

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

**DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS
HUMANOS I**

MARIA CREUSA DE ARAÚJO BORGES

SANDRA REGINA MARTINI

VLADMIR OLIVEIRA DA SILVEIRA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuriçuba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito internacional dos direitos humanos I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Maria Creusa de Araújo Borges; Sandra Regina Martini; Vladmir Oliveira da Silveira – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-599-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS I

Apresentação

A proteção internacional e nacional dos direitos humanos continua uma questão central na agenda contemporânea relativa à matéria. O propósito da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, sua pauta pedagógica e os princípios basilares da dignidade da pessoa humana, inviolabilidade e da autonomia da vontade carecem de efetivação. De Paris a Viena, houve avanços em termos de elaboração normativa e conceitual. Na Declaração de Viena de 1993, a compreensão de que os direitos humanos devem se configurar em pauta educativa e pedagógica é consolidada. O ensino da matéria apresenta-se como uma resposta na direção de uma cultura fundamentada no respeito à pessoa humana. Não obstante esse avanço, se assiste a tempos de retrocessos. Os cenários local e internacional são marcados por graves violações de direitos, principalmente, de grupos vulneráveis. Cenários que demandam novas reflexões e respostas, tanto no campo teórico como prático. Os textos aqui reunidos cumprem essa tarefa: instaurar uma reflexão fundamentada no campo da investigação, teórico e prático, sobre a proteção internacional dos direitos humanos e sua repercussão no âmbito doméstico. Primeiramente, os trabalhos realizam uma revisão teórica do campo investigativo, fundada em autores considerados especialistas nas temáticas específicas do campo, tais como Arendt, Vasak e Habermas. Além dos textos voltados à reflexão teórica, há textos sobre os tratados de direitos humanos, seu processo de incorporação no âmbito doméstico e sua efetivação. Por fim, há a problematização das violações de direitos humanos de grupos e classes vulneráveis e os direcionamentos dados pelas instituições internacionais e domésticas. Os textos têm em comum o eixo de investigação focalizado na proteção internacional, na efetivação dessa proteção no nível doméstico e nos desafios que se colocam para os grupos vulneráveis em cenários de retrocessos e de violações de direitos e se constituem em material riquíssimo colocado à disposição para aqueles que trabalham e militam no campo da inclusão social, proteção e defesa dos direitos humanos em âmbitos locais e internacionais.

Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – PUC/SP

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges – UFPB

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento.
Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**O ESTABELECIMENTO DE TRATAMENTOS DIFERENCIADOS LEGÍTIMOS
COMO MECANISMO PARA A CONCRETIZAÇÃO DA IGUALDADE MATERIAL**
**THE ESTABLISHMENT OF LEGITIMATE DIFFERENTIAL TREATMENTS AS A
MECHANISM FOR THE CONCRETIZATION OF MATERIAL EQUALITY**

Helena Kugel Lazzarin ¹
Sonilde Kugel Lazzarin ²

Resumo

O presente trabalho objetiva analisar o estabelecimento de tratamentos diferenciados – legítimos – destinados a grupos que estão em histórica situação de desigualdade, como meio de viabilizar a igualdade material entre os mesmos. Para isso, primeiramente, são analisadas questões relativas à discriminação; e, em um segundo momento, a proibição da discriminação e os tratamentos diferenciados são examinados, inclusive no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos e da Constituição Federal Brasileira. A pesquisa é de cunho bibliográfico e utiliza autores nacionais e internacionais, bem como leituras e pesquisa em livros, artigos de revistas, sites oficiais e legislação nacional e internacional.

Palavras-chave: Discriminação, Igualdade, Tratamentos diferenciados, Grupos vulneráveis, Equiparação

Abstract/Resumen/Résumé

The present study aims at analyzing the establishment of differentiated treatments - legitimate - destined to groups that are in a historical situation of inequality, as a means of making possible a material equality between them. For this, first, issues related to discrimination are analyzed; and, in a second moment, the prohibition of discrimination and differentiated treatments are examined, including in the scope of International Human Rights Law and the Brazilian Federal Constitution. The research is bibliographical and uses national and international authors, as well as readings and research in books, magazine articles, official websites and national and international legislation.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Discrimination, Equality, Differentiated treatments, Vulnerable groups, Equalization

¹ Doutoranda em Direito (UNISINOS). Advogada (Lazzarin Advogados Associados). Pesquisadora (PUCRS /CNPQ, UFRGS/FEMARGS/CNPQ e UNISINOS/CNPQ). Professora Convidada no Curso de Especialização em Direito e Processo do Trabalho da PUCRS.

