

Vive la différence (I)

Por Clotilde Celorico Palma

A história da evolução jurídica do enquadramento do género é muito longa pelo que, neste trabalho, que reflecte a comunicação apresentada na conferência «A mulher na profissão», realizada no passado dia 13 de Outubro, a autora aborda alguns aspectos mais recentes. A segunda parte será publicada no próximo mês.



Clotilde Celorico Palma
Docente universitária
Membro do GECTOC

«(...) na adolescência interrogava-me por que razão a minha liberdade de movimentos era diferente da do meu irmão; as expectativas de moralidade em geral e sexual em particular muito mais fortes quanto às mulheres do que aos homens, incluindo eu e os outros; ou porque a minha professora de Física, no Liceu Maria Amália, me 'elogiava' dizendo que tinha uma inteligência 'masculina'.»()*

Contrariamente aos quartos dos meus amigos, afixado na parede do meu quarto acompanhou-me durante a minha adolescência um único póster: o de uma mulher jovem loira, de sorriso rasgado e contagiante, que vestia uma *t-shirt* branca e amparava os seios com as mãos. Em baixo lia-se *Vive la différence*. Rasguei aquela página de uma revista de moda francesa. Gostava do ar saudável e feliz daquela mulher bonita e jovem e, acima de tudo, daquela mensagem que forrou as paredes do meu quarto até sair de casa dos meus pais para me casar. Nasci nos anos 60. Fui educada por um pai conservador, que continuarei sempre a adorar, não obstante as nossas naturais divergências, muito mais velho que a minha mãe, ligado a ideias e preconceitos firmes sobre o papel das mulheres na sociedade. Nunca fumei nem bebi café e muito menos álcool (nunca gostei, mas se gostasse ser-me-ia “proibido”), não saía à noite, e quando saía de dia tinha sempre que ser acompanhada por alguém de confiança do meu pai, até para a faculdade. Queria ter seguido Psiquiatria, adorava Matemática e Ciências. Até ao 11.º ano de escolaridade estava de alma e coração na área de Ciências decidida a ser psiquiatra. Tudo isto

apesar das insistências permanentes do meu pai, para o qual uma mulher nunca poderia ser médica, porque, para além de vários motivos, perdia a sensibilidade. Quando tinha 17 anos, o meu pai levou-me a uma alucinante e inesquecível viagem a Nova Iorque. O meu papel era o de fazer de sua secretária em negociações com banqueiros. Adorei. Fiquei deslumbrada. Disse-me que se mudasse para Direito, curso que o meu irmão mais velho frequentava, iria trabalhar com ele. Convenceu-me.

Faleceu no ano seguinte, já eu estava na faculdade em Direito, no chamado ano zero. Tal como lhe prometi aqui estou eu, advogada e, (se à data me tivessem dito juraria que jamais), fiscalista. Uma mulher não poderia nunca ser médica nem fumar ou beber.

Era assim naquela época não muito distante.

Quis o destino que viesse a leccionar Direito da Família. Quis o destino que, durante seis anos, fosse conselheira do ministro das Finanças para a Igualdade de Oportunidades e para a Promoção da Família. Gostei muitíssimo de ambas as experiências.

A história da evolução jurídica do enquadramento do género é muito longa, pelo que vou abordar alguns aspectos de uma «memória mais recente.» As nossas memórias, em geral, são muito selectivas e limitadas no tempo, mas a evolução dos direitos das mulheres é uma matéria que sempre me apaixonou, de cujos aspectos fundamentais nunca me esqueço.

Abordo este tema na qualidade de mulher dos anos 60 que, por orientação do seu pai, acabou por ser advogada. Pronuncio-me como advogada que se licenciou no mesmo ano que o seu irmão mais velho, também advogado. Vou falar das limitações legais mais relevantes que marcaram

a minha geração, mas confesso que, por vezes, sinto ainda as limitações psicológicas com que fui educada nesta condição feminina (1).

As principais discriminações do género existentes antes da década de 70

Continua bem viva na minha memória a imagem e a mensagem daquele póster que tinha no meu quarto. Continuo a pensar, de sorriso e alma rasgados, que somos diferentes e que é bom existirem diferenças. Mas a questão, tal como iremos concluir, é saber o que é diferente e porquê. Que diferenças são admissíveis? O que é diferente? Como tratar a diferença? Será que actualmente, apesar de, teoricamente, em termos jurídicos não existirem diferenças, existem efectivamente na prática? A este propósito não tenho dúvidas. Senti-as ao longo da minha vida e continuo muitas vezes a senti-las.

