



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Wallace de Almeida Corbo

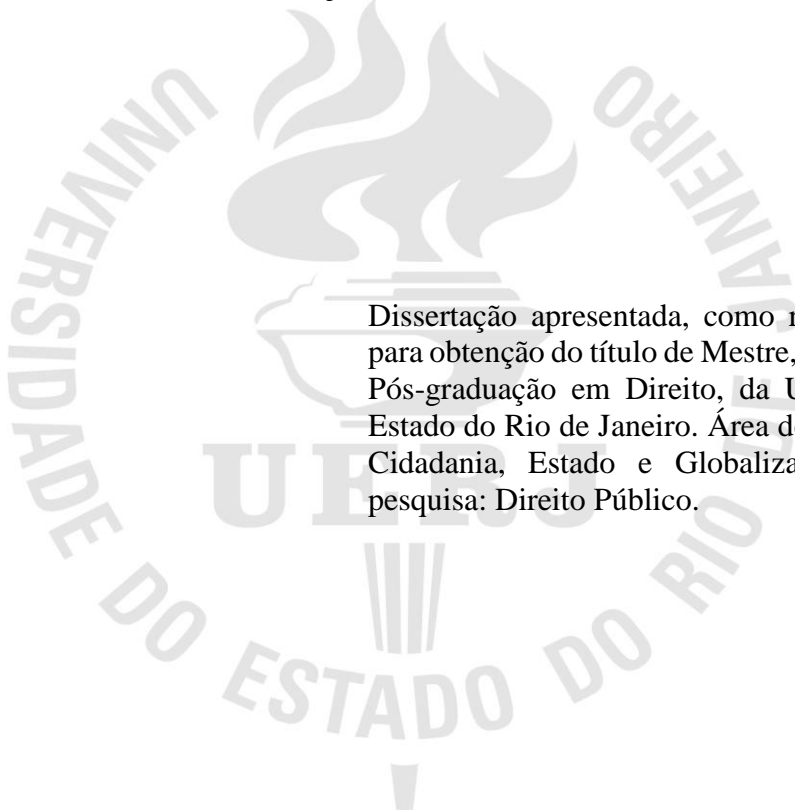
**Por que não uma igualdade “para valer”? Reconhecimento, minorias e a
vedação à discriminação indireta no Brasil**

Rio de Janeiro

2015

Wallace de Almeida Corbo

Por que não uma igualdade “para valer”? Reconhecimento, minorias e a vedação à discriminação indireta no Brasil



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de Concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Brandão Viveiros Pessanha

Rio de Janeiro

2015

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

B792 Corbo, Wallace de Almeida.
Por que não uma igualdade “para valer”? Reconhecimento, minorias e a
vedação à discriminação indireta no Brasil / Wallace de Almeida Corbo. -
2015.
262 f.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Brandão Viveiros Pessanha.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1. Direito constitucional -Teses. 2. Igualdade - Teses. 3. Discriminação –
Teses. I. Pessanha, Rodrigo Brandão Viveiros. Universidade do Estado do
Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 342.726

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde
que citada a fonte.

Assinatura

Data

Wallace de Almeida Corbo

Por que não uma igualdade “para valer”? Reconhecimento, minorias e a vedação à discriminação indireta no Brasil

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de Concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Público.

Aprovada em 23 de dezembro de 2015.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Rodrigo Brandão Viveiros Pessanha (Orientador)
Faculdade de Direito - UERJ

Prof.^a Dra. Ana Paula Gonçalves Pereira de Barcellos
Faculdade de Direito da UERJ

Prof.^a Dra. Flávia Piovesan
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Rio de Janeiro

2015

AGRADECIMENTOS

Escrever uma dissertação é uma experiência única que vai muito além da pesquisa, dos fichamentos, das horas diante do computador e dos dias e mais dias de privação de sono – e, há quem diga, de desespero. Como seres humanos, somos construídos pelas relações que mantemos com outros seres humanos – e o que produzimos não é mais que um inevitável reflexo disso. Estudar à exaustão não me traria mais que palavras bem concatenadas – se algo além disso puder ser extraído deste trabalho, então devo isso às várias pessoas que me brindaram com seu carinho e apoio nestes últimos 2 intensos (e rápidos) anos. Com meus agradecimentos, busco reconhecê-los, e, reconhecendo-os, espero poder retribuir (ainda que em parte) por tudo o que permitiram que eu me tornasse.

Meu agradecimento mais especial é dedicado, antes e acima de tudo, à minha família. Quando seu objeto de estudo é a proteção de minorias, você inevitavelmente passa a descobrir que uma família amorosa é um privilégio para poucos. Por sorte, destino ou vontade divina, posso dizer que sou um destes poucos. A Vania, William e Willinho, meus pilares inabaláveis e meu porto seguro; agradeço pelo apoio constante. Agradeço também pela paciência (não foi pouca) que conviver com um mestrando (e, especialmente, comigo) requer. Agradeço pelas conversas, pelos afagos. Agradeço pelos sambas tocados, pelos sambas cantados e pelos sambas dançados. Agradeço, acima de tudo, pelo amor e pela aceitação – que infelizmente apenas poucos recebem e sem os quais nada, absolutamente nada, seria possível. Por vocês, tudo, como sei que vocês, por mim.

João é o quarto pilar que há quase 5 anos tem ajudado a cimentar a fundação do meu ser. Há pouco para ser dito aqui que eu não diga todos os dias. Você me enche de orgulho e, assim, de vontade de te orgulhar. Há um belo caminho pela frente e espero que todo o passo que eu dê seja ao seu lado. Muito obrigado.

Agradeço também ao meu vô Octacilio, minha vó Dida, minha vó Naná e ao meu avô que não pude conhecer, Neumário. Vocês foram a base de tudo e eu não poderia ser mais grato. Sua memória seguirá para sempre comigo.

Finda a trajetória do mestrado, completo agora 7 anos desde que ingressei na UERJ, minha *alma mater*. Foram 7 anos de estudo ininterrupto nesta instituição; 7 anos de alegria por estar acompanhado de pessoas brilhantes (alguns diriam, até mesmo, “iluminadas”); 7 anos fazendo parte de um projeto de ensino e aprendizado que tem sido pautado na promoção da igualdade e da emancipação social. O caminho que me trouxe até aqui só foi possível porque

muito antes de mim – em uma “outra vida”, como ele costuma afirmar – uma mente brilhante teve a estranha ideia de que deveríamos ter uma Constituição “para valer”. Agradeço ao professor Luis Roberto Barroso, cujo pensamento tive o prazer de testemunhar no curso da pós-graduação, por abrir o caminho para que muitos como eu (e muitos diferentes de mim) pudessem lutar a luta constitucional pela igualdade.

Agradeço, ainda, à professora Ana Paula de Barcellos, que me apresentou, 7 anos atrás, ao Direito Constitucional, e de quem tive o orgulho de ser monitor durante meus dois últimos anos de graduação. Ana Paula situa-se no seletor grupo de professores capazes de encantar seus alunos e inspirá-los a serem mais e a fazerem mais pelo próximo. Sou-lhe eternamente grato por tudo e espero que um dia eu tenha a oportunidade de retribuir à altura.

A cada dia me convenço mais de que os caminhos cruzados da vida não são mero acaso. Em 2012, quando me submetia, na graduação, ao concurso para tornar-me monitor de Direito Constitucional, fui apresentado ao professor Rodrigo Brandão. Naquele momento, eu ainda não poderia imaginar que, 2 anos depois, eu seria seu orientando de mestrado. Rodrigo encarna tudo que se espera de um constitucionalista e professor da UERJ. Sua competência, seu domínio do conhecimento jurídico e seu pensamento crítico e comentários profundos são um modelo em que me inspiro. Foi sua a sugestão de que eu trabalhasse o tema ainda incipiente, no Brasil, da discriminação indireta – um dos vários “temas à espera de um autor”. Espero apenas que eu o tenha feito de acordo com suas expectativas.

Agradeço ao professor Daniel Sarmento, cujo nome ressoa nos corredores da UERJ e na mente dos que estudam o Direito Constitucional como um instrumento de luta pela emancipação social. Além de ter me concedido o prazer de orientar-me na elaboração de minha monografia, em 2013, devo a Daniel também a eterna gratidão por ter me possibilitado ingressar na Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direitos da UERJ – um projeto que me tem possibilitado conhecer a prática constitucional emancipatória ao lado de pessoas sérias, competentes e comprometidas.

Quero agradecer, igualmente, à professora Jane Reis, com quem tive o prazer de aprender – e muito – durante a maior parte de meu mestrado. Meu muito obrigado vai, também, ao professor José Ricardo Ferreira Cunha, que me apresentou ao pensamento de John Rawls em toda sua complexidade e que em suas aulas de Teoria da Justiça plantou a semente necessária para que este trabalho pudesse acontecer. Agradeço igualmente aos professores Ricardo Lodi, Cármen Tibúrcio, Marco Antonio Rodrigues, e Gisela Sampaio, que me apoiaram durante esta trajetória e que são, para mim, fontes de inspiração constante.

Estes dois anos de mestrado me brindaram, ainda, com a companhia de pessoas que integram uma geração de acadêmicos que promete mais do que posso imaginar. Aos meus companheiros (e amigos) de jornada, Alonso Freire, Anna Carolina Migueis, Bruno Morisson, Camilla Gomes, Claudia Turner, Cristina Telles, Daniel Capecchi, Estêvão Gomes, Felipe Terra, Joana Menezes, José Carlos Bastos, Luiza Vereza, Mario Antonio, Semirames Khattar e Siddharta Legale, o meu maior agradecimento e a minha promessa de que ainda nos veremos (muito!) no futuro.

Registro, ainda, a dívida que eu – e todos os pós-graduandos que transitam pelos corredores cinzas da UERJ – tenho com todos os profissionais que atuam na secretaria da pós-graduação. Meu agradecimento especial vai para Sonia Leitão, por sua enorme simpatia e por sua competência incalculável.

Quero agradecer também aos queridos amigos da Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ. São pessoas que compartilham a loucura de crer na superação das desigualdades que ainda assolam o Brasil, e que me dão o prazer de poder lutar ao lado deles em busca deste sonho. Serei eternamente grato a Aline Osório por ter pensado em mim quando a oportunidade surgiu, e por ter me confiado “o bastão” que espero ter carregado com o cuidado devido. Todos os amigos da clínica, em sua esperança e crença na igualdade, estão representados neste trabalho. Meu imenso agradecimento a Juliana Cesário Alvim Gomes, Leticia Osorio, Humberto Laport, Clara Iglesias, Ademar Borges, Eduardo Lasmar; e aos excepcionais estagiários Diego Gebara, Helena Ferreira, Juliana Ávila, Lucas Arnaud, Marina Siqueira e Renan Medeiros.

Tenho uma dívida especial com Camila Porfiro – também estagiária da Clínica –, Gabriella Carvalho e Carolina de Marsillac, que com tanto cuidado e dedicação auxiliaram na elaboração deste trabalho e cujos futuros brilhantes já consigo antever à distância. Muitíssimo obrigado!

Agradeço, ainda, aos meus alunos de graduação da turma 2015.1, turno da noite. Nos olhos de cada um de vocês encontrei a certeza de que a UERJ segue formando juristas diferenciados e comprometidos com a defesa da Constituição de 1988 e com a repulsa a toda forma de desigualdade e discriminação. Espero vê-los, em breve, e muitas vezes mais.

Aos meus eternos amigos da vida, Ivana, Marcela, Helena, “Aninha”, Mariana, Isabela, Priscila, Renato, Juliana, Filipe, Alexandre, Alessandro, Ana Carolina “Loira”, Ana Carolina “Morena”, Bernardo, João, Julia, Luciana, Luis Izu, Mateus, Talita, Allan, Renato, Nathalia, Stephanie, Guilherme, Lucas, Vitor, Celina, Gabriel, Cecília, Hikari, Débora, Victor, Priscilla, João Victor, Larissa, José Eduardo. Um agradecimento especial vai para meu grande

amigo Daniel Cardinali, que tem me ajudado desde o primeiro artigo que escrevi, nos idos de 2011, até o último parágrafo desta dissertação, sempre com seus comentários precisos, reflexões profundas e com o olhar virginiano que não deixa passar uma só regra da ABNT.

Quero destacar, também, o lugar especial de gratidão que sempre reservarei a minha segunda casa, em que também pude passar sete anos de aprendizado e crescimento individual. O Colégio Pedro II, em seu 178^o ano de existência, não poderia estar mais conectado com seu papel vanguardista e promotor de uma sociedade mais justa e igualitária. É cada dia mais raro depararmos com instituições de ensino comprometidas com a formação de cidadãos capazes de refletir e de lutar por um país melhor. Se hoje meus olhos estão abertos para o próximo, se hoje meus valores são voltados para a proteção do oprimido, muito disso se deve aos sete anos que passei naquela instituição, também ao lado de amigos que levarei para a vida inteira.

Agradeço, por fim, aos meus companheiros de escritório. Trabalhar ao lado dessas pessoas me trouxe não só a satisfação da advocacia, como a alegria de estar acompanhado de amigos e profissionais excepcionais. Agradeço a Flavio Galdino, sem cujo apoio não seria possível sequer considerar o ingresso no mestrado. Às minhas grandes amigas Vanessa Rodrigues, Julianne Zanconato, Tatiana Melamed e Mariana Dovalski. À minha confidente, um tanto quanto afilhada, além de advogada que supera qualquer *standard* profissional, Isabel Picot. Agradeço também aos amigos do Galdino Coelho Mendes Advogados em nome de Rodrigo Saraiva e Alexandre Dantas do Nascimento que, sem jamais hesitar, empregaram toda sua competência, responsabilidade e apoio no desenvolvimento de um trabalho excepcional, permitindo-me encontrar o tempo necessário para finalizar este estudo.

Sei que cometi o erro inescusável (e, em alguma medida, inevitável) de deixar não dito nomes e pessoas que foram essenciais nesta trajetória. Quero que saibam, contudo, que isto não reduz em nenhuma medida gratidão – apenas revela que ela é grande demais para caber nos limites das poucas páginas de um trabalho acadêmico.

Todo homem nascido na escravidão nasce para a escravidão; nada mais certo. Os escravos tudo perdem sob seus grilhões, até o desejo de libertar-se deles; amam a servidão como os companheiros de Ulisses amavam o próprio embrutecimento. Se há, pois, escravos por natureza, é porque houve escravos contra a natureza.

Jean-Jacques Rousseau

RESUMO

CORBO, Wallace de Almeida. *Por que não uma igualdade “para valer”? Reconhecimento, minorias e a vedação à discriminação indireta no Brasil*. 2015. 262 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Esse estudo tem por objetivo analisar o princípio da igualdade como vedação à discriminação indireta no regime constitucional de 1988. Para isso, em primeiro lugar, busca-se assentar as premissas teóricas que, lastreadas nas teorias da justiça como reconhecimento, permitem identificar três funções do princípio da igualdade. Estas funções são a ruptura de privilégios e honras; a expansão do Direito por meio da inclusão de grupos vulneráveis e do respeito às suas demandas existenciais básicas; e a pluralização dos horizontes de valor por meio do deslocamento, para o Direito, de demandas tradicionalmente associadas a ideias de desempenho e mérito. Fundado nestas três funções da igualdade, o estudo sustenta que o princípio da igualdade perante a lei deve ser concebido como um princípio de vedação à discriminação indireta – qual seja, a discriminação que se revela na realidade dos fatos como consequência de atos aparentemente neutros, gerais e abstratos. Partindo desta afirmação, o trabalho se volta para o estudo específico da vedação à discriminação indireta no direito comparado, de modo a traçar os fundamentos que permitirão ilustrar os mecanismos de superação desta forma de discriminação à luz da Constituição de 1988. Por fim, pretende-se apresentar uma proposta de análise da discriminação indireta voltada para a promoção da igualdade como reconhecimento, considerando três etapas e suas peculiaridades: a demonstração de um caso de discriminação indireta *prima facie*, a análise da justificação da discriminação indireta e a possibilidade de acomodação ou adaptação razoável.

Palavras-chave: Direito constitucional. Princípio da igualdade. Reconhecimento. Direitos das minorias. Discriminação indireta. Acomodação razoável. Adaptação razoável. Ajustamento razoável.

ABSTRACT

CORBO, Wallace de Almeida. *Why not an equality “for real”? Recognition, minorities and the prohibition of indirect discrimination in Brazil*. 2015. 265. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

This work's goal is to analyze the principle of equality as prohibition of indirect discrimination under 1988's constitutional order. In order to do so, first, it intends to settle the theoretical premises that, based on the theories of justice as recognition, allow identifying three functions of the equality principle. These functions are the rupture of privileges and honors; the expansion of the Law through the inclusion of vulnerable groups and the respect to its basic existential demands; and the pluralization of value horizons through shifting to the Law demands traditionally associated to ideas of achievement and merits. Based on these three functions of equality, this study holds that the principle of equality before the law must be conceived as a principle prohibiting indirect discrimination – that is to say, discrimination that reveals itself in the real world as consequence of apparently neutral, abstract and general acts. Following this affirmative, this work turns to the specific study of the prohibition of indirect discrimination in comparative law, as a mean to lay out the foundations that will allow to illustrate the tools to overcome this form of discrimination under the Constitution of 1988. Finally, it intends to lay out a proposed analysis of the indirect discrimination aimed to promote equality as recognition by considering three steps and its particularities: the demonstration of a *prima facie* case of indirect discrimination, the analysis of a justification for the indirect discrimination and the possibility of reasonable adaptation or accommodation.

Keywords: Constitutional Law. Equality Principle. Recognition. Minorities' Rights. Indirect Discrimination. Reasonable Accommodation. Reasonable Adaptation. Reasonable Adjustment.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AgRg	Agravo Regimental
art.	Artigo
BFOQ	<i>Bona fide occupational requirement</i>
CDPD	Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência
CEDH	Convenção Europeia de Direitos do Homem
CEE	Comunidade Econômica Europeia
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil
ENEM	Exame Nacional do Ensino Médio
EUA	Estados Unidos da América
FIV	Fertilização in vitro
LGBTT	Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais
OEA	Organização dos Estados Americanos
ONU	Organização das Nações Unidas
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RFRA	<i>Religious Freedom Restoration Act</i>
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TEDH	Tribunal Europeu de Direitos Humanos
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	114
1	PREMISSAS TEÓRICAS: O PRINCÍPIO DA IGUALDADE PERANTE A LEI NO PARADIGMA DA JUSTIÇA COMO RECONHECIMENTO.	24
1.1	A igualdade perante a lei em seu sentido clássico e o discurso da insuficiência da igualdade formal. Por que desvendar os olhos da igualdade perante a lei?	24
1.2	O princípio jurídico da igualdade à luz do paradigma do reconhecimento.	41
1.2.1	<u>Antecedentes teóricos: o paradigma distributivo de justiça à luz das teorias de John Rawls e das críticas apresentadas por Walzer e Taylor.</u>	46
1.2.2	<u>O paradigma do reconhecimento a partir das obras de Taylor, Fraser e Axel Honneth.</u>	53
1.2.3	<u>Três funções do princípio jurídico da igualdade: ruptura de privilégios, expansão do Direito e pluralização dos horizontes de valor.</u>	67
1.3	Conclusões parciais.	77
2	A IGUALDADE PERANTE A LEI COMO UM PRINCÍPIO DE NÃO DISCRIMINAÇÃO: POSSIBILIDADES E RISCOS.	81
2.1	Desiguais perante a lei e o problema das minorias: exclusão, invisibilidade, opressão e dominação.	82
2.2	O princípio da igualdade perante a lei como um princípio de não discriminação.	90
2.3	Riscos da teoria: o modelo semitradicional da sociedade brasileira e a relevância do sentido clássico da igualdade perante a lei.	98
2.4	Conclusões parciais.	107
3	A DISCRIMINAÇÃO INDIRETA: UM ESTUDO DO DIREITO COMPARADO.	109
3.1	Justificativa para o estudo comparado: a discriminação indireta para além do direito norte-americano.	109

3.2	A discriminação indireta nos Estados Unidos: a teoria do impacto desproporcional.	113
3.3	A discriminação indireta no Canadá: a teoria da discriminação por efeitos adversos.	125
3.4	A vedação à discriminação indireta no Direito Comunitário Europeu e nos países na União Europeia.	135
3.5	O conceito de discriminação indireta no Direito latino-americano: as contribuições da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Constitucional da Colômbia.	146
3.5.1	<u>A discriminação indireta nos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos.</u>	146
3.5.2	<u>A discriminação indireta nos países latino-americanos e a jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia.</u>	151
3.6	Conclusões parciais.	161
4	UMA PROPOSTA DE ANÁLISE DA DISCRIMINAÇÃO INDIRETA EM TRÊS ETAPAS: DEMONSTRAÇÃO DO CASO <i>PRIMA FACIE</i>, PROPORCIONALIDADE DO ATO E POSSIBILIDADE DE ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL.	164
4.1	A discriminação indireta no Brasil: o quadro atual e fundamentos para uma análise em três etapas.	164
4.2	Primeira etapa: apresentação do caso de discriminação indireta <i>prima facie</i>.	169
4.2.1	<u>O ato público ou privado que emprega critérios de classificação aparentemente neutros.</u>	171
4.2.1.1	Natureza pública ou privada do ato: eficácia vertical e eficácia horizontal da igualdade como vedação à discriminação indireta.	171
4.2.1.2	O ato aparentemente neutro: ausência de intenção discriminatória e adoção de critérios classificatórios não proibidos.	177
4.2.2	<u>Efeitos adversos do ato: a restrição de direitos e a desigualdade em comparação com outros grupos sociais.</u>	179

4.2.3	A pessoa ou grupo constitucionalmente protegido.....	186
4.3	Afastando a discriminação indireta? O teste integrado de igualdade e as consequências de uma defesa bem-sucedida.	193
4.3.1	<u>“Não há mundo social sem perdas”: a justificação da discriminação indireta como uma defesa necessária no contexto do pluralismo social.</u>	194
4.3.2	<u>Mecanismos para a justificação do ato gerador da discriminação indireta: da necessidade do negócio ao dever de proporcionalidade estrita.</u>	200
4.3.2.1	Mecanismos desenvolvidos no direito comparado: justificativa negocial, necessidade do negócio e exigência adotada de boa-fé.....	200
4.3.2.2	Possibilidades e limites do princípio da proporcionalidade.	202
4.3.2.3	A contribuição da Corte da Colômbia: o juízo integrado de proporcionalidade como mecanismo adequado à proteção de minorias.	207
4.3.3	<u>A proporcionalidade do ato não afasta a discriminação indireta.</u>	217
4.4	A possibilidade de acomodação razoável como terceira etapa da análise da discriminação indireta.	219
4.4.1	<u>O conceito de acomodação razoável e fundamentos para sua aplicação no ordenamento brasileiro.</u>	219
4.4.2	<u>Limites à acomodação: o “razoável” como “proporcional” e o dever de cooperação na acomodação.</u>	224
4.5	Alguns breves exemplos de aplicação do modelo.	230
4.5.1	<u>Situação 1: ausência de caso de discriminação indireta <i>prima facie</i> por falta de um de seus elementos.</u>	230
4.5.2	<u>Situação 2 e o segundo resultado da aplicação do modelo: ausência de justificção da discriminação indireta perpetrada.</u>	232
4.5.3	<u>Situações 3 e 4: a acomodação irrazoável e a acomodação razoável.</u>	234
4.6	Conclusões parciais.	236
	CONCLUSÕES	240
	REFERÊNCIAS	Erro! Indicador não definido.

INTRODUÇÃO

A igualdade no Direito é arte do homem. Por isto o princípio jurídico da igualdade é tanto mais legítimo quanto mais próximo estiver o seu conteúdo da ideia de Justiça em que a sociedade acredita na pauta da história e do tempo.

*Cármem Lúcia Rocha*¹

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.² “Nenhum Estado poderá (...) negar a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção das leis”.³ “Todas as pessoas nascem livres e iguais perante a lei”.⁴ “Todas as pessoas são iguais perante a lei”.⁵ O princípio da igualdade perante a lei é previsto nos principais documentos legais e constitucionais da atualidade,⁶ inclusive nos países em que o compromisso igualitário é questionável.⁷ Deixando de lado a discussão quanto à efetiva pretensão normativa destes

¹ ROCHA, C. L. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990, p. 28.

² BRASIL, *Constituição Federal de 1988*, Artigo 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)”.

³ ESTADOS UNIDOS, *14ª Emenda à Constituição Americana de 1787*, Artigo 1º: “All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws” (Em tradução livre: “Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do estado em que residem. Nenhum Estado poderá fazer ou aplicar qualquer lei que pretenda restringir os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá nenhum Estado privar qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; nem negar a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção das leis”).

⁴ COLOMBIA, *Constituição Política de 1991*, Artigo 13: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica” (Em tradução livre: “Todas as pessoas nascem livres e iguais perante a lei, receberão a mesma proteção e tratamento das autoridades e gozarão de todos os mesmos direitos, liberdades e oportunidades sem nenhuma discriminação por razões de sexo, raça, origem nacional ou familiar, língua, religião, opinião política ou filosófica”).

⁵ ALEMANHA, *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949*, Artigo 3o, (1): “Todas as pessoas são iguais perante a lei”. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>> Acesso em: 19 jul. 2015.

⁶ FREDMAN, S. *Discrimination Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 1-8..

⁷ Assim, o artigo 33 da Constituição da República Popular da China prevê que “All citizens of the People’s Republic of China are equal before the law” (Tradução livre: “Todos os cidadãos da República Popular da China são iguais perante a lei”. A tradução oficial em inglês encontra-se disponível em: <http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Constitution/2007-11/15/content_1372964.htm> Acesso em: 19 jul. 2015). O artigo 65 da Constituição da Coreia do Norte, por sua vez, igualmente prevê que “Os cidadãos usufruem de iguais direitos em todas as esferas do Estado e das atividades públicas” (Tradução livre, baseada na tradução não oficial disponível em: <http://www1.korea-np.co.jp/pk/061st_issue/98091708.htm> Acesso em: 19 jul. 2015).

diferentes documentos,⁸ é razoável concluir que a igualdade perante a lei, seja por uma razão simbólica, seja diante de promessas reais, assume até hoje um relevante papel no pensamento jurídico, político e filosófico. Sem prejuízo da relevância inegável deste princípio, este trabalho pretende sustentar que nem sempre a aplicação da igualdade perante a lei implica respeito aos objetivos constitucionais de promoção de uma sociedade justa, igualitária e avessa à toda forma de discriminação.

O *problema* de que parte o presente trabalho pode ser sintetizado, assim, da seguinte forma: tradicionalmente, a igualdade perante a lei enquanto princípio jurídico exige que todos os indivíduos, independentemente de suas características e particularidades concretas, sofram a idêntica aplicação dos comandos normativos gerais e abstratos. Ocorre que, conforme se tem constatado em diversos países, principalmente a partir da segunda metade do século XX, a igual aplicação das leis é capaz de perpetuar e promover desigualdades sociais graves. Não me refiro, aqui, às hipóteses em que a própria lei considera critérios ou claras intenções discriminatórias constitucionalmente intoleráveis. Ou seja, não me refiro às situações em que a lei expressamente subtrai a determinados grupos a possibilidade de fruir direitos ou de participar da vida política na mesma medida que os demais integrantes da sociedade⁹. Também não me refiro às hipóteses em que a lei, apesar de não excluir expressamente esta possibilidade, apresenta uma intenção clara de produzir efeitos concretos intoleravelmente discriminatórios¹⁰.

⁸ É dizer, a mera previsão da igualdade perante a lei não implica necessariamente produção real de uma sociedade igualitária ou mesmo a intenção institucional de que a concretização do princípio se realize. Neste sentido, é ainda atual a lição de Loewenstein que, ao traçar uma tipologia constitucional baseada na capacidade de a Constituição promover efetiva conformação da realidade, verificou que alguns textos constitucionais são dotados de um caráter meramente semântico – ou seja, ao lado de constituições que produzem ou que pretendem produzir uma sociedade nos termos de seus princípios, regras e valores (constituições normativas e nominais), algumas constituições seriam despidas dessa característica, tornando-se o que Lassalle identificara como meros pedaços de papel. A este respeito, confira-se: LOEWENSTEIN, K. *Teoría de la Constitución*. 2ª. ed. Barcelona: Ariel, 1979, p. 216-222 e LASSALLE, F. *A essência da Constituição*. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 36.

⁹ Estas hipóteses consistem, conforme afirmarei mais adiante, nas situações de discriminação direta por violação à igualdade na lei. Ou seja, hipóteses em que a discriminação é intencional e decorre do uso de critérios constitucionalmente proscritos, que violam a máxima de que o legislador, ao elaborar as leis, não pode empregar elementos de *discrimen* irrazoáveis, inadequados ou constitucionalmente vedados. Sobre o conceito de discriminação direta, confira-se RIOS, R. R. *Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 89-117; bem como, na literatura estrangeira, FREDMAN, S. *Discrimination Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 166-167. Sobre a ideia de que a isonomia exige que a lei empregue apenas elementos de *discrimen* razoáveis, dotados de adequação lógica e que respeitem os imperativos constitucionais, confira-se ainda MELLO, C. A. B. D. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 45-46.

¹⁰ É o caso, por exemplo, das leis estaduais editadas nos Estados Unidos em meados do século XX que, visando a restringir o exercício do direito de voto de minorias raciais – especificamente, negros – exigia que os eleitores se submetessem a testes que comprovassem sua alfabetização (*literacy tests*), ou que apresentassem documentos de identidade de que carecia a maior parte da população negra. Sobre esta questão, confira-se: ESKRIDGE JR., W. N., Some Effects Of Identity-Based Social Movements On Constitutional Law In The Twentieth Century. *Michigan Law Review*, n. 8, ago. 2002, p. 2077-2096.

Também não se trata, aqui, da questão referente à aplicação seletiva de comandos normativos que, apesar de incidirem em tese a todos os indivíduos, são concretizados por agentes públicos apenas contra grupos sociais marginalizados. Isto porque, nestes casos, há efetiva violação (intencional ou não) da igualdade perante a lei em seu sentido clássico, precisamente porque a lei não está sendo igualmente aplicada a todos.¹¹

O problema analisado consiste, em realidade, na hipótese do que se convencionou denominar no Brasil e em diversos outros ordenamentos jurídicos de *discriminação indireta*. Trata-se das situações em que uma norma geral e abstrata, aplicável e aplicada a todos e despida de expressas intenções ou critérios discriminatórios constitucionalmente proibidos, gera efeitos especialmente prejudiciais contra determinados grupos protegidos pelo princípio constitucional da não-discriminação (art. 3º, inciso IV, CRFB/1988). Não faltam exemplos, no Brasil, que ilustram situações em que a aplicação cega da lei – fundada no sentido clássico do princípio da igualdade perante a lei – revela a discriminação indireta contra grupos marginalizados.

Quanto à discriminação indireta considerada sob a perspectiva coletiva, um dos exemplos que mais se tem estudado nos últimos anos diz respeito à discriminação indireta promovida contra negros no que diz respeito ao acesso às universidades públicas¹². Com efeito, apesar de o vestibular – mecanismo tradicional de seleção para ingresso no ensino superior – adotar parâmetros que são, a toda evidência, neutros (o conhecimento técnico adquirido no ensino básico), não é difícil verificar que a representatividade dos negros nos corpos discentes das diversas faculdades espalhadas pelo Brasil é historicamente ínfima se comparada com a parcela da população autodeclarada negra no país¹³.

Exemplos de discriminação indireta contra grupos sociais vulneráveis também podem ser colhidos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A este respeito, merece

¹¹ Trata-se do fenômeno que Daniel Sarmiento identificou como “discriminação de facto”, que, segundo o autor, “ocorre quando existe uma norma jurídica válida, cuja aplicação concreta pelas autoridades competentes dá-se de forma sistematicamente anti-isonômica e prejudicial a um determinado grupo”. Segundo Sarmiento, nesta hipótese, “a norma pode ser aplicada de forma compatível com a igualdade” (A Igualdade Étnico-Racial no Direito Constitucional Brasileiro: Discriminação “De Facto”, Teoria do Impacto Desproporcional E Ação Afimativa. In: SARMENTO, D. *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 147-148).

¹² Entre os trabalhos elaborados no Brasil sobre o tema, cumpre citar já neste momento: RIOS, R. R. *Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008; IKAWA, D. *Direito às ações afirmativas em Universidades Brasileiras*. In: SARMENTO, D.; e IKAWA, D.; PIOVESAN, F. *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 365-410.

