

A leitura antropológica do princípio de não discriminação¹

José Blanes Sala (Universidade Federal do ABC – UFABC)

Introdução

Para Aristóteles, devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade. Esta frase, extraída da sua *Ética a Nicômaco*², se tornou a medida canônica do princípio da igualdade, o qual, não podia ser entendido ao pé da letra, mas sob a frase interpretativa do filósofo. Com o tempo, fomos percebendo que ela encerra uma ambiguidade tanto mais perigosa quanto o próprio título do princípio.

Os juristas se esforçaram, ao longo da história do direito, no intuito de delimitar com certa precisão o velho princípio, por criar mecanismos de cunho legal. Para isso surge outro princípio correlato, o da isonomia, quer dizer, todos são iguais perante a lei. Dito de outra forma, buscou-se na própria lei um parâmetro seguro para a verificação do princípio da igualdade, tanto na sua caracterização ou criação, quanto na sua aplicação. Mas o princípio da igualdade é bem mais amplo do que a isonomia.

Por isso, em que pese ao bem estruturado estudo do professor Celso Antônio Bandeira de Mello³ sobre o princípio da igualdade, não pode ele ser submetido exclusivamente ao raseiro da juridicidade. No seu opúsculo, o citado professor faz com muita competência a distinção entre a igualdade alvejada pelo legislador e a igualdade a que deve atentar o aplicador da lei. Para isso entende que as regras emitidas pelo legislador podem conter desigualdades, desde que estas obedeçam a discriminações constitucionais positivas, no sentido de tratar desigualmente os desiguais; bem como ao aplicador da lei seria permitido adotar ações baseadas nas referidas discriminações positivas, aquilo que hoje conhecemos como ações afirmativas, a fim de também tratar desigualmente os desiguais. No entanto, procura não afastar-se nunca do que ele chama de respeito à isonomia.

A primeira publicação deste trabalho data de 1978, quer dizer dez anos antes da promulgação da nova constituição federal. Certamente, foi leitura inspiradora para os constituintes. Mas é interessante notar que em nenhuma página do seu trabalho faz qualquer referência expressa ao princípio de não discriminação. Aliás, bem ao contrário, o que ele enfatiza são as discriminações que seriam necessárias para garantir o princípio da igualdade, indubitavelmente, num esforço de superar a igualdade formal, para atingir a igualdade material. Mas, a nosso ver, esbarra no exagerado culto do princípio da

¹ IV ENADIR GT15 Processo, construção da verdade jurídica e decisão judicial.

² ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003.

³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, terceira edição.

isonomia quase que identificando-o com o da igualdade. Diz ele ‘o que se encarece, neste passo, é que a isonomia se consagra como o maior dos princípios garantidores dos direitos individuais. *Praeter legem*, a presunção genérica e absoluta é a da igualdade, porque o texto da Constituição o impõe. Editada a lei, aí sim, surgem as distinções (que possam se compatibilizar com o princípio máximo) por ela formuladas em consideração à diversidade das situações. Bem por isso, é preciso que se trate de desequiparação querida, desejada pela lei, ou ao menos, pela conjugação harmônica das leis.’ (BANDEIRA DE MELLO, 1993).

Histórico do aparecimento do princípio

O princípio de não discriminação surge num momento histórico onde se faz muito necessário superar a visão estreita que o princípio da isonomia impõe sobre o conceito da igualdade, fazendo-a depender do preceito constitucional ou da legislação infraconstitucional. O definitivo salto jurídico para garantir a igualdade se dá após a Segunda Guerra Mundial com a progressiva imposição supra constitucional, pela via do direito internacional, ao afirmar –inicialmente como declaração, depois como tratados– o conjunto dos direitos humanos. Na verdade, a sua invocação pontual, já aparece após a Primeira Guerra Mundial, como um desdobramento do princípio da igualdade a partir da preocupação com as minorias.

O salto jurídico a que me refiro consiste num progressivo reconhecimento de que a condição humana, tão brilhantemente exposta por Hannah Arendt em suas obras⁴, não pode ficar à mercê da estrutura jurídico-política do Estado, seja ele qual for. É necessário ir além da fronteira imposta pela norma positivada para reconhecer a validade jurídica de princípios fundantes, mormente aqueles que vêm a explicitar realidades tão relevantes quanto à igualdade entre as pessoas.

Neste sentido, tanto o princípio da dignidade da pessoa humana quanto o principio da não discriminação se erguem com consistência, frequentemente contrariando até mesmo dispositivos constitucionais estatais. Basta lembrar o caso emblemático de África do Sul, cuja Carta Magna consagrava expressamente o regime jurídico de *apartheid*.

