pública temporária, inicialmente, como empregado público, e, posteriormente, como pesquisador assistente. Entretanto, foi impedido de ser efetivado de função temporária a permanente, em razão de opiniões políticas extremistas durante período de estágio probatório. O demandante levou o caso perante o TEDH, alegando violação à liberdade de expressão (artigo 10º da CEDH). O TEDH compreendeu que, na hipótese, não se verificou violação ao mencionado artigo 10º. O TEDH decidiu que não haveria violação, já que o Governo alemão seria livre para determinar condições de acesso a cargos relacionados aos valores democráticos do Estado. Portanto, se o indivíduo não partilha tais valores – como era o caso – não está apto ao serviço público.

⁴ Importante registrar que os casos *Glaser vs. Alemanha* (Application nº 9228/80) e *Kosiek vs. Alemanha* (Application nº 9704/82) tratam de temas semelhantes, quais sejam, o tensionamento entre a liberdade de expressão (artigo 10º da CEDH) e o acesso e permanência no serviço público, caso a utilização da liberdade de expressão ofenda os valores constitucionalmente estabelecidos pelo Estado a que vinculado o pretense servidor público. Ambos os casos foram julgados na mesma data (28 de agosto de 1986) e deve-se fazer a contextualização histórica dos mesmos, eis que foram apreciados no período de Guerra Fria, no qual antagonizavam valores capitalistas e socialistas e os próprios paradigmas da democracia e do totalitarismo.

⁵ Application nº 34369/97. No referido processo, discutiu-se o caso de professante da religião das Testemunhas de Jeová, que foi condenado à prisão, por ter se recusado ao alistamento militar, em uma época em que o Governo grego não possibilitava prestação alternativa à objeção de consciência. O demandante cumpriu a pena a si imposta, e, anos depois, foi impedido de assumir função pública de “*revisor oficial de contas*”, para a qual foi aprovado com louvor em concurso público, por não haver atendido ao requisito de “*haver cumprido o serviço militar*”. O demandante levou o caso perante o TEDH alegando violação aos artigos 9º e 14º da CEDH. Arguiu que o impedimento do exercício da função pública seria desproporcional, eis que o demandante já havia cumprido o período de reclusão a ele imposto, em virtude da objeção de consciência apontada. O TEDH compreendeu que ocorreu a alegada violação aos dispositivos em questão, na medida em que o demandante já havia cumprido a pena a ele imposta.

pública não serve de base a litígios perante o TEDH e que a condição para tal exercício seria preencher integralmente os requisitos previstos em edital, requisitos estes que podem ser livremente estabelecidos pelos diversos Governos, conforme os valores estatais que estampem.

Neste particular, de se destacar que, nos precedentes acima mencionados, discutiu-se, perante o TEDH, a (im)possibilidade de intervenção na esfera estatal de escolha de seus servidores públicos, a partir de critérios livremente estabelecidos que refletissem os valores de cada Estado.

Em resposta, a demandante esclareceu que o Governo aceitou a sua inscrição para o concurso – mesmo sabendo que ela era mulher – e que exerceu as suas funções regularmente entre 2001 e 2004, tendo, ainda, reforçado a argumentação da perda de chance de prestar novos concursos públicos.

Decidindo sobre o tema, o TEDH esclareceu que o artigo 14º pretende proteger indivíduos, em situações semelhantes, de serem tratados de forma discriminatória, sem justificativa. Todavia, evidenciou que tal disposição normativa não teria existência autônoma, isto é, deveria, necessariamente, estar conectada à violação de outra disposição normativa da CEDH, razão pela qual seria forçoso averiguar a existência, ou não, de afronta ao artigo 8º da CEDH. Reforçou, assim, que o direito de ser recrutado para o serviço público foi deliberadamente omitido do texto da CEDH, elemento que, de forma isolada, não poderia servir de base para uma reclamação perante o TEDH.

Entretanto, o TEDH evidenciou que, no presente caso, a demandante não pretendia arguir sua inaptidão ao cargo, mas, sim, o tratamento discriminatório por ela sofrido em razão do gênero, mesmo tendo preenchido todos os requisitos para a nomeação. Assim, a demandante discutiria a própria violação ao artigo 8º da CEDH, que seria, portanto, aplicável ao seu caso, por três argumentos principais, adiante sintetizados, a partir de argumentação jurídica desenvolvida pelo TEDH.

Igualdade de gênero no acesso às funções públicas:

uma análise do caso *Emel Boyraz v. Turquia*

Diana Brandão Maia Mendes de Sousa

Em primeiro lugar, o TEDH considerou que os servidores públicos não estariam excluídos – por este simples fato – do escopo da CEDH. Em segundo lugar, asseverou que o conceito de *vida privada*, constante do artigo 8º da CEDH, inclui o gênero, que é parte inerente à identidade do indivíduo, até mesmo porque a pura e simples exoneração da demandante da função pública, por tal motivo, afeta a sua *identidade pessoal, auto percepção e autoestima*, impactando o mencionado conceito de *vida privada*. Em terceiro lugar, o TEDH pontuou os impactos práticos da exoneração da demandante no seu *círculo interno*, já que a perda do emprego, certamente, afetou a sua esfera patrimonial, sob a perspectiva de sua manutenção, assim como a sua esfera extrapatrimonial, diante do estresse e ansiedade causados.

A par de toda esta argumentação jurídica, o TEDH rechaçou integralmente as preliminares do Governo e considerou o pleito da demandante admissível, sob a égide dos artigos 8º e 14º da CEDH.

Analisando o mérito, propriamente dito, o TEDH reforçou a questão da discriminação odiosa ou proibida, para compreendê-la como aquela que é empreendida em desfavor de determinada pessoa, sem justificativas *objetivas e razoáveis* para tanto, ou seja, sem que haja *proporcionalidade entre os meios empregados e os objetivos a serem alcançados*. Destacou os julgamentos dos casos *Abdulaziz, Cabales e Balkandali v. Reino Unido*⁶ e *Vallianatos e Outros v. Grécia*⁷,

⁶ Applications nºs 9214/80, 9473/81 e 9474/81. Nos referidos processos, discutiu-se o fato de maridos de residentes no Reino Unido terem sido impedidos de se estabelecer e permanecer em território nacional, com base em medidas restritivas da Lei de Imigração de 1980. Na ocasião, a Lei de Imigração foi tornada mais rigorosa, sob a argumentação governamental de proteção ao mercado de trabalho interno e manutenção da denominada “*paz pública*”. Deste modo, diversos imigrantes – dentre eles os demandantes, todos casados com residentes do Reino Unido - foram, como dito, impedidos de permanecer no país. Ocorre, entretanto, que tais condições mais severas não se aplicavam às *esposas* de residentes permanentes, mas, apenas, aos seus *maridos*. O TEDH decidiu que o endurecimento da Lei de Imigração para atingir apenas homens – maridos – ocasionou discriminação desses homens com base na raça, gênero e local de nascimento.

⁷ Applications nºs 29381/09 e 32684/09. Nos referidos processos, discutiu-se a entrada em vigor, na Grécia, de lei nova que previa forma especial de união civil, apenas aplicável a casais heteroafetivos. Conduzida tal discussão ao TEDH, a Corte compreendeu que a exclusão dos casais homoafetivos do escopo da referida norma ocasionou discriminação com base no gênero.

como delineadores de discriminações odiosas ou proibidas reconhecidas pelo TEDH.