² Doutora em Direito (PUCRS). Professora de Direito do Trabalho e Previdenciário na Graduação e Pós-Graduação da UFRGS e da PUCRS. Advogada (Lazzarin Advogados Associados). Pesquisadora (UFRGS /FEMARGS/CNPQ).

1. INTRODUÇÃO

Os conceitos de igualdade e de não discriminação, bem como a expressa proibição da discriminação, foram apresentados no âmbito do Direito Internacional em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos. No ordenamento jurídico brasileiro, no entanto, a proibição da discriminação – como proibição de distinções não justificáveis – somente passou a ser expressa na atual Constituição Federal, promulgada em 1988. Nas Constituições anteriores, a expressão “discriminação” era usada, geralmente, como especificação ou separação, para finalidades administrativas ou tributárias. Na Constituição Federal de 1937, em especial, a expressão é utilizada em diversas passagens, com finalidades tributárias.

Tendo como base as normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos e os princípios constitucionais apresentados pela Constituição Federal de 1988, a qual classificou a igualdade e a não discriminação como direitos fundamentais, diversas normas foram criadas ou reformuladas, objetivando estabelecer uma igualdade *material* entre os indivíduos. Foram criadas, desse modo, medidas afirmativas¹ e uma série de tratamentos diferenciados (legítimos) – objeto da presente pesquisa – com a finalidade de possibilitar a equiparação entre grupos de indivíduos.

Cumprindo mencionar que a legislação, seja ela constitucional ou infraconstitucional, não é capaz de alterar o cenário de desigualdade e discriminação existente na sociedade brasileira – cenário presente desde o início de sua formação. Mas esta é importante na medida em que representa o marco inicial para a criação de estratégias políticas e legislativas que visem superar e erradicar as desigualdades sociais. Nesse sentido, as normas antidiscriminatórias são as normas mais importantes relacionadas à proteção da pessoa humana.

2. DISCRIMINAÇÃO

A palavra “discriminação” pode ser considerada relativamente recente no Direito Internacional, tendo em vista que somente em 1948 apareceu em um documento formal de alcance global – na Declaração Universal dos Direitos Humanos. No ordenamento jurídico

¹Ações afirmativas são medidas públicas, ou seja, são atos especiais e temporários determinados pelo Estado. Diferenciam-se, portanto, dos tratamentos diferenciados legítimos, que são estabelecidos através de normas do Direito Internacional e do ordenamento jurídico interno.

brasileiro, da mesma forma, a expressão foi utilizada somente na Constituição Federal de 1988.

Com a vigência da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, assim, a cláusula de não discriminação estava reconhecida universalmente como um direito indispensável a todos os seres humanos. A partir do referido documento, doutrina e jurisprudência passaram a buscar a definição de discriminação, em especial em outras convenções específicas (ZULOAGA, 2006).

A primeira definição foi apresentada em 1958, pela Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho, a qual compreende como discriminação toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, ou, ainda, qualquer outra distinção, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão (SÜSSEKIND, 1994, p. 244-245). Após, em 1965, foi aprovada a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, que considerava “discriminação racial” como “qualquer distinção, exclusão restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica” que tenha como objetivo ou efeito anular ou restringir direitos e liberdades dos indivíduos.

A discriminação por gênero, por sua vez, foi apresentada pela Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, somente em 1979. A expressão “discriminação contra a mulher”, de acordo com a Convenção, é compreendida como

(...) toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

O Comitê de Direitos Humanos² mais tarde utilizou as definições de discriminação apresentadas na Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial e na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de

²O Comitê de Direitos Humanos é um órgão criado pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, responsável por realizar comentários ou observações gerais sobre a interpretação e aplicação de tratados internacionais – o que é fundamental para compreender o alcance de uma norma específica de Direitos Humanos. O Comitê, ainda, é um dos órgãos indicados para receber queixas individuais, relacionadas a violações aos tratados internacionais.

Discriminação contra a Mulher para, em 1989, apresentar o seu próprio conceito de discriminação, que é o conceito utilizado atualmente (ZULOAGA, 2006). No Comentário Geral nº 18, parágrafo 7º, do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2009), restou estipulado:

Embora estas Convenções tratem apenas de casos de discriminação específicos, o Comité considera que o termo “discriminação”, tal como se emprega no Pacto, deve entender-se como referindo-se a toda a distinção, exclusão, restrição ou preferência que se baseie em determinados motivos, como a raça, a cor, o sexo, a língua, a religião, a opinião política ou outro tipo de opinião, a origem nacional ou social, a propriedade, o estatuto de nascimento ou qualquer outra situação, e que tenha por objectivo ou por resultado anular ou comprometer o reconhecimento, a satisfação ou o exercício por parte de todas as pessoas, em condições de igualdade, de todos os direitos e liberdades.