Neste sentido, também, parece oportuno lembrar o igualmente progressivo reconhecimento de um *jus cogens*, ou seja, um conjunto de normas imperativas de Direito Internacional geral, nem sempre positivadas, mas reconhecidas pela comunidade internacional, capazes de extinguir qualquer tratado internacional que estiver em conflito. Assim está expresso no artigo 64 da Convenção de Viena de 1964 sobre o Direito dos Tratados.

⁴Principalmente nas suas obras ‘A condição Humana’(1958), ‘As origens do totalitarismo’(1951) e ‘Eichmann em Jerusalém’(1963) esta autora de origem alemã e de família judaica, que sofreu a perseguição do nazismo, expõe magistralmente a necessidade de reconhecer uma série de princípios jurídico-políticos fundantes que superem a visão clássica do principio da igualdade.

É claro que estamos ingressando num terreno jurídico complexo, onde as categorias meramente formais estremeçam nos seus pilares. Mas é necessário incorporar novas categorias oriundas de outras áreas do conhecimento humano, como a sociologia e a antropologia, para intervir com peso decisivo no estabelecimento das regras.

Concretamente, ao cuidar do princípio de não discriminação, a leitura antropológica parece ser decisiva para a sua compreensão e, mais importante ainda, para a sua correta formulação. Tem-se revelado especialmente eficaz no tratamento jurídico que pode ser oferecido às questões ligadas a minorias.

Ao findar a Primeira Guerra Mundial, que coincide com o dismantelamento dos grandes impérios multinacionais, a obrigação de proteger às minorias aparece nos tratados de paz assinados com os Estados derrotados e nos assim chamados ‘tratados de minorias’ que assinaram os Estados recém-criados ou aqueles que se ampliaram, sob a égide da Sociedade das Nações (LOCHAK, 2010).

É a prova, conforme comenta Hannah Arendt, ‘de que os Estados-Nação naquele momento eram, devido à sua própria natureza, incapazes de garantir o respeito universal dos direitos humanos (ARENDR, 2006). O certo é que, historicamente, de uma forma geral, a representação de uma nação como um corpo homogêneo tem funcionado como mecanismo de exclusão com relação àqueles grupos que não pertencem de pleno direito à comunidade nacional.

O sistema de proteção das minorias na Liga das Nações foi baseado no princípio de não discriminação, na garantia do uso das línguas minoritárias nos tribunais e no aprendizado das línguas das minorias e do ensino fundamental das línguas minoritárias (NOUR, 2009).

Já após a Segunda Guerra Mundial, a pesar dos deslocamentos massivos de população, subsistem numerosas minorias, essencialmente na Europa central, às quais deviam proteger novamente os tratados de paz. No entanto, rapidamente, a questão é eclipsada pela preocupação de colocar em prática um sistema de proteção universal dos direitos humanos. Aceita-se, de forma implícita, a hipótese de que havendo o respeito aos direitos humanos em qualquer lugar do mundo, o seu pleno gozo estará garantido automaticamente aos membros das minorias (LOCHAK, 2010).

É na Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, após intensos debates, que encontramos de forma inequívoca o princípio de não discriminação, na sua expressão mais ampla, ao estabelecer em seu artigo segundo que ‘todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição’. Desta forma tenta-se resolver a necessidade de haver um dispositivo de proteção às minorias. No entanto, o assunto volta à baila e criou-se no âmbito da ONU uma subcomissão ‘de luta contra as medidas discriminatórias e para a proteção das minorias’. Como resultado deste trabalho, anos mais tarde, o Pacto Internacional de

Direitos Civis e Políticos de 1966 cria o artigo 27 o qual exige aos Estados em que houver minorias garantir o ‘direito que lhes corresponde, em comum com os demais membros do seu grupo, a ter a sua própria vida cultural, a professar e praticar sua própria religião e utilizar o seu próprio idioma’.

O papel da antropologia

Esta vedação da distinção de qualquer espécie, presente no artigo segundo da Declaração, supõe o reconhecimento da diversidade, implícita na igualdade, tentando tornar esta aparente contradição uma realidade harmônica. Aparente contradição que vêm pela mão da antropologia, na consideração das diferentes características da pessoa. Há, como expõe Lochak de forma original, uma evidente tensão entre, por um lado o ‘direito à indiferença’, a afirmação do direito absoluto de cada indivíduo a ser tratado da mesma forma que todos os outros seres humanos a pesar das possíveis diferenças, e por outro lado, o reconhecimento de identidades singulares, de um ‘direito à diferença’, entendido como o direito de que a sua diferença seja levada em consideração em nome do respeito à diversidade humana (LOCHAK, 2010).