Nada obstante, o TEDH destacou que há a possibilidade de o Governo estabelecer diferenciações, desde que razoáveis, por meio da utilização de *margem de apreciação*, reforçando as conclusões atingidas no precedente *Vallianatos e Outros v. Grécia*⁸, e, adicionando a este, o caso *Ünal Tekeli v. Turquia*⁹. Afirmou, contudo, que se esta *margem de apreciação* possui por fundamento, unicamente, o gênero do indivíduo, tem seu âmbito de atuação bastante diminuído, até mesmo porque a equidade de gênero é um dos maiores objetivos dos Estados componentes do Conselho da Europa, como destacado no precedente *Konstantin Markin v. Rússia*¹⁰. Assim, a justificativa do Governo de que mulheres não seriam adequadas para o cargo pretendido, em virtude de seus *riscos e responsabilidades*, extrapolaria esta *margem de apreciação*, caracterizando tratamento discriminatório.

Quanto a tal extrapolação, especificamente no caso da demandante, o TEDH destacou que a mesma exerceu regularmente o cargo no período de 2001 a 2004, e que a exoneração não se deveu à sua inaptidão, mas, sim, à decisão administrativa ora combatida, não havendo nada nos autos que indicasse que a demandante

⁸ Applications nºs 29381/09 e 32684/09.

⁹ Application nº 29865/96. No referido processo, discutiu-se o fato de a demandante ter adotado o apelido de família do marido após o casamento, mas ter continuado a usar o apelido de solteira para questões profissionais. Assim, ao buscar usar ambos os apelidos em documentos oficiais – isto é, o nome próprio, acrescido do apelido de solteira e do apelido de casada – foi impedida pelo Governo, sob o fundamento de que o apelido de solteira teria de ser, obrigatoriamente, abandonado após o casamento. Analisando o caso, o TEDH decidiu que a lei turca que proibia mulheres de manterem seu apelido de solteira após o casamento era discriminatória com base no gênero. E assim o compreendeu já que os homens não sofriam a mesma proibição na lei turca. Deste modo, o TEDH concluiu que se o objetivo da lei turca era manter a unidade familiar – tal qual alegava o Governo – tal objetivo não deixaria de ser alcançado com a manutenção do uso do apelido de solteira pela demandante.

¹⁰ Application nº 30078/06. No referido processo, discutiu-se situação de militar russo, pai de três filhos, que requereu, junto ao serviço público ao qual vinculado, “*licença-paternidade*” de três anos, por haver se divorciado da esposa, logo após o nascimento do terceiro filho, sendo ele o responsável pela criação dos menores, inclusive do mais novo, que necessitava de assistência intensa pela própria idade. A licença requerida foi indeferida, pelo fato de não se tratar de requerente do sexo feminino – quem, cultural e habitualmente – seria a responsável pela criação de menores em tenra idade. No curso do processo interno, o militar foi punido diversas vezes por ausências ao trabalho decorrentes de entreveros com as crianças. O TEDH reconheceu que houve, no caso, discriminação baseada exclusivamente no gênero do indivíduo.

falhou nos deveres inerentes à função. Portanto, o TEDH decidiu, no mérito, que houve violação aos artigos 8º e 14º da CEDH.

Quanto à alegação de violação ao artigo 6º da CEDH, o Governo defendeu-se argumentando, em primeiro lugar, que tal disposição não seria aplicável em matéria de direito público, e, em segundo lugar, que se tratava de caso complexo, justificando-se, portanto, a demora pelas Cortes internas.

O primeiro argumento foi rechaçado pelo TEDH, que decidiu que a demandante tinha o direito de opor-se, judicialmente, às decisões administrativas do Governo e receber, das Cortes locais, resposta em prazo razoável. Para tal conclusão, utilizou-se da aplicação analógica do precedente havido no caso *Vilho Eskelinen e outros v. Finlândia*¹¹. Já quanto ao segundo argumento – intrinsecamente ligado ao primeiro – a Corte concluiu que não houve, no caso, decisão em *tempo razoável*, já que o processo teve duração total de oito anos, sendo sete anos e três meses em uma única instância, o que extrapolaria tal conceito.

Ainda sobre o paradigma de violação ao artigo 6º da CEDH, importante salientar que um dos argumentos da demandante foi rechaçado pelo TEDH. Trata-se da argumentação de *decisões conflitantes*, na qual a demandante arguiu que, em caso análogo, a Justiça local firmou precedente autorizando que mulher exercesse cargo de segurança pública em situação de fato semelhante à sua. Nesse contexto, apesar de o TEDH haver reconhecido que o caso citado era, de fato, semelhante ao da demandante, afirmou tratar-se de uma única ocorrência isolada, o que afastaria o requisito das *divergências profundas e duradouras*, que caracterizaria a obrigação

¹¹ Application nº 63235/00. No referido processo, discutiu-se a redução salarial de servidores públicos que, inicialmente, exerciam suas funções em local remoto, e, que, por isso, percebiam adicional salarial. Ao serem removidos de tal lotação inicial remota, para que não se verificasse redução salarial, foi-lhes deferido adicional compensatório. Tal adicional salarial foi, posteriormente, suprimido, após alteração da estrutura do órgão público para o qual trabalhavam. Tal alteração estrutural e a consequente redução salarial foram questionadas perante o TEDH, que admitiu que tal decisão do Governo poderia ser sindicada perante a Corte, por interferir na esfera privada dos demandantes.

do Governo de organizar o seu sistema de Justiça, de modo a evitar a adoção de *judgments conflictantes*, em hipóteses análogas.

Tendo a demandante se sagrado vencedora no mérito – restando comprovado que houve discriminação na assunção do cargo público com base no gênero – o TEDH apreciou, nos termos do artigo 41º da CEDH, a indenização cabível. A demandante requereu indenização de 200 mil euros por danos patrimoniais e 50 mil euros pelos danos morais suportados. Quanto aos danos materiais, o TEDH compreendeu que a demandante não trouxe aos autos documentos que os comprovassem, razão pela qual negou o pedido. Quanto aos danos morais, arbitrou a indenização no montante de 10 mil euros. Igualmente, quanto às custas judiciais e honorários advocatícios, compreendeu que não houve demonstração documental, pela demandante, do montante despendido, negando o referido ressarcimento.

2.3 Apreciação do voto dissidente

O voto dissidente foi proferido pelo Juiz Robert Spano e assim se posicionou por evidenciar que a Turquia não ratificou o Protocolo nº 12 da CEDH, razão pela qual não seria possível a responsabilização do Governo, já que a demandante não imputou direta violação ao artigo 8º da CEDH, não considerando o voto dissidente a existência de afronta ao artigo 8º combinado com artigo 14º da CEDH.