A Constituição - A lei é igual para todos. No seu artigo 13.º (Princípio da Igualdade), a Constituição da República Portuguesa (CRP) determina que, «1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.

2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.» O princípio da igualdade é um dos princípios estruturantes do sistema constitucional global. Poderemos assumir que tem três dimensões (2). Na sua dimensão liberal, consubstancia a ideia de igual posição de todas as pessoas, independentemente do seu nascimento e do seu *status*, perante a lei, geral e abstracta, considerada subjectivamente universal em virtude da sua impessoalidade. Na sua dimensão democrática, exige a explícita proibição de discriminações na participação, no exercício do poder político, seja o respectivo acesso (*v.g.*, sufrágio censitário), seja na relevância dele (desigualdade de voto), bem como o acesso a cargos públicos. A dimensão social impõe a eliminação de desigualdades fácticas (económicas, sociais e culturais), de forma a garantir-se a «igualdade real entre os portugueses» (cf., artigo 9.º, alínea d) da CRP).

Este princípio prende-se, essencialmente, com a ideia de igual posição de direitos e deveres, implicando uma proibição de privilégios ou benefícios no gozo de qualquer direito ou na isenção de qualquer dever e uma proibição de prejuízo

ou detrimento na privação de qualquer direito ou na imposição de qualquer dever. Ou seja, traduz-se na regra da generalidade na atribuição de direitos e na imposição deveres: os direitos e vantagens devem beneficiar todos e os deveres e encargos devem impender sobre todos.

Poderemos afirmar que o âmbito de protecção do princípio da igualdade tem as seguintes dimensões: I) proibição de arbítrio, não sendo legítimas diferenciações de tratamento sem qualquer justificação razoável, de acordo com critérios de valor objectivos, quer a identidade de tratamento para situações manifestamente desiguais; II) proibição de discriminação, não sendo legítimas quaisquer diferenciações de tratamento baseadas em categorias meramente subjectivas ou em razão dessas categorias; III) obrigação de diferenciação, como forma de compensar a desigualdade de oportunidades, o que implica a eliminação pelos poderes públicos de desigualdades fácticas de natureza social, económica e cultural.

Como salientam Jorge Miranda e Rui Medeiros (3), o sentido positivo do princípio da igualdade implica:

- «a) Tratamento igual de situações iguais (ou tratamento semelhante de situações semelhantes).
- b) Tratamento desigual de situações desiguais, mas substancial e objectivamente desiguais e não criadas ou mantidas artificialmente pelo legislador.
- c) Tratamento em moldes de proporcionalidade das situações relativamente iguais ou desiguais e que, consoante os casos, se converte para o legislador ora em mera faculdade, ora em obrigação;
- d) Tratamento das situações não apenas como existem mas também como devem existir (acrescentando-se, assim, uma componente activa ao princípio e fazendo da igualdade perante a lei uma verdadeira igualdade através da lei).
- e) Consideração do princípio não como uma 'ilha', antes como princípio a situar no âmbito dos padrões materiais da Constituição.»

O princípio da igualdade deve traduzir-se num tratamento igual do que é tido por igual e desigual do que é tido por desigual. Mas aí está a principal dificuldade. Saber o que deve ser tido por igual ou por desigual.

Tal como J. J. Canotilho e Vital Moreira salientam (4), «...o princípio da igualdade exige positivamente um tratamento igual de situações de facto iguais e um tratamento diverso de situações de facto diferentes. Porém, a vinculação jurídico-material do legislador ao princípio da igualdade não elimina a liberdade de conformação legislativa, pois a ele pertence, dentro dos limites constitucionais, definir ou qualificar as situações de facto ou as relações



da vida que não-de funcionar como elementos de referência a tratar igual ou desigualmente.»