¹³ Ressalvada a progressiva adoção de políticas de ação afirmativa por diversas instituições. Sobre o tema, confira-se IKAWA, D., op. cit. nota 12, p. 390-391. Em cursos disputados como medicina, este percentual chega a ser inferior a 3% (três por cento), segundo os dados do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais referentes aos alunos concluintes em 2010. Disponível em <<http://educacao.uol.com.br/noticias/2013/05/20/negros-ainda-sao-minoria-entre-formados-no-ensino-superior.htm>>, Acesso em 11 set. 2015.

destaque o julgamento a respeito da constitucionalidade do artigo 14 da Emenda Constitucional nº 20/1998, que estabeleceu como teto dos benefícios do regime geral de previdência social o valor de R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais). Apesar de, frontalmente, nenhum critério ou intuito discriminatório decorrer da norma impugnada, o Ministro Relator Sydney Sanches reconheceu que o dispositivo poderia, em determinadas situações, gerar impactos significativos quando aplicado especificamente ao caso das gestantes, diante da limitação imposta ao benefício do art. 7º, XVIII da Constituição Federal. Isto porque, nas palavras do ministro relator:

Se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais) por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira, facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora. Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (...), proibição que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal.¹⁴

Mas a discriminação indireta, como foi anteriormente definida, pode também se concretizar sob a perspectiva individual. Exemplo disso é o imbróglio que se desenvolveu em razão da realização do Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) e outros exames aos sábados. Se, a princípio, nenhuma intenção ou critério discriminatórios podem ser extraídos desta prática, sua constitucionalidade foi questionada por grupos que, por imperativo religioso, não devem exercer nenhuma atividade neste dia da semana – especificamente no período sabático.¹⁵

Um caso recente revela que, mesmo entre os operadores do direito, a questão acerca da vedação à discriminação indireta contra indivíduos não se encontra devidamente solidificada quando confrontada com a aplicação do princípio da igualdade perante a lei. Nesta situação, uma mulher muçulmana enfrentou dificuldades para realizar a prova do Exame da Ordem dos Advogados do Brasil em razão de disposição contida no edital que proibia o uso de bonés, gorros, chapéus e adereços semelhantes no curso do exame. Trata-se, por evidente, de previsão

¹⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI nº 1946/DF, Sydney Sanches, Plenário, 03 de Abril de 2003. No julgamento de mérito da ação direta de inconstitucionalidade, o ministro relator reafirmou os termos do voto proferido na medida cautelar, tendo sido acompanhado por unanimidade pelo plenário da Corte, cf. BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar na ADI nº 1946/DF, Sydney Sanches, Plenário, 29 de Abril de 1999.

¹⁵ A questão foi analisada no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 389/MG, em que o Ministro Relator Gilmar Mendes rejeitou a possibilidade de realização do exame em data alternativa pelo candidato religioso, considerando-a não uma mera acomodação, mas sim “privilégio para um determinado grupo religioso”. A questão é atualmente objeto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 3.901/PA e 3.714/SP. Posteriormente, especificamente com relação ao ENEM, passou a ser admitida a realização da prova por judeus e adventistas após o período sabático, conforme noticiado pelo Jornal O Dia (Disponível em <<http://odia.ig.com.br/noticia/educacao/2014-11-09/judeus-e-adventistas-passam-sabado-a-noite-fazendo-enem.html>>, Acesso em 11 set. 2015).

que objetiva garantir a lisura do exame, mas que, na prática, gerou graves constrangimentos à candidata que, por imperativo religioso, usava no momento da prova seu *hijab* (o véu que cobre o pescoço e parte da cabeça). Segundo noticiado, apesar de a candidata haver anuído à retirada do *hijab* para que fosse fiscalizada, os fiscais insistiram em que ela permanecesse sem a indumentária até o término do exame. Apenas depois de um longo processo de convencimento e argumentação, a candidata pôde terminar o exame sem desfazer-se de sua indumentária religiosa – sem que lhe fosse permitido sequer compensar o tempo perdido.¹⁶

Verifica-se, portanto, que ainda hoje o conceito de vedação à discriminação indireta, enquanto hipótese que flexibiliza o princípio da igualdade perante a lei – ou, como pretendo afirmar neste trabalho, que demanda concebê-lo também como um princípio de não discriminação, – encontra dificuldades teóricas no ordenamento jurídico brasileiro.

Diante do problema real que é, no entanto, a discriminação indireta, não só no contexto brasileiro como também em diversos outros países¹⁷, este trabalho apresenta como principal *objetivo* formular uma proposta de análise de casos de discriminação indireta, à luz do ordenamento jurídico brasileiro¹⁸, de modo a identificar sua estrutura e mecanismos de solução, promovendo assim um princípio da igualdade perante a lei “para valer”¹⁹. Para isto, a linha de investigação adotada divide-se em duas partes principais.

¹⁶ Disponível em <<http://g1.globo.com/educacao/oab/noticia/2015/03/estudante-musulmana-e-interrompida-durante-o-exame-da-oab-por-usar-veu.html>>, Acesso em 11 set. 2015.

¹⁷ Apenas para mencionar exemplos que serão retomados e aprofundados a seguir, veja-se que nos Estados Unidos, no famoso caso *Griggs v. Duke Power Co.*, reconheceu-se a discriminação no trabalho promovida contra negros em razão da aplicação de testes de inteligência cujos resultados eram desproporcionalmente prejudiciais à minoria racial [ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971)]. No Canadá, foi no caso *O’Malley v. Simpsons-Sears* que se afirmou a discriminação indireta contra empregado que é obrigado a trabalhar no sábado, contrariando sua fé religiosa (tratava-se, no caso, de adventista do sétimo-dia), conforme: CANADÁ, Suprema Corte, *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears*, [1985] 2 SCR 536.

¹⁸ Assume especial relevância, neste contexto, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que promulgada segundo o rito do art. 5º, §3º da Constituição Federal e assumindo, portanto, estatura constitucional em nosso ordenamento. A Convenção supriu uma lacuna normativa constitucional ao prever expressamente a vedação à discriminação indireta e o direito à adaptação razoável como imperativos derivados do princípio da igualdade e da não discriminação. Especificamente no que diz respeito à adaptação razoável, a Convenção possibilitou sua consideração dentro da própria estrutura da discriminação indireta, além de promovê-la enquanto direito com arrimo constitucional que objetiva a superação da desigualdade que acomete grupos vulneráveis. Posteriormente, o conceito também foi adotado no plano infraconstitucional pelo Estatuto do Deficiente (Lei nº 13.146/2015), em que a adaptação razoável é prevista como modo de inclusão da pessoa com deficiência no trabalho (art. 37 da lei), e como mecanismo para garantir à pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida as condições para viver de forma independente e para usufruir dos direitos de cidadania e participação social (art. 53, *caput* c/c art. 55, §2º, Lei nº 13.146/2015).

¹⁹ Trata-se, por evidente, de formulação inspirada na proposta de Luís Roberto Barroso no sentido de se reconhecer a Constituição como norma que almeja efetividade. A este respeito, confira-se BARROSO, L. R. A efetividade das normas constitucionais. Por que não uma Constituição para valer? In: BARROSO, L. R. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 1ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 57-98.

Na primeira parte, questiono se é possível que a igualdade perante a lei seja interpretada não só como um princípio que impõe a idêntica aplicação da lei a todos, mas também, em uma perspectiva mais ampla, se é possível extrair deste princípio constitucional a abertura necessária à efetiva *promoção* das propostas igualitárias de cunho emancipatório trazidas pela Constituição de 1988. Neste sentido, os primeiros capítulos da dissertação podem ser sintetizados nos seguintes termos: as propostas igualitárias da Constituição de 1988 não se satisfazem com a efetivação de uma igualdade puramente formal – que não é permeável, portanto, às particularidades e características da realidade cuja consideração é essencial para o atingimento de uma sociedade igualitária. Pelo contrário, a Constituição de 1988 assume premissas teóricas distintas daquelas que fundamentaram o desenvolvimento do princípio da igualdade perante a lei à luz do liberalismo do século XVIII²⁰. Isto não deve significar apenas a necessidade de se atender – como se tem sustentado – ao princípio da igualdade sob uma perspectiva material. Mais que isso, torna-se necessário também refletir sobre o próprio princípio da igualdade perante a lei, buscando substancializar seu conteúdo jurídico de modo a compatibilizá-lo com o arcabouço constitucional vigente²¹.

Penso que esta proposta tem por consequência encontrar na igualdade perante a lei um postulado de não-discriminação, na forma do disposto no art. 3º, IV da Constituição Federal. É dizer, sustento que tratar todos como iguais perante a lei significa não só aplicar a lei de forma idêntica a todos, como também impedir que a aplicação cega da lei produza discriminações insustentáveis entre grupos sociais distintos – especialmente, para os fins deste trabalho, em desfavor de minorias historicamente marginalizadas no contexto brasileiro. A hipótese é concluída, pois, com a ideia de que a igualdade perante a lei encontra relação próxima com o princípio da vedação à discriminação indireta, conceituado a partir da ideia de que a Constituição de 1988 não só veda que a lei promova discriminações frontais com base em critérios como sexo, raça, gênero e outros, como também proíbe as situações em que a discriminação real é produzida a partir da aplicação de atos normativos públicos ou privados que empregam apenas parâmetros aparentemente neutros de classificação.

²⁰ A este respeito, confira-se BARROSO, L. R. A igualdade perante a lei. Algumas reflexões. In: JANEIRO, U. D. E. D. R. D. *Temas Atuais do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, v. I, 1987, p. 90-107 e CAMPOS, F. Igualdade de todos perante a lei. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, Belo Horizonte, n. Edição Comemorativa 2014, Dezembro 2013, Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=98310>>. Acesso em: 2 fev. 2015.

²¹ Isto implica, pois, promover uma interpretação da igualdade perante a lei à luz do princípio da unidade da Constituição, promovendo a efetividade das promessas emancipatórias constitucionais. Sobre os princípios da unidade e da efetividade, confira-se: BARROSO, L. R. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 181-245.

Assumindo esta hipótese, a investigação levada a efeito nesta primeira parte da dissertação pode ser dividida em três etapas. Na primeira etapa, pretendo apresentar o conteúdo tradicionalmente atribuído à igualdade perante a lei, com suas premissas essencialmente vinculadas ao liberalismo do século XVIII. Exponho, ainda, os problemas relacionados ao princípio da igualdade perante a lei – notadamente, sua incapacidade de garantir que uma igualdade real entre os indivíduos –, que conduziram a uma certa centralidade do princípio da igualdade material no discurso constitucional de caráter emancipatório.²² Proponho, encerrando esta etapa, uma linha argumentativa distinta, pela qual buscarei repensar o princípio da igualdade perante a lei para que nele se possa encontrar a abertura necessária ao atingimento de uma sociedade mais igualitária.

Em um segundo momento, pretendo apresentar os fundamentos filosóficos capazes de embasar uma concepção substantiva do princípio da igualdade perante a lei. Lançando mão do paradigma da justiça como reconhecimento²³, sustento que a igualdade jurídica deve ser pensada à luz de uma unidade teórica, exercendo assim três principais funções: a ruptura de privilégios e hierarquias sociais indevidas; a inclusão dos grupos sociais marginalizados no processo coletivo de tomada de decisões, paralelamente à consideração de suas demandas básicas de reconhecimento enquanto indivíduos moralmente autônomos; e a desconstrução do discurso pretensamente meritocrático que restringe os direitos a determinados grupos com base em parâmetros de desempenho que ignoram desigualdades estruturais.

Assim, em um terceiro momento, retomo a perspectiva jurídica ao afirmar que o ordenamento constitucional brasileiro não é cego ao fenômeno da marginalização histórica de minorias sociais. Pelo contrário, a Constituição de 1988 possui o objetivo expresso de superar esta marginalização, garantindo a maior participação destes grupos no processo democrático e

²² Falo, aqui, na ascensão do que identifico como um *discurso da insuficiência da igualdade formal*, em seus conteúdos de igualdade perante a lei e igualdade na lei. Trata-se dos posicionamentos colhidos em diversos contextos que se baseiam na tese de que a igualdade formal jurídica consistiria em mero “ponto de partida abstrato” da igualdade, insuficiente para a promoção dos ideais constitucionais ou supraconstitucionais igualitários. Este discurso pode ser identificado pontualmente em trabalhos como PIOVESAN, F. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional. In: SARMENTO, D.; IKAWA, D.; PIOVESAN, F. *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 20; e SARMENTO, D. Legalização do aborto e Constituição. In: SARMENTO, D. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Cap. 3, p. 132-133.

²³ Analisarei o paradigma do reconhecimento especificamente à luz das formulações apresentadas por Axel Honneth, Charles Taylor e Nancy Fraser a partir de seus respectivos estudos paradigmáticos, bem como desenvolvimentos posteriores de suas teorias: TAYLOR, C. *The Politics of Recognition*. In: TAYLOR, C. *Multiculturalism*. New Jersey: Princeton University Press, 1994, p. 25-74; HONNETH, A. *Luta por reconhecimento*. Tradução de Luiz REPA. São Paulo: 34, 2003; FRASER, N. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista. In: SOUZA, J. *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Tradução de Márcia PRATES. Brasília: UnB, 2001, p. 245-282.

garantindo-lhes a proteção de direitos fundamentais substantivos. Para que isso seja possível – ou seja, para que as promessas constitucionais se concretizem na realidade dos fatos –, é necessária a interpretação de seus comandos em consonância com os objetivos da Carta. Significa dizer que a igualdade perante a lei deve ser interpretada não só à luz de seu conteúdo clássico, como também sob a perspectiva da proteção das minorias. Sustento, pois, que o conteúdo jurídico da igualdade perante a lei comporta também a ideia de que a aplicação da lei, para garantir a igualdade, não pode promover ou perpetuar a exclusão de grupos sociais (tanto com relação ao respeito aos seus direitos fundamentais de participação democrática quanto com relação aos seus direitos fundamentais substantivos). Este fenômeno de exclusão de grupos vulneráveis e indivíduos que os integram, segundo entendo, pode ser sintetizado na ideia de discriminação. Neste sentido, quero dizer que o princípio da igualdade perante a lei possui também um conteúdo de vedação à discriminação. Especificamente, trata-se da hipótese de vedação à discriminação indireta – em que há, em tese, respeito à igualdade na lei (ou seja, a lei não promove frontalmente qualquer discriminação baseada nos critérios constitucionalmente proscritos pelo art. 3º, inciso IV), mas, na prática, promove-se uma discriminação real como decorrência direta da incidência cega do comando normativo.

A partir disto, a segunda parte da investigação tem por objetivo fornecer uma proposta de análise dos casos de discriminação indireta no ordenamento constitucional brasileiro, considerando os mecanismos pelos quais a discriminação resta caracterizada, devendo ser superada, e as razões que permitiriam afastá-la à luz de atos aparentemente neutros. Esta etapa da investigação pode ser igualmente dividida em três partes distintas.

A premissa inicial da primeira parte desta etapa é a de que, apesar de haver no Brasil profundos e bem elaborados estudos acerca da discriminação indireta no país, os principais trabalhos que tratam do tema limitam-se a analisar o fenômeno à luz da experiência norteamericana.²⁴ No entanto, a pesquisa na jurisprudência dos Estados Unidos revela que foram pouquíssimas as vezes em que a Suprema Corte daquele país empregou o termo “indirect discrimination” – nenhuma delas para designar a teoria que temos atribuído a este fenômeno (a

²⁴ A exemplo dos seguintes estudos: RIOS, R. R. *Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008; GOMES, J. B. B. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; SARMENTO, D. A Igualdade Étnico-Racial no Direito Constitucional Brasileiro: Discriminação "De Facto", Teoria do Impacto Desproporcional E Ação Afimativa. In: SARMENTO, D. *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 139-166. Deve-se fazer jus, no entanto, ao trabalho elaborado por Leticia Martel, que analisou a discriminação indireta e o direito à adaptação razoável à luz dos ordenamentos norteamericano, canadense e europeu (MARTEL, L. D. C. V. *Adaptação Razoável: O Novo Conceito sob as Lentes de Uma Gramática Constitucional Inclusiva*. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, 8, n. 14, Junho 2011).

disparate impact doctrine ou teoria do impacto desproporcional)²⁵. Em contrapartida, as experiências do Canadá e dos tribunais da Europa e da América Latina – especialmente da Corte Constitucional da Colômbia – revelam dezenas de casos em que o conceito de discriminação indireta foi expressamente trabalhado e desenvolvido em cada contexto jurídico.²⁶

Há razão suficiente, portanto, para dar início a esta etapa da investigação com o estudo da discriminação indireta no Direito Comparado, de modo a identificar diversas teorias concorrentes, seus fundamentos, requisitos e métodos de superação, conforme desenvolvidos em cada ordenamento. Focarei a análise, portanto, nos casos dos Estados Unidos (discriminação indireta como *disparate impact*), do Canadá (discriminação indireta como *adverse effects discrimination*), e também na jurisprudência desenvolvida pelas cortes nacionais e supranacionais da Europa e da América Latina – com destaque para a análise da jurisprudência constitucional colombiana, que é profícua acerca do tema.

Após reunir e sistematizar estas diversas experiências, volto-me ao caso do Brasil de modo a responder à questão: como deve ser analisado um caso de discriminação indireta no modelo constitucional de 1988? A proposta que apresentarei parte do conceito de discriminação indireta extraído da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) para sustentar uma análise dividida em três etapas. No curso da formulação desta proposta, no entanto, pretendo problematizar o objetivo de superação da discriminação indireta à luz do fato do pluralismo. Neste sentido, não só buscarei formular uma proposta que almeja a promoção máxima do ideal emancipatório constitucional, mas também compatibilizá-la com a existência de diversos interesses sociais conflitantes, legítimos e constitucionalmente resguardados. Assim, adotando a premissa que John Rawls atribui a Isaiah Berlin, segundo a qual não há mundo social sem perda²⁷, não pretendo descuidar do fato de que a proteção de grupos

²⁵ Para ser mais preciso, trata-se de um único caso, *University of California Regents v. Bakke*, que tratou da constitucionalidade do emprego do critério racial para o ingresso no ensino superior, cf. ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, *University of California Regents v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978). Não significa dizer que atribuir à jurisprudência norteamericana o desenvolvimento da teoria da discriminação indireta seja de alguma forma um equívoco, menos ainda por parte dos autores brasileiros. Com efeito, o conceito de discriminação indireta é amplamente empregado internacionalmente com referência à teoria do *disparate impact*, conforme: FREDMAN, S. *Discrimination Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 177-178; e ETINSKI, R. *Indirect Discrimination in the Case-Law of European Court of Human Rights*. *Zbornik Radova*, 47, n. 1, 2013.

²⁶ Só na jurisprudência da Suprema Corte canadense são 18 casos em que se falou expressamente em “indirect discrimination”. Na Corte Constitucional colombiana, a expressão foi citada em 20 diferentes atos do tribunal (incluindo *sentencias de tutela*, *sentencias de constitucionalidad* e *autos*). O mesmo ocorre em diversos outros tribunais, como se verá detalhadamente no capítulo destinado ao estudo da questão sob a perspectiva do direito comparado.

²⁷ RAWLS, J. *O Liberalismo Político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo e Álvaro de Vita. 2ª. ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 244.

vulneráveis não se confunde com uma garantia de autorrealização individual ou com um escudo contra toda e qualquer espécie de concessão imposta pela vida em sociedade.

Tendo esta premissa em consideração, sustentarei que a análise da discriminação indireta se inicia com uma etapa na qual se deve verificar a presença do chamado caso de discriminação indireta *prima facie* – ou seja, deve-se analisar se estão presentes os elementos que, a princípio, geram a discriminação indireta. Trata-se de três elementos distintos: a existência de um ato (em sentido amplo, podendo englobar, por exemplo, práticas, medidas, normas) público ou privado que adote critérios de classificação aparentemente neutros para determinar as condições de exercício ou aquisição de direitos; a produção de impactos desproporcionais ou de efeitos adversos negativos no que diz respeito à fruição ou reconhecimento destes direitos; e, por fim, a existência de um grupo constitucionalmente protegido que é sujeito a tais impactos. Em uma segunda etapa, deve-se analisar a proporcionalidade do ato gerador dos efeitos discriminatórios – devendo-se considerar, para isso, que estão em jogo direitos de grupos vulneráveis, além da promoção dos ideais igualitários constitucionais, o que enseja a aplicação da proporcionalidade em um nível de escrutínio elevado, que busca aferir com maior rigor se estão presentes os requisitos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito com relação ao ato impugnado. Por fim, em uma terceira etapa, deve-se analisar a possibilidade de conferir, no caso concreto, alguma forma de acomodação ou adaptação razoável em favor dos grupos prejudicados pelo ato, de modo a promover na maior medida possível o princípio da igualdade e não discriminação. Para isso, deve-se igualmente atender ao ideal de proporcionalidade – de tal forma que a medida de adaptação proposta será válida apenas se for adequada e necessária, apresentando ônus proporcionais aos objetivos por ela promovidos.

Com esta proposta, acredito que seja possível superar o problema acerca das incertezas metodológicas concernentes à garantia da igualdade de todos perante a lei enquanto uma vedação à discriminação indireta, conferindo mais uma ferramenta capaz de auxiliar na superação ou na redução das desigualdades estruturais que a Constituição de 1988 busca superar desde sua promulgação.

1 PREMISSAS TEÓRICAS: O PRINCÍPIO DA IGUALDADE PERANTE A LEI NO PARADIGMA DA JUSTIÇA COMO RECONHECIMENTO

Javert achava-se numa dessas extremidades. Uma das coisas que o torturava era ser constrangido a pensar (...). Pensar, coisa inusitada para ele, era singularmente doloroso. Há sempre na reflexão uma certa quantidade de rebelião interior, e ele se irritava de tê-la dentro de si. (...) Ele se dizia que era verdade que havia exceções, que a autoridade poderia titubear, que a regra poderia sucumbir perante o fato, que nem tudo se encaixava no texto do código (...). Ele foi forçado a reconhecer que a bondade existe (...). E ele mesmo, inusitadamente, teve que ser bom. Por isso, ele se corrompeu.

Victor Hugo (Os Miseráveis)

1.1 A igualdade perante a lei em seu sentido clássico e o discurso da insuficiência da igualdade formal. Por que desvendar os olhos da igualdade perante a lei?

É lição corrente entre juristas, filósofos e sociólogos que o princípio da igualdade foi associado aos princípios da liberdade e da fraternidade como núcleo do pensamento liberal do século XVIII. Foi este o pensamento que acabou por culminar nas revoluções burguesas – notadamente, as revoluções francesa e americana²⁸ – que trouxeram consigo a estranha ideia de que os indivíduos deveriam ser todos tratados como iguais perante a lei. Ideia estranha, pois ia de encontro ao modelo de sociedade tradicional estabelecido no *ancién regime*, que era marcado por uma estratificação razoavelmente rígida entre camadas sociais e por meio da qual se definia não só o regime jurídico aplicável a cada pessoa, como também o grau de honra que lhe deveria ser conferido.

Assim, sob um aspecto filosófico, a igualdade perante a lei partia de premissas iluministas como aquelas apresentadas em pensadores contratualistas de ampla influência como John Locke – para quem os homens seriam, por natureza, perfeitamente iguais,²⁹ notadamente na fruição de seu direito à liberdade – e Jean-Jacques Rousseau – que sustentara que o contrato social produziria uma igualdade “moral e legítima”, capaz de substituir as desigualdades fáticas

²⁸ BARROSO, L. R. A igualdade perante a lei. Algumas reflexões. In: JANEIRO, U. D. E. D. R. D. *Temas Atuais do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, v. I, 1987, p. 91-92; e CAMPOS, F. Igualdade de todos perante a lei. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, Belo Horizonte, n. Edição Comemorativa 2014, Dezembro 2013, p. 2-3. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=98310>>. Acesso em: 2 fev. 2015.

²⁹ LOCKE, J. *Two treatises of Government and A Letter Concerning Toleration*. New Haven: Yale University Press, 2003, p. 103. Para Locke, contudo, esta igualdade por natureza não se estende a todos os aspectos da realidade humana – homens são diferentes, segundo o autor, em razão da “idade ou virtude”, do “mérito”, do “nascimento”. Diante dessas desigualdades, que Locke não infirma como ilegítimas, a igualdade que subsiste na vida em sociedade, para Locke, diz respeito ao fato de nenhum homem se submeter ao domínio ou jurisdição de outro homem – ou seja, todo homem tem igual direito a sua liberdade natural.

(como diferenças entre a força física ou entre o talento dos indivíduos) em favor de uma igualdade convencional e de direito³⁰.

Subjacente a esta ideia de igualdade entre os homens encontra-se outro elemento do pensamento iluminista que diz respeito ao igual valor intrínseco de que são dotados os seres humanos pela simples razão de sua humanidade. É neste sentido que John Stuart Mill e toda uma filosofia utilitarista desenvolvida posteriormente parece fundamentar um ideal de justiça que considera a igualdade entre os indivíduos como critério para definir decisões justas (quais sejam, aquelas que promovem a felicidade do maior número de indivíduos)³¹. Da mesma forma, Kant identifica em todos os seres humanos um igual valor intrínseco que se consubstancia na ideia de dignidade – o ser humano é um fim em si mesmo e, diferentemente das coisas, não é dotado de um preço nem pode ser utilizado como meio para a consecução de outros fins³².

Se os indivíduos eram intrinsecamente iguais, conclusão necessária a estas diversas formulações filosóficas é a de que não haveria fundamento razoável para um modelo social segundo o qual honras e privilégios serviriam como critério para determinar o respeito devido a cada um. Neste sentido, sob uma ótica sociológica, a sociedade igualitária proposta pelo liberalismo revolucionário propõe-se a substituir o conceito tradicional de indivíduo por um conceito diverso, pós-tradicional e atomizado, no qual o elemento social humano deixa de ser concebido como *pessoa* e passa a ser entendido como um *indivíduo* que é verdadeiro sujeito abstrato.³³ Explica-se: segundo a concepção de indivíduo adotada pelo Antigo Regime e por outros modelos de sociedade tradicional, o elemento social humano é visto como *pessoa* no sentido de que se trata de um ser biográfico, que possui relações e papéis sociais definidos. Não

³⁰ ROUSSEAU, J.-J. *O contrato social*. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. 3a Edição. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 27-28. Na formulação rousseauiana, esta igualdade civil é potencializada pela vontade geral, concebida como estrato comum da vontade dos indivíduos inseridos em sociedade e que, segundo o autor, tende a promover o igual benefício de todos como fruto da tomada de decisão coletiva (Idem, p. 41).

³¹ Trata-se, por certo, de uma simplificação do utilitarismo enquanto corrente filosófica, que pode ser encontrada também em Rawls: “The main idea is that society is rightly ordered, and therefore just, when its major institutions are arranged so as to achieve the greatest net balance of satisfaction summed over all the individuals belonging to it”. Em tradução livre: “A principal ideia [do utilitarismo] é que a sociedade é corretamente ordenada, e portanto justa, quando suas principais instituições são ordenadas de forma a atingir o maior balanço líquido de satisfação considerando todos os indivíduos que pertencem a ela” (RAWLS, J. *A Theory of Justice: Revised Edition*. Cambridge: Belknap, 1999, p. 19). Neste sentido, a despeito das peculiaridades das diversas correntes utilitaristas, é suficiente aqui constatar que o ideal de igualdade (ao menos de igualdade de valor intrínseco, moral ou igualdade entre as “felicidades” dos indivíduos) integra esta corrente filosófica.

³² KANT, I. Fundamentação da metafísica dos costumes. Segunda seção: transição da filosofia moral popular para a metafísica dos costumes. In: KANT, I. *Textos selecionados*. Tradução de Paulo Quintela, Rubens Rodrigues Torres Filho Tania Maria Bernkopf. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 140.

³³ É certo, pois, que sob uma ótica descritiva todas as sociedades são compostas por indivíduos – no sentido de que é necessário, para a formação das sociedades, o seu elemento humano (DAMATTA, R. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997, p. 221). O que diferencia a proposta revolucionária do modelo tradicional do Antigo Regime – e este é o ponto a ser destacado neste momento – é a própria concepção que circunda este elemento humano.

se cogita, pois, de sujeitos abstratos, mas de sujeitos concretos – o nobre, o rei, o padre, o plebeu.

Há, portanto, uma função de complementaridade exercida pela *pessoa*, que integra um todo composto por outras pessoas que, como um conjunto, sobrepõem-se à própria existência individual. O grupo sobre o todo, cada pessoa exercendo um papel social determinado, em um modelo que remete ao organicismo aristotélico. Como leciona DaMatta, neste modelo tradicional sociedade, em que o elemento humano é a *pessoa* e não o indivíduo abstraído de suas particularidades, a segmentação é a norma.³⁴ Uma sociedade pessoalizada fundamenta-se nas relações pessoais³⁵, revelando um modelo de hierarquização entre seus diversos componentes humanos e estabelecendo diferentes privilégios de acordo com os papéis sociais exercidos.³⁶ Há, pois, diferentes grupos sociais que se sujeitam a regimes distintos, de maneira que o papel exercido por cada indivíduo influencia sua relação com os demais e pode gerar ou negar-lhe prerrogativas.

Em contraposição, o modelo social que advém do liberalismo revolucionário, ao pretender romper com o sistema hierarquizado de sociedade, fundamenta-se em uma concepção de indivíduo baseada na ideia de um “eu individual”. O indivíduo é percebido, neste caso, como uma abstração extrema, um ser desencarnado (*unencumbered self*)³⁷ cujos laços sociais são desconsiderados e cujas características são suprimidas³⁸. Não se trata mais, portanto, de um elemento humano que é parte de um todo, mas sim de um todo em si mesmo, dentro do qual se

³⁴ DAMATTA, R. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997, p. 226.

³⁵ *Ibid*, *passim*.

³⁶ Isto porque em um modelo baseado nas relações pessoais o tratamento devido a cada um dependerá, necessariamente, das relações que aquele determinado sujeito apresenta. Não se deve, pois, o mesmo tratamento ao próprio irmão que a um desconhecido. Não se deve, ainda, o mesmo tratamento ao nobre – muito “bem relacionado” – que ao plebeu, verdadeiro “João ninguém”.

³⁷ A expressão é de Michael J. Sandel. Sandel, filiando-se à corrente comunitarista, apresenta uma crítica à premissa adotada pelo liberalismo de cunho procedimental – de quem é um dos principais representantes John Rawls – no sentido de que os indivíduos poderiam ser considerados como um “eu” (*self*) anterior e independente dos propósitos e fins adotados pelas pessoas. A inserção do ser desenraizado em comunidade decorreria, para o liberalismo, de um ato volitivo, não sendo possível considerar vínculos relacionais de natureza moral prévios à sua existência (SANDEL, M. J. *The Procedural Republic and the Unencumbered Self*. *Political Theory*, v. 12, n. 1, Fevereiro, 1984, p. 81-96).

³⁸ Neste sentido caminha a tradição liberal contratualista e neocontratualista no sentido de conceber um estado de natureza hipotético ou uma posição original contrafática na qual os indivíduos carecem de características relacionais ou do conhecimento acerca de seu eu relacional – ou seja, de quem são enquanto pessoas. Este pensamento pode ser exemplificado nos escritos de Locke, Rousseau e, mais recentemente, Rawls (LOCKE, J. *Two treatises of Government and A Letter Concerning Toleration*. New Haven: Yale University Press, 2003, *passim*; ROUSSEAU, J.-J. *O contrato social*. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. 3ª Edição. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, *passim*; e RAWLS, J. *A Theory of Justice: Revised Edition*. Cambridge: Belknap, 1999, *passim*).

desenvolvem as diversas emoções e aspirações³⁹. O ideal de igualdade, sob esta perspectiva, repousa precisamente na estrutura social organizada a partir da concepção de que os indivíduos não mais devem ser considerados de acordo com o papel que exercem na sociedade, mas sim em sua condição de cidadãos, de sujeitos abstratos⁴⁰, despidos de suas particularidades e diferenças.