Pautou-se em dois precedentes da CEDH, quais sejam, os casos *Fernández Martínez v. Espanha*¹² e *Oleksandr Volkov v. Ucrânia*¹³, nos quais se estabeleceram

¹² Application nº 56030/07. No referido processo, discutiu-se a regularidade e proporcionalidade da rescisão de contrato de trabalho de professor de religião Católica e ética. Tratava-se de padre, dispensado do celibato, que se casou e se tornou pai de cinco filhos, filiando-se à corrente doutrinário-filosófica que se opunha a certos dogmas da Igreja Católica, dentre eles a vedação ao casamento. Em virtude de tais convicções, ele teve seu contrato de trabalho rescindido. O caso foi levado à apreciação do TEDH, que considerou a rescisão contratual lícita e proporcional, já que as diferenças de pensamento entre o demandante e a Igreja Católica punham em questionamento a credibilidade de suas aulas. Não ocorreram, no caso em questão, portanto, os requisitos elucidados a ensejar a responsabilização do Governo.

¹³ Application nº 21722/11. No referido processo, discutiu-se a exoneração de juiz da Suprema Corte por suposta “*quebra de juramento*”. Analisando o caso, o TEDH condenou o Governo a reinvestir o magistrado no cargo, assim como a indenizá-lo pelos danos morais e materiais suportados, por

Igualdade de gênero no acesso às funções públicas:

uma análise do caso *Emel Boyraz v. Turquia*

Diana Brandão Maia Mendes de Sousa

os seguintes requisitos para fins de responsabilização do Governo: (i) comprovação de que a exoneração repercutiu na maneira como a demandante construiu sua identidade social no desenvolvimento de relações com outros indivíduos; (ii) comprovação de que fatores relacionados à vida privada – na concepção estrita deste termo – foram considerados como critérios qualificadores do cargo almejado; (iii) comprovação de que a perda do cargo trouxe implicações tangíveis no provimento e bem-estar material da demandante e de sua família e (iv) comprovação de que a razão para a exoneração da demandante acabou por afetar a sua reputação profissional.

Afirmou que deveria ter sido a própria demandante a comprovar a ocorrência de um ou algum dos requisitos supramencionados e/ou de que a exoneração teria afetado a sua vida privada, arguindo-o, primeiramente, perante a Corte doméstica, e, posteriormente, perante o TEDH, o que compreendeu não ter sido realizado. Neste contexto, argumenta que a alegação de violação deveria ter partido da demandante, e, não, corresponder a uma conclusão dos membros do TEDH, como, no caso em questão, entendeu ter sido feito.

Além disso, pontua que a prevalecer a interpretação conferida pelo TEDH ao artigo 8º combinado com artigo 14º da CEDH, não haveria diferenças entre ele e o artigo 1º do Protocolo nº 12 da CEDH, o que, no seu sentir, não seria admissível.

Muito embora, como dito, a decisão do TEDH tenha sido adotada por maioria – com as ressalvas do voto dissidente acima expostas – o fato é que prevaleceu a compreensão de ter havido, no caso em comento, discriminação na assunção do cargo público com base no gênero, o que pode conduzir às reflexões e discussões jurídicas que serão empreendidas no tópico seguinte.

terem sido constatadas diversas violações ao direito do demandante a um julgamento justo perante Corte interna independente. Ocorreram, portanto, no caso, os requisitos acima elucidados, o que gerou a responsabilização do Governo.

3. (Des)igualdade de gênero e princípio da não-discriminação: análise jurídico-conceitual segundo o caso *Emel Boyraz vs. Turquia* e sua correlação com o Objetivo do Desenvolvimento Sustentável de número 05 da ONU

Como se sabe, a igualdade é um dos princípios jurídicos constantes em praticamente todos os instrumentos internacionais de defesa dos direitos humanos, assim como na maior parte das Cartas constitucionais dos diversos Estados, dentro e fora da Europa. Neste contexto, embora sob o influxo das ideias de seu tempo – que, apesar de deterem matriz iluminista, ainda tinham dificuldade em enxergar todos os cidadãos como efetivamente iguais – a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, estampou, pós Revolução Francesa, pela primeira vez, a isonomia entre os indivíduos, em seu artigo 1º. No entanto, curiosamente, a igualdade em questão referia-se, apenas, a homens brancos europeus. A mulher foi excluída, como cidadã, da Constituição Francesa de 1791, embora muitas tenham contribuído, de forma significativa, com os ideais revolucionários. Surgem, pois, na Europa, relevantes tentativas de estender essa igualdade também às mulheres, como ensina Mary Wollstonecraft.¹⁴

Uma releitura da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, já sob outro contexto histórico, social e econômico, pós Segunda Guerra Mundial – mas ainda calcada em perspectivas fáticas distintas entre homens e mulheres – conduziu o artigo 1º da Declaração de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), de 1948, a estabelecer que “*todos os indivíduos nascem livres e iguais em dignidade e direitos*”. Na mesma linha de atuação, a igualdade de todos os cidadãos se encontra prevista no artigo 3º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU, de 1966, e a proibição de discriminação está estatuída nos artigos 2º, § 2º e 3º, ambos do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, do mesmo ano.

Já no Conselho da Europa, a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) inscreve, em seu artigo 14º, um cânone geral de proibição de discriminação, que

¹⁴ Wollstonecraft, Mary, *Reivindicação dos direitos da mulher*, São Paulo: Boitempo, 2016, p. 9.

impede o tratamento distintivo baseado em “*sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação*”.

Forma-se, assim, internacionalmente, o arcabouço necessário à plena garantia da igualdade entre os indivíduos em geral, notadamente entre homens e mulheres. Nada obstante tal quadrante normativo, comparando os instrumentos jurídicos internacionais acima mencionados, interessante destacar que na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, na Declaração de Direitos Humanos de 1948 e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, a igualdade está inscrita, topograficamente, entre os seus artigos 1º e 3º. Por outro lado, na Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950, apenas se encontra menção específica à igualdade e ao dever de não discriminação no seu artigo 14º. Certo que tal paradigma de tratamento igualitário pode, sem grandes esforços hermenêuticos, ser extraído dos demais direitos e liberdades que antecedem ao disposto no prefalado artigo 14º da CEDH, porquanto, exemplificativamente, só há a garantia do direito à vida (artigo 1º), ou a garantia de proibição à tortura (artigo 3º) ou de escravatura e trabalhos forçados (artigo 4º), por existir uma noção assente de igualdade entre os seres humanos, a vedar a adoção de condutas desiguais de uns em detrimento de outros. E assim se percebe, na medida em que os dispositivos que antecedem o artigo 14º da CEDH contextualizam os direitos que preveem como acessíveis e extensíveis a “*toda pessoa*” ou a “*qualquer pessoa*”, a evidenciar a sua uniformidade e equiparação.

À luz de tal observação, releva notar que a localização topográfica do cânone de igualdade na CEDH, comparativamente aos demais instrumentos internacionais mencionados, demonstra o reforço jurídico para a indispensabilidade de um tratamento isonômico entre os indivíduos. É dizer: à medida que os patamares civilizatórios das diversas nações avançam, releva-se a importância de um tratamento igualitário entre os seres humanos. Portanto, a necessidade – outrora muito premente – de estabelecimento de um paradigma isonômico, que evidenciava a realidade, por exemplo, da promulgação da Declaração de Direitos

Humanos e do Cidadão, em 1789 – numa sociedade francesa fortemente marcada pela não equiparação entre indivíduos e existência de privilégios injustificados de toda ordem – acaba por, paulatinamente, se dissolver e naturalizar, sendo bastante intuitiva a noção, *ao menos teórica*, de igualdade entre os diversos componentes do seio social, independentemente do gênero, raça, cor, origem social e étnica ou condição econômica.