Deverá salientar-se que, de acordo com o princípio da igualdade, as medidas de diferenciação devem ser materialmente fundadas sob o ponto de vista da segurança jurídica, da proporcionalidade, da justiça, da solidariedade, não se devendo basear em motivos constitucionalmente impróprios. Assim, podem ser legítimas quando, por exemplo, se baseiem numa distinção objectiva de situações e se revelem necessárias, adequadas e proporcionadas à satisfação do seu objectivo. Em conformidade, normalmente aceitam-se como legitimadas diferenças de tratamento entre os sexos no que se reporta à idade núbil, ao prazo inter nupcial, ao regime de certos crimes sexuais, à adequação de determinadas condições de trabalho ⁽⁵⁾ e a atribuição de direitos especiais em função da maternidade. Por outro lado, já não se fundamentam em razões de natureza objectiva, por exemplo, o facto de se vedar às mulheres o exercício a certas carreiras como a magistratura judicial e do Ministério Público, o não acesso de mulheres ao serviço diplomático, a reserva a homens de cargos com funções de autoridade, a reserva do ofício de corretor a homens, etc.

Conforme faz notar Jorge Miranda ⁽⁶⁾, há diversos pontos acolhidos, em regra, pela doutrina e pela jurisprudência: I) igualdade não é identidade; II) igualdade jurídica não é igualdade natural ou naturalística; III) igualdade significa intenção de racionalidade e, em último termos, justiça; IV) a igualdade tem que ser entendida no contexto global dos valores critérios e opções da Constituição material.

Neste contexto, o conteúdo constitucional deste princípio tem variado de acordo com a síntese dialéctica dos momentos liberais, democráticos e sociais. É indiscutível que o princípio da igualdade de todos os homens perante a lei é um dos pilares fundamentais da civilização moderna. Todavia, nas suas diversas aplicações, suscita grandes dificuldades de interpretação e de aplicação. «Mentalidades e tradições, estruturas e interesses socioeconómicos, razões ideológicas e mesmo atitudes religiosas encontram-se entre as causas de relativo atraso na aceitação de uma igualdade que seja universal e efectiva, em vez de restrita a certos países ou para certos efeitos. ⁽⁷⁾»

Assim, temos desde constituições que se limitam a

proclamar o princípio da igualdade em termos genéricos, proibindo as discriminações e privilégios em função do sexo ou de quaisquer outros factores de diferenciação, a constituições que se referem expressamente à igualdade de direitos entre homens e mulheres, a constituições que proclamam o princípio da igualdade em domínios específicos como o da participação política e a constituições que consentem ou impõem medidas de discriminação positiva a favor das mulheres. Actualmente, a CRP encontra-se nesta última categoria.

Entre nós, todas as Constituições, desde a de 1822 ⁽⁸⁾, se referiam à igualdade, muito embora com diversas amplitudes e aplicações. A afirmação de que a lei é igual para todos encontrava-se no artigo 9.º da CRP de 1822, no artigo 145.º, parágrafo 2.º, da Carta Constitucional, no artigo 10.º da Constituição de 1838, no artigo 3.º, parágrafo 2.º, da CRP de 1911, no artigo 5.º da CRP de 1933.

Mas há várias formas de entender a igualdade. No contexto mundial, só no século XX é que as constituições começaram a atender à condição feminina a partir das normas programáticas relativas à igualdade social e dos direitos económicos sociais e culturais ou através de preceitos específicos dirigidos ao legislador. Em Portugal, foi a Constituição de 1933 que veio pela primeira vez referir especificamente a situação da mulher, embora em moldes muito conservadores. Não obstante a igualdade de direitos e deveres dos cônjuges na sustentação e educação dos filhos, admitia quanto à mulher «as diferenças resultantes da sua natureza e do bem da família» (artigo 5.º, parágrafo único) e previa a figura do chefe de família. Somente em 1971 é que a CRP passaria a falar em «diferenças de tratamento quanto ao sexo» e apenas justificadas quanto ao sexo, muito embora não se tenham alterado as normas discriminatórias do Código Civil e a legislação relativa à cidadania, ao acesso às carreiras judiciária e diplomática, à função pública e ao trabalho.

Relativamente às mulheres, para além da relevante consagração genérica do princípio da igualdade, merecem especial destaque, a nível constitucional, os seguintes aspectos da actual Constituição:

– É enunciada, no artigo 9.º, alínea h), como tarefa fundamental do Estado, a promoção da

igualdade entre homens e mulheres.

– Estipula-se, no artigo 26.º, n.º 1, que, «a todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.»

– No artigo 36.º, n.º 3, determina-se que os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos.