Neste sentido, sob uma perspectiva não só filosófica, como também e especialmente jurídica, o princípio da igualdade perante a lei põe-se em uma ótica universalizante,⁴¹ de modo a impor que o Direito seja aplicado a todos, como corolário do princípio do Estado de Direito que sujeita todos os homens ao primado da lei⁴². A justiça é, pois, cega com o objetivo de garantir que a posição e estima sociais individuais não sejam capazes de distorcer o Estado de Direito, o que tornaria uns melhores que os outros. Em outras palavras, no paradigma jurídico da igualdade do liberalismo clássico, considerar as diferenças entre os indivíduos quando da aplicação da lei significa violar a ideia de igual valor intrínseco e de autonomia moral individual⁴³. Por isso que é importante tomar os indivíduos como seres abstratos também sob uma perspectiva jurídica, com o respectivo apego ao conceito de sujeito abstrato de Direito⁴⁴ – ou seja, sujeitos de Direito, porque dotados de igualdade jurídica, porém abstratos, no sentido de que suas características concretas e sua condição de “pessoa” são ignoradas diante do risco de restabelecimento das hierarquias e privilégios tradicionais. É dizer, se somos todos capazes de tomar decisões morais e de determinar nossa ação baseando-nos nestas decisões, não há razão para mitigar a incidência da lei, seja quando produza efeitos desproporcionalmente positivos sob uma pessoa ou grupo de pessoas, seja quando produza efeitos desproporcionalmente negativos.

³⁹ DAMATTA, R. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997, p. 222.

⁴⁰ Como pretendo expor adiante, esta perspectiva sociológica ideal é posta em xeque no caso brasileiro, cujo modelo de modernização não rompeu completamente com a superação do elemento humano pessoalizado de modo que, mesmo nos dias atuais, o próprio termo “cidadão” pode assumir uma conotação substancialmente negativa, notadamente em situações em que a negação da cidadania e dos direitos é mais evidenciada.

⁴¹ TAYLOR, C. *The Politics of Recognition*. In: TAYLOR, C. *Multiculturalism*. New Jersey: Princeton University Press, 1994, p. 37-38.

⁴² Fala-se, aqui, no Estado de Direito como um princípio que pretende estabelecer a *rule of law* em contraposição à *rule of men*. Ou seja, o Direito sobrepõe-se aos homens, não sendo ninguém superior às leis. A este respeito, confira-se RAZ, J. *The authority of Law: essays on law and morality*. Oxford: Oxford University, 2009, p. 210-229.

⁴³ TAYLOR, C. Op. cit, nota 41, p. 39.

⁴⁴ PIOVESAN, F. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional. In: SARMENTO, D.; IKAWA, D.; PIOVESAN, F. *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 47-76.

A este respeito, cumpre ressaltar que a igualdade jurídica da proposta liberal clássica caminha lado ao lado com um princípio da legalidade que cultua a lei como mecanismo revolucionário, fruto de uma vontade geral inquestionável e incapaz de promover injustiças sociais. A lei seria fruto do autogoverno dos indivíduos⁴⁵ considerados como livres e autônomos⁴⁶. Assim sendo, a ordem legal deveria ser concebida como o resultado do exercício da participação dos indivíduos no processo coletivo de tomada de decisões. Não só isso, decorreria das características da generalidade e da abstração da lei⁴⁷ a necessidade de que o comando normativo se voltasse a todos os indivíduos sujeitos à soberania estatal. Conseqüentemente, o comando legal não poderia considerar nem indivíduos, nem características ou situações concretas, impedindo, assim, tratamentos privilegiados ou prejudiciais contra pessoas ou grupos determinados. Legalidade e legitimidade, portanto, se confundiam à luz de um culto cego à lei e à sua suficiência⁴⁸.

Assentado nestas premissas filosóficas, sociológicas e jurídicas, o conteúdo do princípio da igualdade enquanto igualdade perante a lei é desenvolvido, em primeiro lugar, como um parâmetro de aplicação dos comandos jurídicos aos indivíduos e situações concretas. Nesta perspectiva, o princípio volta-se para o aplicador da norma, impedindo-o de afastar ou aplicar indevidamente o comando legal com fundamento em considerações acerca das condições particulares dos indivíduos (ou seja, impedindo o aplicador de considerá-los enquanto “pessoas”). Sob esta perspectiva, *violar a igualdade perante a lei seria, em última análise, violar a própria legalidade*.⁴⁹ Nesta formulação, o objeto da igualdade perante a lei

⁴⁵ ROUSSEAU, J.-J. *O contrato social*. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. 3a Edição. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, *passim*.

⁴⁶ Por certo, o ideal de autogoverno rousseauiano, baseado na vontade geral enquanto substrato comum da vontade dos indivíduos inseridos em uma comunidade, sofreu substancial modificação no curso dos anos. Ao menos em parte, a distorção da ideia de vontade geral no conceito de vontade da maioria ou, em última análise, de soberania parlamentar pode ser atribuída ao desenrolar da revolução francesa e ao protagonismo teórico de Sieyès – que, no lugar da soberania popular de Rousseau, propôs a soberania nacional que viabilizou a ideia de democracia representativa. Somem-se a isto instituições como o voto censitário e a exclusão do direito de voto de mulheres e de analfabetos e tem-se, como resultado, um modelo distante do ideal de soberania popular. A este respeito, confira-se FIORAVANTI, M. *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001, p. 71-164.

⁴⁷ MELLO, C. A. B. D. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 35-36; SARMENTO, D. A Igualdade Étnico-Racial no Direito Constitucional Brasileiro: Discriminação "De Facto", Teoria do Impacto Desproporcional E Ação Afimativa. In: SARMENTO, D. *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 139-166; e BOBBIO, N. *Teoria da Norma Jurídica*. Bauru: EDIPRO, 2001, p. 180-183.

⁴⁸ BONAVIDES, P. Conferência proferida em São Paulo, no dia 23 de Maio de 1980, a convite do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado. In: BELMONTE, C.; MELGARÉ, P. *O Direito na sociedade contemporânea - Estudos em homenagem ao Ministro José Néri da Silveira*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 516-517.

⁴⁹ Francisco Campos refutou a possibilidade de a igualdade perante a lei voltar-se exclusivamente à aplicação dos comandos normativos, sob pena de tornar o princípio supérfluo. Nas palavras do autor: “as autoridades incumbidas de aplicar a lei estão, necessariamente, adstritas a aplica-la tal como é a lei, ou de aplica-la de acôrdo com os seus

(ou seja, a resposta à questão “igualdade de quê?”) pode ser identificado tão somente como a aplicação dos comandos normativos de maneira idêntica a todos os indivíduos e situações que se amoldem ao texto legal.⁵⁰

É dizer, os indivíduos seriam iguais perante a lei na medida em que a lei fosse aplicada a todos, independentemente de suas diferenças, condições sociais, econômicas, culturais ou de qualquer tipo⁵¹. Por esta lógica, aquilo que é “igual” não são exatamente os indivíduos, mas sim a aplicação da lei. Pouco importa, portanto, que *Jean Valjean* tenha roubado um pedaço de pão para alimentar os filhos famintos de sua irmã – o inspetor *Javert*, materializando a Justiça cega, assim como buscaria a prisão de qualquer ladrão, buscará também incessantemente ver o protagonista de *Os Miseráveis* atrás das grades⁵².

Sem fugir às premissas liberais e formais que lhe embasaram, o conteúdo jurídico da igualdade perante a lei é posteriormente expandido a partir da constatação de que a lei – mesmo quando geral e abstrata – tem por característica própria traçar distinções e identificar critérios para sua aplicação.⁵³ É certo, pois, que a lei penal pode estabelecer que determinada conduta apenas será considerada crime se praticada por determinado tipo de agente. A lei civil pode eleger determinadas condições individuais como requisito para o exercício de

têrmos. De duas uma, portanto. Ou a lei dispõe de maneira geral e com igualdade para todos os casos que ela regula, e o executor ou aplicador da lei, que está adstrito a aplica-la com fidelidade, aplicando-a a todos os casos com igualdade, está obedecendo à lei que êle aplica e não ao princípio da igualdade, ou a lei trata desigualmente pessoas, coisas ou fatos, que deveriam ser tratados com igualdade, e, neste caso, ou o aplicador da lei desobedeceria a esta, para obedecer ao princípio de igualdade, e, assim, não estaria aplicando a lei, ou, para cumprir a lei, tal como nela se contém, teria, necessariamente, ou por dever de ofício, de violar o princípio de igualdade. Em nenhuma das hipóteses, como se vê, haveria oportunidade para aplicar a lei de acôrdo com outro princípio que não fôsse o por ela mesma adotado. Não tem nenhum sentido, portanto, a afirmação de que o princípio de igualdade se destina tão somente a reger a aplicação da lei, não se entendendo com o legislador o mandamento de observar, êle mesmo, ao elaborar e editar a lei, o princípio de que aos iguais deverá dispensar igual tratamento”. CAMPOS, F. Igualdade de todos perante a lei. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, Belo Horizonte, n. Edição Comemorativa 2014, dez. 2013, p. 5. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=98310>>. Acesso em: 2 fev. 2015.

⁵⁰ Idem. No mesmo sentido: ROCHA, C. L. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990, p. 36-37.

⁵¹ No mesmo sentido, Kelsen sustentou que a igualdade perante a lei “é respeitada sempre que a lei é aplicada tal como, de acordo com o seu próprio sentido, deve ser aplicada, sempre que o órgão aplicador do direito apenas considera como relevantes aquelas desigualdades que a lei manda ter em conta. A igualdade perante a lei não é, portanto, de forma alguma, igualdade, mas conformidade a norma”. KELSEN, H. *A justiça e o direito natural*. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Almedina, 2001, p. 92.

⁵² Interessante aqui, destacar, sem pretender adiantar o desfecho do romance, que as premissas de *Javert* – fundadas na fórmula clássica do princípio da igualdade perante a lei – são tão profundamente incompatíveis com a consideração de *Jean Valjean* enquanto pessoa, em suas particularidades e individualidades, que a crise de consciência que tem ao constatar que o anti-herói não merecia retornar à prisão é aguda de tal forma que não lhe resta outra solução senão o suicídio. A igualdade perante a lei em sua formulação clássica simplesmente não pode sobreviver de maneira coerente em coabitação com sujeitos concretos e reais.

⁵³ MELLO, C. A. B. D. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 12-13 e CASTRO, C. R. D. S. *O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 46-47.

determinados direitos. A lei administrativa pode determinar requisitos individuais para a contratação com a Administração Pública.

Esta constatação permitiu opor o princípio da igualdade perante a lei não só ao aplicador da norma, como também ao próprio legislador. Neste sentido, a lei não poderia violar o imperativo segundo o qual situações iguais devem ser tratadas de maneira igual e situações distintas devem ser tratadas distintamente. Em termos específicos, o princípio da igualdade proscreria ao legislador a possibilidade de promover discriminações injustificáveis entre situações a toda evidência semelhantes⁵⁴. De acordo com Francisco Campos:

A lei não poderá discriminar senão quando haja fundadas razões de fato, que indiquem a existência de diferenças reais. Ora, onde a discriminação já é um dado de fato, a lei que reconhece a diferença, para tratar cada caso de acordo com a sua natureza específica, não está, efetivamente, discriminando. Quando, porém, a lei discrimina pessoas, fatos, negócios ou atos, entre os quais existe identidade ou igualdade de condições gerais, por pertencerem a uma mesma classe, categoria ou ordem, a lei está discriminando, contra a proibição constitucional.⁵⁵

Trata-se, aqui, de uma complementação do princípio da igualdade perante a lei com a adição do que alguns autores convencionaram denominar igualdade na lei⁵⁶. Segundo Carmen Lucia Rocha,⁵⁷ a igualdade na lei significa que a própria norma jurídica tem a obrigação de conferir tratamento igual aos iguais, “não podendo arremeter-se contra o princípio e propiciar desigualação de pessoas que se encontrem em situação de igualdade”.

Afirmar, no entanto, que situações iguais devem ser tratadas igualmente e situações diferentes devem ser tratadas diferentemente pouco esclarece. É necessário, mais que isso, identificar precisamente quais seriam as situações em que haveria diferenças reais a legitimar a discriminação legislativa e quais seriam aquelas situações em que a identidade ou igualdade de condições gerais impediria o tratamento desigual. Por certo foi Celso Antônio Bandeira de

⁵⁴ CAMPOS, F. Igualdade de todos perante a lei. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, Belo Horizonte, n. Edição Comemorativa 2014, Dezembro 2013, p. 13. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=98310>>. Acesso em: 2 fev. 2015.

⁵⁵ *Ibid*, p. 7.

⁵⁶ Os juristas divergem com relação à classificação da igualdade sob as duas vertentes, igualdade na lei e igualdade perante a lei. Assim, para Francisco Campos, o que aqui denominamos igualdade na lei integra o próprio conceito de igualdade perante a lei (*Ibid*, passim.). Para outros, como José Afonso da Silva, a igualdade na lei e a igualdade perante a lei confundem-se, sendo desnecessário promover tal distinção no contexto brasileiro (SILVA, J. A. D. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33a. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 215-216). Ainda, outros como Hesse entenderam que a igualdade perante a lei consistiria no princípio da igualdade formal, enquanto a igualdade na lei integraria o conceito de igualdade material (HESSE, K. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 330-331).

⁵⁷ ROCHA, C. L. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990, p. 37.

Mello⁵⁸ quem, no Brasil, buscou com maior afinco tratar da questão referente aos elementos de *discrímen legislativo*.

Segundo o autor, a violação ao princípio da isonomia poderia ser constatada em 5 (cinco) situações distintas. Primeiramente, a ofensa à igualdade ocorreria quando a lei singularizasse seus destinatários.⁵⁹ Trata-se de requisito que se vincula, como já visto, aos imperativos de generalidade e abstração que impedem que a lei se volte para indivíduos e situações concretos, em favor de um tratamento universalizante (e, portanto, pretensamente igualitário) de todos. Ainda, a igualdade estaria desrespeitada quando a norma adotasse determinados critérios que, para o autor, não residiriam nos fatos, situações ou pessoas desequiparadas.⁶⁰ Assim, enquanto critérios como a habilidade física podem servir como parâmetro legislativo para determinar quem será selecionado em um concurso público para ingresso no cargo de policial militar, outros fatores como o tempo não serviriam como critério classificatório na medida em que não residem nem nas pessoas, nem nos fatos ou situações para os quais se pode voltar a atividade legislativa.

Em terceiro lugar, Celso Antônio Bandeira de Mello identificou com precisão que o elemento de classificação eleito pelo legislador não só deveria residir nas pessoas ou fatos sujeitos à norma, como também deveria guardar relação de pertinência lógica com a disparidade dos regimes conferidos pela lei.⁶¹ Significa dizer, por exemplo, que o critério da habilidade física apenas poderia ser eleito como elemento de discriminação adequado na medida em que houvesse relação lógica entre sua adoção e o objetivo almejado pela norma – selecionar os candidatos mais habilitados para o exercício da função de policial militar. Ainda, a isonomia impediria o emprego incidental, fortuito ou implícito de critérios de classificação não professados expressamente pela norma⁶². Fala-se, aqui, na adoção de classificações alheias àquelas promovidas pela norma – ou seja, classificações que não sejam queridas, desejadas ou que não decorram diretamente da lei.

Por fim, o autor não descuidou de identificar a exigência da igualdade perante a lei no sentido de que os critérios de classificação adotados pela norma não podem violar o ordenamento constitucional vigente. Neste sentido, o autor aludiu à proibição inserida no Art.

⁵⁸ MELLO, C. A. B. D. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 45-46.

⁵⁹ *Ibid*, p. 23-29.

⁶⁰ *Ibid*, p. 29-36.

⁶¹ *Ibid*, p. 37-40.

⁶² *Ibid*. p. 45-46.

3º, IV da Constituição Federal que veda a discriminação fundada em origem, raça, sexo, cor e idade⁶³. Tratando deste aspecto, Carlos Roberto de Siqueira Castro afirmou que

determinados traços distintivos não podem servir como critérios de classificação normativa, o que se dá sempre que a Constituição ela mesma considera odiosa e inutilizável a classificação feita com base em tais critérios (invidious discrimination - segundo a nomenclatura norte-americana), como é o caso típico entre nós das classificações por motivo de sexo, raça, trabalho, credo religioso e de convicções políticas. Tal ocorrendo, fica automaticamente subtraída à competência do legislador ordinário a faculdade de estabelecer discriminações com base em tais índices fáticos de diferenciação, incorrendo na eiva da inconstitucionalidade o ato normativo que acaso estabeleçê-las.⁶⁴

Pode-se sintetizar, assim, a formulação clássica do princípio da igualdade perante a lei⁶⁵ enquanto um comando normativo que veda distinções indevidas quando da aplicação da lei e distinções indevidas com relação aos critérios de discriminação adotados pela lei⁶⁶. Esta concepção excessivamente formal do princípio da igualdade⁶⁷ – cujo elemento substancial, a igualdade na lei consistente na vedação do emprego de critérios de classificação suspeitos, não decorre de nada mais que a aplicação do critério hierárquico de solução de antinomias⁶⁸ – viabilizou ao discurso jurídico fugir de questões sociais problemáticas: notadamente, o grave

⁶³ Sob esta perspectiva, vale ressaltar que é principalmente a partir do pensamento do americano John H. Ely que se desenvolveu a ideia de que a lei também não poderia eleger determinados critérios de classificação considerados contrários ao ideal igualitário. Trata-se de critérios como o sexo, a raça, a religião e outros – nos Estados Unidos denominados “*suspect classification*” – capazes de levar a discriminações odiosas (*invidious discrimination*). ELY, J. H. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. 3. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 145-155.

⁶⁴ CASTRO, C. R. D. S. O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 50.

⁶⁵ Repiso, novamente, as ressalvas apresentada na nota de rodapé nº 38 *supra*, à luz das quais este segundo conteúdo da igualdade perante a lei (vedar o emprego de critérios de discriminação proscritos) poderiam ser identificados como um princípio específico de igualdade na lei ou mesmo de igualdade material.

⁶⁶ CASTRO, C. R. D. S. op. cit., nota 64, *passim*. Carmen Lúcia Rocha resume estes conceitos nas três primeiras funções que atribui ao princípio da igualdade, quais sejam: que a lei “não permita ou possibilite a manutenção de desigualdades que não estejam fundadas em critérios de fato ou legítimos de direito”; “não crie desigualdades entre pessoas em situação jurídica que permita a igualação e seja este o enfoque a ser relevado para o desate justo da questão normada”; e “não sedimente ou labore preconceitos ou discriminações”. Além disso, a autora atribuiu à igualdade perante a lei também em sentidos tradicionalmente considerados parte da igualdade em sentido material – o sentido de que a lei deve eliminar desigualdades socioeconômicas e políticas e o sentido de que a lei deve se legitimar pela desigualação que seja mais relevante ao interesse humano que a igualação (ROCHA, C. L. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: LÊ, 1990, p. 39-40).

⁶⁷ O que justifica a tradução da igualdade perante a lei (e da igualdade na lei, cf. nota de rodapé nº 57, *supra*) no princípio da igualdade formal.

⁶⁸ Trata-se do critério traduzido no brocardo em latim *lex superior derogat inferiori*. A este respeito, confira-se BOBBIO, N. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 6ª ed., 1995, p. 93 et seq. Cumpre destacar, ainda, que os critérios de classificação suspeitos, conforme trabalhados pelos teóricos americanos, não são totalmente vedados – eles deflagram, pelo contrário, uma análise de escrutínio estrito que pode, em tese, conduzir à convalidação da medida quando verificado que não se trata de uma medida violadora da igualdade. Na prática, o escrutínio estrito tem sido considerado pelos juristas americanos estrito em tese, fatal na realidade. A este respeito, veja-se: GUNTHER, G. The Supreme Court, 1971 - Foreword: In search of evolving doctrine on a changing court: A model for a newer equal protection. *Harvard Law Review*, 86, 1972, p. 8.

problema da desigualdade real entre indivíduos (abstratamente e juridicamente iguais) sob o novo regime burguês, capitalista e liberal.

Sem dúvidas a chamada “ideologia do desempenho”⁶⁹, que objetivou legitimar desigualdades com base em argumentos sobre mérito individual, contribuiu para legitimar a realidade desigual e para esvaziar o Direito enquanto instrumento de sua superação. Isto porque, com o advento das revoluções burguesas, o conceito tradicional de respeito e honra foi fragmentado em duas esferas distintas regidas, respectivamente, pela igualdade jurídica e por um princípio do sucesso (concebido, a princípio, segundo parâmetros de desempenho individual socialmente determinados). Plenamente abraçada pelo modelo de sociedade capitalista, esta fragmentação implica concluir que ao Direito cabe, exclusivamente, promover um idêntico reconhecimento jurídico dos indivíduos – consubstanciado na igualdade perante a lei em sentido clássico. Isso não impede, no entanto, que cada indivíduo dotado de igualdade jurídica se esforce para adequar-se aos princípios meritocráticos reinantes, de modo a alcançar a estima social necessária para que ascenda socialmente.

É precisamente esta ideologia do desempenho – este modelo que dá foco a um princípio pretensamente meritocrático, pelo qual cada um ostenta a situação social que merece de acordo com os resultados frutos do esforço individual – que permite justificar que existam diferenças substanciais entre os indivíduos mesmo em sociedades fundadas na igualdade perante a lei.⁷⁰ Ora, a explicação é simples: todos os indivíduos são iguais, partindo de um abstrato ponto de partida idêntico. As desigualdades sociais decorrem, assim, exclusivamente do emprego de habilidades individuais com maior ou menor capacidade por cada um. É dizer,

⁶⁹ A respeito deste tema, Axel Honneth afirmam que a ideologia do desempenho apresenta como promessa tornar as chances da vida dependentes do sucesso individual (HONNETH, A. *The Fragmented World of the Social: essays in social and political philosophy*. Albania: State University of New York, 1995, p. 214). Segundo Kreckel, citado por Jessé Souza, a ideologia do desempenho consiste na “tentativa de elaborar um princípio único, para além da mera propriedade econômica, a partir do qual se constitui a mais importante forma de legitimação da desigualdade no mundo contemporânea”. Neste sentido, “[a] ideia subjacente a esse argumento é que teria que haver um ‘pano de fundo consensual’ (Hintergrundkonsens) acerca do valor diferencial dos seres humanos, de tal modo que possa existir uma efetiva – ainda que subliminarmente produzida – legitimação da desigualdade” (KRECKEL, Reinhardt, *Politische Soziologie der sozialen Ungleichheit*, Frankfurt, Campus, 1992 *apud* SOUZA, J. (Não) reconhecimento e subcidadania, ou o que é “ser gente”? *Lua Nova*, 54, 2004. p. 43). DaMatta denomina o mesmo fenômeno de “ideologia do sucesso” (DAMATTA, R. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997ª, p. 228).

⁷⁰ Neste sentido, analisando o pensamento de Bourdieu, a lição de Jessé Souza permite ilustrar a questão: “No que toca à especificidade da dominação no capitalismo avançado, Bourdieu acompanha a tese marxiana da ‘ideologia espontânea’. O capitalismo logra desenvolver e de certa maneira ‘secretar’ uma forma de dominação que não apenas não se mostra enquanto tal, mas que também, ao mesmo tempo, exime os dominadores do custoso trabalho de reprodução das relações de dominação. A ideologia mais bem-sucedida é precisamente aquela que não precisa de palavras, e que se mantém a partir do silêncio cúmplice de sistemas auto-regulados que produzem, sob a máscara da igualdade formal e da ideologia do talento meritocrático a ‘sociodicéia dos próprios privilégios’ das classes dominantes” (SOUZA, J. Pierre Bourdieu, pensador da periferia? In: SOUZA, J.; MATTOS, P. *Teoria crítica no século XXI*. São Paulo: Annablume, 2007. p. 64-65).

porque os indivíduos têm escolhas e são livres, não sendo conferido a ninguém mais direitos que a outros, não são as posições sociais que definem quem merece mais ou menos, ou quem obterá mais e quem obterá menos, mas sim o sucesso individual de cada um⁷¹.

Sendo assim, as desigualdades reais entre os indivíduos não implicariam violação à igualdade jurídica e, portanto, não seriam um problema a ser resolvido pelo Direito na medida em que a lei não estivesse sendo aplicada de maneira discriminatória (e, portanto, indevida) ou elaborada em desacordo com a máxima de que situações iguais devem ser tratadas igualmente. Desigualdades reais que não decorressem destas hipóteses seriam exclusivamente imputáveis ao mérito (ou ao demérito) individual.

No entanto, assim como, na obra “Os Miseráveis” de Victor Hugo, Javert sucumbiu ao ver-se obrigado a refletir sobre as consequências cruéis que a aplicação idêntica da lei pode promover, não tardou até que a igualdade perante a lei nesta formulação excessivamente formal entrasse em crise ao se defrontar com a trágica realidade desigual que se pôs com a revolução industrial e em razão do modelo capitalista de produção. Com efeito, a partir do século XIX o conteúdo da igualdade jurídica, seja enquanto igualdade perante a lei, seja enquanto igualdade na lei passa a sofrer críticas por sua indiferença com relação às profundas desigualdades sociais reais e sua insuficiência para o atingimento de uma sociedade efetivamente igualitária.⁷²

É que, diferentemente do propagado pela ideologia liberal-burguesa predominante, os indivíduos reais não eram meros sujeitos abstratos de direito a-históricos, mas sim seres concretos, dotados de características reais.⁷³ Por sua vez, estas características poderiam determinar, em diversas situações, que os sujeitos concretos sofressem impactos substancialmente diferentes em razão da aplicação de um mesmo comando normativo – ainda

⁷¹ Não só isso, a característica igualitária revolucionária se manifestava, ainda, no fato de que a manutenção do indivíduo em tais posições de prestígio é instável, na medida em que o sucesso pode deixar de existir ou que outro indivíduo pode alcançar sucesso maior que o de seu par (DAMATTA, R. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997^a, p. 227-228).

⁷² Nas palavras de Paulo Bonavides: “A utopia de uma igualdade absoluta, alcançada por via da igualdade jurídica, ficou patente quando a reflexão demonstrou que esta última não eliminava as desigualdades materiais aumentadas historicamente em razão da chamada revolução industrial, da introdução da máquina e do conseqüente surto do capitalismo” (BONAVIDES, P. Conferência proferida em São Paulo, no dia 23 de Maio de 1980, a convite do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado. In: BELMONTE, C.; MELGARÉ, P. *O Direito na sociedade contemporânea - Estudos em homenagem ao Ministro José Néri da Silveira*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 513). No mesmo sentido, SARMENTO, D. A Igualdade Étnico-Racial no Direito Constitucional Brasileiro: Discriminação “De Facto”, Teoria do Impacto Desproporcional E Ação Afimativa. In: SARMENTO, D. *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 143-147.

⁷³ Flávia Piovesan e outras denominam este processo de “especificação do sujeito de direito”, por meio do qual, “ao lado do sujeito genérico e abstrato, delinea-se o sujeito de direito concreto, visto em sua especificidade e na concreticidade de suas diversas relações” (PIOVESAN, F.; PIOVESAN, L.; SATO, P. K. Implementação do direito à igualdade. In: PIOVESAN, F. *Temas de direitos humanos*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, Capítulo 10, s/n).

que supostamente geral, abstrato, razoável e aparentemente neutro. Com efeito, ao desconsiderar as diferenças existentes entre os indivíduos, os dispositivos legais tendiam a reproduzir ideais e premissas que, em realidade, refletiam ideologias dominantes na sociedade⁷⁴ e visões de mundo específicas e não necessariamente compartilhadas por todos os grupos sociais⁷⁵. Dessa maneira, a lei por vezes se prestava a incluir⁷⁶ os indivíduos que partilhavam destas ideologias e que se situavam em posições igualmente dominantes ao passo que excluía indivíduos desviantes⁷⁷.

Com isso, a própria ideologia do desempenho passa a ser contestada. Em primeiro lugar, em razão da constatação de que os indivíduos, considerados em sua concretude, traçam suas escolhas e desenvolvem suas vidas desde pontos de partida diferentes, apresentando diferentes capacidades e habilidades por vezes relacionadas muito mais com certa “loteria natural” fruto do acaso do que com o mérito individual.⁷⁸ Em segundo lugar, diante do fato de que o “sucesso” ou “desempenho” não é um princípio neutro e autorreferente, e sim, um princípio social e ideologicamente construído⁷⁹ – sucesso é, em regra, o que determinado grupo (dominante ou majoritário⁸⁰) reputa como tal, de modo que o emprego de capacidades e

⁷⁴ YOUNG, I. M. *Justice and the Politics of Difference*. New Jersey: Princeton University Press, 1990, passim e TAYLOR, C. *The Politics of Recognition*. In: TAYLOR, C. *Multiculturalism: Examining the politics of recognition*. Princeton: Princeton University, 1994, p. passim.

⁷⁵ Segundo Habermas, o problema neste caso decorre do fato de que, em sociedades democráticas, uma maioria cultural que exerce o poder político impõe suas concepções de vida às minorias. Dessa maneira, nega-se aos indivíduos pertencentes a estes grupos que partilham de *backgrounds* culturais distintos a efetiva igualdade de direitos. HABERMAS, J. *The inclusion of the other*. Cambridge: MIT Press, 2000, 143-144.

⁷⁶ Incluir, aqui, traduz-se tanto pela perspectiva da participação na tomada de decisões coletivas (ou seja, inclusão como participação), como pela perspectiva da fruição de direitos (ou seja, inclusão como garantia de direitos substantivos).

⁷⁷ Adoto, aqui, o conceito de desvio trabalhado por Erving Goffman, sendo aquele “apresentado pelos indivíduos que voluntária e abertamente se recusam a aceitar o lugar social que lhes é destinado e que agem de maneira irregular e, sob certo aspecto, rebelde, no que se refere a nossas instituições básicas”. GOFFMAN, E. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 4a. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2013, p. 153. Mais especificamente, refiro-me à categoria de “desviantes sociais”, sendo aqueles indivíduos que seguem o caminho do desvio por meio do agrupamento em uma subcomunidade ou meio. *Ibid.* p. 154. Tratando dos desviantes à luz do conceito de *outsiders*, confira-se o trabalho de Becker. BECKER, H. S. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Tradução de Maria Luiza X. de Borges. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, passim.

⁷⁸ RAWLS, J. *A Theory of Justice: Revised Edition*. Cambridge: Belknap, 1999, p. 64.

⁷⁹ HONNETH, A. *Redistribution as Recognition: A Response to Nancy Fraser*. In: FRASER, N.; HONNETH, A. *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*. Tradução de Joel GOLB e James INGRAM. London: Verso, 2004, passim. No mesmo sentido, KRECKEL, Reinhardt, *Politische Soziologie der sozialen Ungleichheit*, Frankfurt, Campus, 1992 *apud* SOUZA, J. (Não) reconhecimento e subcidadania, ou o que é “ser gente”? *Lua Nova*, 54, 2004. p. 43.

⁸⁰ Partindo do pressuposto que se está tratando de uma sociedade regida pelo princípio democrático, é razoável presumir que o conceito de sucesso adotado será aquele definido pelo grupo ou grupos que exercem maior influência no exercício do poder político. A depender da concepção de democracia adotada, no entanto, a definição quanto a quais são estes grupos irá variar. Assim, em um modelo de democracia agregativa, em que a política seria concebida como um processo de agregação de vontades e preferências individuais, este grupo pode ser identificado como o grupo majoritário sob uma perspectiva numérica (ao menos se considerados os indivíduos efetivamente inseridos nos processos de tomada de decisões coletivas). Alternativamente, um modelo de democracia elitista, em que a participação popular se restringiria ao momento de escolha dos representantes de tal maneira que o

habilidades individuais em dissonância com o imposto pela corrente dominante inviabiliza qualquer chance de se obter a pretendida estima social e, portanto, impede o acesso de determinados grupos às posições sociais privilegiadas⁸¹.

Estas insuficiências do princípio da igualdade formal, aliadas à ascensão do Estado do Bem-Estar Social, cujos marcos normativos são as Constituições Mexicana de 1917 e Alemã de 1919, potencializaram que outra concepção acerca do princípio da igualdade, voltada para a promoção da justiça social, assumisse a centralidade do pensamento político e filosófico: o princípio da igualdade material⁸².

