



Discriminação por motivos de Raça e de Orientação Sexual: ? Principais Características e Jurisprudência do TJUE

Aplicação da Lei Antidiscriminação da UE

Lisboa, 7 de Novembro de 2017

Petr Polák

Gabinete do Defensor Público dos Direitos

República Checa





Avalie-se

Numa escala de 1-100%

- O que é que conhece sobre a vida das minorias nacionais ou da comunidade LGBT no seu país?
- De onde que provem a sua informação?
- Será uma informação suficiente para julgar um caso?
- Onde é que pode encontrar mais informação?



Raça, Origem Étnica e Orientação Sexual - O Que Têm Em Comum?

- história de opressão
- falta de definição na legislação da UE
- característica pessoal imutável
- visibilidade (identidade assumida, associação)
- derrogação do princípio da igualdade de tratamento



Raça, Origem Étnica e Orientação Sexual - Em que Aspectos Diferem?

- conceito de semelhança
- nível de proteção da UE
- número de acórdãos do TJUE



Origem Racial e Étnica - Acordãos do TJEU

- ❑ C-54/07, Firma Feryn (Bélgica)
- ❑ C-415/10, Meister (Alemanha)
- ❑ C-571/10, Kamberaj (Itália)
- ❑ C-83/14, CHEZ (Bulgária)
- ❑ C-668/15, Jyske Finans (Dinamarca)



Orientação Sexual - Acórdãos do TJUE

- ❑ C-267/06, Maruko (Alemanha)
- ❑ C-147/08, Römer (Alemanha)
- ❑ C-81/12, Accept (Roménia)
- ❑ C-267/12, Hay (França)
- ❑ C-528/13, Léger (França)
- ❑ C-443/15, Parris (Irlanda)



Noção de raça, Origem Étnica e Nacionalidade

Diretiva da Igualdade Racial (DIR)

Aplica-se em matéria de discriminação com base na ‘**origem racial ou étnica**’ (artigo 1.º)

O que é que significa?

- ❑ **Considerando 6:** o uso de termos "raça" e "racial" não implicam a aceitação de teorias sobre raças humanas separadas. **Considerando 13 e Artigo 3 (2):** não se aplica às diferenças de tratamento com base na nacionalidade
- ❑ **Considerando 3:** referência à ICERD e à TEDH



Noção de raça, origem étnica e nacionalidade

- ❑ ‘A discriminação baseada na origem étnica de uma pessoa constitui uma **forma de discriminação racial**’ (CHEZ, parág. 73)
- ❑ A origem étnica ‘tem sua origem na ideia de grupos sociais marcados em particular pela **nacionalidade comum**, fé religiosa, linguagem, origens culturais e tradicionais e contextos’ (CHEZ, parág. 46)



Conceito de Nacionalidade Comum

- ❑ **Firma Feryn** (não está disposta a contratar Marroquinos)
- ❑ O TJUE **não define** ‘origem racial ou étnica’
- ❑ DIR **pode ser** aplicada a essa declaração sobre a **nacionalidade** dos potenciais empregados (discriminação direta)



Conceito de Nacionalidade Comum

- Kamberaj** (residente de longa duração, benefício habitacional, rejeição - não nacional de EM)
- A DIR **não pode ser** aplicada, artigo 3 (2)
- tratamento diferenciado baseado na **nacionalidade**

Contradição no acordo entre Firma Feryn e Kamberaj ?



Conceito de Nacionalidade Comum? CHEZ - Luz no Fim do Túnel?

- ❑ Cidadão Búlgaro, distrito habitado principalmente por Roma, ela não era Roma
- ❑ TJUE citando o TEDH in Nachova e Sejdić
(Appl. Nos. 43577/98 and 43579/98, Appl. Nos. 27996/06 and 34836/06)
‘ideia de grupos societais marcados em particular pela **nacionalidade comum**, fé religiosa, linguagem, origens culturais e tradicionais e contextos’ (parág. 46)



Nacionalidade versus Origem Nacional - Conclusões e Possíveis Sobreposições

Firma Feryn

- referência ao país de nascimento (cultural / contexto étnico)
- não como estatuto legal / cidadania

Kamberaj

- referência à nacionalidade (estatuto jurídico, cidadania)
- não como origem cultural / contexto étnico
- nacionalidade não coberta pela DIR

CHEZ

- na mesma linha da Firma Feryn
- refere-se à origem nacional (nacionalidade comum)