E assim o é, já que o princípio jurídico da igualdade irradia seus efeitos por toda a criação, interpretação e aplicação do direito, nomeadamente como parâmetro necessário para o acesso justo aos direitos¹⁵, humanos e fundamentais, e para a vedação às discriminações odiosas ou proibidas, de que se tratará adiante. Com efeito, na importante síntese de José Joaquim Gomes Canotilho, a respeito dos direitos humanos e, por conseguinte, em ensinamento aplicável à igualdade, cuida-se de *standard* vinculativo “*de acções e comportamentos perante quaisquer retrocessos civilizacionais.*”¹⁶ Daí porque, como dito, a igualdade é fundamento jurídico estruturante, *ao menos de forma teórica*, com o avanço civilizacional.

Cuida-se, portanto, de norma jurídica que pode ser enquadrada como de direito internacional geral ou comum, vinculando diretamente os Estados, com “*a natureza de uma espécie de direito constitucional internacional*”, na lição de Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de Almeida, eis que prevista na imensa maioria dos tratados internacionais universais e pelas ordens jurídicas dos diversos Estados soberanos¹⁷.

Retome-se o fato de que, conforme se afirmou anteriormente, há uma intuitiva noção *teórica* de igualdade entre os diversos componentes do seio social. Neste

¹⁵ Cite-se, por exemplo, o direito à igualdade no acesso às terras mediante concurso para a concessão de terrenos, como bem analisado em Lopes, Dulce, “*A Lei de Terras de Macau: opções e inquietações*”, Gomes, Ana Cláudia Nascimento; Albergaria, Bruno; Canotilho, Mariana Rodrigues (Coord.), *Direito Constitucional: diálogos em homenagem ao 80º aniversário de J. J. Gomes Canotilho*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 679-694.

¹⁶ Canotilho, José Joaquim Gomes, “*Brançosos*” e *Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, 2 ed., Coimbra: Almedina, 2017, p. 27.

¹⁷ Almeida, Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de, “*Relações entre o Direito Internacional e o Direito interno Português*”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias*, Lisboa: Edições Universitárias Lusófonas, nº 1, 2013, p. 215-238.

contexto, diz-se noção *teórica*, pois, diuturnamente, o paradigma de igualdade é violado, na prática, como aliás, se evidenciou no Caso Emel Boyraz v. Turquia.

Com efeito, basta notar que, em sede doméstica, os dois principais argumentos da demandante foram a afronta ao princípio da igualdade, constante do artigo 10º da Constituição turca e a violação ao princípio da não discriminação no acesso ao serviço público, previsto no artigo 70º da mesma Carta Magna. De fato, analisando-se o artigo 10º da Constituição turca, deve-se assentar que este se encontra inserto no Capítulo que trata dos Princípios Gerais, a indicar que aponta – como esperado – paradigma primordial, que deveria, ao menos em tese, guiar as ações daquela nação. Nesse contexto, tal dispositivo prevê a “*igualdade perante a lei*”, vedando discriminação em razão do “*sexo*” do indivíduo, afirmando-se, literalmente, em seu item 2, que “*homens e mulheres detêm direitos iguais*”, e que o Estado turco teria o dever de garantir que essa “*igualdade exista na prática*”.

Já o artigo 70º da dita Constituição, inserto no Capítulo pertinente aos Direitos e Deveres Políticos, afirma que todos os turcos “*têm o direito de ingressar no serviço público*”, e que “*nenhum outro critério, senão a qualificação para o trabalho pretendido, será levada em consideração no recrutamento para o serviço público*”. O parâmetro constitucional turco de admissão é – ou, ao menos, deveria ser – objetivo, não admitindo análises subjetivas, como se efetivou em âmbito doméstico, no caso da demandante.

Estabelece-se, portanto, de forma bastante contundente, o dever constitucional do Estado turco de garantir a aplicação prática dos princípios da igualdade e da não discriminação no acesso ao serviço público, dando pleno fundamento à demandante para arguição do caso perante o TEDH, diante do descumprimento dos deveres em voga, de certo modo reproduzidos na CEDH, nos artigos 8º e 14º, como adiante de explicitará.

Veja-se, neste sentido, que deslocando a presente análise do paradigma constitucional interno do Estado turco para o paradigma externo de apreciação dos artigos 8º e 14º da CEDH, tem-se que o principal dispositivo violado no caso em

voga foi justamente o artigo 14º da CEDH, já anteriormente mencionado. Isso porque, este é o dispositivo que veda as chamadas discriminações odiosas ou proibidas, isto é, discriminações fundadas, exemplificativamente, no “*sexo, raça, cor, língua, religiões [e] opiniões políticas*”.

Quando se fala em discriminações odiosas ou proibidas, assume-se a possibilidade da ocorrência de discriminações, ao revés, permitidas. As discriminações odiosas ou proibidas, neste contexto, são as de natureza injustificada e irrazoável, que não se pautam em critérios objetivos ou ponderáveis, mas – apenas e tão-somente – em paradigmas fundados em preconceitos estruturais. Na perspectiva das relações jurídico-administrativas, internas e transnacionais, consoante a lição de Pedro Gonçalves, consiste na “*proibição de um tratamento discriminatório “sem razão”, “enquanto princípio em que se desdobra o princípio da justiça, que obriga a Administração a tratar de forma justa (igual em situações iguais) todos aqueles que com ela entrem em relação*”¹⁸. Por outro lado, as discriminações permitidas são aquelas que encontram fundamento de validade em situações pessoais, históricas, sociais ou econômicas que o justifiquem.

Perceba-se que, no caso em análise, embora o Governo turco tenha buscado fundamento de validade, inicialmente, no não cumprimento, pela demandante, de requisitos estabelecidos em Edital, e, posteriormente, na sua inaptidão pessoal para o caso, o fato é que tal argumentação visava a camuflar a conduta de discriminação odiosa ou proibida, já que não havia – como restou provado na análise do caso pelo TEDH – razões palpáveis que justificassem a reprovação e vedação de assunção do cargo¹⁹.

¹⁸ Gonçalves, Pedro Costa, *Manual de Direito Administrativo*, Coimbra: Almedina, 2020, vol. 1, p. 471-472.

¹⁹ Consagrando a necessidade de *discrimens* objetivos para a assunção de funções públicas – de modo a que se evitem discriminações odiosas ou proibidas – o Supremo Tribunal Federal brasileiro já teve a oportunidade de asseverar que eventuais requisitos diferenciados, para fins de participação em concursos públicos, somente são compatíveis com o princípio da igualdade, previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição brasileira, caso reste demonstrada, objetivamente, a proporcionalidade e legalidade da medida (Acórdão nº RE 528684/MS).