Diferentemente da concepção excessivamente formal da igualdade perante a lei e da igualdade na lei, a igualdade material reconhece as diferenças profundas entre os indivíduos, buscando, em um primeiro momento, promover sua equiparação no âmbito da distribuição dos bens da vida⁸³. Em um segundo momento, a partir da constatação de que as desigualdades decorrem não só de falhas na distribuição de bens, mas de falhas no acesso aos processos democráticos e falhas de reconhecimento de diversos projetos de vida, o princípio da igualdade material passa a buscar também mecanismos não-distributivos de equiparação entre indivíduos concretos e desiguais⁸⁴. Diante, pois, dos limites da igualdade perante a lei em sua formulação

exercício do poder seria relegado às elites políticas, pode-se falar na existência de um grupo simplesmente dominante no que diz respeito à definição do conceito de sucesso. Para os fins da análise que levarei a efeito deste trabalho, no entanto, ambos os grupos podem ser indistintamente denominados maiorias, em contraposição com a ideia de minorias como grupos sociais vulneráveis que desenvolverei a seguir. Sobre estes diferentes modelos de democracia, veja-se: SOUZA NETO, C. P. D. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa*. Renovar: Rio de Janeiro, 2006, p. 73; e RIBEIRO, A. C. Teoria democrática entre a perspectiva elitista e a teoria crítica. *Interseções*. v. 12, n. 2, dez. 2010, p. 408-425.

⁸¹ Conforme desenvolverei a seguir, não pretendo aqui sustentar que haja um direito à autorrealização ou de que o princípio da igualdade, na Constituição de 1988, deva ser considerado sob a perspectiva da igualdade de resultados. Pelo contrário, sustentarei que a igualdade impõe um direito às condições para a busca da autorrealização – cuja obtenção dependerá de processos sociais que fogem ao controle do ordenamento jurídico. O que quero dizer, neste ponto, é o culto ao “mérito” – enquanto conceito socialmente definido por maiorias – não apenas dificulta, mas praticamente impede esta procura da felicidade.

⁸² SARMENTO, D. A Igualdade Étnico-Racial no Direito Constitucional Brasileiro: Discriminação "De Facto", Teoria do Impacto Desproporcional E Ação Afimativa. In: SARMENTO, D. *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 143-147.

⁸³ BARROSO, L. R. A igualdade perante a lei. Algumas reflexões. In: JANEIRO, U. D. E. D. R. D. *Temas Atuais do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, v. I, 1987, p. 90-107.

⁸⁴ Nas palavras de Daniel Sarmiento, nesta nova concepção da igualdade “[o] foco não é mais o indivíduo abstrato e racional idealizado pelos filósofos iluministas, mas a pessoa de carne e osso, que tem necessidades materiais que precisam ser atendidas, sem as quais não consegue nem mesmo exercitar as suas liberdades fundamentais” (SARMENTO, D. Op. cit, nota 81, p. 144). Segundo Piovesan, a igualdade formal tomaria a igualdade como um dado e pressuposto, “acenando para uma atuação estatal marcada pela neutralidade”. De outro lado, a igualdade material “toma a igualdade como um resultado ao qual se pretende chegar, acenando para uma atuação estatal marcada pelo protagonismo...” (PIOVESAN, F. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional. In: SARMENTO, D.; IKAWA, D.; PIOVESAN, F. *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 74). Pretendo ir de encontro a esta compreensão, no curso deste trabalho, ao afirmar que a igualdade formal, no limite em que é compreendida como igualdade perante a lei, não pode se confundir com imperativos de (aparente) neutralidade.

clássica no que diz respeito à sua capacidade de promover a igualdade real e da justiça social, uma série de estudos e políticas foram desenvolvidos visando a aprofundar os mecanismos de tutela e efetivação da igualdade material, seja por meio da redistribuição de bens, seja por meio da promoção do reconhecimento e da inclusão no processo democrático.

Com isso, atingimos o ponto-chave que revela uma das questões centrais a esse trabalho. É que, associado à progressiva centralidade do princípio da igualdade material, reforçou-se em igual medida o que se pode identificar como um *discurso da insuficiência da igualdade formal*, em seus conteúdos de igualdade perante a lei e igualdade na lei. Trata-se dos posicionamentos colhidos em diversos contextos que se baseiam na tese de que a igualdade formal jurídica consistiria em mero “ponto de partida abstrato” da igualdade⁸⁵, insuficiente para a promoção dos ideais igualitários constitucionais ou supraconstitucionais.

Neste sentido, Clémerson Merlin Clève e Melina Reck afirmaram que “a mera vedação de tratamentos discriminatórios, (...), não tem o condão de realizar os objetivos fundamentais da República constitucionalmente definidos”⁸⁶. Daniel Sarmento, por sua vez, contrastou a isonomia formal à aplicação do Direito capaz de “promover, no plano dos fatos, a igualdade real entre as pessoas, reduzindo os desníveis sociais e de poder existentes”⁸⁷, sugerindo que esta vertente da igualdade atuaria meramente como um “limite”, contrapondo-a à atuação positiva do Estado para a promoção da igualdade⁸⁸. Ao tratar da questão, Flávia Piovesan afirmou a necessidade de repensar o valor da igualdade de modo a “transitar-se da igualdade formal para a igualdade material ou substantiva”, sendo a igualdade material um princípio que “transcende a igualdade formal”⁸⁹ e que corresponde “ao ideal de justiça social e distributiva” e “ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades”⁹⁰.

⁸⁵ PIOVESAN, F. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional. In: SARMENTO, D.; IKAWA, D.; PIOVESAN, F. *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 20.

⁸⁶ CLÈVE, C. M.; RECK, M. B. As ações afirmativas e a efetivação do princípio constitucional da igualdade. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Ano 3. n. 11. jan/fev/mar 2003, p. 32.

⁸⁷ SARMENTO, D. Legalização do aborto e Constituição. In: SARMENTO, D. *Livres e iguais*: estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Cap. 3, p. 132-133.

⁸⁸ SARMENTO, D. A Igualdade Étnico-Racial no Direito Constitucional Brasileiro: Discriminação "De Facto", Teoria do Impacto Desproporcional E Ação Afimativa. In: SARMENTO, D. *Livres e Iguais*: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 141. Note-se, nada obstante, que o autor reconhecer, na linha do que se pretende sustentar neste trabalho, que “[a] A discriminação de facto consiste em ofensa ao princípio da igualdade perante a lei” (Ibid, p. 147).

⁸⁹ PIOVESAN, F.; PIOVESAN, L.; SATO, P. K. Implementação do direito à igualdade. In: _____. *Temas de direitos humanos*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, s/n.

⁹⁰ PIOVESAN, F. A estrutura normativa do sistema regional de proteção dos direitos humanos – O sistema interamericano. In: *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 14ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, s/n.

O discurso da insuficiência da igualdade formal apresenta, contudo, equívocos que merecem esclarecimento na tentativa de superar, com o auxílio do Direito, o estado de desigualdade que marca o cenário global em geral e o brasileiro em específico.

Em primeiro lugar, a afirmação no sentido de que a igualdade perante a lei (ou igualdade na lei ou igualdade formal) é insuficiente para a promoção dos ideais igualitários – notadamente aqueles insculpidos na Constituição de 1988 e nas diversas normas internacionais que consagram os direitos humanos – configura, por um lado, uma obviedade e, por outro, uma conclusão insuficiente. Explico-me.

A obviedade a que me refiro diz respeito à inafastável constatação de que não só a igualdade perante a lei, como qualquer princípio constitucional tomado isoladamente⁹¹ será necessariamente insuficiente para a promoção dos ideais constitucionais emancipatórios. Isto porque a identidade da Constituição – capaz de ilustrar sua interpretação e determinar seus objetivos únicos – decorre de todo um conjunto de princípios, regras e valores que são previstos no texto e na prática constitucional⁹². É por meio da coordenação entre esses elementos que uma constituição dotada de pretensões normativas buscará efetivar seus ideais, não se podendo realizá-lo integralmente de maneira fracionada. Ao afirmar que não há liberdade sem igualdade, nem igualdade sem liberdade, Flavia Piovesan sintetizou de maneira cristalina este argumento⁹³ - ambos, igualdade e liberdade, são essenciais para a garantia da emancipação social, assim como a coordenação entre diversos princípios e formulações distintas é o que permite o atingimento de uma sociedade efetivamente emancipada.

Ainda, ao deslocar integralmente o debate acerca da concretização da igualdade para sua vertente jurídica material, o discurso da insuficiência da igualdade formal torna-se, ele mesmo, insuficiente, na medida em que, por um lado, ignora o dever de interpretar o princípio da igualdade formal à luz dos objetivos constitucionais⁹⁴ e, conseqüentemente, deixa para trás

⁹¹ Possivelmente à exceção do princípio da dignidade da pessoa humana, cuja natureza polissêmica permite uma chave quase infinita de instrumentos voltados à promoção de uma sociedade fundada em ideais emancipatórios. Cf. MCCRUDDEN, C. Human dignity and judicial interpretation of human rights. *The European Journal of International Law*, 19, n. 4, 2008, passim.

⁹² Conforme afirmado por J. J. Canotilho, a identidade da constituição é fruto dos princípios de conteúdo inalterável que “devem permanecer estáveis, sob pena de a constituição deixar de ser uma ordem jurídica fundamental do Estado para se dissolver na dinâmica das forças políticas” (CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 148). Sobre o conceito de identidade constitucional e seu desenvolvimento por meio de processos de construção, desconstrução e reconstrução, confira-se ainda ROSENFELD, M. *The identity of the constitutional subject: selfhood, citizenship, culture, and community*. Nova Iorque: Routledge, 2010 ; bem como JACOBSON, G. J., *Constitutional Identity*. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

⁹³ PIOVESAN, F. Flávia Piovesan diz que não há liberdade sem igualdade. *OAB Distrito Federal*, Distrito Federal. Disponível em <<http://www.oabdf.org.br/noticias/flavia-piovesan-diz-que-nao-ha-liberdade-sem-igualdade/>>. Acesso em 2 out. 2015.

⁹⁴ Tratarei desta questão adiante, ao abordar a necessidade de conferir efetividade ao princípio da igualdade formal.

a possibilidade de robustecer a igualdade perante a lei a partir de uma concepção substantiva da igualdade.

A toda evidência, esta tendência de manter o conteúdo clássico da igualdade formal e buscar na igualdade material a fórmula para a superação das iniquidades reais parece decorrer da conclusão equivocada de que o fato de se tratar de uma igualdade *formal* inviabilizaria a possibilidade de conferir-lhe maior substância, capaz de enriquecer seu sentido igualitário. De fato, restringir a igualdade formal à concepção formalista clássica da igualdade jurídica implica torná-la quase inoperante no processo de promoção da igualdade de fato entre os indivíduos, na medida em que o tratamento idêntico conferido a todos (mesmo quando respeitados os parâmetros de racionalidade previamente elencados) ignora o pluralismo social que marca as sociedades modernas.

Se poderia questionar, neste ponto, a real necessidade de se identificar na igualdade perante a lei um conteúdo mais substantivo do que o tradicionalmente atribuído a esta vertente da igualdade, tendo em vista a existência de outros princípios constitucionais voltados especificamente para a promoção de uma sociedade igualitária – notadamente, o princípio da igualdade material. Afinal, como acabo de afirmar, se a Constituição deve ser interpretada em sua integralidade e, paralelamente, se não cabe a nenhuma norma constitucional isoladamente a função de promover todo um complexo objetivo de emancipação social, que razão haveria para buscar na igualdade perante a lei a proteção às minorias marginalizadas que já são tuteladas, por exemplo, pela igualdade material?

Primeiramente, é necessário evidenciar que a concepção clássica do princípio da igualdade perante a lei não deve ser equivocadamente tomada como uma concepção puramente formal, a despeito do que a terminologia poderia sugerir. O que identifico como uma igualdade puramente formal seria uma determinada formulação lógica relacional associada à igualdade, segundo a qual se A é igual a B em relação a C, ambos deverão igualmente sujeitar-se a D.⁹⁵ Nesta formulação, A e B são indivíduos, C é a hipótese de incidência da norma e D é sua consequência jurídica. Assim, por exemplo, se João (A) e Isabel (B) são iguais no sentido de possuir renda superior ao mínimo tributável (C), ambos deverão sofrer a incidência do tributo previsto em lei (D). Se João (A) e Isabel (B) são iguais no sentido de que precisam de um determinado medicamento (C), ambos deverão ter direito (ou não) a obtê-lo do Estado (D). Se

⁹⁵ POJMAN, L. P.; WESTMORELAND, R. *Equality: Selected Readings*. New York: Oxford University, 1997, p. 2. Esta concepção tem origem na formulação Aristotélica sobre igualdade e justiça distributiva (ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco; Poética*. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. 4ª. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991).

João (A) e Isabel (B) são iguais no sentido de que praticaram determinado crime (C), ambos deverão sofrer as consequências penais aplicáveis (D).

Se por um lado a relação entre estes elementos é puramente formal – pois, a princípio, quaisquer valores ou critérios podem substituir A, B, C ou D –, por outro, sua aplicação prática depende de uma lógica prévia, de caráter eminentemente ideológico e substantivo. Esta lógica consiste precisamente nas premissas liberais clássicas que afirmam que os indivíduos (A e B) são todos iguais, na medida em que podem e devem ser considerados exclusivamente como sujeitos abstratos de direito. Sendo assim, porque são iguais neste sentido (que podemos denominar C') os indivíduos devem ser igualmente submetidos às leis vigentes (a consequência D' desta fórmula lógica).

Nisso reside o caráter substantivo e “não-formal” do princípio da igualdade perante a lei. Apesar de, em tese, o princípio trabalhar exclusivamente com ferramentas lógicas aparentemente neutras, seu fundamento é substantivo – é a ideia de iguais indivíduos abstratos. Assim, João (A) e Pedro (B) sofrem consequências jurídicas idênticas não só porque se situam na mesma hipótese de incidência da norma, mas porque a igualdade formal pressupõe que eles são iguais em um determinado sentido substantivo – o sentido abstrato propugnado pela concepção liberal. A retomada do princípio da igualdade perante a lei como instrumento de promoção da igualdade real pressupõe, em razão disto, que se adote um arcabouço justificativo do princípio da igualdade que se afaste destas premissas, tornando o princípio permeável às diferenças existentes entre os indivíduos. Em uma igualdade perante a lei assim concebida, os indivíduos passam a ser considerados como sujeitos concretos, dotados de características concretas e diferenças específicas que podem ou não ser relevantes para a formação de sua identidade e para o respeito à sua dignidade e que, portanto, devem ser consideradas antes de que sejam submetidos à idêntica aplicação da lei.

O que pretendo, nos próximos itens, é fornecer precisamente o fundamento que permita justificar a tese de que os indivíduos (A e B) apenas se sujeitarão igualmente a uma norma, sofrendo seus efeitos de forma idêntica, quando não apresentem determinadas características relevantes⁹⁶ que imponham uma exceção ou flexibilização quanto à incidência do comando normativo, sob pena de gerar-se uma situação de desigualdade e discriminação. É isto que, adiante, identificarei como a aplicação do princípio da igualdade perante a lei como vedação à discriminação indireta – em que a idêntica aplicação da lei é afastada pelo risco de

⁹⁶ Insere-se no objetivo deste trabalho, portanto, fornecer os parâmetros necessários à definição de algumas destas características relevantes, notadamente à luz do paradigma do reconhecimento e dos fenômenos sociais da opressão e da exclusão de minorias sociais marginalizadas.

violação à essência do indivíduo e pelo risco de sua exclusão enquanto igual participante do empreendimento social.

Soma-se a isso que o argumento aqui formulado não busca, senão, conferir à igualdade perante a lei um sentido vinculado aos objetivos constitucionais de promoção da igualdade real entre os indivíduos e de proteção de grupos marginalizados. Ao sustentar que a igualdade perante a lei também deve incorporar a ideia de não discriminação, impede-se que o princípio seja concretizado em contradição com o propósito constitucional: ou seja, impede-se que a aplicação idêntica da lei a todos gere situações de desigualdade manifesta.

Em terceiro lugar, note-se que já se tem conferido, atualmente, um conteúdo substantivo ao princípio da igualdade na lei – tido como um princípio de vedação às discriminações irracionais ou que empreguem características constitucionalmente proibidas. Sendo certo que, como visto, igualdade na lei e igualdade perante a lei caminham juntas – sendo por vezes tratadas como sinônimos – não há razão para crer que esta segunda vertente do princípio igualitário não deva sofrer influxos de uma concepção mais substantiva da igualdade, visando assim a impedir que os indivíduos sejam desigualmente considerados pelo ordenamento jurídico.

Assim sendo, acredito que ainda haja espaço para esta interpretação mais substantiva da igualdade perante a lei. Com isso, o princípio pode ter seu conteúdo reforçado e sua efetividade protegida, revelando-se como instrumento de proteção do pluralismo e de inclusão de grupos marginalizados. Partindo, portanto, do pressuposto segundo o qual a igualdade perante a lei pode e deve ser concebida como um princípio de igualdade e não discriminação, de modo a abrir os olhos da justiça às características essenciais para o desenvolvimento do indivíduo enquanto ser moralmente autônomo, reconhecido como merecedor de igual reconhecimento em relação a seus pares, os itens a seguir buscam cimentar o caminho que permitirá reconhecer no princípio constitucional um rico espaço para a promoção dos ideais constitucionais emancipatórios.

1.2 O princípio jurídico da igualdade à luz do paradigma do reconhecimento.

Este item tem por objetivo identificar as primeiras premissas teóricas que permitirão situar a igualdade perante a lei no contexto da promoção da igualdade entre os indivíduos. O argumento apresentado no item anterior foi o de que a igualdade perante a lei deve ser tomada como mais do que mero respeito à legalidade, e sim como verdadeira vertente do princípio de

igualdade jurídica sob uma perspectiva substancial. Diante disto, quero analisar aqui a resposta à seguinte questão: qual é a função ou funções exercidas pela igualdade com relação às reivindicações formuladas pelos indivíduos na sociedade?

Constata-se, de início, que a bipartição do princípio da igualdade em suas vertentes formal e material implicou, sob o aspecto filosófico, uma igual fragmentação das premissas fundamentais e da pretensão normativa da igualdade jurídica. Isto porque, como já visto, o princípio da igualdade formal, notadamente em sua formulação como igualdade perante a lei, encontra fundamentação filosófica no ideário liberal segundo o qual todos os indivíduos são concebidos enquanto iguais sujeitos abstratos de direito. Disto decorre a pretensão normativa da igualdade perante a lei, que é a idêntica aplicação da lei a todos os indivíduos, independentemente de suas particularidades, diferenças ou “biografia particular”.⁹⁷

De outro lado, o princípio da igualdade material é filosoficamente vinculado à constatação das desigualdades reais entre os indivíduos, que deixam de ser compreendidos como sujeitos abstratos de direito e passam a ser encarados como sujeitos concretos dotados de características específicas que precisam ser consideradas pelo Direito. Com isso, a pretensão igualitária, no princípio da igualdade material, deve ser não a mera sujeição idêntica de todos à lei, mas sim a equiparação dos indivíduos de acordo com determinados aspectos considerados relevantes para sua emancipação – distribuição de bens, promoção de identidades, garantia de participação no empreendimento político-democrático entre outros⁹⁸.

Esta dualidade filosófica tem passado, senão despercebida, insuficientemente problematizada pelos teóricos da igualdade jurídica⁹⁹. Diante do *discurso da insuficiência da*

⁹⁷ HONNETH, A. *Luta por reconhecimento*. Tradução de Luiz REPA. São Paulo: 34, 2003, p. 105; TAYLOR, C. The Politics of Recognition. In: TAYLOR, C. *Multiculturalism: Examining the politics of recognition*. Princeton: Princeton University, 1994, p. 27 et seq.; CAMPOS, F. Igualdade de todos perante a lei. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, Belo Horizonte, n. Edição Comemorativa 2014, Dezembro 2013 passim. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=98310>>. Acesso em: 2 fev. 2015 e ROCHA, C. L. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990, p. 34 et seq.

⁹⁸ A este respeito, confira-se SARMENTO, D. *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, passim; BARROSO, L. R. A igualdade perante a lei. Algumas reflexões. In: JANEIRO, U. D. E. D. R. D. *Temas Atuais do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, v. I, 1987, p. 90-107; PIOVESAN, F. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional. In: SARMENTO, D.; IKAWA, D.; PIOVESAN, F. *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 47-76.

⁹⁹ Tratando de aspectos tributários, no entanto, José Souto Maior Borges reconheceu em parte a contradição que decorre desta fragmentação filosófica: “Estranha vocação constitucional, a da igualdade. Sobre ser uma norma definidora de um direito (norma que tem aplicabilidade imediata) e um princípio (mais eminente até que os outros princípios do art. 5º) é ela ainda um instrumento constitucional de preservação de si própria. É dizer: constitucionalmente a igualdade garante a igualdade material e a igualdade material garante a igualdade formal. Se todos são iguais na aplicação da lei, no sentido de que a lei indiscriminadamente a todos se aplica, mas o seu conteúdo não abriga a isonomia, há violação da igualdade material. Se reversamente lei isonômica a todos não se aplica, nem todos são iguais perante a lei: iguais serão apenas os beneficiários pela aplicação, ficando de fora da isonomia os que não o forem. Nessa última hipótese, há violação da igualdade formal. Por isso diz-se que a

igualdade formal que acompanhou a ascensão do Estado do Bem-Estar Social e do advento do liberalismo igualitário voltado à distribuição de bens,¹⁰⁰ o binômio igualdade formal e igualdade material passou a ser visto como uma sequência de etapas em que a igualdade formal figura basicamente como ponto de partida e a igualdade material consiste em um segundo estágio que provê os subsídios necessários à ruptura de desigualdades profundas entre sujeitos concretos de direito.¹⁰¹ Formulado o princípio neste sentido, as diversas situações de choque entre as “igualdades” são ignoradas ou tidas por irrelevantes – é dizer, situações em que é possível falar em “igualdade formal”, mas não em “igualdade material” são tratadas como simples deficiência na concretização da segunda etapa da igualdade, como se incongruência não houvesse.¹⁰²

Acredito, pelo contrário, que é necessário enfrentar diretamente as situações paradoxais em que há duas “igualdades” concretizáveis, sendo uma realizada e a outra, violada. Ou seja, quero problematizar inicialmente, sob o aspecto filosófico, a constatação empírica correntemente reiterada no sentido de que há situações em que a aplicação do princípio da igualdade formal – notadamente, da igualdade perante a lei – conduz à manutenção ou promoção de desigualdades fáticas (ou seja, de violação ao que seria considerado como igualdade material).

A possível incompatibilidade entre estes modelos de igualdade (formal e material) decorre do fato de serem formuladas respostas distintas à questão “igualdade de quê”, quando endereçada à luz de cada uma das vertentes do princípio igualitário. Solucionar a incompatibilidade, portanto, demanda conferir uma resposta unificada a esta questão, o que não é uma tarefa simples. Amartya Sen¹⁰³ identificou com precisão que o grande problema atinente à igualdade não diz respeito à sua adoção pelos sistemas políticos, éticos ou de justiça

igualdade garante a Igualdade. Essas normas somente podem ser interpretadas uma em conexão com a outra. (apud GRAU, E. R. Eros Grau. *Direito Posto e Direito Pressuposto*, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p 166-167).

¹⁰⁰ Note-se que o discurso liberal fundamentador da igualdade formal não foi rompido pelo liberalismo igualitário, mas sim reformulado a partir da premissa de que a fruição das liberdades básicas depende de determinadas condições materiais com as quais a filosofia política deve se preocupar no objetivo de promoção de uma sociedade justa. A este respeito, confira-se, no geral, RAWLS, J. *A Theory of Justice: Revised Edition*. Cambridge: Belknap, 1999, passim.

¹⁰¹ Não há razão para crer que essa distinção entre duas etapas da igualdade seja substancialmente distinta da formulação Rawls, acerca de seus dois princípios de justiça. Como veremos a seguir, também Rawls pressupõe uma primeira etapa de garantia ampla e geral a todos do mais amplo rol de liberdades possível para, em um segundo momento, preocupar-se com a promoção da igualdade material distributiva (Ibid. p. 47-101).

¹⁰² Minha crítica, aqui, volta-se à possibilidade de se considerar como efetivada a igualdade perante a lei em situações nas quais as desigualdades de fato entre os indivíduos, concernentes à sua dignidade, à sua autonomia e à sua capacidade de se autorrealizar, determinam um inevitável resultado da aplicação cega da norma.

¹⁰³ SEN, A. *Inequality Reexamined*. New York: Oxford University, 1992, p. 12-30.

desenvolvidos pelo pensamento humano.¹⁰⁴ O cerne do debate não é a previsão de um princípio igualitário, mas a definição dos fundamentos e objetivos buscados pela igualdade¹⁰⁵.

Uma série de respostas pode ser dada à questão apresentada. O princípio da igualdade pode, por exemplo, demandar a equiparação absoluta dos indivíduos sob o aspecto da distribuição de bens. Este objetivo, que Bobbio identificou como o ideal-limite do pensamento marxista contido na Crítica ao programa de Gotha,¹⁰⁶ pode ser identificado como um ideal utópico e excessivamente distante do modelo de sociedade capitalista atualmente existente.

De outro lado, é possível conceber uma exigência da igualdade voltada exclusivamente à garantia de liberdades individuais de natureza negativa. Esta concepção, que pode ser remetida ao pensamento de John Locke – que compreendia a igualdade como uma garantia de igual liberdade e não sujeição¹⁰⁷ –, foi modernamente retomada por Robert Nozick em seu livro *Anarquia, Estado e Utopia*. O autor, que se posiciona como crítico ferrenho da ideia de igualdade material e distributiva, buscou formular uma teoria de Estado mínimo que garantisse liberdades negativas voltadas especialmente para a proteção da propriedade.¹⁰⁸

Ainda, pode-se falar em uma concepção da igualdade enquanto princípio que busca garantir iguais oportunidades aos indivíduos. Além da teoria de Rawls, que analisarei a seguir e que também se fundamenta nesta perspectiva, podem ser identificadas outras formulações neste sentido, com a teoria da igualdade como promoção de capacidades – adotada tanto por Amartya Sen¹⁰⁹ quanto por Martha C. Nussbaum¹¹⁰. O pensamento destes autores pode ser sintetizado na ideia de que a igualdade não impõe a mera distribuição de bens ou a garantia pura e simples de liberdades negativas, mas sim a oferta das condições necessárias para que cada indivíduo desenvolva as capacidades necessárias para buscar a realização de seus

¹⁰⁴ Neste sentido, merece destaque a constatação de Fredman de que a igualdade encontra-se inserida em todos os grandes documentos da humanidade, do ponto de vista internacional e nacional (FREDMAN, S. *Discrimination Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 1-8).

¹⁰⁵ Conforme afirma Carmen Lucia Rocha, “o princípio jurídico da igualdade é tanto mais legítimo quanto mais próximo estiver o seu conteúdo da ideia de Justiça em que a sociedade acredita na pauta da história e do tempo” (ROCHA, C. L. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990, p. 28).

¹⁰⁶ BOBBIO, N. *Igualdade e liberdade*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996, p. 33; e MARX, K. *Crítica ao programa de Gotha*. [S.l.]: [s.n.], 1875. Disponível em <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/gotha.pdf>>. Acesso em 3 out. 2015.

¹⁰⁷ LOCKE, J. *Two treatises of Government and A Letter Concerning Toleration*. New Haven: Yale University Press, 2003, p. 103.

¹⁰⁸ NOZICK, R. *Anarquia, Estado e Utopia*. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, passim.

¹⁰⁹ SEN, A. *Inequality Reexamined*. New York: Oxford University, 1992, passim.

¹¹⁰ NUSSBAUM, M. C. *Creating capabilities: the human rights approach*. Cambridge: Belknap Press, 2011, passim.

objetivos. Deve-se considerar, assim, não uma distribuição numérica estanque, mas as particularidades de cada uma das pessoas ou grupos beneficiados de modo a aferir como esta distribuição poderá ser convertida no exercício de capacidades básicas.

Para além destas formulações, é certo que diversas outras exigências podem ser, em tese, atribuídas ao princípio da igualdade.¹¹¹ Nos limites deste trabalho, no entanto, não pretendo analisar toda a pluralidade – incontável – de respostas possíveis ao questionamento sobre o objeto da igualdade. Acredito, no entanto, que seja possível atribuir à igualdade jurídica algum conteúdo mínimo compatível, de um lado, com a centralidade do desenvolvimento individual e do respeito à dignidade da pessoa humana que têm sido vetores do pensamento jurídico desde a segunda metade do século XX¹¹²; e, de outro lado, capaz de iluminar a interpretação da igualdade perante a lei, tornando-a um princípio dotado de efetividade na superação das desigualdades de fato vivenciadas cotidianamente.

A proposta que apresentarei neste item busca identificar no que se tem denominado como paradigma¹¹³ do reconhecimento os fundamentos que conferem uma unidade teórica às pretensões do princípio da igualdade. Ao tratar da igualdade como reconhecimento, no entanto, buscarei ir além das propostas que concebem “reconhecimento” como valorização ou promoção de identidades socioculturais (*reconhecimento sociocultural*), em favor de uma teoria que, de um lado, possa abarcar as diversas espécies de demandas formuladas em diferentes contextos sociais e, de outro, situe o princípio da igualdade no centro das lutas por concretização destas demandas. Neste sentido, adoto um conceito de *reconhecimento em sentido amplo*, a partir do qual a realização da justiça depende da garantia das *condições* para a busca pela autorrealização individual¹¹⁴.

¹¹¹ Entre elas a ideia de igualdade de participação política e de igualdade de respeito às identidades socioculturais, que serão objeto de análise nos itens seguintes. Quanto à primeira perspectiva, da participação, confira-se: FRASER, N. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista. In: SOUZA, J. *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Tradução de Márcia PRATES. Brasília: UnB, 2001, p. 245-282. Com relação à perspectiva do reconhecimento sociocultural, veja-se: Id. Reconhecimento sem ética? In: SOUZA, J.; MATTOS, P. *Teoria crítica no século XXI*. São Paulo: Annablume, 2007, p. 113-139; YOUNG, I. M. *Justice and the Politics of Difference*. New Jersey: Princeton University Press, 1990, passim e FREDMAN, S. *Discrimination Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 28-30.

¹¹² BARROSO, L. R. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, passim; e SARMENTO, D. Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais. In: SARMENTO, D.; IKAWA, D.; PIOVESAN, F. *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 619-660.

¹¹³ Segundo Young, um paradigma é a configuração de elementos e práticas que definem um determinado questionamento. Incluem-se no conceito de paradigma pressupostos metafísicos, terminologias não sujeitas a questionamento, questões características, linhas de raciocínio, teorias específicas e seu escopo e modo de aplicação típico (YOUNG, I. M. op. cit., nota 111, p. 16).

¹¹⁴ Ou seja, o reconhecimento de que trato neste trabalho não implica um direito à valorização de modos de vida ou à autorrealização individual, mas sim às condições necessárias para que estes objetivos sejam perseguidos no curso da vida em sociedade. Isto pode ocorrer, conforme se verá a seguir, por mecanismos distributivos, de

Para fundamentar estas distinções conceituais e com vistas a formular a proposta apresentada, terei como ponto de partida as teorias do reconhecimento apresentadas por Charles Taylor, Nancy Fraser e Axel Honneth. Ao fim, pretendo identificar as funções que podem ser atribuídas ao princípio da igualdade no contexto das lutas sociais por reconhecimento. É a partir destas funções que sustentarei, adiante, que a igualdade perante a lei enquanto princípio jurídico deve ser revisitada.

Conforme apresentarei ao fim deste capítulo, são duas as funções que devem ser somadas àquela atribuída ao princípio da igualdade perante a lei em seu sentido clássico – qual seja, a ruptura do modelo de hierarquias e privilégios. A primeira função que deve ser adicionada à análise da igualdade consiste em sua capacidade de atuar como instrumento de promoção da expansão do Direito – o que deve ser compreendido sob uma dupla perspectiva: de um lado, a promoção da expansão do rol de direitos garantidos como condições para o reconhecimento do indivíduo enquanto ser moralmente autônomo e, de outro, a inclusão progressiva de grupos sociais previamente ignorados pelo ordenamento jurídico, permitindo-lhes a participação no processo coletivo de tomada de decisões. A segunda função, por sua vez, consiste na possibilidade de que, com recurso ao princípio da igualdade jurídica, diversas demandas por reconhecimento sejam reconduzidas ao Direito, tornando-se independentes de outros critérios como amor, afetos e amizades; bem como mérito, sucesso e estima social.

1.2.1 Antecedentes teóricos: o paradigma distributivo de justiça à luz das teorias de John Rawls e das críticas apresentadas por Walzer e Taylor.