Nos seus Comentários Gerais, o Comitê de Direitos Humanos deixa claro que nem toda diferenciação de tratamento representará uma discriminação, se os critérios para esta diferenciação forem razoáveis e tiverem um propósito legítimo (BAYEFISKY, 1990).

Esclarece-se que a Constituição Federal Brasileira não conceitua discriminação, no entanto, prevê em seu artigo 5º, § 2º:

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

O conceito utilizado pela norma constitucional, desse modo, é aquele estabelecido pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.

2.1. MOTIVOS PROIBIDOS DE DISCRIMINAÇÃO

É importante identificar que existem, na normativa internacional, motivos proibidos de discriminação. Esses motivos discriminatórios merecem destaque, pois possuem características que os distinguem, sendo possível, a partir destas, classificá-los.

Os motivos discriminatórios podem ser divididos em duas categorias: a primeira é composta por situações pessoais, e a segunda, por situações ocasionadas a partir de escolhas e condutas do indivíduo. A primeira categoria diz respeito ao sexo, à orientação sexual, à raça, à origem étnica e à cor da pele, que são qualidades marcadas pela imutabilidade (RIOS, 2008, p. 53).

Ressalta-se que o sexo do indivíduo é uma característica que, assim como outras, pode ser desafiada pelas evoluções tecnológicas da Medicina, em face de cirurgias e de tratamentos transexuais. No entanto, entende-se que o gênero, feminino ou masculino, pode continuar sendo classificado como um motivo natural do indivíduo, sendo, portanto, imutável, uma vez que não se enquadraria na segunda categoria, que está vinculada às questões sociais (LIMA, 2011, p. 124).

A segunda categoria, desse modo, é marcada pelo caráter de mutabilidade, pois existe a possibilidade de escolha do indivíduo. O ato discriminatório em razão de uma opção da pessoa pode ser direcionado à religião, ao estado civil, à opinião política, adesão à determinada organização, entre outros fatores. Esse segundo grupo demonstra não só uma violação ao Princípio da Igualdade, mas um cerceamento da liberdade pessoal dos indivíduos (LIMA, 2011, p. 124).

Evidente que uma situação discriminatória pode envolver mais de um motivo. Quanto a este fato, cumpre destacar, determinadas categorias de motivos podem se sobrepor, por gerarem histórica exclusão – como os motivos de raça e gênero, por exemplo (LIMA, 2011, p. 125).

Assim, a proibição da discriminação implica uma distinção – como exclusão, preferência, limitação ou restrição – entre pessoas ou grupos de pessoas que se encontrem em situações semelhantes, e envolve tanto motivos naturais, como motivos sociais. Quanto à temática, ainda, faz-se importante diferenciar “discriminação direta” de “discriminação indireta”.

2.2. DISCRIMINAÇÃO DIRETA E INDIRETA

A discriminação direta ocorre quando qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, justificada por qualquer forma de diferenciação proibida (como o gênero ou a cor da pele, por exemplo), têm o objetivo de anular ou prejudicar o exercício dos direitos humanos e de liberdades fundamentais do indivíduo, em qualquer campo da vida pública. Desse modo, a discriminação direta é identificada pelo propósito com que a ação é praticada (BRAGATO, 2013, p. 80).

Em uma situação de discriminação direta, conforme Amauri Mascaro Nascimento (2002), além da referida intenção de discriminar, há efetiva preferência de um indivíduo em detrimento de outro – sem causa justificada ou por um motivo proibido de discriminação. A

situação de uma mulher que recebe o salário inferior ao do colega de trabalho do sexo masculino, por exemplo, é uma situação de discriminação direta.

Quanto ao exemplo, em maio de 2016, o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região condenou uma empresa a indenizar, por dano moral, uma trabalhadora que possuía salário inferior ao de seus colegas de trabalho do sexo masculino:

O procedimento adotado pela reclamada implica em admissão dos funcionários do sexo masculino com salário diferenciado (maior) que o salário utilizado para admissão das funcionárias do sexo feminino, o que é facilmente verificado pela comparação do salário da época da contratação do paradigma com o salário do mesmo mês da autora. Salienta-se que, ainda que ficasse demonstrada a necessidade de que os empregados carregassem peso além do limite estabelecido pela norma do art. 390, da CLT (...) tal atividade é acessória, não cabendo a distinção salarial aplicada pela ré. Assim, nega-se provimento ao recurso da reclamada. Oficie-se ao Ministério Público do Trabalho, com cópia da presente decisão, para que tome as providências cabíveis.