Nesse contexto, como evidencia Horatia Muir Watt, não há nada de natural ou inevitável na intolerância,²⁰ e, portanto, nas discriminações odiosas ou proibidas. Na verdade, a decisão do TEDH, no caso em exame, sob certa perspectiva, também restaura a importância de uma discussão sobre a igualdade de gênero, como instrumento para a busca da efetivação de uma cidadania europeia, internacional e transnacional, a reforçar a ideia de que a nacionalidade, e, também, a igualdade de gênero, podem e devem evoluir como mecanismos de inclusão, como ensina Dulce Lopes²¹. Isso porque, na lição de Jorge Miranda, nas sociedades contemporâneas, que são marcadamente complexas, plurais e multiculturais, há que se buscar “*um equilíbrio entre bem comum e interesse do grupo como entre igualdade e aquilo a que se vem chamando direito à diferença*”²².

Deste modo, a decisão do TEDH, no caso em análise, deve ser considerada adequada, ao entender como antijurídica a exclusão da requerente da função pública por ela ocupada por três anos, antes da sua exoneração. Exatamente este, pois, o tipo de atuação deletéria que a previsão do artigo 14º da CEDH visa a combater. E, por sua vez, foi, justamente, a violação ao artigo 14º que provocou afronta ao artigo 8º da CEDH, que versa sobre o respeito pela vida privada e familiar, já que, conforme evidenciado, não é possível, na compreensão do TEDH, uma violação solitária ao próprio artigo 14º da CEDH, devendo o dispositivo se encontrar em conexão com outro da CEDH.

Neste contexto, o artigo 8º da CEDH visa, justamente, a proteger o indivíduo da ingerência estatal que provoque danos de natureza moral, por interferir, diretamente, na sua autopercepção, autoestima, honra e vida privada. Explique-se:

²⁰ Watt, Horatia Muir, *Hospitality, Tolerance, and Exclusion in Legal Form: Private International Law and the Politics of Difference*, Current Legal Problems, Volume 70, Issue 1, 2017, Pages 111-147. Disponível em: < <https://doi.org/10.1093/clp/cux004>. > Acesso em 2022-03-16.

²¹ Consoante a autora: “*De fato, a ideia de que todas as pessoas devem gozar de direitos iguais e que as sociedades democráticas e abertas devem considerar todas as formas de inclusão ou integração e a busca de novos equilíbrios em um mundo cada vez mais globalizado são amplamente aceitas*”. Lopes, Dulce. “*Plurais de Cidadania: Instrumentos de Inclusão*”. Leal Filho W., Azul AM, Brandli L., Lange Salvia A., Özuyar PG, Wall T. (eds) Paz, Justiça e Instituições Fortes, Enciclopédia dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU, Springer, 2021. Disponível em: < https://doi.org/10.1007/978-3-319-71066-2_116-1. > Acesso em 2022-03-18.

²² Miranda, Jorge, *Direitos Fundamentais*, 3 ed. Coimbra: Almedina, 2020, p. 300.

Igualdade de gênero no acesso às funções públicas:

uma análise do caso *Emel Boyraz v. Turquia*

Diana Brandão Maia Mendes de Sousa

toda vez que, em casos como o presente, uma determinada pessoa é, de forma imotivada, impedida de exercer ofício para o qual está habilitada, há violação ao seu direito à vida privada de forma condigna. Ora, se o trabalho é, exatamente, o meio de subsistência do indivíduo e da manutenção dele próprio e de sua família, impedir-se alguém de o exercer representa – mormente se capacitado e habilitado para tanto, como se verificou no caso da demandante – afronta ao prefalado direito previsto no artigo 8º da CEDH.

Reitere-se, neste particular, elemento que chama a atenção. Trata-se do fato de a demandante ter exercido, sem notícias de inaptidão ou inabilidade, a função pública entre os anos de 2001 a 2004, mais um elemento caracterizador de que as justificativas do Governo de impossibilidade de exercício pelo fato de ser mulher não se sustentavam.

Nesta linha, exatamente em virtude da prefalada necessidade de afirmação superlativa do paradigma igualitário e antidiscriminatório, que no caso em questão o TEDH reafirmou – citando precedente havido no caso *Konstatin Markin v. Rússia*²³, anteriormente mencionado – que “*a igualdade de gênero é hoje um objetivo importante nos Estados membros do Conselho da Europa e razões muito significativas teriam de ser apresentadas para que [a diferença de tratamento pautada unicamente no gênero] pudesse ser considerada compatível com a Convenção, [sendo insuficientes] referências a tradições, suposições gerais ou atitudes sociais predominantes em determinado país*”²⁴. Assume, pois, o TEDH a possibilidade jurídica e teórica da efetivação das prefaladas discriminações permitidas e vedação das discriminações odiosas ou proibidas, mormente em matéria de gênero. Neste particular, cumpre expressa anuência com a afirmação

²³ Application nº 30078/06.

²⁴ Application nº 30078/06, item 127.

de Mariana Canotilho, que averba que a igualdade de gênero deve ocupar “o ‘topo da pirâmide’ de uma hierarquia de igualdades”²⁵.

Com efeito, comparando-se o caso Konstatin Markin v. Rússia²⁶ e o caso Emel Boyraz v. Turquia, tem-se que, em ambos, houve violação ao paradigma igualitário em virtude, unicamente, do gênero do indivíduo. Enquanto no caso Konstatin Markin v. Rússia²⁷ a discriminação proibida operou-se em desfavor do homem-pai – e, indiretamente, em prejuízo dos menores por ele assistidos – eis que impedido de exercer plenamente a parentalidade, por vedação ao gozo de licença remunerada, que lhe seria atribuída em idêntica situação, caso fosse mulher; no caso Emel Boyraz v. Turquia operou-se contra a mulher-trabalhadora, impedida de exercer o labor para o qual estava capacitada e habilitada, a par de uma presunção de inaptidão, pela natureza das funções e sua condição biológica. Vale destacar, aqui, a estigmatização das funções de segurança pública – como era aquela que a demandante Emel Boyraz pretendia exercer – a indicar e presumir, erradamente, a sua aderência, apenas, a homens. Igualmente, no caso Konstatin Markin, há a estereotipação da função de cuidadora, atribuível tradicionalmente apenas – ou, ao menos, com maior extensão – à mulher, inviabilizando, de forma irrazoável, o exercício da parentalidade pelo homem. Assim, a análise dos precedentes aponta para a discriminação unicamente pautada no gênero, ao revés do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável de número 05 da ONU e voltada, apenas e tão-somente, nas “*tradições, suposições gerais ou atitudes sociais predominantes em determinado país*”²⁸, sem, pois, elementos objetivos que o justificassem.

Sob outro viés, deve-se mencionar a violação, no caso em análise, do disposto no artigo 11, item 1, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de

²⁵ Canotilho, Mariana, “*Igualdade de oportunidades e não discriminação*”. Canotilho, Mariana; Froufe, Pedro Madeira e Silveira, Alessandra (Coord.). *Direito da União Europeia: elementos de Direito e Política da União*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 883-944.

²⁶ Application n° 30078/06.

²⁷ Application n° 30078/06.

²⁸ Application n° 30078/06, item 127.

Igualdade de gênero no acesso às funções públicas:

uma análise do caso *Emel Boyraz v. Turquia*

Diana Brandão Maia Mendes de Sousa

Discriminação contra a Mulher da ONU, Convenção esta ratificada pela Turquia, frise-se. Neste contexto, o dispositivo em comento aduz a obrigação, aos Estados-parte, de adotar *“todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera do emprego, a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres os mesmos direitos, em particular”*, o *“direito ao trabalho como direito inalienável de todo ser humano”*, provendo a todos as *“mesmas oportunidades de emprego, inclusive a aplicação dos mesmos critérios de seleção em questões de emprego”*, assim como o *“direito de escolher livremente a profissão e o emprego”*.