Como afirmei anteriormente, as teorias normativas sobre arranjos sociais e institucionais que possuem pretensão de universalidade apresentam em comum alguma espécie de formulação igualitária¹¹⁵. Isso não impediu, no curso da história, que diversas correntes filosóficas justificassem situações que hoje nos parecem essencialmente desiguais – como é o caso da escravidão, da submissão da mulher ao homem e da pobreza extrema. A injustiça de tais situações não se revela necessariamente na violação do princípio igualitário contido naqueles arranjos sociais, mas sim no desrespeito a uma outra espécie de igualdade, considerada a partir da posição de observador.

promoção de reconhecimento sociocultural ou por outras medidas que potencializem a promoção destas condições – de que não se pode excluir, portanto, considerações como as formuladas por Nussbaum e Sen acerca do desenvolvimento de capacidades básicas, cf. SEN, A. *Inequality Reexamined*. New York: Oxford University, 1992; e. NUSSBAUM, M. C. *Creating capabilities: the human rights approach*. Cambridge: Belknap Press, 2011.

¹¹⁵ SEN, A. op. cit., nota 114, p. 16.

Sob um aspecto substantivo, é relativamente recente a vinculação da ideia de justiça a um princípio de igualdade que demanda a equiparação dos indivíduos sujeitos a situações de fato desiguais. Notadamente, é na obra de John Rawls que a justiça distributiva – no sentido de uma justiça que pretende efetivar a igualdade por meio da distribuição de bens em favor dos menos favorecidos – assume lugar central no pensamento político-filosófico¹¹⁶. É certo que, muito antes de Rawls, demandas pela redistribuição de bens e pela eliminação da pobreza já eram formuladas – encontravam eco nos anseios dos trabalhadores dos séculos XVIII e XIX, remetiam inclusive ao conceito de caridade cristã que buscava amenizar as mazelas da pobreza extrema e, em última análise, deram fundamento ao Estado do Bem-Estar Social¹¹⁷. Estes movimentos falharam, no entanto, em traçar uma relação entre a igualdade material e o fenômeno da justiça. É a partir da publicação de *Uma Teoria da Justiça* que a preocupação normativa da teoria política com a ideia de justiça é retomada – e, deste momento em diante, diversas teorias normativas de justiça fundadas na (ou rejeitando a) distribuição de bens proliferam-se no pensamento político-filosófico.¹¹⁸

No que pesem as particularidades das distintas teorias de justiça distributiva, um substrato comum é identificável: a ideia de que a justiça demanda a superação de um estado de distribuição desigual dos bens existentes na sociedade¹¹⁹. O paradigma distributivo de justiça sustenta, em linhas gerais, que o problema da justiça se relaciona com as falhas nos padrões distributivos de bens sociais. É dizer, as desigualdades na distribuição de bens conduzem às desigualdades sociais que, por sua vez, refletem no procedimento e na estrutura básica da sociedade, que deixa de ser capaz de produzir decisões advindas da livre participação de seres moralmente autônomos e iguais. Diante do destaque assumido pela teoria formulada por Rawls, cumpre voltarmos nossa análise, de início, para os traços gerais de sua concepção de justiça como equidade.

¹¹⁶ FLEISCHACKER, S. *A short history of distributive justice*. Cambridge: Harvard University, 2004, p. 80-124.

¹¹⁷ Idem.

¹¹⁸ Dois fundamentos para este “atraso” na incorporação da gramática da justiça distributiva no pensamento filosófico e político são apontados por Fleischacker: primeiramente, a forte reação de pensadores como Malthus, Burke e Spencer contra a ideia de que o Estado deveria atuar de qualquer maneira em favor de pobres; em segundo lugar, o pensamento positivista que deixava de tratar da distribuição em termos de justiça à luz da tentativa de separação entre conhecimento científico e questões morais. Ibid. p. 83-96. Além desses fatores, Fleischacker sustenta que a teoria marxiana e o utilitarismo se apresentariam, igualmente, como avessos à ideia de justiça distributiva – a primeira por entender que a ideia de justiça não seria adequada para lidar com as desigualdades decorrentes do sistema capitalista de produção e o segundo porque o utilitarismo seria estruturalmente inadequado para lidar com a ideia de justiça, mesmo quando compatibilizado com ideais distributivos.

¹¹⁹ YOUNG, I. M. *Justice and the Politics of Difference*. New Jersey: Princeton University Press, 1990, p. 16-18.

A justiça como equidade assume uma premissa neocontratualista. Rawls cogita, inicialmente, de uma situação contrafática em que os indivíduos estariam cobertos por um “véu de ignorância”¹²⁰ que os impediria de conhecer suas características e particularidades. Nesta situação, denominada “posição original”,¹²¹ os indivíduos buscariam formular os princípios de justiça que deveriam guiar as instituições políticas. Com isso, Rawls pretende apresentar um modelo de justiça procedimental pura, segundo o qual o processo contrafático justo de eleição de princípios de justiça conduziria a resultados justos.

O autor identifica, assim, dois princípios de justiça que seriam adotados em tal posição original. O primeiro princípio (um princípio de igualdade) consiste no direito do indivíduo ao mais amplo rol de liberdades básicas igual ao conferido aos demais membros da sociedade. O segundo princípio (um princípio da diferença) determina que todas as diferenças socioeconômicas sejam justificáveis apenas quando gerem benefício aos indivíduos menos favorecidos na sociedade, sendo vinculadas a cargos e ocupações abertas a todos por meio de um princípio de igualdade de oportunidades.¹²²

É principalmente no segundo princípio de justiça que se revela a natureza distributiva da teoria rawlsiana. De acordo com Rawls, para que os indivíduos professem suas doutrinas abrangentes razoáveis e busquem concretizar suas concepções de vida boa, é necessário que tenham à sua disposição uma série de bens que ele denomina bens primários.¹²³ Entre estes bens primários situam-se a renda e riqueza (bens materiais), mas também direitos, autorrespeito e honra (bens imateriais).¹²⁴ A justiça, para o autor, dependerá de que a

¹²⁰ RAWLS, J. *A Theory of Justice: Revised Edition*. Cambridge: Belknap, 1999, p. 118.

¹²¹ Ibid. p. 15-18.

¹²² Ibid. p. 47-101.

¹²³ Ibid. p. 78-80. Estes bens primários, como todos os bens, nada mais são do que bens sociais no sentido identificado por Michael Walzer. Ou seja, trata-se de bens fruto de um processo de construção, de atribuição de significado e de distribuição social. Este processo de atribuição de significado aos bens, por sua vez, determinará o valor social que cada bem apresentará, implicando sua inclusão ou não no rol de bens primários (WALZER, M. *Spheres of Justice: In Defense of Pluralism and Equality*. New York: Basic Books, 1983, p. 7 et seq). Marshall Sahlins, antropólogo da Universidade de Chicago, já afirmava – analisando o papel do simbolismo e da cultura na construção do pensamento burguês – que “o significado social de um objeto, o que o faz útil a certa categoria de pessoas, é menos visível por suas propriedades físicas que pelo valor que pode ter na troca” (SAHLINS, M. *Cultura e Razão Prática*. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1979, p. 189. Ou, como cantou Luther Vandross, “*a house is not a home when there’s no one there...*”).

¹²⁴ Segundo alguns autores, no entanto, o rol de bens a serem distribuídos não inclui bens imateriais. Neste sentido é o pensamento de Dworkin – que em sua *Virtude Soberana* abordou o problema da igualdade à luz da ideia de igualdade de recursos. Neste sentido, segundo o autor, a “igualdade de poder político, incluindo a igualdade de poder sobre os recursos publicamente detidos é, portanto, tratada como um problema diferente, reservado para discussão em outra ocasião”. DWORKIN, R. *Sovering Virtue: the theory and practice of equality*. Cambridge: Harvard University, 2000, p. 65. Sem ignorar o caráter igualitário da obra do autor, a restrição da análise da igualdade à igualdade de recursos é incompleta na tarefa de superação de assimetrias sociais graves. Com efeito, o desenvolvimento da sociedade capitalista burguesa acabou por evidenciar que nem toda assimetria social decorre exclusivamente de vícios na distribuição de renda e riqueza. Assim, por exemplo, um homem e uma mulher determinados podem situar-se no mesmo estrato econômico e social sem que apresentem, contudo, iguais direitos

distribuição destes bens atente ao princípio da diferença, garantindo que os indivíduos situados na posição menos favorecida na sociedade sejam sempre beneficiados pela melhoria nas condições dos indivíduos mais favorecidos. É este o núcleo do paradigma distributivo de justiça trabalhado por Rawls¹²⁵. O autor foi capaz de desenvolver uma filosofia política de tal modo paradigmática ao ponto de que nenhum autor desde então pôde debater a ideia de justiça sem adotar ou refutar suas teses centrais.¹²⁶

Neste contexto, é importante destacar a crítica interna ao paradigma distributivo apresentada por Walzer¹²⁷, cuja formulação permite avançar para uma superação da vinculação entre justiça e distribuição. Para o autor, o foco conferido pelas teorias distributivas na formulação de padrões adequados de redistribuição obsta a efetiva promoção da igualdade. Para entender sua preocupação, é necessário distinguir entre os dois principais conceitos de sua proposta. O primeiro conceito é o de monopólio.¹²⁸ Segundo Walzer, o monopólio consiste na concentração de bens sociais nas mãos de um determinado grupo – bens sociais estes que o grupo dominante opõe aos demais na consecução de seus diversos objetivos. Walzer sustenta que as teorias distributivas então existentes tenderiam a formular mecanismos de ruptura do monopólio de bens primários. Assim, por exemplo, a instituição do sufrágio universal conduziria à ruptura do monopólio do direito de voto imposto pelo sufrágio censitário masculino, estendendo o direito de voto a uma maior pluralidade dos cidadãos¹²⁹.

O autor, no entanto, vislumbra problemas nesta abordagem. Para ele, assim como os bens – seu significado e finalidade – são fruto de construção social, também o são os padrões

e liberdades. De fato, até meados do século XX o direito de voto, ou liberdades básicas, eram assegurados exclusivamente aos indivíduos de sexo masculino; assim como mesmo o exercício pleno do direito de propriedade era restrito em relação às mulheres (consideradas civilmente incapazes para gerir seu patrimônio). Da mesma forma, dois homens que tenham acesso ao mesmo conjunto de bens materiais podem, em razão de características como a raça ou a nacionalidade, ter acesso a diferentes oportunidades e a diferentes posições sociais.

¹²⁵ Necessário destacar que a filosofia política de John Rawls é muito mais complexa e vai muito além da mera formulação dos dois princípios da justiça e da análise de suas consequências distributivas. Rawls também se preocupa, em seus escritos sobre justiça, com a formulação de um liberalismo político capaz de congrega o fato do pluralismo existente nas sociedades modernas com a necessidade de instituições sociais estáveis capazes de permitir a busca pela realização das diversas concepções do bem e de vida boa compartilhadas por indivíduos e grupos distintos (RAWLS, J. *O Liberalismo Político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo e Álvaro de Vita. 2ª. ed. São Paulo: Ática, 2000, passim).

¹²⁶ NOZICK, R. *Anarquia, Estado e Utopia*. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 201-202.

¹²⁷ WALZER, M. *Spheres of Justice: In Defense of Pluralism and Equality*. New York: Basic Books, 1983, p. 14 et seq.

¹²⁸ *Ibid.* p. 11.

¹²⁹ Da mesma forma, a sempre almejada redistribuição de renda e riqueza implicaria a ruptura do monopólio das elites econômicas, democratizando aqueles bens. O princípio da diferença de Rawls pode ser pensado como uma formulação desse tipo, na medida em que ele propõe uma constante redistribuição de bens sociais, de modo a impedir sua concentração em favor de determinado grupo sem que isto beneficie os indivíduos menos favorecidos na sociedade (RAWLS, J. *A Theory of Justice: Revised Edition*. Cambridge: Belknap, 1999, p. 228 et seq).

de distribuição vigentes em uma sociedade. A tentativa de alterar tais padrões de distribuição por meio da ruptura de monopólios não conduziria à redução da desigualdade. Em realidade, atacar os padrões de distribuição seria mirar na superfície, e não na questão de fundo envolvendo as injustiças distributivas. Na verdade, é porque determinados bens possuem significados e finalidades sociais relevantes que a sua monopolização se revela interessante a um determinado grupo. Neste sentido, Walzer volta-se para um segundo conceito distributivo: o conceito de dominância.¹³⁰

Em termos de utilidade, pode-se dizer que um bem dominante é aquele que apresenta um alto valor de troca atribuído socialmente, que o permite converter-se em uma pluralidade de outros bens sem guardar, contudo, uma relação adequada entre sua finalidade imediata e os bens obtidos por meio desta troca. Por exemplo, é razoável sustentar que a moeda possui como finalidade imediata a troca por bens materiais de consumo. No entanto, em razão do alto valor de troca atribuído socialmente (e não necessariamente racionalmente) pela sociedade capitalista moderna ao bem “moeda”, o bem acaba por assumir dominância na sociedade, logrando converter-se em outros bens que não guardam com ele relação imediata – como o amor, o reconhecimento, o sucesso, a honra.¹³¹

Neste sentido, Walzer sustenta que a ruptura de um monopólio não teria por efeito promover a igualdade, mas sim esvaziar a dominância do bem outrora monopolizado – é dizer, esvaziar seu valor de troca, na medida em que todos os indivíduos passam a possuí-lo. Consequência deste processo é que outro bem passaria a ocupar seu lugar como bem dominante, possivelmente revelando uma dominância já existente que, no entanto, era mascarada em razão do monopólio anterior. O caso da expansão do direito de voto revela o problema pensado por Walzer: o sufrágio universal, ao romper o monopólio sobre o voto, apenas revelou a dominância que o poder econômico opera sobre a obtenção de poder político. Nesta hipótese, a dominância foi meramente transferida – ou revelada – do direito de voto para bens materiais econômicos.

Ao constatar, portanto, que o problema da justiça distributiva não repousa no monopólio, mas sim na dominância indevida de determinados bens, Walzer formula uma proposta que objetiva superar o quadro teórico existente. O autor pretende, assim, identificar os parâmetros de distribuição adequados às diversas esferas distributivas – parâmetros como a necessidade, o merecimento e a livre circulação – de modo a romper a influência de uma esfera

¹³⁰ WALZER, M. *Spheres of Justice: In Defense of Pluralism and Equality*. New York: Basic Books, 1983, p. 10.

¹³¹ Sobre a ideia de que o valor de troca e a utilidade dos bens não decorrem de uma mera racionalidade prática, mas de valores sociais atribuídos por vezes sem o recurso a alguma razão abstrata, confira-se a obra de Marshall Sahlins (SAHLINS, M. *Cultura e Razão Prática*. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1979, passim).

distributiva sobre a outra e tratando os diversos sistemas distributivos como (ao menos, relativamente) autônomos. Assim, por exemplo, o acesso a cargos e posições seria regido pelo padrão distributivo do merecimento, de maneira que o mero fato de um indivíduo possuir outros bens – como riqueza e renda – não justificaria que ocupasse tais posições. Da mesma forma o acesso a serviços básicos necessários ao ser humano – como o acesso à saúde – decorreria de um padrão de necessidade, esvaziando a influência do dinheiro ou da posição social do indivíduo para que se torne possível sua fruição.¹³²

A contribuição de Walzer é relevante na medida em que expôs, dentro do paradigma distributivo, o fato de que há questões relacionadas à construção social dos processos de distribuição que a mera ruptura de monopólios não consegue solucionar. A proposta de ruptura de dominâncias, neste sentido, é uma proposta de ruptura de padrões sociais vigentes e substituição por padrões tidos por adequados. Com isso, é possível caminhar no sentido de uma concepção de justiça menos voltada para a distribuição de bens e mais preocupada com os aspectos sociais que conduzem à reprodução e perpetuação de desigualdades.

A reformulação da justiça distributiva conforme apresentada por Walzer não foi imune à crítica suscitada por teóricos que pretenderam refutar – e não meramente reformar – o paradigma distributivo. É o caso da teoria apresentada por Iris Marion Young.¹³³ Para a autora, o paradigma distributivo seria incapaz de lidar de maneira adequada com problemas de injustiça que não se relacionam com bens materiais, mas sim com bens imateriais. Neste sentido, a autora sustenta a necessidade de se adotar outra linguagem, métodos e premissas adequados a este problema – apresentando instrumentos que seriam posteriormente atribuídos ao paradigma do reconhecimento.

Segundo Young, uma primeira evidência da insuficiência do paradigma distributivo é o fato de que, diferentemente de dinheiro e riqueza, bens imateriais não são adequadamente concebíveis como “coisas”. “Poder”, “direitos” e “liberdades” não se encontram exaustivamente em bancos, bolsos, gavetas ou cestas¹³⁴, prontos para serem distribuídos. Pelo contrário, estes bens imateriais são fruto de procedimentos e regras institucionalizados que determinam quem detém poder e como será exercido, quem possui direitos e como os exerce, quem é livre e em que extensão. Neste sentido, as teorias distributivas de justiça, ao tentarem justificar assimetrias referentes aos bens imateriais, acabam reificando problemas de justiça.

¹³² WALZER, M. *Spheres of Justice: In Defense of Pluralism and Equality*. New York: Basic Books, 1983, p. 25.

¹³³ YOUNG, I. M. *Justice and the Politics of Difference*. New Jersey: Princeton University Press, 1990, 15-38.

¹³⁴ A ideia de “idêntica cesta de direitos e imunidades” (*identical basket of rights and immunities*) é usada por Charles Taylor em sua crítica às políticas de igual dignidade (TAYLOR, C. *The Politics of Recognition*. In: TAYLOR, C. *Multiculturalism*. New Jersey: Princeton University Press, 1994, p. 38).

Não só isso, Young sustenta que, mesmo que estes bens sejam tratados como coisas, o instrumental teórico do paradigma distributivo apresenta dificuldade em lidar com os padrões e procedimentos de “distribuição” de bens imateriais como o poder, direitos e respeito.¹³⁵ Isto fica claro na abordagem de Walzer acerca da distribuição de reconhecimento – que o autor confunde com a distribuição de títulos e honras regidos por um princípio do merecimento¹³⁶. Também quando trata da família o autor evidencia a dificuldade da teoria distributiva diante de bens imateriais, ao pretender formular critérios de distribuição de amor.¹³⁷

Mesmo quando pretendem formular um modelo normativo de supressão da dominância de bens e não de monopólios, as teorias distributivas revelam-se ainda assim insuficientes. É que, neste caso, estas teorias tendem a ignorar que a estrutura básica da sociedade e as condições institucionais da distribuição são socialmente estabelecidas a partir das relações intersubjetivas dos indivíduos.¹³⁸ Romper com a dominância, portanto, não é apenas uma questão de eleger padrões de distribuição adequados, mas de desconstruir modelos sociais institucionalizados que conferem maior valor a determinados bens sociais ou qualidades individuais que a outros bens ou qualidades¹³⁹.

É a luz de críticas como as formuladas por Young que a contraposição ao paradigma distributivo de justiça começa a tomar forma no pensamento político-filosófico. Retomando o conceito hegeliano de reconhecimento, pretendeu-se sustentar que a questão da justiça estaria intimamente relacionada não com os aspectos sociais de distribuição de bens (materiais ou

¹³⁵ YOUNG, I. M. *Justice and the Politics of Difference*. New Jersey: Princeton University Press, 1990, 24-33.

¹³⁶ WALZER, M. *Spheres of Justice: In Defense of Pluralism and Equality*. New York: Basic Books, 1983, p. 23.

¹³⁷ *Ibid.* p. 227.

¹³⁸ Como bem salientou Forst, este não é um vício que pode ser adequadamente imputado à Rawls, que refuta uma teoria de justiça fundada exclusivamente na distribuição de bens entre indivíduos passivos e inertes. Pelo contrário, Rawls reconhece que a distribuição depende de princípios de justiça fundados em razões públicas e estabelecidos socialmente, buscando assim dar substrato a uma estrutura básica da sociedade que justifica tais padrões distributivos (FORST, R. Radical Justice: On Iris Marion Young's Critique of the "Distributive Paradigm". *Constellations*, v. 14, n. 2, p. 260-265, 2007).

¹³⁹ Um embrião da constatação deste fenômeno pode ser identificado já em Marx. Para o autor alemão, a redistribuição de bens não figuraria como alternativa útil à superação das desigualdades sociais, na medida em que fosse mantido o sistema capitalista que pressupõe a distribuição desigual dos próprios meios de produção. É dizer, não haveria sentido pensar em distribuição de renda e riqueza sem considerar a distribuição dos meios de produção, que, para Marx, determinariam todas as outras formas de produção. Ainda que a relação estabelecida em Marx seja de distribuição-distribuição – ou seja, padrões de distribuição determinando outros padrões de distribuição – seu acerto se situa em reconhecer que há um nível anterior à mera “redistribuição”, que demanda uma preocupação com o modelo institucional vigente, os processos sociais e as relações intersubjetivas travadas em sociedade (MARX, K. *Crítica ao programa de Gotha*. [S.l.]: [s.n.], 1875. Disponível em <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/gotha.pdf>>. Acesso em 3 out. 2015). Nada obstante, é relevante destacar-se a crítica dirigida à Marx por Honneth, no sentido de que aquele pensador indevidamente ignoraria ou subestimaria as relações intersubjetivas travadas na sociedade como mera manifestação de uma superestrutura, de maneira que seu papel transformador seria desconsiderado ou negado por Marx (HONNETH, A. *Redistribution as Recognition: A Response to Nancy Fraser*. In: FRASER, N.; HONNETH, A. *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*. Tradução de Joel GOLB e James INGRAM. London: Verso, 2004, p. 110-197).

imateriais), mas sim com as relações intersubjetivas de reconhecimento mútuo pela qual os indivíduos são capazes de construir sua identidade ou de reconhecer o outro como um sujeito merecedor de respeito ou de igual *status* na participação política. Assumem destaque, neste contexto, as obras de Charles Taylor¹⁴⁰, Nancy Fraser¹⁴¹ e Axel Honneth¹⁴², cujas teorias analiso no item seguinte.

1.2.2 O paradigma do reconhecimento a partir das obras de Taylor, Fraser e Axel Honneth.

Um dos principais marcos do paradigma do reconhecimento deu-se com a publicação de *The Politics of Recognition*, de Charles Taylor. Neste trabalho, o autor promoveu uma considerável ruptura com o liberalismo político de matriz kantiana (fundado na moral kantiana, ou simplesmente *Moralität*), ao promover uma análise dos conflitos sociais à luz da matriz teórica hegeliana e do conceito de reconhecimento desenvolvido pelo filósofo alemão. Taylor marca, assim, uma transição da análise de injustiças institucionais, conforme desenvolvidas por Rawls, Walzer e Young sob diversas perspectivas, para uma análise das relações intersubjetivas de reconhecimento voltadas para a promoção da vida ética (em termos hegelianos, *Sittlichkeit*)¹⁴³.

Neste trabalho, Taylor¹⁴⁴ partiu da análise de demandas apresentadas pelos novos movimentos sociais – identificados a partir da segunda metade do século XX, como o movimento gay, o movimento ambientalista, a segunda onda do feminismo – como premissa para aprofundar-se acerca das políticas de reconhecimento, sem relacioná-las, vale mencionar, a um modelo normativo específico de justiça. Segundo o autor, as demandas destes novos

¹⁴⁰ TAYLOR, C. *The Politics of Recognition*. In: TAYLOR, C. *Multiculturalism*. New Jersey: Princeton University Press, 1994, p. 25-74.

¹⁴¹ FRASER, N. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista. In: SOUZA, J. *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Tradução de Márcia PRATES. Brasília: UnB, 2001, p. 245-282.

¹⁴² HONNETH, A. *Luta por reconhecimento*. Tradução de Luiz REPA. São Paulo: 34, 2003.

¹⁴³ Taylor diferencia de maneira clara a *Moralität* kantiana da *Sittlichkeit* hegeliana em seu profundo estudo sobre a filosofia de Hegel. Segundo o filósofo canadense, a *Sittlichkeit* diz respeito às “obrigações morais que tenho para com uma comunidade permanente da qual faço parte”. Neste sentido, a *Sittlichkeit* determina ao indivíduo produzir algo que já existe – ou seja, a obrigação ética decorre da vida comum e dos valores compartilhados por uma determinada comunidade. Não há, assim, “fissura entre o que deve ser e o que é, entre *Sollen* e *Sein*”. De outro lado, a *Moralität* atua de maneira oposta, na medida em que implica uma “obrigação de realizar algo que não existe. O que deve ser contrasta com o que é”. Assim, “a obrigação vale para mim não em virtude de eu fazer parte de uma vida comunitária mais ampla, mas por ser uma vontade racional individual”. E arremata Taylor: “a doutrina da *Sittlichkeit* é que a moralidade alcança a sua completude numa comunidade”, em contraposição à *Moralität* que concebe o direito como “eternamente contraposto ao real”, gerando um desacordo perpétuo entre moralidade e natureza (TAYLOR, C. *Hegel: sistema, método e estrutura*. São Paulo: É Realizações, 2014, p. 411).

¹⁴⁴ TAYLOR, C. op. cit., nota 140, passim.

movimentos sociais se fundamentariam no vínculo existente entre reconhecimento e identidade, no sentido de que o não reconhecimento ou o reconhecimento insuficiente conduziriam a uma falha na construção das identidades pessoais e, portanto, no atingimento de uma vida ética. Seriam estas falhas que as políticas de reconhecimento visariam a superar.

Taylor vislumbrou dois significados associados às políticas de reconhecimento. Primeiro, o reconhecimento poderia estar associado a políticas de dignidade, que decorreriam da ruptura do sistema de títulos e honras em contraposição ao conceito moderno de dignidade. As políticas da dignidade se fundamentam, portanto, na ideia de que todos os homens são igualmente merecedores de respeito, de maneira que seu objeto seria a universalização de um idêntico conjunto de direitos e imunidades. O problema destas políticas, contudo, seria sua tendência a – ignorando diferenças – perpetuar e fortalecer um modelo hegemônico que suprimiria culturas minoritárias, forçando-as a assumir uma “forma estranha”¹⁴⁵, ou seja, a assimilar padrões majoritários estranhos aos seus valores compartilhados e, por conseguinte, gerar uma expressão diversa da sua autêntica manifestação cultural.

Em um segundo sentido, o reconhecimento estaria associado a políticas de diferença. Nesta formulação, a universalização de direitos e identidades não seria suficiente ao objetivo de construção das identidades sociais. Pelo contrário, as políticas de dignidade implicariam ignorar diferenças ou assimilar as diferenças em relação a uma identidade dominante ou majoritária. O objetivo das políticas de diferença seria, ao revés, realizar o reconhecimento universal da especificidade, garantindo o pleno desenvolvimento das identidades individuais.¹⁴⁶

Com isso, enquanto as políticas de dignidade lutavam por uma não-discriminação cega às formas pelas quais os cidadãos se diferenciavam, as políticas da diferença redefinem a não-discriminação de modo a demandar que as distinções entre indivíduos sejam tomadas como base para o tratamento diferenciado. As políticas da diferença não buscariam apenas conferir igual valor às potencialidades humanas, mas também ao que os seres humanos conseguiriam obter a partir de suas potencialidades¹⁴⁷.

É em sua crítica à postura de um determinado modelo de liberalismo diante do multiculturalismo, no entanto, que Taylor se distancia substancialmente dos autores

¹⁴⁵ TAYLOR, C. The Politics of Recognition. In: TAYLOR, C. *Multiculturalism*. New Jersey: Princeton University Press, 1994, p. 43.

¹⁴⁶ Ibid. p. 38.

¹⁴⁷ Neste sentido, relevante conferir o trabalho de Martha Nussbaum acerca da promoção das capacidades humanas, em contraposição a modelos de justiça baseados em índices econômicos e distribuição de renda. NUSSBAUM, M. C. *Creating Capabilities: the human development approach*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

anteriormente trabalhados. Para Taylor, o modelo que ele denomina liberalismo de direitos sustenta uma pretensão de neutralidade perante as diversas concepções de vida boa existentes, no sentido de que não lhe seria possível adotar um ou outro ideal coletivo baseado em uma doutrina específica. Este modelo de liberalismo é procedimental na medida em que subordina objetivos coletivos a princípios pretensamente neutros. Neste modelo de liberalismo de direitos se situaria, como vimos, a teoria de Rawls, que de fato sujeita as doutrinas abrangentes existentes na sociedade aos princípios de justiça – excluindo as doutrinas não razoáveis como consequência da vida em sociedade.¹⁴⁸ O liberalismo de direitos analisado por Taylor situa-se, portanto, no campo epistemológico da moral (*Moralität*) kantiana.¹⁴⁹ Trata-se de um modelo liberal fundado em conceitos como o de justiça distributiva, participação política e procedimentalismo.

A filosofia tayloriana revela-se, contudo, incompatível com estas premissas liberais. É que, segundo o autor, a política de igual respeito teria por consequência a aplicação uniforme de regras cegas à pluralidade, tornando o liberalismo procedimental inóspito à diferença e constantemente desconfiado de objetivos coletivos. É de se concluir, assim, que a neutralidade pregada por este modelo de liberalismo seria falsa, na medida em que sua aplicação não gera relevantes impactos para grupos que partilham de valores liberais, impondo ônus substancial àqueles cujas concepções de vida boa se vinculam a determinados ideais substantivos fortes, finalidades e objetivos coletivos¹⁵⁰.

Taylor sustenta, em contraposição, um segundo modelo de liberalismo, de natureza substantiva, que seria compatível com uma organização social que gravita em torno de determinadas concepções de vida boa, desde que respeitadas certos direitos fundamentais daqueles que não compartilham estas concepções. É nesta formulação que Taylor busca coordenar um modelo de organização social liberal com uma teoria que equipara a falha de reconhecimento de identidade a outras vicissitudes sociais como as desigualdades e injustiças.

¹⁴⁸ RAWLS, J. *O Liberalismo Político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo e Álvaro de Vita. 2ª. ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 245.

¹⁴⁹ FRASER, N., Reconhecimento sem ética? In: SOUZA, J.; MATTOS, P. *Teoria crítica no século XXI*. São Paulo: Annablume, 2007, p. 113-139.

¹⁵⁰ Partindo de premissas epistemológicas distintas e também buscando objetivos outros, Habermas formulou um argumento semelhante em seu debate com Rawls, ao sustentar que a aplicação da exigência de uso da razão pública formulada por Rawls – ou seja, da ideia de que o debate na esfera pública não pode se basear em concepções de vida boa ou doutrinas abrangentes específicas, mas exclusivamente em razões que sejam universalizáveis e capazes de convencer indivíduos que não partilhem destas cosmovisões – implicaria excessivo ônus aos cidadãos religiosos, cuja capacidade de formular suas razões e expressar seus argumentos está intimamente relacionada com suas concepções religiosas. Neste sentido, enquanto a exigência não gera maiores problemas para cidadãos seculares – que naturalmente não empregariam argumentos religiosos – ela virtualmente dificulta ou mesmo obsta a participação democrática de indivíduos religiosos (HABERMAS, J. *Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007, passim).

Com isso, Taylor refuta as premissas falsamente neutras da justiça distributiva, do procedimentalismo e o mero ideal de participação política, trabalhando, em contraposição, com uma justiça voltada para o reconhecimento de identidades. Para isso, o pensamento do autor depende do reconhecimento e valoração dos ideais substantivos de vida boa ao redor dos quais a organização social passa a gravitar. É dizer, Taylor efetivamente afasta a proposta da *Moralität* kantiana – a conformação social de acordo com princípios abstratos a serem almejados pela realidade – em favor da *Sittlichkeit* – ou seja, uma organização que busca nas comunidades reais os valores ao redor dos quais a sociedade deve organizar-se, com a ressalva da necessidade de respeito de direitos básicos aos indivíduos que eventualmente não compartilhem estes valores.

Contraopondo-se a Taylor, Nancy Fraser buscou formular uma teoria capaz de conciliar o modelo de justiça distributiva e de justiça como reconhecimento a partir da matriz teórica kantiana. Fraser desenvolve, a partir de seu artigo “Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista”¹⁵¹, uma teoria dualista de justiça que interpreta as demandas sociais de natureza socioeconômica e de natureza cultural à luz de um ideal de participação no empreendimento social. Na perspectiva dualista da autora, os problemas de injustiça poderiam ser compreendidos com o recurso a um espectro gradativo em cujas extremidades estariam os problemas distributivos e os de reconhecimento¹⁵².

Tendendo para o extremo distributivo, segundo a autora, estariam as demandas sociais fundamentadas em aspectos como a luta de classes. Segundo Fraser¹⁵³, as demandas

¹⁵¹ FRASER, N. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista. In: SOUZA, J. *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Tradução de Márcia PRATES. Brasília: UnB, 2001, p. 245-282.