– Prevê-se, no artigo 47.º, que todos têm o direito de escolher livremente a profissão ou o género de trabalho, salvas as restrições legais impostas pelo interesse colectivo ou inerentes à sua própria capacidade, bem como que todos os cidadãos têm o direito de acesso à função pública, em condições de igualdade e liberdade, em regra por via de concurso.

– Estipula-se, no artigo 48.º, que «1. Todos os cidadãos têm o direito de tomar parte na vida política e na direcção dos assuntos públicos do país, directamente ou por intermédio de representantes livremente eleitos.

2. Todos os cidadãos têm o direito de ser esclarecidos objectivamente sobre actos do Estado e demais entidades públicas e de ser informados pelo Governo e outras autoridades acerca da gestão dos assuntos públicos.»

– Consagra-se, no artigo 50.º, n.º 1, que todos os cidadãos têm o direito de acesso, em condições de igualdade e liberdade, aos cargos públicos.

– Determina-se, no artigo 58.º, que todos têm direito ao trabalho, incumbindo ao Estado promover «a igualdade de oportunidades na escolha da profissão ou género de trabalho e condi-

ções para que não seja vedado ou limitado, em função do sexo, o acesso a quaisquer cargos, trabalho ou categorias profissionais.»

– Estatui-se, no artigo 59.º n.º1, alínea a), que todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, têm direito à retribuição do trabalho, segundo a quantidade, natureza e qualidade, observando-se o princípio de que para trabalho igual salário igual, de forma a garantir uma existência condigna.

– Consagra-se o direito à organização do trabalho de forma a permitir a conciliação da actividade profissional com a vida familiar (artigo 59.º, n.º 1, alínea b)).

– No artigo 59.º, n.º 2, alínea c), estipula-se ainda que incumbe ao Estado assegurar as condições de trabalho, retribuição e repouso a que os trabalhadores têm direito, nomeadamente a especial protecção do trabalho das mulheres durante a gravidez e após o parto.

– As mulheres-mães têm o direito especial a protecção durante a gravidez, e após o parto, tendo as mulheres trabalhadoras ainda direito a dispensa do trabalho por período adequado, sem perda da retribuição ou de quaisquer regalias (artigo 68.º, n.º 3).

– Estatui-se, no artigo 109.º, que «a participação directa e activa de homens e mulheres na vida política constitui condição e instrumento fundamental de consolidação do sistema democrático, devendo a lei promover a igualdade no exercício dos direitos cívicos e políticos e a não discriminação em função do sexo no acesso a cargos políticos.» ■

(Texto recebido pela CTOC em Outubro de 2007)

(*) Maria Teresa Couceiro Pizarro Beza, *Mulheres, Direito, Crime ou a Perplexidade de Cassandra*, Lisboa, Faculdade de Direito, 1990, pp. 51 e 52.

(¹) Vou reportar-me aos aspectos essenciais, sendo certo que a teia legislativa existente actualmente quer a nível internacional quer a nível interno é bastante extensa.

(²) Citando J.J.Gomes Canotilho e Vital Moreira, CRP, *Constituição da República Portuguesa, Anotada*, Artigos 1.º a 107.º, Volume I, Coimbra Editora, 2007, p. 337.

(³) *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I Introdução Geral, Preâmbulo, Artigos 1.º a 79.º, Coimbra Editora, 2005, p.121.

(⁴) In op. cit. pp. 339 e 340.

(⁵) Em 1973, Título V da parte II (Direito Constitucional Actual) de *Ciência Política e Direito Constitucional*, sumários policopiados, Faculdade de Direito de Lisboa, pp.181 e ss, Jorge Miranda aceitava como justificada a não sujeição das mulheres ao dever de prestar serviço militar.

(⁶) «Igualdade e Participação Política da Mulher», *Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais*, Principia, 1.ª Edição, Outubro de 2003, p. 418.

(⁷) Jorge Miranda, “A Igualdade de Sufrágio Político da Mulher (A propósito da Lei n.º 2137, de 26 de Dezembro de 1968)”, *Informação Social*, n.º13, Janeiro-Março de 1969 e *Scientia Jurídica*, tomo XIX, n.º 107, Lisboa, Novembro-Dezembro de 1970, republicado em *Escritos vários sobre Direitos Fundamentais*, Principia, op.cit., p. 8.

(⁸) A Constituição de 1822 veio opor-se aos privilégios e só permitiu “distinções fundadas nas diferenças dos talentos e das virtudes” (cif. artigo 12.º).