De fato, conforme destacado anteriormente, quando a demandante chega a assumir a função pública e exercê-la sem maiores percalços durante anos, e, posteriormente, tem o seu exercício impedido, há frontal violação aos elementos equalizadores destacados Convenção supra, não podendo ser afastada a ocorrência de discriminação odiosa ou proibida. Adicione-se a esta argumentação o disposto desde o Preâmbulo da European Social Charter, que determina que os direitos sociais *“devem ser assegurados sem discriminação de raça, cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social”*. Frise-se que o instrumento em questão foi ratificado pela Turquia, fator este que mais evidencia a discriminação em razão do gênero ocorrida no caso ora apreciado. Ainda, o artigo 20 da dita norma evidencia o *“direito a idênticas oportunidades e igual tratamento em matéria de trabalho e ocupação, sem discriminação em razão do sexo”*.

Vale destacar, por oportuno, que o cumprimento dos compromissos assumidos na European Social Charter são constantemente apreciados por parte do Comitê Europeu de Direitos Sociais. Neste contexto, o relatório elaborado no ano de 2020²⁹ destacou o não cumprimento integral, pelo Governo turco, da obrigação de permitir que mulheres ocupem as mais diversas posições de emprego,

²⁹ In: <https://rm.coe.int/rapport-tur-en/1680a1c813>. Acesso em 2022-06-28.

independentemente do gênero³⁰. Trata-se de conclusões que reforçam o tanto quanto já evidenciado nos relatórios de 2016 e 2012³¹.

Perceba-se, pois, que muito embora o caso *Emel Boyraz v. Turquia* tenha sido julgado em 2014, apontando, como já indicado, pela condenação do referido Governo, a nação em questão ainda não conseguiu implementar medidas efetivas que mitiguem o problema social em tela, justificando-se, mais uma vez, o estabelecimento do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável de número 05 da ONU. É dizer: enquanto as organizações sociais de controle encontrarem, em seus levantamentos periódicos, dados concretamente aferíveis, que indiquem a não efetivação de tratamento igualitário para mulheres, é preciso que o objetivo em questão permaneça em pauta e seja objeto de regulação jurídica, conscientização, implementação e fiscalização em todo o planeta.

Com efeito, deve-se reverberar a lição do Professor Jónatas Machado neste particular que, embora tratando do direito comunitário, aduz lição aplicável em nível global, qual seja a indispensabilidade de se “*combater toda a discriminação em razão do sexo*”, com inspiração “*em ideais inatacáveis de igual dignidade da pessoa humana*”³², o que, definitivamente, foi negligenciado, no caso em análise pelo Governo turco.

Neste contexto, como assevera Dulce Lopes, o reconhecimento de liberdades fundamentais e direitos humanos tem um papel crucial na crescente e progressiva vinculatividade no que tange à criação das obrigações de reconhecimento aos Estados-membros, ou mesmo para viabilizar a deflagração de reações em face de situações ilegítimas de não reconhecimento, ainda que a obrigação não esteja

³⁰ “*The Committee concludes that the situation in Turkey is not in conformity with Article 20 of the Charter on the grounds that: women are not permitted to work in all professions, which constitutes discrimination based on sex;(…)*”. (In: <https://rm.coe.int/rapport-tur-en/1680a1c813>. Acesso em 2022-06-28).

³¹ “*The Committee found previously (Conclusions 2016 and 2012) that the situation was not in conformity with Article 20 of the Charter on the ground that not all professions were open to women, which constitutes gender discrimination*”. (In: <https://rm.coe.int/rapport-tur-en/1680a1c813>. Acesso em 2022-06-28).

³² Machado, Jónatas, *Direito da União Europeia*, 3 ed. Coimbra: Gestlegal, 2018, p. 295-296.

expressamente prevista na CEDH, como é o caso da obrigação de garantia da igualdade de gênero no acesso às funções públicas³³, embora a mesma possa ser extraída do núcleo essencial do prefalado artigo 14º da CEDH.

Sob outra perspectiva, analisando o princípio da igualdade e da não discriminação odiosa ou proibida, à luz do caso em comento, percebe-se o delineamento do mesmo nas suas três dimensões de apreciação, quais sejam a liberal, a democrática e a social, o que o faz se conectar, diretamente, ao princípio da dignidade da pessoa humana.

No aspecto liberal, “*constancia a ideia de igual posição de todas as pessoas [...] perante a lei*”, já que a norma jurídica, em teoria, é geral e abstrata, além de repetidamente aplicada, incabíveis, portanto, quaisquer considerações personalizadas, senão um tratamento uniforme para todos que estejam em situação jurídica semelhante, como ensinam os Professores José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira³⁴. No caso em estudo, este aspecto se une, fortemente, ao princípio da impessoalidade da Administração Pública, que deve atuar de forma maximamente isenta e equidistante em relação a todos os administrados. Trata-se, portanto, na lição do Professor Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de Almeida, de uma “*salvaguarda de neutralidade administrativa face a interesses da mais variada índole*”³⁵ – na sua vertente negativa – adotando-se apenas “*parâmetros racionais, lógicos e transparentes*”³⁶ na tomada de qualquer decisão – na sua vertente positiva. Visto, pois, sob esta ótica, não se justifica a atuação do Governo turco, ao negar à demandante o acesso e permanência na função pública almejada, porquanto se estava diante de atuação flagrantemente destituída de

³³ “*A vis estruturante e expansiva daquelas liberdades fundamentais torna-as, por isso, num fundamento suficiente e bastante para a imposição de obrigações de reconhecimento ou para permitir a reação contra situações ilegítimas de não reconhecimento, mesmo quando tal obrigação não encontre fundamento expresse no direito da União*”. Lopes, Dulce, *Eficácia, Reconhecimento e Execução de Actos Administrativos Estrangeiros*, Coimbra: Almedina, 2018, p. 518-519.

³⁴ Canotilho, José Joaquim Gomes e Moreira, Vital, *CRP: Constituição da República Portuguesa Anotada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 337.

³⁵ Almeida, Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de. *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2020, p. 126.

³⁶ Almeida, nota 35, p. 126.

impessoalidade, incompatível, portanto, com os prefalados paradigmas de “neutralidade” e de “adoção de parâmetros racionais, lógicos e transparentes”.

Já na dimensão democrática, o princípio da igualdade corresponde à proibição de tratamentos discriminatórios entre os indivíduos, nomeadamente no que tange ao exercício do poder político. Neste contexto, novamente elucidam os Professores José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, que não são admissíveis discriminações entre indivíduos no acesso ao próprio poder político, na relevância de seu exercício por cada qual e no acesso às funções públicas³⁷. Cuida-se, pois, de proibir a adoção de “critérios diferenciadores especialmente censuráveis”³⁸, como ensina a Professora Dulce Lopes, ou seja, que coloquem determinados indivíduos à margem dos processos de participação política em sentido amplo. No caso em comento, há, exatamente, a adoção de *critério censurável* – baseado unicamente no gênero – partindo-se de uma presunção de inaptidão para o exercício da função pública destituída de qualquer espécie de comprovação teórica ou prática que o justificasse, pautada, unicamente, na estereotipação e estigmatização anteriormente evidenciadas.