Outro exemplo aplicável é a demissão de um empregado justificada pela sua orientação sexual, conforme apontou a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho:

Conclui-se, pois, que a decisão recorrida, ao contrário do que alega a agravante, mostra-se em perfeita conformidade com as disposições do artigo 5º, X, da Constituição, haja vista que a discriminação sofrida pelo empregado, em razão da sua orientação sexual, demonstra, efetivamente, vulneração aos direitos de personalidade do agravado, evidenciando-se o acerto da decisão que declarou a existência de dano moral passível de indenização.

A discriminação direta, assim, é a mais explícita das formas delineadas pela doutrina, tendo em vista que ocorre de maneira clara, intencional e sem justificção plausível ou legítima. Ao contrário da discriminação indireta, é mais fácil de ser evidenciada e, portanto, aparece com mais frequência na jurisprudência dos tribunais.

A discriminação indireta, por sua vez, ocorre quando leis, decisões ou práticas, aparentemente neutras, geram uma situação de desigualdade a um grupo específico, criando ou reforçando a situação de discriminação. Conforme Fernanda Frizzo Bragato (2013, p. 82), “mesmo que formalmente exista um tratamento equitativo e a proibição de discriminação direta, alguns grupos populacionais podem ficar à margem de outros, tendo em vista a relação de desvantagem em que vivem”. Assim, a discriminação direta diferencia-se da indireta na medida em que esta independe do caráter intencional, importando apenas o efeito gerado pela situação.

Na discriminação indireta, não há uma manifestação expressa da vontade do indivíduo, no entanto, as consequências de sua conduta, apesar de considerada neutra, geram discrepâncias de tratamento e de resultados (BARBUGIANI, 2015, p. 57). A discriminação indireta é insidiosa na medida em que, geralmente, parte de um tratamento formalmente igualitário, mas que sabidamente produzirá uma situação de desigualdade, de diferentes efeitos para diferentes grupos (BRAGATO, 2013, p. 82).

Essa discriminação pode ou não ser conscientemente desejada, e, independente do caráter intencional, é caracterizada pelas consequências negativas geradas em grupos específicos. É uma das discriminações mais complexas e difíceis de combater, pois pode ser praticada não só por agentes privados, mas por agentes públicos, que acabam por gerar uma segregação através de condutas aparentemente neutras (TOMEI, 2003).

Como exemplo de discriminação indireta, pode-se usar a contratação, por uma empresa, de dois funcionários: um deles, portador de uma deficiência física,³ o que causa dificuldade para este se locomover; enquanto o outro não porta nenhum tipo de deficiência. E, para entrar no estabelecimento, há uma escadaria. Existe uma discriminação indireta ao portador de deficiência, ainda que a intenção legislativa – e até mesmo a intenção do empregador – seja gerar uma situação de igualdade entre os funcionários (LIMA, 2011, p. 219-220). Assim, ainda que não provida de intenção discriminatória, qualquer atitude nesse sentido deve ser “condenada por violação do princípio constitucional da igualdade material, se em consequência de sua aplicação resultarem efeitos nocivos de incidência especialmente desproporcional sobre certas categorias de pessoas” (GOMES, 2001, p. 24).

3. TRATAMENTOS DIFERENCIADOS LEGÍTIMOS

É indispensável compreender, a partir das definições tratadas anteriormente, que o conceito de igualdade como idêntico tratamento da lei a todos é insuficiente, pois restringe a igualdade ao aspecto formal. Esse conceito ignora a desigualdade histórica que existe entre as pessoas, pressupondo uma igualdade inexistente entre elas (BRAGATO, 2013, p. 78).

No que diz respeito à igualdade de gênero, por exemplo, a Organização Internacional do Trabalho (2008) se manifestou no sentido de ser preciso reconhecer a desigualdade existente entre mulheres e homens no mercado de trabalho e reconhecer que qualquer medida

³Quanto ao tema, destaca-se que o Decreto nº 6.949, de 2009, promulgou no território brasileiro a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 2007.

neutra – que não tenha o objetivo explícito de reduzir essas assimetrias – tenderá a manter e, talvez, aprofundar essas desigualdades. Assim, medidas neutras podem estar reforçando ou contribuindo para uma situação de discriminação indireta.