O princípio de não discriminação atua como elemento fundamental para aliviar a referida tensão, uma vez que ele pode compatibilizar a diferença, diversidade ou especificidade, com o tratamento igualitário, o que Lochak denomina injustamente de ‘indiferença’. Mas este princípio, se não receber uma leitura antropológica de compreensão mais profunda da diferença, corre o risco de ser facilmente abandonado ou deixado de lado em nome de uma perigosa uniformidade, que pode ser de cunho nacional, racial, sexual, linguística ou outros elementos que precisam ser compreendidos, muito além do seu aspecto formal ou aparente.

Para Lochak é importante não abandonar o ideal universalista, apresentando uma nova concepção, pois a consideração das diversas pertenças, deve inscrever-se numa nova universalidade, menos abstrata, mais respeitosa com as aspirações dos grupos minoritários, baseada na aceitação da diferença e não na sua negação. É exatamente por isso que entendemos de fundamental importância o princípio da não discriminação, pois possui esta função de flexibilizar o afã universalista mediante as contribuições identitárias que os estudos antropológicos podem oferecer.

Alguns autores, como Balibar e Nour, entendem que a fórmula proposta pela não discriminação é de cunho liberal, indiferente no que tange ao trato com as minorias. Aponta-se, por causa disso, a proposição de políticas públicas de diversos estilos, buscando uma identificação maior com a diferença. A política do reconhecimento, por exemplo, desenhada por Taylor e Honneth, aponta para a inclusão social, entendendo a singularidade de cada um como um valor a ser estimado. A ideia destas políticas embasadas em diferentes teorias é ir além da não discriminação, buscando a promoção ativa e positiva da diversidade e pluralidade cultural (NOUR, 2009).

O risco que se corre com tildar de liberal um princípio jurídico como o da não discriminação é o de desprezar uma ferramenta cuja transcendência é fundamental para permitir uma leitura antropológica de forma muito mais orgânica e inovadora do que qualquer outro princípio ligado ao da igualdade, estando ele muito acima de qualquer rótulo ideológico.

É claro que todas as políticas públicas que tenham como objetivo a busca da igualdade são muito bem vindas, mas o mundo do direito precisa de princípios fundantes que o mantenham erguido e capaz de dar suporte a ações governamentais. Neste sentido, o princípio da não discriminação apareceu como determinante para que um regime jurídico como o dos direitos humanos pudesse transcender fronteiras estatais e se consolidar, independentemente das conjunturas políticas ou de interesseiras leituras partidárias.

Aliás, é de se destacar neste ponto, a lição de Fassin, quando diz que a discriminação constitui uma forma particular de desigualdade social. A minoria está constituída por uma relação de poder. Por isso, convêm deixar de lado as falsas evidências do foco estatístico: a minoria não está definida pelo número, mas pela dominação que a minimiza. Neste sentido, podemos afirmar que as mulheres, ainda que majoritárias, constituem uma minoria. Da mesma forma, não bastaria com que amanhã a América branca já não fosse majoritária (estatisticamente) para que a América de cor deixasse de ser minoritária (politicamente). Consequentemente, é a discriminação a que define a minoria, assim como, conforme a expressão de Jean Paul Sartre, ‘é o antissemita quem cria o judeu’. Assim, não é necessário afirmar a existência de um grupo, mas também não negá-la: basta com estabelecer a discriminação. A questão não é saber se as raças existem, o fato é que existe o racismo, e este torna natural o ‘racializar’ (FASSIN, 2008).

Desdobramentos nos sistemas jurídicos

Resulta interessante perceber como é que o princípio de não discriminação tem se desdobrado em normas de direito material e processual, gradativamente, nos diversos sistemas jurídicos, mostrando desta forma a sua eficácia de fundamento.

Principalmente na Europa o seu influxo está presente: tanto na União Europeia, através da sua legislação e da jurisprudência do Tribunal de Luxemburgo (Tribunal de justiça da União Europeia), quanto no Conselho de Europa, através dos ditames do Tribunal de Estrasburgo (Tribunal Europeu de Direitos Humanos).

A nível legislativo, foram aprovadas duas grandes levas de diretivas, as quais acompanharam as mudanças acontecidas nos tratados e na jurisprudência do Tribunal (LOPES, 2011).

A primeira leva, iniciada por conta do célebre Acordão *Gabrielle Defrenne contra Societé Anonyme de Navigation Aérienne de Sabena* de 1976, compreende diretivas

adotadas entre os anos setenta e oitenta no âmbito do direito do trabalho e da seguridade social, mas apenas no que se refere a princípio de não discriminação em razão do sexo.

A segunda leva, potenciada pela importância que o Tratado de Amsterdã deferiu ao princípio de igualdade e da não discriminação, estabeleceu um quadro geral da igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional que abrange a discriminação em razão da religião ou das convicções, de deficiência, da idade ou da orientação sexual e pela Diretiva 2000/43/CE de 2000, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica.