Por derradeiro, na vertente social, o princípio da igualdade impõe a “*eliminação das desigualdades fácticas (económicas, sociais e culturais), de forma a atingir a igualdade real*” entre os indivíduos, como asseveram os Professores José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira³⁹. É dizer: a igualdade, sob a vertente social, evidencia uma necessidade de extensão superlativa de direitos e oportunidades a todos os indivíduos indistintamente, maximizando os “*direitos de cidadania em obediência (...) ao paradigma moderno de que a cidadania nasceu como o direito a ter direitos*”, na lição da Professora Paula Veiga⁴⁰. Destarte, tal vertente do princípio da igualdade elucidada que o conceito de igualdade meramente formal deve ser

³⁷ Canotilho e Moreira, nota 34, p. 337.

³⁸ Lopes, Dulce, “*Igualdade e Não Discriminação na Convenção Europeia dos Direitos do Homem*”. Julgar, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 49.

³⁹ Canotilho e Moreira, nota 34, p. 337.

⁴⁰ Veiga, Paula, *Direito Constitucional e Direito Internacional no Contexto do Constitucionalismo Global: um roteiro pedagógico*, Portugal: Petrony, 2020, p. 34-35.

Igualdade de gênero no acesso às funções públicas:

uma análise do caso *Emel Boyraz v. Turquia*

Diana Brandão Maia Mendes de Sousa

considerado incompleto, e, portanto, insuficiente, conduzindo à necessidade do estabelecimento da igualdade material. E assim o é, pois a igualdade em sentido estritamente formal, isto é, a idêntica posição de todos os indivíduos, independentemente de suas especificidades, tanto na elaboração da norma jurídica (“*igualdade quanto à criação do direito*”), como perante esta mesma norma, no processo de sua aplicação (“*igualdade na aplicação do direito*”), é insuficiente e incompleta, segundo a lição do Professor José Joaquim Gomes Canotilho.⁴¹

É dizer: se é certo que aos indivíduos deve ser assegurado o direito de participar – diretamente ou por seus representantes – na confecção das normas que rejam suas condutas; assim como devem ter assegurado que tais diplomas sejam aplicados uniformemente, para aqueles que estejam em situações idênticas, tratando-se de “*derecho fundamental de invocación directa*”⁴², não é menos certo que tal noção simplificada de igualdade peca ao não enxergar, ou, mesmo, considerar, as diferenças intrínsecas entre os indivíduos.

No caso ora analisado, portanto, cabe o seguinte questionamento: de que forma poderia a demandante, por exemplo, cumprir os requisitos de *ser homem* e *haver completado o serviço militar*, como pretendeu o Governo turco, ao desclassificar a demandante do certame e/ou impedi-la de exercer o cargo? Neste contexto, se o edital de concurso estabelece, uniformemente, tais requisitos para todos aqueles que desejam submeter-se à seleção, é certo que evidencia a igualdade sob o ponto de vista eminentemente formal, pois, ou exclui diretamente as mulheres – pela impossibilidade biológica de cumprimento de um dos requisitos (*ser homem*) – ou as exclui indiretamente – pela impossibilidade jurídica de cumprimento do outro (*haver completado o serviço militar*). Ora, a pura e simples aplicação de tal

⁴¹ Canotilho, José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 422.

⁴² Nesse sentido, Villar, Gregoria Cámara; Aguilar, Juan Fernando López; Callejón, María Luisa Balaguer e MARTOS, José Montilla. *Manual de Derecho Constitucional*. 3 ed. Editorial Tecnos: Madrid, volumen I, 2008, p. 86.

disposição editalícia, sem qualquer temperamento⁴³, desconsidera, de forma absoluta, a vertente material do princípio em questão.

É, pois, exatamente neste ponto, que cabe pontuar crítica ao voto dissidente e minoritário, atribuído ao Juiz Robert Spano. Com efeito, sob o argumento de não estender, ao Governo turco, o Protocolo nº 12 da CEDH – já que a demandante não imputou direta violação ao artigo 8º da CEDH – deixou de dar aplicabilidade ao próprio artigo 14º da CEDH – ao qual anuiu a Turquia – permitindo, indiretamente, a ocorrência de discriminação de gênero, ao revés do objetivo maior da Convenção em comento. A matéria consistente na violação ao artigo 8º da CEDH poderia ser conhecida de ofício pelo TEDH – como, aliás, o foi – pois existia um objetivo maior a ser atingido, qual seja, restaurar a situação de igualdade material, diretamente violada pelo Governo turco.

Portanto, tem-se que a igualdade, enxergada sob o aspecto material, reforça a dignidade da pessoa humana, princípio este sobre o qual não há possibilidade de transigência de nenhuma espécie. Esclareça-se: parte-se da noção de que todos os seres humanos merecem tratamento condigno – pelo simples fato de serem seres humanos – razão pela qual devem receber disciplina equalizante da lei criada,

⁴³ Nesse ponto, cabe singelo paralelo entre o caso Emel Boyraz vs. Turquia e o anteriormente evidenciado caso Thlimmenos vs. Grécia (Application nº 34369/97). Note-se que, como anteriormente destacado, no caso Emel Boyraz vs. Turquia o Governo turco buscou escudar sua posição, em âmbito doméstico, no não cumprimento, pela demandante, dos requisitos estabelecidos em Edital (“*ser homem*” e “*haver cumprido o serviço militar*”). Entretanto, quanto a este último requisito, cabe pontuar o ocorrido no prefalado caso Thlimmenos vs. Grécia, no qual o demandante, professante da religião das Testemunhas de Jeová, foi condenado à prisão, por ter se recusado ao alistamento militar, em uma época em que a Grécia não oferecia serviço alternativo à objeção de consciência. Não obstante ter cumprido a pena a ele imposta, anos depois, foi impedido de assumir função pública de “*revisor oficial de contas*”, para a qual foi aprovado com louvor em concurso público, por não haver atendido ao requisito de “*haver cumprido o serviço militar*”. O demandante recorreu ao TEDH, que decidiu que houve, na espécie, violação aos artigos 9º e 14º da CEDH, já que o impedimento do exercício seria desproporcional, a punir pessoa que se recusasse ao serviço militar, até mesmo porque o demandante já havia sido preso por esta infração. Tendo tais premissas em consideração, comparando os dois casos, se em hipótese em que seria possível – sob o ponto de vista fático-jurídico – o cumprimento do requisito, já que Thlimmenos era homem e poderia, renunciando à crença religiosa, prestar o serviço militar, o TEDH considerou que o requisito era relegável, já que, cumprido o período prisional, com muito mais razão é de se considerar desproporcional – como o fez – a eliminação de Boyraz de concurso público, por não cumprir um requisito que, legalmente, sequer lhe era exigível, já que mulheres não necessitam alistar-se no serviço militar obrigatório na Turquia.

assim como na aplicação prática desta mesma lei. Logo, prosseguindo na análise do caso em comento, quando se exclui uma mulher de um certame público, por não cumprir requisitos cuja obediência é faticamente impossível, seja pela própria condição feminina (*ser homem*), seja pelas condições de lei anterior que não lhe obrigam a determinada conduta (*haver completado o serviço militar*), há violação superlativa à igualdade sob a perspectiva material, e, conseqüentemente, à dignidade que lhe deve ser conferida.