A igualdade e a não discriminação tornaram-se, principalmente a partir da metade do século XX, elementos fundamentais do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que tem como princípio norteador a dignidade de todos os seres humanos. O referido princípio não pressupõe que todos são idênticos entre si, mas, ao contrário, reconhece a “existência concreta de seres humanos diferentes entre si, cujas diferenças, ao invés de inferiorizá-los, devem ser reconhecidas e valorizadas” (BRAGATO, 2013, p. 78).

Por este motivo – em decorrência da discriminação gerada a partir de uma igualdade formal –, tornou-se necessária a criação de leis e medidas que, embora criem restrições, são consideradas legítimas. Existe, assim, o tratamento diferenciado legítimo, aquele que objetiva uma situação de igualdade, de equiparação entre indivíduos que se encontram, por algum motivo, em situação desigual.

A igualdade, desvinculada da ideia de igualdade formal, de um tratamento igual de todos perante a lei, exige proteção àqueles grupos que se encontram em desvantagem social, econômica, cultural, sexual, racial, religiosa, etc., pois exige a preocupação e a compreensão das circunstâncias históricas que geraram a situação de vulnerabilidade desses grupos específicos. Assim, medidas de diferenciação que atingem grupos vulneráveis não são consideradas discriminatórias, pois produzem o efeito contrário, de isonomia, de igualdade.

Para Alain Touraine (1998, p. 65), não se trata de reconhecer o valor universal de uma cultura ou de uma civilização, mas, ao contrário, de “reconhecer em cada indivíduo o direito de combinar, de articular em sua experiência de vida pessoal ou coletiva, a participação no mundo dos mercados e das técnicas com uma identidade cultural particular”. Para o autor, em situações sociais concretas, deve ser observado o direito de cada indivíduo ou de cada coletividade de agir em conformidade com sua própria natureza. A igualdade, assim, deve ser baseada nas diferenças existentes entre os indivíduos.

Portanto, nem todo tratamento desigual configura discriminação. O Princípio da Igualdade não objetiva o tratamento idêntico entre todos, permitindo diferenciações razoáveis entre indivíduos ou grupos de indivíduos, fundadas em razões pertinentes e significativas. A efetiva igualdade, vinculada à dignidade humana, exige resultados isonômicos ou igualitários, o que pode, em determinados casos, depender de um tratamento diferenciado (SHELTON, 2008). Conforme Dinah Shelton (2008), tratar desiguais de formas diferenciadas, de acordo com a sua desigualdade, não só é permitido, como é necessário.

Essas leis e medidas geralmente partem de fatores de discriminação com o propósito inverso de beneficiar indivíduos ou grupos vulneráveis e, por isso, são legítimas. Roger Raupp Rios (2008, p. 178-179) apresenta, como argumentos favoráveis às ações afirmativas e ao tratamento diferenciado legítimo, o combate aos efeitos presentes da discriminação passada e a natureza compensatória ou reparatória das referidas ações ou medidas.

Nesse sentido, a criação de cotas no ensino superior público para a população afrodescendente, por exemplo, é uma medida legítima, pois gera uma situação de igualdade. O igual tratamento de todos, nesse caso, reforçaria a opressão e a dominação de grupos e indivíduos que estão historicamente em desvantagem, na medida em que a igualdade formal, aplicada com exclusividade, acarreta injustiças ao desconsiderar diferenças de identidade. Por isso, são necessárias políticas afirmativas como esta, pois têm como fundamento o princípio constitucional da igualdade material (IKAWA, 2008. p. 150-151).

A ideia de “cotas de gênero” para melhorar a representação política das mulheres – ideia trabalhada em vários países da América Latina –, da mesma forma, não é considerada discriminatória, tendo em vista que a baixa representatividade das mulheres é um problema presente em diversos países (TOBAR, 2008). Estas medidas retratam um processo de conscientização sobre a extensão real da subjetividade feminina e uma tentativa de redesenhar as assimetrias de gênero. No entanto, essa conscientização continua precária na maior parte dos países (AÑAZCO, 2006).

Cumprido esclarecer que o conceito de tratamento diferenciado legítimo não pode ser confundido com o conceito de “privilégio”, que é ilegítimo. O conceito de “privilégio” pode ser traduzido como o oposto da discriminação direta: trata-se de um tratamento diferenciado que objetiva beneficiar – ou potencializar direitos de – indivíduos ou grupos que já se encontram em uma situação de vantagem. Cita-se, como exemplo, a Lei nº 5.465, de 1968, revogada pela Lei nº 7.423, de 1985, que estabelecia que, em cursos públicos federais voltados à agricultura e à veterinária, 50% das vagas seriam destinadas a agricultores ou filhos destes, independentemente de sua situação financeira, caracterizando uma clara situação de privilégio, ou seja, de benefício de uns em detrimento de outros (BRAGATO, 2013, p. 81).