¹⁵² Segundo Zurn, o modelo de justiça formulado por Nancy Fraser se alterou ao menos 4 (quatro) vezes. Sua primeira formulação está contida em seu artigo original de 1995, em que a distinção entre distribuição e reconhecimento é apresentada a partir de um dilema nos quais distribuição e reconhecimento seriam medidas distintas e aparentemente incompatíveis entre si. Em um segundo momento, Fraser abrandou a noção de dilema, sustentando a existência de uma série de tensões de natureza prática entre estas medidas. Em um terceiro momento, Fraser trata os aspectos da distribuição e do reconhecimento como reciprocamente influenciados. Por fim, em um quarto momento, Fraser adiciona à redistribuição e ao reconhecimento o aspecto da representação à luz de reivindicações formuladas no seio do feminismo no contexto de transnacionalismo (ZURN, C. F. Group Balkanization or Societal Homogenization: is there a dilemma between recognition and distribution struggles? *Public Affairs Quarterly*, v. 18, n. 2, p. 159-186, 2004). Considerarei o elemento da representação apenas de maneira lateral (na medida em que a própria Fraser refere-se a este aspecto como um problema de meta-justiça), focando os argumentos aqui desenvolvidos no terceiro momento do pensamento de Fraser e em suas formulações anteriores e posteriores acerca da relação entre reconhecimento, redistribuição e paridade participativa (FRASER, N. Social exclusion, global poverty, and scales of (in)justice: rethinking law and poverty in a globalizing world. *Stellenbosch Law Review*, 22, 2011, p. 452-462).

¹⁵³ FRASER, N. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista. In: SOUZA, J. *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Tradução de Márcia PRATES. Brasília: UnB, 2001, p. 245-282 e Id. Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition, and Participation. In: FRASER, N.; HONNETH, A. *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*. Londres: Verso, 2004, p. 7-109.

formuladas por grupos que sofrem em razão da desigualdade entre as classes não fazem uma remissão necessária à ideia de reconhecimento. Pelo contrário, o reconhecimento das diferenças de classe, nestes casos, implicaria intensificar a situação de injustiça econômica. A experiência de injustiça da classe operária decorreria, sim, da escassez de bens materiais que impossibilitariam uma vida digna. Desta forma, a solução adequada para injustiças desta espécie seria a adoção de medidas redistributivas de natureza econômica.

Situando-se no campo diametralmente oposto estariam os problemas de não-reconhecimento, exemplificados por injustiças como as experimentadas por minorias sexuais. Nestes casos, a experiência da injustiça não teria relação imediata com a escassez de bens, mas sim com as representações de natureza sociocultural dominantes em uma determinada sociedade. As injustiças decorreriam, nestes casos, do fato de estas representações excluírem ou inferiorizarem determinadas manifestações culturais tidas por desviantes dos padrões majoritários. A superação desta espécie de injustiça demandaria, portanto, o reconhecimento das particularidades e diferenças dos grupos sociais minoritários – especificamente seu reconhecimento como iguais participantes no empreendimento social.

Fraser sustentou que, na prática, virtualmente todos os problemas de injustiça estariam relacionados em alguma medida com problemas tanto de reconhecimento quanto de redistribuição. É dizer, todas as hipóteses de injustiça apresentariam uma sobreposição entre falhas distributivas e falhas de não reconhecimento. Um exemplo é a experiência de injustiça sofrida por negros em diversas sociedades, que apresenta um misto de falhas de distribuição e de reconhecimento que se inter-relacionam de modo a intensificar a desigualdade experimentada pelo grupo. Nestas situações, a solução do problema da injustiça envolveria um complexo de medidas de redistribuição e de reconhecimento, segundo as particularidades de cada grupo afetado.¹⁵⁴

O modelo dual de justiça de Fraser não exclui – pelo contrário, afirma – a predominância de uma ou outra forma de injustiça em relação a cada grupo e demandas específicas. Assim, por exemplo, ainda que a classe operária tenha formulado demandas por reconhecimento em diversos contextos em momentos históricos, seus problemas decorreriam principalmente de aspectos distributivos do modelo capitalista. Da mesma forma, ainda que a discriminação sofrida por minorias sexuais possa ter repercussões de natureza distributiva

¹⁵⁴ FRASER, N. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista. In: SOUZA, J. *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Tradução de Márcia PRATES. Brasília: UnB, 2001, p. 245-282 e Id. *Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition, and Participation*. In: FRASER, N.; HONNETH, A. *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*. Londres: Verso, 2004, p. 7-109.

(como, por exemplo, a dificuldade de ingressar e ser bem-sucedido no mercado de trabalho), a injustiça que acomete esse segmento social teria caráter eminentemente sociocultural, demandando medidas de reconhecimento.¹⁵⁵

Por que, contudo, a promoção de medidas de redistribuição e de reconhecimento conduziria à efetivação da justiça? Para a autora, a concepção de justiça que depende destas medidas vincula-se à garantia de participação paritária dos grupos sociais na esfera pública. Neste sentido, a autora adiciona ao seu modelo bipartite um elemento unificador, próprio do liberalismo procedimental, que denomina paridade participativa.¹⁵⁶ Segundo Fraser, o objetivo de uma concepção normativa de justiça deveria ser superar as assimetrias distributivas e de reconhecimento existentes entre os grupos sociais de modo a – semelhante ao que já afirmara Young¹⁵⁷ – viabilizar as condições institucionais para que os indivíduos desenvolvam suas concepções de vida boa e participem do empreendimento social comum. Fundamentada no objetivo de igual participação na esfera pública, Fraser busca potencializar as possibilidades de desenvolvimento do ser humano, na esteira do que já vinha sendo sustentado por Rawls.¹⁵⁸

Com isso, a autora pretende contrapor-se ao que denomina “modelo de identidade”. Este modelo consistiria em abordagens, consideradas excessivamente psicológicas pela autora, que interpretam as injustiças de reconhecimento como falhas na construção da identidade individual. Fraser refuta este modelo, adotado por Taylor,¹⁵⁹ diante de sua incompatibilidade

¹⁵⁵ FRASER, N. Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition, and Participation. In: FRASER, N.; HONNETH, A. *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*. Londres: Verso, 2004, p. 7-109.

¹⁵⁶ Ibid. p. 31.

¹⁵⁷ YOUNG, I. M. *Justice and the Politics of Difference*. New Jersey: Princeton University Press, 1990, passim.

¹⁵⁸ RAWLS, J. *A Theory of Justice: Revised Edition*. Cambridge: Belknap, 1999, passim.

¹⁵⁹ Fraser também busca equiparar o modelo de identidade de Taylor ao pensamento de Axel Honneth – o que, parece-me, consiste em um equívoco na compreensão da teoria honnethiana (ZURN, C. F. Identity or Status? Struggles over ‘Recognition’ in Fraser, Honneth, and Taylor. *Constellations*, Oxford, 10, n. 4, 2003; e HONNETH, A. Redistribution as Recognition: A Response to Nancy Fraser. In: FRASER, N.; HONNETH, A. *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*. Tradução de Joel GOLB e James INGRAM. London: Verso, 2004, p. 110-197). Como exponho a seguir, a teoria de Honneth não se limita aos aspectos da construção de identidades ou do Self, nem propõe a adoção de objetivos comuns substantivos especificamente atrelados a determinadas culturas. Em realidade, a teoria de Honneth pode ser interpretada como centrada no ideal de autorrealização individual alcançado mediante lutas por reconhecimento que levam à aquisição de autoconfiança, autorrespeito e autoestima social. Enquanto para Taylor a injustiça pode ser comparada à má formação da identidade, para Honneth a injustiça consiste em uma negação de alguma destas três características. Ainda, enquanto Taylor e Fraser concebem “reconhecimento” à luz das demandas apresentadas pelos movimentos sociais que se fortalecem na segunda metade do século XX – como o movimento feminista, o movimento nacionalista e o movimento gay, cujas reivindicações têm evidentes características socioculturais –, Honneth trabalha o reconhecimento a partir de um modelo filosófico que é anterior à classificação das demandas concretas formuladas na esfera pública, de modo que o autor concebe tanto as demandas por reconhecimento cultural quanto as demandas por distribuição como consequências de uma negação de reconhecimento nas esferas do Amor, do Direito ou da Solidariedade. Abordarei estas e outras questões de maneira mais aprofundada adiante (Id. *Luta por reconhecimento*. Tradução de Luiz REPA. São Paulo: 34, 2003, passim).

com o quadro teórico liberal de matriz kantiana – notadamente por tratar reconhecimento à luz de ideais de boa vida e de valores substantivos fortes. Em contraposição, Fraser propõe um resgate do reconhecimento pela *Moralität* kantiana, apresentando um “modelo de status”¹⁶⁰ que trabalha o reconhecimento não como mecanismo de superação da deterioração da identidade, mas sim como solução de desigualdades que concernem à posição relativa de determinado grupo social em relação aos demais.

Assim como, muito antes, Rawls¹⁶¹, Fraser sustenta que a Justiça não se confunde com a ideia de Bem¹⁶². Enquanto o Bem diz respeito às escolhas individuais não universalizáveis, a Justiça está associada a um modelo de organização social que promove o ideal de justa participação dos diversos grupos e indivíduos existentes em uma sociedade. É porque estes grupos compartilham concepções de boa vida diversas e, por vezes, conflitantes, que à Justiça resta exclusivamente garantir as precondições necessárias para o exercício da autonomia individual, sem que as instituições sejam partidárias de um fim ético específico.

Portanto, vincular Justiça ao desenvolvimento e à valorização de identidades iria de encontro ao procedimentalismo e neutralidade liberais, na medida em que implicaria impor aos indivíduos o dever de considerar como valiosas concepções de bens e doutrinas razoavelmente abrangentes que contradizem frontalmente suas próprias cosmovisões. Por esta razão, Fraser acredita que o recurso à paridade participativa permite-lhe solucionar os problemas relacionados a uma filosofia fundada em objetivos éticos compartilhados, na medida em que possibilita resolver o que a autora considera ser uma “falsa antítese”¹⁶³ entre redistribuição e reconhecimento, identificando duas diversas formas de injustiça que podem ser inter-relacionadas dentro do arcabouço teórico neokantiano.

Ocorre que se, por um lado, Fraser está correta ao sustentar que, nas sociedades modernas, a vinculação da ideia de Justiça à determinada concepção de boa vida pode conduzir a restrições sobre as liberdades individuais – notadamente, à autonomia enquanto direito de professar doutrinas abrangentes razoáveis e almejar um padrão de vida diverso do dominante – por outro sua tentativa de conciliação entre justiça redistributiva e justiça de reconhecimento traz consigo (ou reedita) alguns problemas conceituais.

¹⁶⁰ FRASER, N., Reconhecimento sem ética? In: SOUZA, J.; MATTOS, P. *Teoria crítica no século XXI*. São Paulo: Annablume, 2007, p. 117.

¹⁶¹ RAWLS, J. *O Liberalismo Político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo e Álvaro de Vita. 2ª. ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 221-262.

¹⁶² FRASER, N., op. cit., nota 160, p. 119-123.

¹⁶³ Id. Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition, and Participation. In: FRASER, N.; HONNETH, A. *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*. Londres: Verso, 2004, p. 9.

De início, Fraser identifica uma concepção de reconhecimento fortemente associada à narrativa tayloriana acerca dos novos movimentos sociais.¹⁶⁴ Constatando, como fez Taylor¹⁶⁵, que as demandas sociais formuladas por estes indivíduos não se reconduzem a aspectos distributivos, Fraser não hesita em concluir que este fenômeno é consequência de um momento histórico e filosófico “pós-socialista”¹⁶⁶ que – no lugar de demandar uma nova gramática capaz de apreender estas reivindicações por justiça – impõe trazer o reconhecimento para dentro da tradição do modelo de justiça distributiva próprio do liberalismo político de matriz kantiana. Nada obstante, conforme afirmado por Honneth¹⁶⁷, uma abordagem do reconhecimento que parte das demandas formuladas pelos “novos movimentos sociais” restringe substancialmente o debate, endereçando-o apenas àquelas espécies de reivindicações já formalmente postas na esfera pública. Neste sentido, ao pretender salvar a tradição de justiça do liberalismo político procedimental a partir da mera adição do reconhecimento ao seu quadro teórico¹⁶⁸, Fraser deixa de perceber a necessidade de formulação de uma linguagem capaz de explicar os diversos fenômenos de justiça que se materializam na sociedade¹⁶⁹.

Em segundo lugar, Fraser incorre em algum nível de contradição interna ao sustentar, por um lado, a impossibilidade de adotar-se um modelo de justiça fundado em objetivos éticos e, de outro, apresentar a paridade participativa como objetivo último da promoção da redistribuição e do reconhecimento cultural. Lembre-se que, para a autora, esta abordagem (típica do modelo de *status*) manteria uma neutralidade de valor em relação às diversas doutrinas abrangentes. Isto porque o modelo de status associa reconhecimento à posição relativa de um determinado grupo social em sua participação no processo de tomada de decisão, e não à valorização positiva das diversas concepções de vida boa. Ocorre que, como já

¹⁶⁴ HONNETH, A. Redistribution as Recognition: A Response to Nancy Fraser. In: FRASER, N.; HONNETH, A. *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*. Tradução de Joel GOLB e James INGRAM. London: Verso, 2004, p. 110-197.

¹⁶⁵ TAYLOR, C. The Politics of Recognition. In: TAYLOR, C. *Multiculturalism*. New Jersey: Princeton University Press, 1994, p. 25-74.

¹⁶⁶ FRASER, N. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista. In: SOUZA, J. *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Tradução de Márcia PRATES. Brasília: UnB, 2001, p. 245-282.

¹⁶⁷ HONNETH, A. op. cit., nota 164, p. 114-134.

¹⁶⁸ É relevante notar que Rawls já identificava aspectos de reconhecimento entre os bens sociais que deveriam ser distribuídos em uma sociedade razoavelmente justa. Não só isso, o elemento da “paridade participativa” não é tampouco uma inovação de Fraser, na medida em que o liberalismo de Rawls também se fundamentava em ideais de participação e de justiça procedimental pura (RAWLS, J. *A Theory of Justice: Revised Edition*. Cambridge: Belknap, 1999, passim, especialmente p. 73 et seq. e p. 386).

¹⁶⁹ Pelo contrário, Fraser refuta teses fundacionalistas, que reconduziriam reconhecimento a falhas distributivas ou vice-versa (FRASER, N. Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition, and Participation. In: FRASER, N.; HONNETH, A. *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*. Londres: Verso, 2004, p. 7-109).

suscitara Taylor¹⁷⁰, a neutralidade do liberalismo fundamenta-se, ela mesma, em premissas substantivas que homogeneízam a sociedade e perpetuam experiências de injustiça. Trata-se, como já afirmado, de uma falsa neutralidade.

À luz desta crítica, é possível sustentar que o próprio ideal de paridade participativa não é senão um valor substantivo eleito por Fraser – o objetivo ético adotado por sua teoria –, o que pressupõe uma compreensão especificamente substantiva no sentido de que a participação é um valor superior a outros ideais substantivos. Neste sentido, sequer é possível falar na teoria de Fraser como uma teoria especificamente procedimental¹⁷¹, como a autora pretende sustentar. A teoria de Fraser, portanto, incorre naquilo que Rawls mesmo reconheceu: o fato de que o próprio liberalismo político é, na melhor das hipóteses, uma doutrina parcialmente abrangente – no sentido de que este elenca princípios substantivos aos quais as demais concepções de vida boa devem se adaptar.¹⁷²

Ainda no que diz respeito à contraposição entre modelo de *status* e modelo de identidade, uma terceira crítica é identificada por Christopher Zurn¹⁷³. Para Fraser, o modelo de status seria vantajoso na medida em que evita uma abordagem excessivamente psicológica e substantiva do fenômeno da justiça, em favor de uma análise procedimental que considera a posição social relativa de grupo no que se refere à sua participação na esfera pública. Ocorre que, segundo o autor, o modelo de status de Fraser acaba por contornar – e não enfrentar – o fato de que existe uma relação entre grupo e indivíduo por meio da qual as experiências de injustiça individuais geram efeitos sobre a posição social do grupo e vice-versa. Assim, ao evitar tratar das experiências individuais de injustiça pela negação de reconhecimento, o modelo de status não resolve, mas sim ignora uma parcela do problema.

Se, por um lado, a teoria de Fraser assume relevância ao identificar uma dualidade de demandas de justiça formalmente postas na esfera pública – não apenas reivindicações econômicas, como também aquelas de natureza cultural –, por outro Fraser refuta a possibilidade de estabelecer uma linguagem moral capaz de trabalhar o problema da injustiça a partir de uma compreensão unificada e coordenada das injustiças econômicas, sociais, culturais

¹⁷⁰ TAYLOR, C. The Politics of Recognition. In: TAYLOR, C. *Multiculturalism*. New Jersey: Princeton University Press, 1994, passim.

¹⁷¹ HONNETH, A. Redistribution as Recognition: A Response to Nancy Fraser. In: FRASER, N.; HONNETH, A. *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*. Tradução de Joel GOLB e James INGRAM. London: Verso, 2004, p. 178.

¹⁷² RAWLS, J. *O Liberalismo Político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo e Álvaro de Vita. 2ª. ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 200.

¹⁷³ ZURN, C. F. Identity or Status? Struggles over ‘Recognition’ in Fraser, Honneth, and Taylor. *Constellations*, Oxford, 10, n. 4, 2003, p. 524-533.

e outras espécies – inclusive aquelas eventualmente ainda não apresentadas na esfera pública – decorrentes da negação das expectativas normativas individuais e das relações sociais intersubjetivas.

É esta possibilidade que a *Luta por Reconhecimento* de Axel Honneth pretende concretizar e é, por fim, valho-me do instrumental fornecido pela teoria honnethiana, que acredito ser possível efetivamente extrair um núcleo de significado quanto aos fundamentos e objetivos do princípio jurídico da igualdade. A partir dessa obra, Honneth pretendeu retomar o programa de filosofia social hegeliano¹⁷⁴ cujo objeto é o fenômeno da experiência da injustiça, a partir das relações intersubjetivas em que os indivíduos buscam a satisfação de suas pretensões normativas perante o outro e por meio do qual formam suas identidades. A proposta mais abrangente de Honneth é apresentar uma gramática dos conflitos sociais que permita explicá-los à luz do instrumental metafísico hegeliano coordenado com a psicologia social de George Mead.¹⁷⁵

Partindo do pensamento do jovem Hegel de Jena, Honneth afastou-se da concepção sugerida por Taylor e adotada por Fraser segundo a qual o reconhecimento estaria associado a problemas de natureza cultural que ocupam o cenário político a partir dos anos 1960.¹⁷⁶ Pelo contrário, segundo o autor, as demandas por reconhecimento não podem ser historicamente situadas nas recentes reivindicações políticas apresentadas na esfera pública a partir do século XX. Reivindicações por reconhecimento estão presentes não só no bicentenário movimento feminista, como também no movimento operário e no movimento negro, em suas formações em muito anteriores aos “novos movimentos sociais”. Neste sentido, Honneth procura conferir uma abordagem unificada das demandas por justiça a partir da ideia de luta por reconhecimento trabalhada por Hegel e materializada na psicologia social de Mead, de modo a compreender o fenômeno da injustiça em um nível mais profundo que a classificação das demandas formalmente postas na esfera pública – tendo por base as interações intersubjetivas travadas

¹⁷⁴ Segundo Zurn, enquanto a filosofia moral se volta para questões de obrigações e direito de ação individual e a filosofia política volta-se para as ideias de lei e distribuição justa, a filosofia social preocupa-se com as “condições estruturais necessárias para a boa vida e [com as] deformações sociais nessas condições que impedem a autorrealização saudável” (ZURN, C. F. Anthropology and normativity: a critique of Axel Honneth's "formal conception of ethical life". *Philosophy Social Criticism*, v. 26, n. 1, p. 115-124, 2000, p. 118).

¹⁷⁵ HONNETH, A. *Luta por reconhecimento*. Tradução de Luiz REPA. São Paulo: 34, 2003, passim.

¹⁷⁶ Neste sentido, acompanho Christopher Zurn na crítica à distorção que Fraser promove do pensamento de Axel Honneth (Id. Group Balkanization or Societal Homogenization: is there a dilemma between recognition and distribution struggles? *Public Affairs Quarterly*, v. 18, n. 2, 2004, p. 159-186). Ao pretender equiparar as teorias de Honneth e Taylor, Fraser deixou de lado a oportunidade de responder satisfatoriamente às diversas dificuldades que seu pensamento apresenta à luz das considerações trazidas pelo autor alemão.

pelos indivíduos em sociedade, pelas quais almejam a formação de sua identidade e de sua autorrealização no meio social¹⁷⁷.

Na compreensão de Honneth¹⁷⁸ este processo de relações intersubjetivas em que os indivíduos desenvolvem suas identidades é marcado por sucessivas lutas por reconhecimento, em que o Eu desenvolve determinadas capacidades à luz de sua relação com o Outro em níveis diversos e progressivamente expandidos. Em outras palavras, o indivíduo, inserido em diversas etapas de formação de sua identidade, reconhece o outro e busca ser reconhecido em capacidades distintas por meio de uma luta intersubjetiva. Uma vez adquiridas tais capacidades, o indivíduo encontra-se apto a buscar uma modalidade mais expandida de reconhecimento, que encontra seu ápice na valoração de suas habilidades individuais enquanto úteis para a sociedade.

Alicerçado em Hegel e Mead, Honneth¹⁷⁹ identifica três esferas de reconhecimento próprias da sociedade burguesa. Cada uma destas esferas encontra-se vinculada à determinada atitude positiva de autorrelação pela qual o indivíduo se desenvolve enquanto ser independente, moralmente autônomo e merecedor de estima social. Elas revelam, assim, a sequência de etapas por meio das quais os indivíduos desenvolvem de maneira progressiva e expandida as características necessárias para sua autorrealização. Note-se que, longe de serem imutáveis e independentes da realidade, Honneth pretende sustentar que estas esferas do reconhecimento são construídas social e historicamente.¹⁸⁰ Estas três etapas são identificadas pelo autor como o Amor, o Direito e a Solidariedade¹⁸¹.

Na esfera do Amor, o reconhecimento se estabelece a partir da aceitação e encorajamento afetivo que conduzem à atitude positiva da autoconfiança corporal. Por meio da relação intersubjetiva que ocorre em um círculo mais restrito – nas relações primárias, como aquelas travadas na família e entre amigos – o indivíduo desenvolve segurança em relação ao seu próprio corpo e passa a se entender como sujeito cujas necessidades merecem ser atendidas. Assim, Honneth remete aos estudos de Donald Winnicott, que demonstraram, no desenvolvimento da relação entre a criança e a mãe, um processo de progressiva individuação da mãe no que diz respeito ao bebê e vice-versa. Este processo é marcado, por sua vez, pela luta

¹⁷⁷ HONNETH, A. Redistribution as Recognition: A Response to Nancy Fraser. In: FRASER, N.; HONNETH, A. *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*. Tradução de Joel GOLB e James INGRAM. London: Verso, 2004, p. 114-134.

¹⁷⁸ Id. *Luta por reconhecimento*. Tradução de Luiz REPA. São Paulo: 34, 2003, passim.

¹⁷⁹ Ibid, passim.

¹⁸⁰ Retomarei este ponto adiante, ao tratar da diferenciação entre as duas últimas esferas de reconhecimento – a esfera do Direito e a esfera da solidariedade.

¹⁸¹ Também farei referência à esfera da Solidariedade como estima social, de modo a evitar a confusão entre esta esfera do reconhecimento e o princípio jurídico da solidariedade.

do bebê para ser reconhecido como ser portador de necessidades que devem ser atendidas e pela sua crescente conscientização quanto à existência da mãe, apartada de si.¹⁸²

Segundo a interpretação conferida por Honneth, é a partir do momento que a criança reconhece a independência da mãe e recebe desta os desígnios necessários de que – a despeito da distância física que decorre da ruptura da simbiose inicial entre mãe e criança – existe uma relação de afeto perene em que a criança pode confiar, esta desenvolve pela primeira vez a noção de que é um sujeito independente, dotado de necessidades e interesses próprios que devem ser reconhecidos. Desenvolve-se, na etapa do Amor, a atitude positiva de autorrelação do indivíduo que Honneth identifica como a autoconfiança, notadamente uma autoconfiança em relação à sua integridade física e psicológica.¹⁸³

O sujeito dotado de autoconfiança é capaz, em seguida, de buscar um nível mais expandido de reconhecimento, que se desenvolve nas relações jurídicas – na esfera da ordem jurídica ou do Direito. Segundo Honneth¹⁸⁴, é por meio do reconhecimento de um outro generalizado como portador de determinados direitos e deveres que o indivíduo é capaz de projetar-se como portador de direitos e deveres, antecipando assim as reações esperadas nas relações jurídicas intersubjetivas em que se lança. Na medida em que estas pretensões normativas sejam satisfeitas – ou seja, que as reações esperadas se concretizem ou, sendo violadas, que os mecanismos coercitivos vigentes restabeleçam a validade e efetividade das normas jurídicas – o indivíduo é capaz de desenvolver aqui a atitude positiva do autorrespeito. Esta atitude refere-se ao reconhecimento do indivíduo enquanto um ator moralmente autônomo, capaz, portanto, não só de fazer julgamentos morais como de anuir com as regras gerais vigentes e participar do processo de formação da vontade¹⁸⁵.

Em uma terceira etapa, este indivíduo dotado de autoconfiança e de autorrespeito busca o reconhecimento de suas capacidades e habilidades específicas – um respeito social pelos meios a partir dos quais busca sua autorrealização. Nesta esfera do reconhecimento, os indivíduos pressionam pela expansão dos horizontes de valorização das capacidades e habilidades individuais, buscando estima social e desenvolvendo, assim, a atitude positiva de autorrelação identificada pela autoestima (ou autoconfiança ética).¹⁸⁶ De se notar que a estima social de que se fala não se confunde com a autorrealização individual – ou seja, com o alcance de uma posição de destaque na sociedade –, referindo-se, diversamente, ao respeito recíproco

¹⁸² HONNETH, A. *Luta por reconhecimento*. Tradução de Luiz REPA. São Paulo: 34, 2003, p. 164 et seq.

¹⁸³ Ibid. p. 177-178.

¹⁸⁴ Ibid. p. 178 et seq.

¹⁸⁵ Ibid. p. 195 et seq.

¹⁸⁶ Ibid, p. 210 et seq.

pelas habilidades e capacidades individuais concretas, tidas assim por valiosas ao empreendimento comum. A estima social é, portanto, necessária para a autorrealização, na medida em que se a sociedade não respeita estas capacidades e habilidades, será impossível ao indivíduo empregar-las com sucesso na busca por autorrealização.

A cada esfera de reconhecimento corresponde não só uma atitude positiva, como também uma atitude negativa – uma forma de desrespeito. Assim, na esfera do Amor, a negação do reconhecimento relaciona-se principalmente com a violação da integridade física e psíquica dos indivíduos – exemplificada pelo caso extremo do estupro. A violação do reconhecimento no Direito consiste, por sua vez, na privação de direitos que se revela pela violação das reivindicações jurídicas que o indivíduo compreende como condições para o reconhecimento de sua autonomia moral.¹⁸⁷ Por fim, a atitude negativa de reconhecimento na esfera da estima social corresponde à negação da valoração social em razão de que o indivíduo deixa de ter suas formas de autorrealização estimadas por seus pares.¹⁸⁸

Conclui-se que a autoconfiança, o autorrespeito e a autoestima, em conjunto, são condições necessárias à autorrealização do indivíduo – ou seja, são necessárias ao processo de busca espontânea dos objetivos de vida escolhidos pelo sujeito, sem pressões externas (sociais) ou internas (psicológicas)¹⁸⁹. Quando as assimetrias e deficiências sociais conduzem a uma negação do reconhecimento em alguma dessas esferas, materializa-se o fenômeno da experiência de injustiça – no qual o indivíduo entende que os padrões de reconhecimento estabelecidos institucionalmente são desrespeitados indevidamente em relação a si.

Neste panorama, a vida social seria marcada pelo processo de reivindicação de reconhecimento – um processo de luta que se desencadeia em cada uma das esferas com vistas ao objetivo de autorrealização. É esta luta por reconhecimento que conduz, para Honneth, à formulação das demandas distributivas ou socioculturais que Fraser procura solucionar a partir da redistribuição e do reconhecimento (cultural). Assim, segundo o autor, o fenômeno da injustiça, conforme experimentado pelos indivíduos, diz respeito às mais diversas formas de negação de reconhecimento que impedem os indivíduos de construírem suas identidades com vistas ao atingimento de sua autorrealização.¹⁹⁰

¹⁸⁷ HONNETH, A. *Luta por reconhecimento*. Tradução de Luiz REPA. São Paulo: 34, 2003, p. 213-226.

¹⁸⁸ Ibid, p. 213-226.

¹⁸⁹ Ibid, p. 273.

¹⁹⁰ Id. *Redistribution as Recognition: A Response to Nancy Fraser*. In: FRASER, N.; HONNETH, A. *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*. Tradução de Joel GOLB e James INGRAM. London: Verso, 2004, passim.

Fraser não poderia concordar com a formulação de uma teoria de justiça voltada para a autorrealização individual na medida em que esta autorrealização estaria vinculada à valorização de determinadas concepções de vida boa, contrariando a máxima da neutralidade do liberalismo político procedimental. Sem pretender pôr termo, neste trabalho, à profunda e extensa discussão acerca da possibilidade da adoção de valores substantivos na formulação de uma determinada filosofia sobre arranjos sociais, é importante destacar o sólido argumento apresentado por Honneth em contraposição à ideia de Fraser de que seria possível formular um “reconhecimento sem ética”¹⁹¹. Como afirmei anteriormente, já Rawls identificava o liberalismo político como uma doutrina parcialmente abrangente – o que, na terminologia do debate entre Honneth e Fraser, pode ser traduzido como a identificação de fins éticos na formulação de uma teoria das instituições. O que Honneth pretende é, no lugar de defender a finalidade de igual participação que Fraser sustenta ser procedimental, apresentar uma filosofia social que posiciona a autorrealização individual no centro do fenômeno da justiça.

Note-se que não há nada que sugira uma incompatibilidade entre esta teoria e a necessidade de igual participação nos processos de tomada de decisão ou de respeito ao pluralismo que marca as sociedades modernas. Pelo contrário, de um lado, Honneth identifica na aquisição do autorrespeito a autonomia moral individual necessária à participação dos indivíduos no empreendimento social, no processo de formação da vontade e na anuência com o Direito. De outro lado, a esfera da estima social é marcada por pressões pelo reconhecimento de diversas formas pelas quais os indivíduos buscam autorrealização individual, expandindo – em vez de contrair ou excluir – os horizontes valorativos que determinam a aquisição de autoestima. Honneth é claro, assim, ao afastar pretensões de autorrealização que impliquem a menor autorrealização de determinados grupos ou a exclusão de determinados padrões de sucesso individual – o que por certo tornaria sua teoria incompatível com o fato do pluralismo. Apenas é aceitável, em seu modelo de reconhecimento, a expansão do reconhecimento por meio da estima social que seja compatível com a inclusão cada vez mais ampla de padrões valorativos anteriormente desconsiderados socialmente.¹⁹²

Sem negar a relevância da formulação de Fraser – notadamente em sua capacidade de classificar as diferentes expressões do fenômeno da injustiça, viabilizando a formulação de remédios voltados especificamente para estas espécies de negação das expectativas individuais

¹⁹¹ FRASER, N., Reconhecimento sem ética? In: SOUZA, J.; MATTOS, P. *Teoria crítica no século XXI*. São Paulo: Annablume, 2007, p. 113-139.

¹⁹² HONNETH, A. Redistribution as Recognition: A Response to Nancy Fraser. In: FRASER, N.; HONNETH, A. *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*. Tradução de Joel GOLB e James INGRAM. London: Verso, 2004, p. 120 et seq.

– a teoria sustentada por Honneth apresenta considerações relevantes para os fins deste trabalho no que diz respeito ao princípio da igualdade enquanto instrumento de proteção do indivíduo e promoção de seu reconhecimento. É sobre este ponto que passo a tratar a seguir.

1.2.3 Três funções do princípio jurídico da igualdade: ruptura de privilégios, expansão do Direito e pluralização dos horizontes de valor.