E o "Local de nascimento"? Caso Jyske Finans

- não explicitamente mencionado na DIR
- lista de fatores **não exaustivos** ('em particular')
- art. 21 da Carta ('nascimento')
- instituição de crédito, local de nascimento fora da UE (ex-Jugoslávia), exigência de apresentação de documento de identificação adicional
- "A origem étnica não pode ser determinada com base **num único critério**, mas, pelo contrário, é baseada numa série de fatores, (...). o país de nascimento de uma pessoa não pode, por si só, justificar uma **presunção geral de que essa pessoa é membro de um determinado grupo étnico** (parágs. 19 e 20)



Impacto do acórdão de Jyske Finans

- um tratamento menos favorável baseado unicamente no local de nascimento de alguém (fora da UE) **não equivale** a discriminação directa ao abrigo da DIR
- MAS** a lei nacional da igualdade - lista de motivos protegidos pode ser **mais alargada**
- exemplo: adopção recente da nova Lei Antidiscriminação portuguesa (Lei 93/2017) - entrada em vigor em 1 de Setembro de 2017
- extensão da lista de motivos proibidos** (ascendência e território de origem)
- Podia ser um tratamento menos favorável **objectivamente justificado** à luz da Legislação nacional contra o branqueamento de capitais?



Pode uma Declaração Pública constituir uma Discriminação?

Firma Feryn

- conduz a acórdão principal
- vítima não identificável, intervenção organismo para a igualdade
- TJUE refere-se ao objectivo da DIR (parág. 23) e potencial efeito dissuasivo nos candidatos (parág 25)
- presunção de discriminação directa** em relação ao recrutamento (inconsistência entre o parág. 28 e o parág. 34)





Pode uma Declaração Pública constituir Discriminação?

Aceitar

- declaração pública de pessoa **diferente do empregador**
- vítima potencial conhecida, intervenção de ONG (actio popularis)
- declaração considerada **discriminação prima facie** ao abrigo FED (não discriminação como tal)
- Resultado** a nível nacional – Por que tem um sabor tão amargo?





Discriminação direta ou indireta? Quem é o comparador?

Maruko & Römer

- discriminação directa
- teste de comparabilidade - tribunal nacional

Hay

- benefícios matrimoniais e dias de licença especial
- não concedidos aos companheiros PACS (disponível para casais do mesmo sexo e do sexo oposto)
- O TJUE faz o teste de comparabilidade - discriminação directa**



Discriminação directa ou indirecta? Quem é o comparador?

CHEZ

- O tribunal nacional deve avaliar **todas as circunstâncias e determinar** a forma de discriminação.
- Directa** - a medida tem claramente uma natureza étnica
- Indirecta** - resposta ao abuso no distrito em causa, critério neutro, desvantagem particular para um Roma em comparação com um não Roma



Discriminação directa ou indirecta? Quem é o comparador?

Jyske Finans

- Quem é colocado numa desvantagem específica?
- Pessoa de **origem étnica específica**? (parág. 31), **grupos de pessoas** identificados
- O TJUE refere-se à sua jurisprudência e ao Parecer de AG (a comparabilidade deve ser realizada não de **forma não global e abstrata**, mas de forma específica e concreta, parág. 67)
- (não) origem étnica dinamarquesa - **não constitui** discriminação indirecta ao abrigo da DIR



Justificação da Defesa

Nos casos de discriminação indirecta, o TJUE fornece **diretivas** aos tribunais nacionais.

Objetivo legítimo, proporcionalidade, necessidade - **devem ser interpretados estritamente** em casos de discriminação racial

CHEZ (para 110 – 128)

- segurança da rede de transmissão de electricidade, devido ao registo do consumo de electricidade
- meios menos restritivos não existem
- as condições não são de natureza estigmatizante, a monitoragem regular do consumo é permitida



Justificação da Defesa

Léger (parágs 57 – 69)

- critérios de elegibilidade para **doadores de sangue**
- critérios de **diferimento** - homem que teve relações sexuais com outro homem (**HSM**) - grupo inteiro
- A **situação epidemiológica** no país
- objectivo:** minimizar o risco de transmissão de uma doença infecciosa aos beneficiários
- proporcionalidade:** técnica para detectar o HIV, que é menos onerosa (os procedimentos científicos e técnicos mais recentes) - "período de janela" (parág. 62)
- o questionário e a entrevista individual - **orientação sexual versus comportamento sexual**



Discriminação Múltipla e Intersectorial – Ocasões Perdidas

Firma Feryn

- ❑ dimensão de género (quase invisível)

Meister

- ❑ três motivos alegados: género, idade e origem étnica, não desenvolvidos no raciocínio do acórdão

Parris

- ❑ primeira decisão do TJUE sobre as interseções (idade e orientação sexual) - infelizmente contra requerente



Public Defender of Rights
OMBUDSMAN

Obrigado pela sua atenção!

<http://www.ochrance.cz/en/>

Gabinete do Provedor
Údolní 39
602 00 Brno
República Checa