Conforme a Opinião Consultiva nº 4, da Corte Interamericana de Direitos Humanos,⁴ a igualdade é incompatível com qualquer situação que considere a superioridade de determinado grupo – e o conseqüente tratamento privilegiado –, bem como com a situação inversa, que considere um grupo inferior aos demais, o discriminando. Para a Corte, assim, os

⁴Itens nº 55 e 57 da Opinião Consultiva nº 4 da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

tratamentos diferenciados que não correspondam à natureza e à necessidade dos indivíduos, não são aceitáveis, sendo legítimos e necessários os tratamentos diferenciados direcionados àqueles que, por sua natureza, são desiguais. Destaca-se que a jurisprudência da Corte⁵ reitera este entendimento, afirmando que os Estados estão obrigados a adotar medidas positivas para reverter situações discriminatórias existentes nas suas sociedades.

Ressalta-se que, conforme Roger Raupp Rios (2008, p. 191-192), o direito constitucional brasileiro contempla a adoção de tratamentos diferenciados que tenham como propósito beneficiar um grupo em situação de desvantagem, em virtude de sua respectiva condição racial, étnica ou sexual. Por exemplo, a proteção do mercado de trabalho da mulher,⁶ mediante tratamentos diferenciados ou medidas especiais, objetiva beneficiar um grupo que experimenta comprovada situação desvantajosa.

Nesse sentido, é importante esclarecer que a Constituição de 1988 representou um importante marco no tocante à proibição da discriminação. Esse reconhecimento foi baseado nas normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A Constituição, além de considerar a proibição da discriminação como um direito fundamental, considerou-a como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, junto de outros objetivos extremamente importantes para a manutenção do Estado social e democrático de direito.

A Constituição Federal prevê, em seu artigo 3º, inciso IV:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
(...)
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Desse modo, o referido dispositivo estabelece os objetivos do Estado brasileiro em incisos de caráter igualitário, sendo, o último deles, a proibição da discriminação de qualquer espécie. Esses objetivos “valem como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana” (SILVA, 2010, p. 105-106).

⁵Itens nº 79 e 80 do Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile.

⁶O artigo 7º, XX, da Constituição Federal expressa: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”.

O artigo 4º da norma constitucional expressa que o Estado rege-se nas suas relações internacionais por uma série de princípios e, dentre eles, encontra-se a “prevalência dos direitos humanos” (inciso II). Com a previsão, a Constituição Federal promove a sua relação com todas as previsões internacionais contra a discriminação, tornando-se compatível com a preocupação global de seu combate.

A referida previsão no ordenamento interno do país é fundamental, assim, para garantir a aplicação dos direitos humanos. É necessário inserir na cultura política do Estado os elementos necessários para que esses direitos sejam sustentados, pois as normas internas devem sempre ser interpretadas e aplicadas à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos (ROJAS, 2009, p. 5-6).

Relativamente à questão, esclarece-se que a falta de diálogo é um dos temas mais complexos da relação entre o direito interno brasileiro e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Isso porque os magistrados, responsáveis por aplicar tanto o direito interno, como as normas internacionais, independente da escola ou sistema que pertençam, entendem que o sistema de normas e precedentes de seus Estados é suficiente à resolução dos litígios levados ao Poder Judiciário – como se o sistema jurídico nacional bastasse por si só. Conforme Jânia Maria Lopes Saldanha (2011, p. 98-99), a manutenção do clássico dogma do respeito à soberania estatal é uma tradição brasileira, ao contrário do que acontece, por exemplo, com os magistrados nacionais integrantes dos países da União Europeia, que são os primeiros aplicadores do Direito Comunitário. Quanto à questão, ainda, destaca-se que o relatório realizado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 2015, constatou, da mesma forma, que a normativa internacional não vem sendo aplicada de forma adequada. Nesse sentido, a pouca atenção dos tribunais à normativa internacional é um dos motivos para a perpetuação da discriminação contra grupos vulneráveis.

Na sequência dos dispositivos constitucionais, faz-se importante mencionar, por fim, o inciso XLI do artigo 5º, que expressa que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”, bem como o artigo 7º, relativo aos direitos laborais, que proíbe a discriminação relacionada ao emprego.

É importante compreender que a proibição da discriminação visa tutelar não somente a efetivação da igualdade material, mas, principalmente, garantir o efetivo exercício dos demais direitos fundamentais. Por isso, no ordenamento jurídico brasileiro, a norma antidiscriminatória encontra-se em posição superior até mesmo aos demais direitos fundamentais (LIMA, 2011, p. 66), na medida em que estes devem sempre ter o direito à antidiscriminação como norteador para sua aplicação.