Pretendi expor, até aqui, o desenvolvimento do paradigma do reconhecimento a partir de algumas de suas mais importantes vertentes. De um lado, a teoria tayloriana que vê no reconhecimento uma espécie de injustiça em razão da negação da formação de identidades fortemente associadas aos novos movimentos sociais. Em outra ponta, Nancy Fraser, também partindo dos novos movimentos sociais, situa o reconhecimento ao lado da distribuição de bens como um mecanismo de promoção de uma justiça procedimental que visa à efetivação da paridade de participação dos diversos grupos sociais – notadamente, equiparando grupos que padecem de *status* inferiorizado na sociedade. Por fim, Axel Honneth parte do conceito hegeliano de luta por reconhecimento para entender o processo de formação de identidades como uma sequência de etapas nas quais o indivíduo desenvolve determinadas capacidades e atitudes positivas em relação a si mesmo – adquirindo, assim, independência, autonomia moral e estima social necessárias à sua autorrealização.

Diante deste quadro sinótico, quero dedicar os próprios parágrafos à identificação das funções exercidas pelo princípio da igualdade jurídica na expansão e promoção do reconhecimento em favor dos indivíduos e, conseqüentemente, na efetivação de um objetivo emancipatório. Conforme exporei a seguir, o princípio da igualdade enquanto instrumento de promoção do reconhecimento apresenta três importantes funções. A primeira, identificada já na ideologia revolucionária do século XVIII, consiste em sua proposta de ruptura com o modelo de sociedade tradicional fundamentado em um sistema de hierarquias e privilégios. A segunda função consiste na igualdade enquanto mecanismo de expansão material e objetiva do Direito – servindo como instrumento que amplia o conteúdo das propriedades universais cujo reconhecimento jurídico é necessário para o desenvolvimento do senso de autonomia moral individual e, também, como mecanismo que inclui grupos previamente excluídos enquanto merecedores de igual reconhecimento jurídico. Por fim, a igualdade – na medida em que amplia material e objetivamente o Direito – atua ainda como um instrumento capaz de atrair para a

esfera da ordem legal reivindicações próprias formuladas nas duas outras esferas do reconhecimento, potencializando o caráter emancipatório do reconhecimento jurídico.

No que concerne a primeira função do princípio da igualdade – qual seja, a ruptura com o modelo tradicional de sociedade – cumpre retomar a narrativa de Honneth sobre a formação e diferenciação das duas últimas esferas do reconhecimento – o Direito e a estima social. Conforme já afirmado, Honneth¹⁹³ sustenta que o Direito e a estima social têm origem no conceito tradicional de respeito, vinculado à ideia de honra atribuída de acordo com uma hierarquia social estática. Nesta conformação, a noção de respeito remeteria não só ao conjunto de direitos detidos pelos indivíduos, como também à valorização de suas capacidades específicas em razão de seu pertencimento a um estrato social que compartilha determinados horizontes valorativos. Em síntese: o sistema de respeito tradicional confere direitos e estima social aos indivíduos que integram determinados grupos, em um sistema de *status* desigual por natureza¹⁹⁴.

Para Honneth¹⁹⁵, alicerçado em Ihering e outros, a marca do pensamento liberal burguês foi a ruptura com a sociedade tradicional a partir da ideia de que os homens são dotados de igual dignidade e de igual autonomia¹⁹⁶. Assim, do conceito de respeito foram extraídas duas diferentes formas de reconhecimento: o reconhecimento jurídico e a estima social. Com isso, tornou-se possível distinguir entre as duas diferentes esferas de reconhecimento, cada qual regida por princípios próprios. Na esfera do Direito, em que se desenvolve a luta por reconhecimento jurídico, aplica-se o princípio da igualdade jurídica que determina a garantia de direitos iguais aos indivíduos dotados de determinadas capacidades universalizáveis da pessoa moralmente autônoma. De outro lado, a estima social passa a se dissociar da ideia de privilégios, honra ou status e é “meritocrata”¹⁹⁷ a partir do princípio do sucesso

¹⁹³ HONNETH, A. *Luta por reconhecimento*. Tradução de Luiz REPA. São Paulo: 34, 2003, p. 181 et seq.

¹⁹⁴ Ou seja, a desigualdade neste caso não se refere às consequências indesejadas que levam um grupo a situar-se em uma posição de desigualdade. Pelo contrário, esse modelo se fundamenta precisamente nas desigualdades quanto aos regimes jurídicos aplicáveis a grupos distintos, bem como nas diferenças quanto à atribuição de estima social aos indivíduos integrantes de diferentes grupos.

¹⁹⁵ HONNETH, A. Op. cit., nota 193, p. 189 et seq.

¹⁹⁶ Os conceitos de dignidade e de autonomia são também trabalhados, igual e notoriamente, por Kant. A autonomia, em Kant, se refere à capacidade do indivíduo racional de, por meio de sua vontade, agir como verdadeiro legislador universal. Ainda, a dignidade é característica do ser humano e de todo o ser racional, que não tem um equivalente e que deve ser considerado como um fim em si mesmo, diferenciando-se do preço, que é o atributo conferido aos objetos (KANT, I. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Segunda seção: transição da filosofia moral popular para a metafísica dos costumes. In: KANT, I. *Textos selecionados*. Tradução de Paulo Quintela, Rubens Rodrigues Torres Filho Tania Maria Bernkopf. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 119-148).

¹⁹⁷ HONNETH, A. *Redistribution as Recognition: A Response to Nancy Fraser*. In: FRASER, N.; HONNETH, A. *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*. Tradução de Joel GOLB e James INGRAM. London: Verso, 2004, p. 141.

(*achievement*). O princípio do sucesso, que se propõe neutro, determina que, diante de um horizonte valorativo socialmente compartilhado, o indivíduo é capaz de atingir a estima social a partir do reconhecimento do valor de suas capacidades e habilidades para o empreendimento comum.

Neste tocante, inevitável identificar alguma proximidade entre o relato adotado por Honneth e aquele promovido por Taylor em sua análise sobre as políticas de dignidade. É que a esfera do Direito, regida por um princípio da igualdade, propõe-se em alguma medida alheia às capacidades individuais específicas em favor de capacidades universalizáveis. É apenas na esfera seguinte, a da estima social, que o indivíduo passa a ser valorizado por suas qualidades e capacidades concretas. Nesta última esfera, portanto, é que se desenvolveria o que Taylor identificou como as políticas da diferença – ou seja, o reconhecimento universal das individualidades, com a valorização de identidades ou, em um sentido mais amplo do que o trabalhado por Taylor, uma valorização de formas diferentes de autorrealização¹⁹⁸.

Ocorre que, em parte conforme apontado por Fraser, a análise segundo um modelo de *status* não pode ser abandonada ainda quando se trate de sociedades modernas. É que, se de um lado a Modernidade rompeu com o modelo de respeito baseado em hierarquias de grupo institucionalizadas – a nobreza, o clero, a plebe –, segue existente um quadro de desigualdade no que diz respeito à capacidade dos grupos de participar na esfera pública e, por conseguinte, de influenciar o processo de formação da vontade que permite a garantia de direitos. Assim, sem prejuízo das críticas apresentadas ao modelo de *status* de Fraser, é na discussão quanto à primeira função do princípio jurídico da igualdade que ele se revela mais adequado. Isso porque é da constatação de que ainda há determinados espaços em que a fragmentação entre reconhecimento jurídico e estima social não ocorreu – em que o pertencimento a um determinado grupo determina os direitos e a estima que a que o indivíduo fará jus – que decorre a necessidade de, aplicando-se o princípio da igualdade, concretizar a promessa pós-tradicional de superação do modelo de hierarquias e privilégios sociais¹⁹⁹.

¹⁹⁸ As teorias se distinguem na medida em que, enquanto Taylor propõe que as individualidades só podem ser consideradas a partir de uma valorização universal das especificidades – ou seja, por meio de estima social e não de mero reconhecimento jurídico –, Honneth sustenta que o próprio Direito implica uma relação dialética entre o universal e o particular, concebendo um princípio da igualdade que não nega a diferença e sim, pelo contrário, a reconhece, promovendo uma expansão do rol de Direitos reconhecidos como condição para o desenvolvimento do autorrespeito individual.

¹⁹⁹ Isto pode ser identificado, como se verá a seguir, a partir do exemplo do emprego da frase “você sabe com quem está falando?”, no Brasil. Neste caso, o emprego da frase busca produzir uma confusão entre reconhecimento jurídico e estima social, de maneira que o simples fato de o indivíduo ocupar uma determinada posição – por exemplo, é o juiz da cidade – tem por consequência garantir-lhe um tratamento diferenciado, superior ao que seria devido aos demais.

Pode-se sintetizar, portanto, a primeira função do princípio jurídico da igualdade como a de promover e manter a ruptura do modelo tradicional de sociedade, regendo uma esfera de reconhecimento segundo a qual os indivíduos tornam-se merecedores de direitos na medida em que são reconhecidos como seres moralmente autônomos, e não em razão da posição social que ocupam.²⁰⁰ Aqui, portanto, está situada a função clássica atribuída à igualdade perante a lei: a de submeter todos os indivíduos às leis, independentemente de particularidades alheias à condição de agente moralmente autônomo – conferindo ou restringindo direitos de maneira geral, abstrata e com base em alguma espécie de princípio de autoconsentimento dos governados.

Assentada a premissa de que a igualdade impõe iguais direitos a indivíduos dotados de igual valor e autonomia moral, torna-se necessário, distinguir as capacidades universais de que são dotados os indivíduos enquanto agentes autônomos e que devem, portanto, ser consideradas pelo Direito, das capacidades individuais concretas cujo reconhecimento é reservado à esfera da estima social. A resposta a esta questão também pode ser encontrada, segundo o raciocínio de Honneth, no próprio princípio da igualdade jurídica.

Como já afirmado anteriormente, o processo de luta por reconhecimento se desenvolve na direção da expansão das esferas de reconhecimento. É dizer, por meio de uma dialética entre a demanda particular e o princípio universal, a luta por reconhecimento se desenvolve de maneira progressiva²⁰¹. Desse modo, na medida em que o indivíduo passa a ser reconhecido em relação à determinada característica previamente ignorada pelas relações intersubjetivas, expande-se a esfera de Direito de maneira que se passa a buscar um reconhecimento cada vez mais amplo de outros aspectos universalizáveis.

No que diz respeito à esfera do Direito, Honneth exemplifica esta teorização com o auxílio da teoria de T. H. Marshall acerca das gerações de direitos²⁰²: para Honneth, a conquista de direitos que é consequência da luta que se desenvolve na segunda esfera do reconhecimento

²⁰⁰ Destaque-se que, mesmo nos espaços em que houve a distinção propriamente dita entre estas duas últimas esferas de reconhecimento – com a cisão do respeito em reconhecimento jurídico e estima social – o princípio da igualdade é ainda relevante como mecanismo para desconstruir a suposta neutralidade do princípio do sucesso, deslocando para o Direito determinadas reivindicações por reconhecimento e potencializando a inclusão dos grupos previamente excluídos. Trato desta função mais adiante.

²⁰¹ HONNETH, A. *Luta por reconhecimento*. Tradução de Luiz REPA. São Paulo: 34, 2003, passim.

²⁰² É certo, por um lado, que a teorização de Marshall foi alvo de objeções, notadamente no que diz respeito à ausência de uma crítica sociológica com relação à sua narrativa sobre as gerações dos direitos. Cf. DAMATTA, R. *A casa e a Rua: espaço, cidadania, mulher e a morte no Brasil*. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997, p. 46. Isso gera sua inadequação aos contextos históricos dos países do hemisfério sul – notadamente, da América Latina em geral e do Brasil em específico (CARVALHO, J. M. D. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 219 et seq). Sem prejuízo disso, o argumento geral ainda assim parece ser válido.

permite uma expansão das pretensões normativas individuais. Em razão desta expansão, desenvolvem-se lutas por um reconhecimento jurídico progressivamente mais amplo – ou seja, a própria conquista de reconhecimento jurídico potencializa as lutas por um reconhecimento jurídico progressivamente maior. Veja-se: o que está em jogo na segunda esfera do reconhecimento é o que significa ser um indivíduo moralmente autônomo e que espécies de exigências de natureza jurídica decorrem deste significado. Assim, por exemplo, pode-se sustentar que o indivíduo moralmente autônomo, à luz do liberalismo clássico, depende exclusivamente da abstenção estatal (ao menos sob o aspecto econômico) para seu desenvolvimento – de modo que o autorrespeito apenas é garantido a partir do reconhecimento de direitos fundamentais de natureza negativa. A partir disso, desenvolve-se uma formulação mais ampla segundo a qual o indivíduo moralmente autônomo não depende apenas da abstenção estatal, mas também de condições mínimas para o exercício de sua autonomia, sem as quais é impossível a obtenção de autorrespeito.

Ainda, a expansão da ideia de indivíduo moralmente autônomo poderá conduzir a reivindicação normativa de inclusão dos diversos grupos sociais no processo de formação da vontade coletiva, a demandar a garantia de direitos de natureza política.²⁰³ Qualquer que seja a ordem específica em que se desenvolvam historicamente as diversas gerações de direitos, é possível identificar uma expansão da esfera de reconhecimento do Direito no sentido geral de que o reconhecimento do indivíduo moralmente autônomo inclui não só o respeito abstrato à capacidade individual de orientação por normas morais, mas também o respeito concreto às condições para a efetivação desta capacidade.²⁰⁴

Esta expansão que se desenvolve na esfera do Direito pode ser classificada, por sua vez, em duas categorias: de um lado, a expansão pode dizer respeito ao próprio conteúdo do Direito que pretenda conferir as condições necessárias para a autonomia individual, à luz das diferenças reais existentes entre as chances individuais de realização das liberdades garantidas socialmente. Trata-se da expansão material do Direito, que é precisamente aquela que Honneth pretende exemplificar a partir da teoria de Marshall, conforme exposto no parágrafo anterior. Sintetizando o que já foi extensamente exposto, na medida em que os indivíduos buscam, na

²⁰³ Note-se, portanto, que a ideia de progressiva expansão do reconhecimento jurídico não está associada a uma narrativa histórica específica quanto ao desenvolvimento das diversas gerações de direitos fundamentais. Neste sentido, portanto, é possível que o contexto histórico, político e social conduza a uma primeira formulação sobre o significado de autonomia individual (e, portanto, de obtenção de autorrespeito) que requeira não direitos de natureza civil, mas de natureza social ou política, ampliando-se progressivamente a esfera do Direito para abarcar diversas outras gerações de direitos fundamentais.

²⁰⁴ HONNETH, A. *Luta por reconhecimento*. Tradução de Luiz REPA. São Paulo: 34, 2003, p. 193.

esfera do Direito, serem reconhecidos enquanto indivíduos moralmente autônomos – desenvolvendo, assim, o autorrespeito –, cada vez que o significado de autonomia individual é expandido ou que suas condições são explicitadas o conteúdo do Direito também se expande. Sob a perspectiva do princípio da igualdade, este processo se desenvolve na medida em que se sustenta que a ausência de proteção de determinadas condições para a autonomia individual no âmbito do direito implica tratamento desigual entre os indivíduos – notadamente, entre aqueles indivíduos que não dependem do reconhecimento jurídico de tais direitos, por que já os usufruem sob a perspectiva da estima social, e aqueles que dependem.

É no âmbito da expansão material do Direito que se revela adequado trabalhar o binômio redistribuição e reconhecimento apresentados por Fraser. Segundo se pode concluir de sua teoria, Fraser associa a autonomia individual ao princípio procedimental de paridade de participação. Conciliando o pensamento de Fraser e a teoria de Honneth, é razoável afirmar que, de modo a atingir esta paridade participativa, é necessária a garantia de duas espécies de condições – condições de natureza econômica e condições de natureza sociocultural. É precisamente porque determinados indivíduos (ou, no panorama categorial de Fraser, grupos) são privados destas demandas que lhes é negada a participação necessária a que se compreendam enquanto indivíduos moralmente autônomos. A incompatibilidade entre Fraser e Honneth pode ser, assim, mitigada, na medida em que a exigência de direitos econômicos e de direitos socioculturais formuladas por Fraser sejam reconduzidas a uma determinada concepção acerca das condições de autonomia individual, concepção esta compatível com a ideia de expansão material do Direito. Esta compatibilização só é possível, no entanto, conforme se compreenda a teoria de Fraser como uma categorização e análise das espécies de demandas sociais postas na esfera pública, enquanto a teoria de Honneth, em um nível mais profundo, analisa os mecanismos pelos quais tais demandas se formam ou se desenvolvem.²⁰⁵

A compatibilidade entre Fraser e Honneth revela-se, novamente, na análise da expansão objetiva do direito. Segundo Honneth, a expansão objetiva diz respeito ao “alcance social do status de uma pessoa de direito”.²⁰⁶ É dizer: busca-se aqui identificar quem são os indivíduos cujas capacidades devem ser consideradas para a garantia de direitos, de modo que a expansão se efetiva por meio da inclusão de grupos previamente excluídos, privados de direitos. Pode-se afirmar que estes grupos excluídos são contemplados por Nancy Fraser por

²⁰⁵ HONNETH, A. Redistribution as Recognition: A Response to Nancy Fraser. In: FRASER, N.; HONNETH, A. *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*. Tradução de Joel GOLB e James INGRAM. London: Verso, 2004, passim.

²⁰⁶ Id. *Luta por reconhecimento*. Tradução de Luiz REPA. São Paulo: 34, 2003, p. 194.

meio de seu modelo de *status* – trata-se dos grupos que se encontram em uma situação crônica de posição relativa inferior à dos demais grupos sociais.²⁰⁷ O recurso à igualdade se evidencia na medida em que a exclusão ou desconsideração de determinados grupos pela esfera do Direito implica um tratamento desigual entre seres que, principalmente sob a perspectiva da autonomia moral, são intrinsecamente iguais.

Ao identificar o princípio da igualdade como instrumento por meio do qual se desenvolve a expansão do Direito nestas duas distintas modalidades, Honneth se distancia sobremodo da concepção tayloriana que via na igualdade um princípio de negação de diferenças. Como já exposto, a igualdade em Taylor é localizada no âmbito das políticas de dignidade, significando um princípio homogeneizador e cego às características individuais específicas. Seu pensamento, portanto, conduz à necessidade de formulação de políticas de diferença que reconheçam estas especificidades em favor de uma valoração de diversas concepções de bem. Para Honneth, contudo, esta reflexão acerca do princípio da igualdade é equivocada. Igualdade não significa a garantia de um rol idêntico de direitos, identicamente destinados a todos os indivíduos, que inevitavelmente perpetuam situações de desigualdade. A igualdade implica, pelo contrário, uma consideração de especificidades indevidamente ignoradas pelo Direito e que se vinculam à efetivação da autonomia individual necessária à autorrealização dos membros da sociedade, bem como a inclusão no empreendimento coletivo do mais expandido rol de indivíduos que integram a sociedade.

Assim, é possível sintetizar a segunda função do princípio da igualdade na ideia de expansão – e não homogeneização²⁰⁸ – do Direito. Por meio do apelo à igualdade, assim, as demandas de indivíduos e grupos excluídos e invisibilizados passam a ser conhecidas e garantidas, bem como sua inclusão no processo coletivo de tomada de decisões passa a ser viabilizada. Com isso, grupos marginalizados adquirem o autorrespeito necessário para que

²⁰⁷ Na leitura de Iris Marion Young, trata-se daqueles grupos que sofrem com opressão e dominação, cujos integrantes são afetados em seu reconhecimento enquanto indivíduos dignos de igual respeito, enquanto, para Taylor, trata-se dos grupos cujas identidades socioculturais são deficientemente reconhecidas em favor de uma suposta neutralidade que exclui estes indivíduos (YOUNG, I. M. *Justice and the Politics of Difference*. New Jersey: Princeton University Press, 1990, p. 42-48).

²⁰⁸ Segundo Sarmiento, “é essencial não confundir igualdade com homogeneidade. Respeitar a igualdade, de acordo com a conhecida definição dworkiniana, é ‘tratar a todos com o mesmo respeito e consideração’. E não se trata com o mesmo respeito e consideração um outsider ou integrante de um grupo minoritário, que não compartilhe dos mesmos valores, estilo de vida e projetos da maioria hegemônica, quando não se reconhece o seu direito de ser diferente e de viver de acordo com esta diferença” (SARMENTO, D. *Legalização do aborto e Constituição*. In: SARMENTO, D. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Cap. 3, p. 133). Neste sentido, devo destacar novamente que o que busca afirmar não é que os indivíduos devem ser igualmente valorizados por uma sociedade plural em que cosmovisões conflitantes coexistem. Digo, sim, que a aquisição de autoestima depende de um respeito pelas capacidades e habilidades individuais, para além de padrões dominantes e excludentes.

possam buscar um reconhecimento cada vez mais amplo, de maneira que se considerem e sejam considerados como partícipes plenos do empreendimento social, dignos de igual respeito e consideração por seus pares e, conseqüentemente, pelas instituições vigentes.

Por fim, a terceira função do princípio da igualdade jurídica é abordada brevemente por Honneth ao tratar da relação entre o princípio da igualdade e o princípio do sucesso. Antes de aprofundar as reflexões do autor e suas conseqüências sobre as funções da igualdade, é pertinente apresentar o panorama teórico da luta por reconhecimento que se desenvolve na terceira esfera, a Solidariedade ou estima social. Segundo Honneth, uma vez que o indivíduo obtenha a autoconfiança necessária para que se reconheça como dotado de necessidades que merecem ser atendidas e o autorrespeito que lhe permite considerar-se um indivíduo moralmente autônomo merecedor de direitos, desenvolve-se uma terceira etapa de reconhecimento por meio da qual o sujeito reconhecido em suas capacidades universais busca o reconhecimento de seus pares com relação às suas capacidades e habilidades concretas e específicas. Na esfera da Solidariedade, o indivíduo pretende que suas capacidades e habilidades sejam intersubjetivamente reconhecidas como valiosas pelos demais membros da comunidade, do ponto de vista do empreendimento social comum.²⁰⁹

A esfera da Solidariedade é regida, portanto, por um princípio de sucesso. Enquanto na primeira esfera é o amor a determinar o desenvolvimento da autoconfiança e, na segunda esfera, é a igualdade jurídica que impõe a garantia de direitos, na esfera da Solidariedade concretiza-se o princípio segundo o qual a realização de determinados objetivos ou valores compartilhados pela sociedade confere ao indivíduo a estima social necessária a uma completa autorrealização individual. Ocorre que, conforme afirma Honneth, ao princípio do sucesso é aplicável toda a plêiade de críticas contra a ideia de neutralidade de valor.²¹⁰

Com efeito, o autor sustenta que o princípio do sucesso se refere a uma espécie específica de realização, situada em uma sociedade capitalista burguesa em que sucesso se vincula com produtividade e, mais que isso, com a produtividade própria do homem branco burguês. Apenas neste sentido é que é possível explicar fenômenos como a desvalorização do trabalho doméstico feminino – que, apesar de ser essencial ao desenvolvimento deste modelo social, não logra obter estima social. É também neste sentido que se pode explicar como, por exemplo, a ocupação, por homens, de postos de trabalhos tradicionalmente associados ao

²⁰⁹ HONNETH, A. *Luta por reconhecimento*. Tradução de Luiz REPA. São Paulo: 34, 2003, passim.

²¹⁰ HONNETH, A. *Redistribution as Recognition: A Response to Nancy Fraser*. In: FRASER, N.; HONNETH, A. *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*. Tradução de Joel GOLB e James INGRAM. London: Verso, 2004, passim.

feminino leva a uma maior estima associada a esta profissão – enquanto o movimento inverso produz o efeito diametralmente oposto²¹¹.

A luta por reconhecimento que se desenvolve na esfera da solidariedade, portanto, diz respeito à afirmação de que a não valorização de determinadas habilidades individuais nega a aplicação de uma concepção do princípio do sucesso. Demandas por reconhecimento que buscam a estima social, portanto, pressionam os horizontes valorativos sociais em favor de uma progressiva expansão que permite considerar as mais diversas formas pelas quais se pode buscar a realização individual. É possível, portanto, extrair da teoria de Honneth um argumento persuasivo contra a ideia de que tal teoria iria de encontro ao pluralismo. Isto porque a luta por reconhecimento desenvolvida na terceira esfera não nega o fato do pluralismo, nem o esvazia, mas sim gera uma progressiva expansão dos horizontes valorativos de modo a permitir que cada vez mais diversas formas de sucesso – capacidades e habilidades – sejam dignas de obter estima social.

Sintetizada a terceira esfera de reconhecimento, voltemo-nos para a análise da terceira função da igualdade que pretendo identificar. Como visto, via de regra, a expansão da esfera da Solidariedade decorre das pressões exercidas pelas demandas individuais – postas nas relações intersubjetivas – pelo que se sustenta ser uma correta aplicação do princípio do sucesso. Almeja-se, assim, conferir estima social a formas de autorrealização previamente excluídas em razão de uma concepção restrita quanto ao significado de “sucesso”. Ocorre que, segundo identifica Honneth²¹², o recurso ao princípio do sucesso nem sempre se revela como o único possível ao atendimento das diversas demandas apresentadas nesta terceira esfera. Pelo contrário, por vezes demandas por reconhecimento formuladas na esfera da Solidariedade podem ser deslocadas para a segunda esfera do reconhecimento – o Direito – com o recurso ao princípio da igualdade jurídica. Isto porque, como visto, a fragmentação do respeito em reconhecimento jurídico e estima social passou a exigir uma distinção entre capacidades universalizáveis e capacidades individuais que, contudo, não é estanque. Assim, na medida em que determinadas capacidades individuais cujo reconhecimento específico é buscado na terceira esfera do reconhecimento passam a ser reconduzidas ao conceito de autonomia individual e às suas condições, torna-se possível que uma determinada demanda seja formulada em termos de direito e não de valorização social.

²¹¹ HONNETH, A. Redistribution as Recognition: A Response to Nancy Fraser. In: FRASER, N.; HONNETH, A. *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*. Tradução de Joel GOLB e James INGRAM. London: Verso, 2004, p. 153-154.

²¹² Ibid. passim.

Tome-se, por exemplo, as demandas por distribuição e reconhecimento sociocultural trabalhadas por Nancy Fraser. Sob a perspectiva do sucesso, estas demandas podem ser apresentadas na esfera da solidariedade com fundamento em que determinadas habilidades ou capacidades são merecedoras de estima social e, conseqüentemente, de valorização econômica (por exemplo, maior remuneração) ou sociocultural. Nada obstante, como visto, por vezes características individuais podem conduzir a uma equivocada aplicação do princípio do sucesso, negando o desenvolvimento de autoestima. Assim, a condição feminina pode conduzir a uma incorreta aplicação do princípio do sucesso que tem por consequência a subvalorização do trabalho desenvolvido pelo indivíduo – ainda que se trate do mesmo trabalho desenvolvido por um homem a quem se garante mais estima social. O mesmo pode ser dito sobre fatores raciais ou todos aqueles que destoem do conteúdo substantivo conferido pelo princípio do sucesso.

Se por um lado estas distorções podem ser combatidas por meio da afirmação de que o princípio do sucesso deva ser expandido, reconhecendo o valor das contribuições femininas ou de grupos raciais para a sociedade, elas podem igualmente ser formuladas com o recurso ao princípio da igualdade. Neste sentido, pode-se garantir um mínimo de bens materiais a que os indivíduos fazem jus independentemente de “merecimento”.²¹³ Ainda, por exemplo, podem ser garantidos direitos aos indivíduos pertencentes a determinados grupos discriminados, em contraposição à privação que decorreria da aplicação do padrão de sucesso vigente. A linguagem dos direitos, associada ao reconhecimento jurídico dos indivíduos enquanto seres moralmente autônomos desloca, assim, demandas por redistribuição e reconhecimento sociocultural, de modo que estas medidas passam a ser devidas independentemente do “mérito” individual, e sim em razão da própria condição de indivíduo.

É neste sentido que Axel Honneth reconhece que, apesar de as esferas de reconhecimento serem autônomas, elas não são totalmente independentes.²¹⁴ Reconhecer as

²¹³ Walzer aproximou-se desta proposta, como visto, ao buscar estabelecer esferas de justiça regidas por princípios distintos, de tal modo que o “merecimento” não serviria como moeda de troca em todas as esferas, sendo por vezes substituído por outros critérios, como a necessidade (WALZER, M. *Spheres of Justice: In Defense of Pluralism and Equality*. New York: Basic Books, 1983, passim).

²¹⁴ Com efeito, algum esforço lógico permite a conclusão de que mesmo em relação à primeira esfera do reconhecimento pode haver algum tipo de deslocamento de demandas para a esfera do Direito. É certo, por um lado, que o Direito não pode garantir o amor, o afeto ou a amizade – princípios que regem as relações primárias. Nada obstante, o recurso ao princípio da igualdade pode implicar o reconhecimento de determinadas demandas independentemente do recurso a estes princípios. Assim, por exemplo, a integridade física nas relações primárias pode ser reconduzida ao discurso dos direitos, com recurso ao princípio da igualdade, de modo que a autoconfiança seja indiretamente promovida por meio das lutas desenvolvidas na esfera do Direito. Exemplo disso são as legislações que buscam coibir a violência doméstica – por certo, a violência doméstica se insere naquele conjunto de situações de desrespeito que impedem o indivíduo de atingir a autoconfiança corporal necessária ao atingimento de sua autorrealização. A princípio, a obtenção de tal autoconfiança se desenvolve por meio do recurso ao princípio

zonas de interseção entre a esfera do Direito, regida pelo princípio da igualdade, e as demais esferas não implica conferir ao Direito a capacidade absoluta de solução dos conflitos sociais ou convertê-lo em única esfera do reconhecimento. A garantia de direitos voltados para as relações primárias não altera a luta desenvolvida na esfera do Amor, ainda que seja capaz de viabilizar o atingimento do reconhecimento nesta esfera. Da mesma forma, ainda que demandas sejam deslocadas da esfera da Solidariedade para a esfera do Direito, remanesce para o indivíduo a necessidade de ser reconhecido em suas particularidades com vistas à obtenção de estima social. Assim, o Direito apenas viabiliza, por meio da universalização do específico, a superação de situações de privação de direitos que impedem os indivíduos de buscarem o reconhecimento das características e capacidades individuais que empregam na busca de sua autorrealização.

Neste tocante, é relevante destacar que Honneth²¹⁵ reconhece o fato de que a efetiva valorização social das diversas formas de autorrealização foge ao controle das proposições teóricas. É dizer, nem uma intensa expansão do Direito ou do princípio do sucesso garante que os membros de uma comunidade irão necessariamente valorizar as diversas concepções de vida boa existentes na sociedade. Este processo, pelo contrário, está intensamente vinculado aos fatores históricos, políticos e sociais que definem as características da sociedade.

É relevante destacar, nada obstante, a importante terceira função exercida pelo princípio da igualdade. O princípio da igualdade pode funcionar como um potencializador das demais esferas do reconhecimento – notadamente por meio do reconhecimento jurídico de condições individuais cuja consideração na terceira esfera do reconhecimento por vezes conduz a uma equivocada aplicação do princípio do sucesso, que subvaloriza as habilidades e capacidades individuais.

1.3 Conclusões parciais.

Os argumentos lançados neste capítulo podem ser sintetizados no seguinte sentido:

do amor, desenvolvendo-se o indivíduo enquanto ser independente e dotado de necessidades que merecem atenção e provimento com base na certeza de uma determinada relação de mútuo afeto. Na obstante, esta demanda pode ser formulada em termos de direitos na medida em que a integridade física e psíquica nas relações primárias figura como condição de exercício da autonomia individual.