Conectando as noções de igualdade e de dignidade humana, no contexto internacional, tem-se que a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, embora estatua a igualdade logo em seu artigo 1º, como anteriormente evidenciado, no seu artigo 6º faz a direta conexão entre esta igualdade e a dignidade humana. E assim o é, pois afirma que “*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*”. Na mesma linha, na Declaração de Direitos Humanos de 1948 e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, a menção à dignidade humana já consta, diretamente, de seu Preâmbulo, para, logo após, ser sequenciada pelo prefalado princípio da igualdade, como decorrência direta e imediata da condição humana.

Enquanto, como dito, a igualdade meramente formal está ligada à vertente liberal do conceito, a igualdade material ou substancial conecta-se às anteriormente vistas dimensões democrática e social da igualdade. Deste modo, tal noção, impede, em primeiro lugar, as discriminações proibidas ou odiosas – anteriormente mencionadas – além de efetivar a “*proibição ao arbítrio*”⁴⁴, e, em segundo lugar, garante a igualdade de oportunidades ou chances, com a conseqüente “*obrigação de diferenciação*”⁴⁵, como forma de compensação desta não equiparação. Em apertada síntese, a dignidade humana comporta uma “*dimensão fundante*”, “*ideia-*

⁴⁴ Canotilho e Moreira, nota 34, p. 337.

⁴⁵ Canotilho e Moreira, nota 34, p. 339.

valor” e “consenso ético do discurso transnacional”, na lição do Professor José Joaquim Gomes Canotilho⁴⁶.

À luz de tais noções, a proibição do arbítrio corresponde a um verdadeiro controle de atuação negativo, que determina que “*nem aquilo que é fundamentalmente igual (...) [seja] tratado arbitrariamente como desigual, nem aquilo que (...) [seja] essencialmente desigual (...) [trate-se] arbitrariamente (...) como igual*”, consoante as lições dos Professores José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira⁴⁷. Nesse contexto, são admitidas discriminações razoáveis, proporcionais e pautadas em critérios fundados e genericamente aceites, como forma de viabilizar que a “*igualdade seja afirmada, ao passo que a discriminação [odiosa] – a forma mais infame de desigualdade – continue a ser praticada*”, como ensina a Professora Dulce Lopes⁴⁸.

Tal qual enunciam os Professores José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, a dignidade humana, no plano dos fatos, isto é, concretamente aplicada na vertente da igualdade material ou substancial e, não, apenas, na anteriormente destacada vertente da igualdade meramente formal, corresponde à igual “*validade cívica de todos os cidadãos, independentemente de sua inserção económica, social e cultural*”⁴⁹. Trata-se, pois, como bem concluem os autores, de conferir, na realidade da vida, a igualdade de oportunidades aos indivíduos, constituindo-se tal vertente na efetivação da “*liberdade real*” ou da “*liberdade igual*”, na lição do Professor José Joaquim Gomes Canotilho⁵⁰. Portanto, ao impedir o exercício de determinadas profissões por mulheres, como no caso em estudo – por mero estigma e preconceito – o Governo turco não confere esta igual “*validade cívica a todos os cidadãos*”, pois diferencia-os, unicamente, em razão do gênero.

⁴⁶ Canotilho, José Joaquim Gomes. “*The age of dignity e a dignidade da pessoa humana: cansaço do mainstream teórico-filosófico*”. Gomes, Ana Cláudia Nascimento; Albergaria, Bruno; Canotilho, Mariana Rodrigues (Coord.). *Direito Constitucional: diálogos em homenagem ao 80º aniversário de J. J. Gomes Canotilho*, Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 107-124.

⁴⁷ Canotilho e Moreira, nota 34, p. 339.

⁴⁸ Lopes, Dulce, nota 38, p. 49.

⁴⁹ Canotilho e Moreira, nota 34, p. 337-338.

⁵⁰ Canotilho, nota 41, p. 402-403.

A despeito das questões jurídicas postas em relevo no presente trabalho, também é certo dizer que se cuida de uma questão dotada de complexidade e, por tal razão, deve ser acompanhada da necessária evolução inerente ao direito internacional, na lição de Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de Almeida⁵¹, de modo a se buscar, incessantemente, a sua regulação, de maneira juridicamente justa e eficaz, enquanto desafio que se apresenta diante da sociedade internacional.

Por todo o exposto, tem-se que o caso Emel Boyraz v. Turquia representa importante decisão judicial no combate à desigualdade e à discriminação de gênero. No precedente em exame, também se percebe que o TEDH utilizou, com relativo acerto, ressalvado o baixíssimo valor da indenização fixada, o princípio jurídico da proporcionalidade, calibrado pela margem de apreciação conferida, em especial, pelo preâmbulo e artigo 6º, ambos da CEDH. O precedente jurisprudencial analisado confere, ainda, importantes elementos reflexivos na seara do respeito à dignidade humana e na – infelizmente ainda necessária – imposição de estabelecimento do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável de número 05 da ONU, pois, embora haja inegáveis avanços na equalização entre homens e mulheres, ainda há um longo caminho a percorrer para que se possa dizer de uma efetiva igualdade de gênero na sociedade complexa, plural e multicultural do século XXI.

4. Conclusões

O caso Emel Boyraz vs. Turquia representa importante decisão judicial no combate à desigualdade e à discriminação de gênero.

Isso porque o TEDH densificou, com relativo acerto, sob a ótica da juridicidade, em especial, os princípios jurídicos da igualdade, da impessoalidade e da não

⁵¹ Almeida, Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de, “O princípio da não ingerência e o Direito Internacional humanitário”. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, vol. LXXI, p. 373-401.

Igualdade de gênero no acesso às funções públicas:

uma análise do caso *Emel Boyraz v. Turquia*

Diana Brandão Maia Mendes de Sousa

discriminação, princípios esses extraíveis do Direito internacional em geral e da normatividade do Conselho da Europa, em particular, sob a ótica do acesso às funções públicas por mulheres, proscrevendo condutas estatais que restrinjam, de maneira injusta, a acessibilidade do gênero feminino aos cargos e atividades administrativas.

Diz-se que o acerto do julgado foi relativo, pois, a despeito de o TEDH ter utilizado o princípio jurídico da proporcionalidade, calibrado pela margem de apreciação conferida pelos elementos do caso concreto subjacente, a indenização fixada merece crítica, pelo seu baixo valor e, conseqüentemente, por caracterizar proteção e reparação insuficientes aos danos, morais e patrimoniais, causados pelo Governo turco à demandante.

Nada obstante, o precedente jurisprudencial analisado confere importantes elementos reflexivos na construção do respeito universal ao princípio jurídico da dignidade humana e na – infelizmente ainda necessária – densificação do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável de número 05 da ONU, pois, embora haja inegáveis avanços na equalização entre homens e mulheres no âmbito doméstico e internacional, ainda há um longo caminho a percorrer para que se possa dizer de uma efetiva igualdade de gênero na sociedade complexa, plural e multicultural do século XXI.