Assim, os tratamentos diferenciados são compatíveis com a Constituição Brasileira de 1988, quando estes são fundados em razões pertinentes e significativas.

Ressalta-se que, além das previsões constitucionais, há de se considerar que o artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal faz a previsão explícita da incorporação ao direito nacional dos tratados internacionais de direitos humanos e que nestes há expressa menção da legitimidade e da necessidade de tratamentos diferenciados e de ações afirmativas.

4. CONCLUSÃO

O cenário de desigualdades existente demonstra a urgente necessidade de construir uma igualdade material entre os indivíduos, reconhecendo e respeitando suas diferenças e seus direitos. Com isso, e, ainda, com base nas definições de igualdade e de não discriminação analisadas, identifica-se a necessidade do estabelecimento de tratamentos diferenciados legítimos, direcionados àqueles grupos que experimentam situação desvantajosa, por estarem, historicamente, em situação de desigualdade.

Conforme demonstrado, os tratamentos diferenciados legítimos são aqueles que objetivam uma situação de igualdade, de equiparação entre indivíduos que se encontram, por algum motivo, em situação desigual. São legítimos – e necessários – na medida em que a igualdade, desvinculada da ideia de igualdade formal, de um tratamento igual de todos perante a lei, exige proteção àqueles grupos que se encontram em desvantagem social, econômica, cultural, sexual, racial, religiosa, etc., pois exige a preocupação e a compreensão das circunstâncias históricas que geraram a situação de vulnerabilidade desses grupos específicos. Assim, medidas de diferenciação que atingem grupos vulneráveis (como as mulheres, os afrodescendentes, os indígenas, os idosos, etc.) não são consideradas discriminatórias, pois produzem o efeito contrário, de isonomia, de igualdade.

Verifica-se que o Direito Internacional, com base nestes fundamentos, teve a preocupação de elevar a proibição da discriminação a um alto nível de proteção dentro da sua normativa: os estados passam a ter o dever de efetivar a proteção da dignidade de todos os seres humanos e de garantir a não discriminação, inclusive através de tratamentos diferenciados, quando estes forem necessários. Verifica-se que esse posicionamento gerou reflexos importantes na legislação interna. No Brasil, a Constituição Federal, além de considerar a proibição da discriminação como um direito fundamental, considerou-a como um dos objetivos fundamentais da República Federativa, junto de outros objetivos extremamente importantes para a manutenção do Estado social e democrático de direito.

Inobstante a existência destes documentos – os quais expressam a legitimidade e a necessidade de tratamentos diferenciados –, verifica-se que ainda é um desafio para os estados superar a impunidade das violações aos direitos humanos, bem como aplicá-los nos seus ordenamentos internos. No entanto, a existência destas normas é fundamental, na medida em que servem como base para decisões, bem como para a criação de novas leis e medidas que tenham como objetivo a proteção da dignidade de todos os seres humanos e a proibição da discriminação em todas as suas formas.

5. REFERÊNCIAS

AÑAZCO, Yanira Zúñiga. **Género y Democracia**: un análisis de las propuestas de igualdad y de representación contenida en las cuotas y en la paridad. Disponível em: <<http://www.derecho.uach.cl/noticias/?p=1196>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. **Igualdade de Gênero**: o redimensionamento da concepção da igualdade material no âmbito laboral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BARRETO, Ana Cristina Teixeira. **Carta de 1988 é um Marco Contra Discriminação**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-nov-05/constituicao-1988-marco-discriminacao-familia-contemporanea>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

BAYEFSKY, Anne F. **El Principio de Igualdad o No Discriminación en el Derecho Internacional**. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31086spa.pdf>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. ADAMATTI, Bianka. **Igualdade, Não Discriminação e Direitos Humanos**: são legítimos os tratamentos diferenciados? Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509929/001032257.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. **Direitos Humanos além da Lógica Formal do Princípio da Igualdade**: uma leitura a partir do princípio da não discriminação. In: STRECK, Lenio Luiz. ROCHA, Leonel Severo. ENGELMANN, Wilson. (orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado, nº 10. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 mar. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 6.949, de 2009**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 27 mar. 2018.