É preciso ter em conta também o legado da distinção legislativa, mas sobretudo jurisdicional, entre discriminação direta e indireta –isto é, distinções que afetam exclusivamente, seja ostensiva ou disfarçadamente, os membros do grupo desfavorecido e distinções que tem um impacto diferenciado e desvantajoso para um determinado grupo de pessoas não obstante se escudarem num critério de uma prática aparentemente neutra-, as diretivas mais recentes inovam substancialmente ao considerar o assédio (e, em matéria de gênero, o assédio sexual) e as meras instruções com conteúdo discriminatório, como comportamentos materialmente discriminatórios.

Hoje, o Tratado de Lisboa, que nesta matéria foi precedido pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, dedica o título terceiro à temática da igualdade, enquadrando de forma completa o princípio da não discriminação e a admissibilidade das ações positivas.

No âmbito do Conselho de Europa temos que o artigo 14 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, dispõe que ‘o gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no 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’.

A jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo conseguiu transformar a obrigação negativa de não discriminar que impende sobre os Estados, numa obrigação positiva e forte, de assegurar o respeito pelo princípio da igualdade nas várias esferas da vida social (RENUCCI, 2010). O Tribunal, por exemplo, tem considerado discriminatórias outras medidas ou práticas que tem como elementos desencadeadores critérios não tipificados, tais como os do estatuto familiar e matrimonial, a orientação sexual e a incapacidade.

No Brasil, atualmente, o princípio fundamental da não discriminação é assegurado por diversas normas internacionais e pela constituição Federal. Embora incida em todos os campos do direito, é especialmente na seara trabalhista, em razão do grau de sujeição e de subordinação de uma das partes desta relação (CHEHAB, 2010).

Todavia, as vítimas da discriminação tem encontrado grandes dificuldades na efetiva proteção do direito fundamental violado. Em muitos processos judiciais, aponta Chehab,

a proteção internacional e constitucional não é assegurada em concreto. Um dos principais fatores para isso é a dificuldade de provar a discriminação em juízo. A discriminação muitas vezes é ocultada ou velada pelo agressor e a vítima não tem como demonstrar em juízo o preconceito contra si.

Há dificuldade do magistrado trabalhista em lidar satisfatoriamente com a questão da discriminação nas relações laborais, diante da sua adstrição à dogmática ditada pela distribuição do ônus probatório, com esteio nos parâmetros do processo civil (VASCONCELOS, 2005).

Em interessante trabalho, Chehab aponta algumas das soluções para melhor distribuição do encargo probatório nos casos de discriminação, especialmente a realizada de forma indireta e a de forma oculta.

O artigo 335 do Código de Processo Civil oferece a máxima da experiência onde o juiz pode considerar provada, *prima facie*, a discriminação na seleção ao emprego quando o candidato for recusado por motivo vago, abstrato ou indeterminado.

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual a prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la, à luz das circunstâncias do caso concreto. Em outras palavras: prova quem pode (DIDIER, 2007).

Há também, o princípio da aptidão para a prova, ou os dados estatísticos.

Além disso, é interessante lembrar que em 2006 o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em face da negativa de acesso à justiça em crime de discriminação racial, no caso *Simone André Diniz contra Brasil*, justamente pela adoção de rígida regra de ônus da prova em matéria penal.

Conclusão

O princípio de não discriminação se constitui num desdobramento do princípio da igualdade, introduzindo a necessidade de uma leitura antropológica para sua compreensão e interpretação. A espinhosa questão das minorias exigiu esta leitura e ainda desafia os sistemas jurídicos na busca da melhor aplicação da lei e do respeito à diversidade num contexto universal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2003.
2. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, terceira edição.
3. ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. São Paulo: Editora Don Quixote, 2006.
4. LOCHAK, Danièle. *Le droit et les paradoxes de l'universalité*. PUF, 2010.
5. FASSIN, Eric. *Discriminations: pratiques, savoirs, politiques*. LH/LDF, 2008.
6. NOUR, Soraia. *The minority issue: law and the crisis of representation*. Duncker und Humboldt, 2009.
7. LOPES, Dulce. Principais contributos da União Europeia e do Conselho de Europa em matéria de não discriminação. *Periódico Debater a Europa*. Nº 4. Janeiro-Julho 2011.
8. CHEHAB, Gustavo C. O princípio da não discriminação e o ônus da prova. *Revista TST, Brasília*, vol. 76. número 03. Julho-Setembro 2010.
9. VASCONCELOS, Elaine M. A discriminação nas relações do trabalho: a possibilidade de inversão do ônus da prova como meio eficaz de atingimento dos princípios constitucionais. *Revista TST, Brasília*, vol. 71. Número 02. Maio/Agosto 2005.