BRASIL. **Lei nº 5.465, de 1968.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-5465-3-julho-1968-358564-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

BRASIL. **Lei nº 7.423, de 1985.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7423-17-dezembro-1985-368024-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional da 4ª Região. **Acórdão do Processo nº RO-0000738-41.2014.5.04.0234.** 8ª Turma do Tribunal Regional da 4ª Região. Relator Francisco Rossal de Araújo, publicado em 12/05/2016. Disponível em: <http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/consulta_lista/ConsultaProcessualWindow?svc=consultaBean&nroprocesso=0000738-41.2014.5.04.0234&operation=doProcesso&action=2&intervalo=90>. Acesso em: 27 mar. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Acórdão do Processo nº TST-AIRR-231-66.2015.5.03.0010.** 5ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho. Relator Barros Levenhagen, publicado em 29/06/2016. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%2020231-66.2015.5.03.0010&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAPIuAAO&dataPublicacao=01/07/2016&localPublicacao=DEJT&query=dano%20and%20moral%20and%20discrimina%E7%E3o%20and%20orienta%E7%E3o%20and%20sexual>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Estándares Jurídicos:** igualdad de género y derechos de las mujeres. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EstandaresJuridicos.pdf>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile.** Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinión Consultiva OC-4/84.** Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2018.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

IKAWA, Daniela. **Direito às Ações Afirmativas em Universidades Brasileiras.** In: SARMENTO, Daniel. IKAWA, Daniela. PIOVESAN, Flávia. (coords.). Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LAZZARIN, Helena K. **A (Des)Proteção ao Trabalho da Mulher:** as insuficiências legais e o tratamento igualitário no Brasil. Saarbrücken, Germany: AV Akademikerverlag GmbH & Co. KG (Brasil: Novas Edições Acadêmicas), 2017.

LAZZARIN, Sonilde K. **A Revitalização do Princípio da Fraternidade**: elemento norteador das relações interprivadas laborais na sociedade contemporânea. Saarbrücken, Germany: AV Akademikerverlag GmbH & Co. KG (Brasil: Novas Edições Acadêmicas), 2013.

LIMA, Firmino Alves. **Teoria da Discriminação nas Relações de Trabalho**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

LOPES, Otavio Brito. **Minorias, Discriminação no Trabalho e Ação Afirmativa Judicial**. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/1295387/1313830/Minorias,%20discrimina%C3%A7%C3%A3o+no+trabalho+e+a%C3%A7%C3%A3o+afirmativa+judicial>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Proibição de Discriminar o Empregado**. Disponível em: <<http://www.ojs.fdsbc.servicos.ws/ojs/index.php/fdsbc/article/view/489/326>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Compilação de Instrumentos Internacionais de Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://acnudh.org/wp-content/uploads/2011/06/Compilation-of-HR-instruments-and-general-comments-2009-PDHJTimor-Leste-portugues.pdf>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discriraci.htm>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discrimulher.htm>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 111**. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/node/472>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Emprego, Desenvolvimento Humano e Trabalho Decente: a experiência brasileira recente**. Brasília: CEPAL/PNUD/OIT, 2008.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da Antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ROJAS, Claudio Nash. **El Sistema Interamericano de Derechos Humanos em Acción**: aciertos y desafíos. México: Porrúa, 2009.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Cooperação Jurisdicional**: reenvio prejudicial: um mecanismo de direito processual a serviço do direito comunitário: perspectivas para sua adoção no Mercosul. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SHELTON, Dinah. **Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos**. Disponível em: <<http://www.revistas.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/13488/13756>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT**. São Paulo: LTr, 1994.

TOBAR, Marcela Ríos. **Mujer y Política**: el impacto de las cuotas de género en América Latina. Disponível em: <http://www.idea.int/publications/women_and_politics/upload/MujeryPolitica_web_inlay.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2018.

TOMEI, Manuela. **Análisis de los Conceptos de Discriminación y de Igualdade nel Trabajo**. Disponível em: <<http://documents.mx/documents/analisis-de-los-conceptos-de-discriminacion-y-de-igualdad-en-el-trabajo.html>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

TOURAINÉ, Alain. **Igualdade e Diversidade**: o sujeito democrático. Tradução: Modesto Florenzano. São Paulo: EDUSC, 1998.

UPRIMNY, Inés Margarita. **La Protección Internacional de los Derechos Humanos**: el sistema de Naciones Unidas. Disponível em: <http://portal.uexternado.edu.co/pdf/1_facultadDerecho/documentos/COPIAS_SANDY_AB_UABA_RA/la%20proteccion_001.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2018.

ZULOAGA, Patricia Palacios. **La No Discriminación**: estudio de la jurisprudência del Comité de Derechos Humanos sobre la cláusula autónoma de no discriminación. Disponível em: <<http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/7.pdf>>. Acesso em: 27 mar. 2018.