²¹⁵ HONNETH, A. Redistribution as Recognition: A Response to Nancy Fraser. In: FRASER, N.; HONNETH, A. *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*. Tradução de Joel GOLB e James INGRAM. London: Verso, 2004, p. 166 et seq.

a) A igualdade perante a lei, em sua formulação clássica – vinculada a uma concepção excessivamente formal, individualista e liberal – consiste no comando normativo que proíbe distinções indevidas na aplicação da lei e na eleição de seus critérios de classificação. Por trás de uma suposta neutralidade, esta formulação propugna uma aplicação idêntica da lei, como forma de superar a hierarquização existente em sociedades tradicionais.

b) Diante de sua incapacidade de solucionar a desigualdade real existente nas sociedades, erigiu-se um discurso da insuficiência da igualdade formal segundo o qual seria necessário voltar-se para uma vertente material do princípio da igualdade de modo a garantir a concretização de ideais igualitários por meio da distribuição de bens e da promoção do reconhecimento de culturas marginalizadas.

c) É necessário, no entanto, retomar o princípio da igualdade perante a lei, conferindo-lhe maior substância que seja adequada aos ideais emancipatórios emanados da Constituição de 1988. Isto implica, em primeiro lugar, reconhecer que a “igualdade formal” não é um princípio puramente formal, mas composto de valores substantivos que conduzem à valorização do sujeito abstrato de direito. Em contrapartida, substancializar a igualdade perante a lei implica fornecer um fundamento diverso para sua aplicação, que considere não só a necessidade de ruptura com sistemas de privilégios como também o imperativo de consideração das desigualdades reais que perpetuam a marginalização de grupos sociais. Com isso, é possível abrir os olhos da igualdade perante a lei, transformando-a em ferramenta de concretização da igualdade real.

d) Este fundamento substantivo consiste, segundo sustento, no paradigma da justiça como reconhecimento, desenvolvido inicialmente como uma crítica aos modelos distributivos de justiça. Em linhas gerais, o paradigma do reconhecimento sustenta que as injustiças não se resumem a questões distributivas, mas dizem respeito às relações intersubjetivas e/ou institucionais que reproduzem mecanismos de opressão e dominação contra determinados grupos, negando-lhes o reconhecimento necessário ao desenvolvimento de suas habilidades e à busca por autorrealização individual.

e) Distinguem-se, no paradigma do reconhecimento, os pensamentos de Charles Taylor, Nancy Fraser e Axel Honneth. O primeiro, vinculado à epistemologia hegeliana, formulou sua teoria do reconhecimento com o objetivo de propor um

modelo de liberalismo voltado para o compartilhamento de valores comunitários, sem prejuízo da proteção de direitos individuais fundamentais. Fraser, por sua vez, sustentou um modelo dual de justiça baseado no reconhecimento sociocultural e redistribuição, cuja promoção conduz à igualdade de participação dos grupos sociais na tomada de decisões coletivas. Honneth, por fim, sustentou que a justiça como reconhecimento se verifica a partir da análise das experiências individuais de justiça em três esferas: em uma primeira esfera, o indivíduo obtém a autoconfiança necessária para que se entenda como um ser dotado de necessidades que merecem ser atendidas; em uma segunda esfera, adquire o autorrespeito que decorre do reconhecimento mútuo por seus pares enquanto igual agente social e participe no processo de tomada de decisões coletivas; em uma terceira esfera, este indivíduo desenvolve a autoestima, que decorre do reconhecimento social de suas habilidades e capacidades enquanto úteis para o empreendimento coletivo. Em conjunto, autoconfiança, autorrespeito e autoestima permitem ao indivíduo buscar sua autorrealização.

f) Entendo que é possível encontrar em Honneth um quadro filosófico capaz de lidar com a questão atinente ao princípio da igualdade – identificando-se em sua teoria os fundamentos necessários para justificar tanto a garantia do direito à participação na vontade coletiva (como propugnou Fraser), quando a garantia de direitos ao reconhecimento das condições básicas da autonomia individual (o que pode significar o reconhecimento de valores comunitários, como propugnou Taylor). Neste panorama, a igualdade jurídica revela-se como princípio regente da segunda esfera do reconhecimento – o Direito.

g) No âmbito do Direito, a igualdade jurídica apresenta três principais funções: em primeiro lugar, ela promove a ruptura de privilégios e hierarquias indevidas, na esteira do afirmado pela concepção clássica da igualdade perante a lei. Em segundo lugar, ela é capaz de promover a expansão da esfera de reconhecimento do Direito, de tal maneira que o recurso à igualdade jurídica pode conduzir tanto à inclusão de indivíduos no processo coletivo de tomada de decisões (participação), quanto ao resguardo de direitos invisibilizados historicamente e que são essenciais para que estes indivíduos obtenham o necessário autorrespeito. A terceira função da igualdade é, por fim, a possibilidade de desconstrução do princípio do sucesso (supostamente meritocrático) quando inadequadamente aplicável às condições

necessárias à obtenção de autoestima – de modo que uma determinada demanda vinculada tradicionalmente ao desempenho individual pode ser reformulada, à luz da igualdade jurídica, como um efetivo direito que deve ser universalizado.

Partindo deste quadro sinótico, o capítulo seguinte se volta para a formulação do princípio da igualdade perante a lei como um princípio de não discriminação que se proponha a promover o reconhecimento de grupos marginalizados.

2 A IGUALDADE PERANTE A LEI COMO UM PRINCÍPIO DE NÃO DISCRIMINAÇÃO: POSSIBILIDADES E RISCOS

No capítulo anterior, apresentei o quadro filosófico capaz de fundamentar as três funções que atribui ao princípio da igualdade, compreendido sob um paradigma do reconhecimento. Para construir este arcabouço teórico, no entanto, vali-me do pensamento de diversos autores que elaboraram suas teorias não à luz do caso brasileiro, mas sim tendo em consideração problemas e contextos específicos. Com efeito, o canadense Charles Taylor voltou-se para a análise do multiculturalismo com destaque para a análise do caso de Quebec. A americana Nancy Fraser, por sua vez, trabalhou a redistribuição e o reconhecimento partindo do *background* feminista dos anos 80 e 90 – por certo, expandindo sua teoria ao longo dos anos, inclusive para tratar de questões transnacionais. Paralelamente, o alemão Axel Honneth apresentou sua teoria do reconhecimento no contexto das discussões sobre os rumos a serem tomados pela teoria crítica.

Diante disto, ao adotar uma teoria que se desdobra a partir dos debates apresentados por estes autores, surge o risco de que a proposta aqui apresentada acabe por se revelar uma “ideia fora de lugar”²¹⁶. Ou seja, há um risco de que a fundamentação do princípio da igualdade, bem como as três funções apresentadas anteriormente revelem-se impróprios ou, pior, inúteis ao contexto brasileiro. É este o risco que pretendo afastar a partir das reflexões trazidas neste capítulo. Pretendo, assim, situar o panorama teórico no contexto brasileiro, especificamente no que diz respeito à proposta de reformulação do princípio da igualdade perante a lei.

Primeiramente, buscarei destacar como as duas últimas funções da igualdade jurídica – a expansão material e objetiva do direito, bem como o deslocamento das demandas sociais – podem operar a partir da igualdade perante a lei. Sustento que a igualdade perante a lei em seu sentido clássico é inoperante no que diz respeito à promoção do pluralismo, da inclusão e do respeito às particularidades de determinados grupos sociais. Consequentemente, a aplicação do princípio em seus contornos clássicos implica a manutenção do *status quo* da desigualdade, ou a necessidade de recurso ao princípio da igualdade material como forma de equiparação entre os grupos sociais. Ao conceber igualdade perante a lei a partir da premissa de que os indivíduos devem ser considerados também em suas particularidades – notadamente com relação às características essenciais ao seu reconhecimento enquanto agentes moralmente

²¹⁶ SCHWARTZ, R. *Ao vencedor as batatas: forma literária e processo social nos inícios do romance brasileiro*. São Paulo: 34, 2001, p. 10.

autônomos –, a aplicação cega da lei pode ser mitigada de modo a garantir a inclusão (ou a não exclusão) de grupos previamente marginalizados, bem como a consideração de demandas ignoradas pela norma geral e abstrata.

À luz dessas considerações, identifico os fundamentos jurídicos que permitem interpretar a igualdade perante a lei enquanto um princípio de vedação à discriminação. Sustentarei que a Constituição de 1988 apresenta forte compromisso com um ideal emancipatório, superador das desigualdades reais em busca do respeito à dignidade da pessoa humana. Com isso, conferir à igualdade perante a lei um sentido puramente formal é incondizente – ou, ao menos, insuficiente – com os objetivos constitucionais. Neste sentido, com o auxílio de uma interpretação do princípio da dignidade humana que identifica entre seus elementos não só respeito à autonomia individual, como também a proteção de valores compartilhados entre os diversos grupos sociais, busco no princípio da antidiscriminação inserido no 3º, inciso IV da Constituição Federal as características essenciais à individualidade tidas por constitucionalmente relevantes, permitindo inclusive a expansão do rol ali contido, uma vez reconhecidas as pretensões emancipatórias da Constituição.

Por fim, pretendo apresentar os riscos que esta interpretação da igualdade perante a lei pode gerar no contexto brasileiro – notadamente considerando-se que a sociedade brasileira mantém características das sociedades tradicionais concretizadas em diversas práticas sociais cotidianas. Neste sentido, buscarei reforçar a função clássica da igualdade perante a lei de modo a evitar a perpetuação de desigualdades sociais constantes que decorrem não da aplicação cega da lei, mas de sua aplicação seletiva.

2.1 Desiguais perante a lei e o problema das minorias: exclusão, invisibilidade, opressão e dominação.

Desenvolvo, aqui, o argumento de que o princípio da igualdade perante a lei em sua formulação clássica é insuficiente para a promoção da efetiva igualdade em situações nas quais a consideração das particularidades e diferenças dos indivíduos concretos (tidos como “sujeitos abstratos de direito”) é relevante para determinar a aplicação das normas jurídicas gerais e abstratas. Pelo contrário, sustento que o princípio, se aplicado no sentido de que as leis devem incidir de maneira idêntica a todos, pode acabar por produzir uma situação de desigualdade perante a lei no que diz respeito a determinados grupos que escapam aos padrões sociais dominantes.

De início, é relevante destacar as características gerais destes grupos sociais prejudicados pela formulação clássica da igualdade perante a lei. Como já afirmei anteriormente, a lei geral e abstrata tende a representar padrões socioculturais dominantes, ignorando, por vezes, determinadas características relevantes para a formação das identidades individuais, ou mesmo assumindo falsas premissas e considerações sobre as concepções de boa vida diversas daquelas pregadas pelos grupos que historicamente se situam em posições privilegiadas²¹⁷. Consequentemente, ao ser aplicada de maneira igual a todos, a lei passa a gerar desigualdades de fato que perpetuam um contexto de inferiorização de determinados grupos desviantes, estigmatizados, *outsiders*.²¹⁸ São estes indivíduos que considero “minorias”, grupos que estão “fora” do Direito, seja porque não são devidamente tutelados em sua condição de indivíduos autônomos, seja porque suas reivindicações são ignoradas pelo ordenamento vigente. Antes de tratar das formas pelas quais estes grupos são excluídos do Direito, quero dedicar alguns parágrafos à definição clara quanto às características próprias da concepção que adoto sobre o termo “minorias”.

No que pese o emprego deste conceito ser comum no debate jurídico, é possível identificar ao menos três diversos significados que lhe podem ser atribuídos. Assim, o termo “minorias” pode ser abordado a partir de uma concepção numérica, de uma concepção procedimental e de uma concepção substantiva.

A concepção numérica, como se poderia depreender facilmente, está associada à ideia de que minorias são grupos compostos por indivíduos que, numericamente, são menores que outros grupos – as maiorias. É neste sentido que se pode falar, por exemplo, na Comissão Parlamentar de Inquérito como um mecanismo de controle das maiorias exercido pelas minorias (políticas). É também fundado neste significado que se fortalece, no contexto norte-americano, a ideia de que a Constituição promoveria um entrincheiramento dos direitos contra a atuação das maiorias – o que conduziu à ideia de que o Poder Judiciário seria responsável pela proteção de minorias.²¹⁹

A concepção numérica, portanto, desconsidera as características de grupo, voltando-se exclusivamente para os indivíduos enquanto estatísticas. No que pese esta

²¹⁷ ELY, J. H. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. 3. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 153 et seq.

²¹⁸ GOFFMAN, E. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 4a. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2013, passim e BECKER, H. S. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Tradução de Maria Luiza X. de Borges. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. passim.

²¹⁹ GARGARELLA, R. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996, passim, especialmente p. 17-47.

concepção não ser inútil para o discurso de proteção de grupos vulneráveis, entendo que padece de graves problemas de sobreinclusividade e subinclusividade. Sobreinclusividade na medida em que diversos grupos que prescindem de proteção especial são, nada obstante, minorias – os mais ricos, os detentores de diplomas universitários, o homem-branco-heterossexual-cristão, enfim. Subinclusividade porque esta concepção exclui grupos que, apesar de numericamente majoritários, encontram-se em posição vulnerável na sociedade – como é o caso de negros e mulheres no contexto brasileiro²²⁰.

Uma segunda concepção, que confere maiores contornos à ideia de minorias, é aquela referenciada na Nota de Rodapé nº 4 da opinião da Suprema Corte dos Estados Unidos no julgamento de *United States v. Carolene Products*.²²¹ A concepção foi retomada por John H. Ely na elaboração de sua teoria procedimentalista da jurisdição constitucional, e identifica como minorias aqueles grupos visíveis²²² e insulares que são alvo de preconceito na sociedade.²²³ Segundo esta concepção, visíveis são os grupos que são facilmente identificados na sociedade – ou seja, é uma característica das relações intergrupais –, como é o caso dos negros; em contraposição aos grupos invisíveis, de difícil identificação imediata, como é, em linhas gerais, o caso dos gays²²⁴. A insularidade, por sua vez, se refere às relações intragrupais, e diz respeito à capacidade dos indivíduos que integram o grupo de se relacionarem e compartilharem ideias, cultura, comportamentos.²²⁵ O conceito de grupo insular – no qual se enquadram, também, os negros – se contrapõe, portanto, ao conceito de grupo difuso, em que não há necessariamente a formação desenvolvida de uma ideia de comunidade associada ao grupo – como é o caso, por exemplo, das mulheres.²²⁶

A principal deficiência desta concepção procedimentalista parece ser o peso que ela confere às características da insularidade, da visibilidade e do preconceito como fundamentos

²²⁰ De acordo com os resultados do Censo 2010, promovido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/tabelas_pdf/Brasil_tab_1_13.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2014.

²²¹ ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, *United States v. Carolene Products Company*, 304 U.S. 144 (1938).

²²² Quanto ao termo “visíveis”, acompanho a tradução para o espanhol do artigo de Bruce Ackerman sobre o tema, que empregou termo mais adequado que a tradução literal – “discretos”, cujo significado cotidiano solidificado se afasta do sentido pretendido pelo autor (ACKERMAN, B. Más allá de Carolene Products. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 10, n. 1, Agosto 2009, p. 125-156. Disponível em: <<http://dspace.palermo.edu/dspace/bitstream/10226/538/1/10Jurica05.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2014).

²²³ ELY, J. H. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. 3. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 75 et seq.

²²⁴ ACKERMAN, B. Beyond Carolene Products. *Harvard Law Review*, 98, n. 4, Fevereiro 1985, p. 713-746.

²²⁵ Ibid, passim.

²²⁶ Ibid, passim.

para a proteção de minorias²²⁷. Isto porque, por vezes, serão os grupos difusos e invisíveis aqueles mais vulneráveis – precisamente porque seus interesses são desconsiderados pela sociedade (em razão de sua invisibilidade) e porque sua capacidade de organização e mobilização é igualmente reduzida (em razão de sua difusão). Além disso, a ideia de preconceito dissociada de fatores substantivos é incapaz de fundamentar a proteção destes grupos – visto que é possível identificar espécies de preconceito que não apresentam uma reprovabilidade especial e que fazem parte da política cotidiana²²⁸, como, por exemplo, o preconceito que o indivíduo comunista tenha do indivíduo capitalista, ou o preconceito que um parlamentar ruralista tenha de outro parlamentar ambientalista.

Neste sentido, uma terceira concepção, que considero ser substantiva, busca qualificar minorias como grupos sociais. Grupos sociais, nesta concepção, não se confundem com os indivíduos que os compõem – são, portanto, autônomos em relação a estes indivíduos²²⁹. Nada obstante, existe uma relação de interdependência entre o grupo e os indivíduos que o integram, no sentido de que alterações no status social do grupo perante a sociedade possuem efeito transcendente, afetando o próprio status que cada indivíduo do grupo apresenta na sociedade – e vice-versa, ou seja, as alterações no status social de cada indivíduo são capazes de, a partir de determinada escala, alterar o status do próprio grupo na sociedade²³⁰. Não só isso, minorias são grupos sociais vulneráveis – no sentido de que, enquanto grupo, padecem de um status social relativamente inferior ao dos demais grupos sociais.²³¹ As minorias assim compreendidas configuram grupos sociais que sofrem, portanto, com o que Young²³² identificou como os fenômenos da opressão e da dominação.

Para Young, a opressão consiste não apenas na tirania de um grupo sobre outro. Ela diz respeito, de um lado, aos obstáculos institucionais que impedem que algumas pessoas aprendam, desenvolvam e empreguem habilidades em ambientes socialmente reconhecidos. De outro, significa também a existência de processos sociais institucionalizados que impedem que as pessoas desenvolvam as habilidades necessárias para a interação e comunicação com os outros e para a expressão de seus sentimentos em contextos sociais nos quais possam ser

²²⁷ ACKERMAN, B. Beyond Carolene Products. *Harvard Law Review*, 98, n. 4, Fevereiro 1985, passim.

²²⁸ *Ibid*, passim.

²²⁹ FISS, O. M. Groups and the Equal Protection Clause. *Philosophy and Public Affairs*, n. 5, 1976, p. 107-177.

²³⁰ *Ibid*, passim.

²³¹ FRASER, N., Reconhecimento sem ética? In: SOUZA, J.; MATTOS, P. *Teoria crítica no século XXI*. São Paulo: Annablume, 2007, passim. Note-se, assim, que no contexto de identificação de grupos minoritários o modelo de *status* proposto por Fraser revela-se adequado, na medida em que permite revelar que espécies de características individuais têm sido sistematicamente privadas de reconhecimento institucional.

²³² YOUNG, I. M. *Justice and the Politics of Difference*. New Jersey: Princeton University Press, 1990, p. 33-65.

ouvidas. As condições sociais de opressão podem incluir a privação ou a má-distribuição material, mas também envolvem problemas além da distribuição²³³.

Por outro lado, a dominação consiste nas condições institucionais que impedem que algumas pessoas participem na determinação ou nas condições de suas ações. Ela implica a possibilidade de indivíduos ou grupos determinarem, sem reciprocidade, as condições da ação de outros indivíduos ou grupos. Neste sentido, Young afirma que o oposto da dominação é uma democracia social e política profunda²³⁴.

Apesar de serem inter-relacionados e por vezes se sobreporem, opressão e dominação não se confundem, na medida em que nem todos os aspectos da opressão decorrem de situações de dominação e, ao mesmo tempo, é possível identificar grupos que sofrem com dominação (sendo-lhes negada, portanto, a possibilidade de determinar sua própria ação), ao passo que há, ainda assim, uma garantia de condições mínimas para o desenvolvimento e exercício de suas habilidades e para que sejam ouvidos em espaços socialmente reconhecidos. Assim, por exemplo, pode-se afirmar que os negros, na maior parte dos países ocidentais, sofrem historicamente tanto com a opressão quanto com a dominação – no sentido de que, de um lado, são institucionalmente privados dos meios necessários para o desenvolvimento das habilidades necessárias ao convívio social (pense-se, por exemplo, na ainda baixa representatividade de negros nos quadros discentes das universidades brasileiras). Relacionado a isto, trata-se também de um grupo que sofre com o fenômeno da dominação, na medida em que a maior dificuldade de acesso a direitos básicos igualmente obsta sua participação no processo de tomada de vontade coletiva, esvaziando o princípio democrático quando visto sob a ótica dos integrantes destes grupos. Em contraposição, pode-se afirmar que há um grupo substancial de mulheres – especialmente brancas e pertencentes às classes média ou alta em diversas sociedades ocidentais – que não sofrem (ao menos no mesmo grau) com o tipo de opressão experimentada pelos negros. Estas pessoas, pode-se dizer, tem acesso às condições para o desenvolvimento de suas habilidades sociais. Isso não significa, no entanto, que não haja

²³³ Para a autora, a opressão independe das vontades individuais. Ela se apresentaria em cinco aspectos: a exploração (que diz respeito à transferência do valor ou produto do trabalho de um grupo para outro); a marginalização (que consiste na exclusão social de um grupo, por meio de privação material e de direitos e mesmo extermínio); a falta de poder (implicando raras situações em que um determinado grupo de pessoas pode tomar decisões, em regra submetendo-se a outros); o imperialismo cultural (por meio do qual a visão dominante de um grupo em relação a outro se impõe por meio da desvalorização, invisibilização e estereotipização e manifestações não dominantes); e a violência (que torna um indivíduo alvo pelo simples fato de seu pertencimento a um grupo, sendo igualmente uma característica sistêmica). Qualquer grupo social que sofra com algum destes aspectos pode ser considerado, portanto, vítima de opressão (YOUNG, I. M. *Justice and the Politics of Difference*. New Jersey: Princeton University Press, 1990, p. 38).

²³⁴ Ibid. p. 31.

restrições institucionais à sua autodeterminação – seja sob a perspectiva institucional (a baixa representatividade de mulheres nos órgãos políticos), seja sob a perspectiva íntima (a exemplo da violência doméstica sofrida por mulheres de diferentes classes sociais), é possível identificar situações em que seu agir não é livre e autonomamente definido, mas condicionado à vontade de terceiros sobre cujas respectivas ações estas mulheres não possuem ingerência recíproca.

Ao se sujeitarem a estes fenômenos negativos, as minorias passam a sofrer com a desconsideração de seus interesses e/ou com a estereotipização e tratamento prejudicial, fundadas em determinadas características. Estas características são precisamente os critérios historicamente empregados como fundamento para a opressão e dominação destes grupos sociais – são o que Goffman identificou como “estigmas”. Assim, por exemplo, o critério racial foi utilizado historicamente como forma de inferiorização de negros, o critério social retirou direitos políticos do alcance de pobres, o critério de sexo/gênero limitou a capacidade de autorrealização da mulher.

A exclusão destes grupos coincide, por vezes, com a invisibilização de suas demandas ou a negação de reivindicações históricas formuladas como instrumentos para a aquisição de autorrespeito. Esta invisibilização é o que Oscar Vilhena Vieira²³⁵ identifica como o fenômeno pelo qual “o sofrimento humano de certos segmentos da sociedade não causa uma reação moral ou política por parte dos mais privilegiados e não desperta uma resposta adequada por parte dos agentes públicos”. Consubstancia-se, assim, o próprio fenômeno da discriminação²³⁶.

Associado a isto, o fenômeno da intolerância passa a se expressar socialmente enquanto situação extrema de não reconhecimento no plano social. A intolerância significa que as relações sociais cotidianas são marcadas por manifestações graves de opressão contra minorias, notadamente na forma da violência – fala-se aqui no que Vieira identificou como o fenômeno da demonização, pelo qual a sociedade passa a desconstruir a imagem humana dos inimigos, que deixam de merecer sequer sua inclusão no âmbito do Direito.²³⁷ Isto é representado, no Brasil, por números consideráveis. Em relatório elaborado pela Secretaria de Direitos Humanos em 2012, constatou-se um aumento em mais de 160% das denúncias por

²³⁵ VIEIRA, O. V. A Desigualdade e a Subversão do Estado de Direito. In: SARMENTO, D.; IKAWA, D.; PIOVESAN, F. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 207.

²³⁶ Neste sentido, Piovesan afirma que, “[e]nquanto a igualdade pressupõe formas de inclusão social, a discriminação implica violenta exclusão e intolerância à diferença e diversidade” (PIOVESAN, F. *Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional*. In: SARMENTO, D.; IKAWA, D.; PIOVESAN, F. *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 58).

²³⁷ VIEIRA, O. V. A Desigualdade e a Subversão do Estado de Direito. In: SARMENTO, D.; IKAWA, D.; PIOVESAN, F. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 208.

crimes contra indivíduos LGBTT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais)²³⁸ e um aumento em mais de 180% no número de vítimas,²³⁹ sendo certo que o Projeto de Monitoramento de Assassinatos Trans (*Trans Murder Monitoring – TMM – Project*) coloca o Brasil na infeliz liderança do ranking de países com maior número de assassinatos de pessoas trans entre 2008 e 2014.²⁴⁰ Segundo o mapa da violência contra a mulher no Brasil, divulgado em 2012 pelo Centro Brasileiro de Estudos Latino-Americanos, o Brasil ocupa a 7ª posição mundial entre os países com maior índice de homicídios contra mulheres, de um total de 84 países.²⁴¹ O mapa da violência de 2014, elaborado pela mesma instituição, aponta que 77% dos jovens entre 15 e 29 anos vítimas de homicídio no Brasil são negros (pretos ou pardos), totalizando 23.160 mortes em 2012.²⁴²

Estas características refletem-se na perpetuação de um quadro de grave desigualdade em diversas esferas – econômica, social, cultural, política. Segundo pesquisa elaborada por Marcelo Neri, 72,6% dos pobres no Brasil em 2011 eram negros, enquanto este grupo racial compunha pouco mais de 24% das classes A e B.²⁴³ Em 2013, de um total de 187 países, o Brasil ocupou a 79ª posição no índice de desigualdade de gênero desenvolvido pela ONU, que considera aspectos como educação e participação política das mulheres.²⁴⁴ No ranking de desigualdade de gênero elaborado pelo Fórum Econômico Mundial, o Brasil ocupou a 71ª posição em 2014, com destaque para o baixo índice de igualdade salarial entre gêneros, de ocupação de cargos de gerência e de cargos políticos por mulheres.²⁴⁵ Transexuais e travestis, por sua vez, são correntemente excluídos do mercado de trabalho, o que leva parte considerável destes indivíduos ao exercício da prostituição.²⁴⁶

²³⁸ Os dados que se referem às minorias sexuais foram obtidos no curso das pesquisas desenvolvidas junto à Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direitos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Clínica UERJ Direitos).

²³⁹ Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/pdf/relatorio-violencia-homofobica-ano-2012>> Acesso em: 25 abr. 2015.

²⁴⁰ Disponível em: <<http://tgeu.org/>> Acesso em: 5 ago. 2015.

²⁴¹ Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/MapaViolencia2012_atual_mulheres.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2015.

²⁴² Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2014/Mapa2014_JovensBrasil_Preliminar.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2015.

²⁴³ Um estrato desta pesquisa foi publicado na forma de coluna, conforme disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mercado/me0210201115.htm>>. Acesso em: 25 abr. 2015.

²⁴⁴ Dados disponíveis em: <<http://hdr.undp.org/en/content/table-4-gender-inequality-index>>. Acesso em: 25 abr. 2015.

²⁴⁵ Disponível em: <<http://reports.weforum.org/global-gender-gap-report-2014/economies/#economy=BRA>>. Acesso em: 25 abr. 2015.

²⁴⁶ De acordo com a Associação Nacional de Travestis e Transexuais (Antra), a proporção de transexuais e travestis que trabalham com prostituição, em muito por falta de alternativa profissional, atinge 90% da população que integra este grupo. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/blogs/feminismo-pra-que/o-preconceito-contra-transexuais-no-mercado-de-trabalho-2970.html>> e <<http://revistaforum.com.br/digital/132/sem-emprego-para-trans/>>. Acesso em: 05 ago. 2015.

Enquanto fenômenos institucionais, a exclusão e a invisibilidade, a opressão e a dominação produzem seus efeitos também sobre o processo de elaboração e aplicação da lei, institucionalizando a discriminação. Conforme expus anteriormente, uma das premissas que fundamentaram o princípio da igualdade perante a lei em seu sentido clássico é precisamente a de que a lei é reflexo do autoconsentimento dos cidadãos. Esta afirmação não se sustenta, no entanto, quando se trata de grupos sociais que são marginalizados e que não participam, portanto, do processo de formação da vontade coletiva.

Na linha do afirmado por Fraser²⁴⁷, a exclusão dos grupos tem por consequência destitui-los da paridade na participação no processo democrático, o que inviabiliza sua representação real na legislação emanada do processo político – é dizer, o ideal de autogoverno passa a ser inaplicável. Consequentemente, a lei passa a reproduzir padrões de dominação por meio do qual os grupos detentores do poder político impõem os padrões de comportamento ou convívio social às minorias sem voz²⁴⁸.

Não só isso, a invisibilização destes grupos minoritários possui dois perniciosos efeitos sobre o desenvolvimento dos indivíduos que integram estes grupos. De um lado, aqueles que têm suas demandas invisibilizadas carecem das condições para o desenvolvimento de suas habilidades e capacidades enquanto agentes autônomos. De outro lado, aqueles que têm seus horizontes valorativos invisibilizados encontram óbices à obtenção de reconhecimento intersubjetivo de suas habilidades e capacidades, visto que a estima social se baseia em um conceito dominante de “sucesso”, que nem sempre condiz com aquele compartilhado pelo grupo social minoritário.

Diante disto, é possível concluir que um princípio da igualdade perante a lei que ignora processos sociais que excluem e invisibilizam acaba por perpetuar o quadro de dominação e opressão sofrido pelos grupos. Ao demandar a aplicação idêntica da lei a todos os indivíduos, portanto, a igualdade perante a lei em sentido clássico gera uma verdadeira desigualdade perante a lei contra sujeitos concretos e vulneráveis.

²⁴⁷ FRASER, N. Rethinking The Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy. In: CALHOUN, C. *Habermas and The Public Sphere*. Cambridge: MIT Press, 1992, p. 109-142.

²⁴⁸ John H. Ely analisou esta questão ao apresentar seu modelo “nós-eles”. Enquanto a produção legislativa que afeta os direitos de diversos grupos da sociedade se baseia em um modelo “eles-eles”, em que os legisladores não integram os grupos afetados, assumindo uma posição razoavelmente imparcial para traçar as distinções necessárias; a tomada de decisões políticas que afetam minorias tenderia a adotar um modelo “nós-eles”, em que os legisladores, integrando os grupos majoritários (“nós”), traçariam distinções que reproduziriam os estigmas associados às minorias (“eles”) (ELY, J. H. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. 3. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 159 et seq).

2.2 O princípio da igualdade perante a lei como um princípio de não discriminação.

Para além da adoção de políticas positivas de compensação em razão das desigualdades, o problema referente ao fato de que a igualdade perante a lei, em sentido clássico, implica uma desigualdade perante a lei no que diz respeito às minorias pode ser abordado revisitando-se o próprio conteúdo do princípio igualitário. Como visto, não é justificável a manutenção de uma concepção de igualdade perante a lei que, cega às diferenças, permite a perpetuação do cenário de opressão e dominação contra minorias, sob a premissa de que todos os indivíduos devem ser compreendidos enquanto “sujeitos abstratos de direito”.

Portanto, proponho neste item que o princípio da igualdade perante a lei seja concebido também a partir do objetivo de superação desta realidade, de forma a possibilitar a inclusão dos grupos marginalizados no âmbito da proteção conferida pelo Direito e, também, de forma a conferir reconhecimento jurídico às demandas formuladas por estes grupos sociais. É sob esta perspectiva que concebo o princípio da igualdade como um princípio de não discriminação.

Esta conclusão impõe, em primeiro lugar, entender a Constituição – especificamente, a Constituição de 1988 – como uma carta dotada de efetividade, cujas pretensões normativas pretendem produzir seus efeitos na realidade. Neste sentido, é conhecida a classificação ontológica das constituições promovida por Karl Loewenstein.²⁴⁹ O ponto de partida desta classificação, segundo o autor, é a tese de que “uma constituição escrita não funciona por si só uma vez que tenha sido adotada pelo povo, mas sim [que] uma constituição é o que os detentores e destinatários do poder fazem com ela na prática”.²⁵⁰

Dentro deste quadro teórico, foi por certo a constituição semântica – despida de qualquer pretensão de conformar a realidade – que perdurou no curso da trajetória constitucional brasileira.²⁵¹ Com efeito, vivemos por um longo período uma verdadeira

²⁴⁹ LOEWENSTEIN, K. *Teoría de la Constitución*. 2ª. ed. Barcelona: Ariel, 1979, p. 216 e ss.

²⁵⁰ Ibid. p. 217.

²⁵¹ Como visto, segundo Loewenstein, as constituições poderiam ser classificadas de acordo com a concordância entre as normas constitucionais e as relações de poder existentes em um determinado Estado à luz de três categorias: constituições normativas, constituições nominais e constituições semânticas. Normativas são as constituições que são capazes de efetivamente regular o processo político que, por sua vez, adapta-se às normas constitucionais. Na analogia do próprio autor, é a roupa que veste bem. Ibid. p. 217. Nominais, por sua vez, são as constituições que, em razão das circunstâncias reais – como econômica ou política – ainda não são capazes de regular plenamente o processo político. No entanto, os detentores e destinatários do poder possuem efetiva vontade de converter tais constituições em normativas, de maneira que a norma constitucional assume inclusive um caráter educacional em relação à sociedade que pretende regular. Trata-se da roupa que fica um tempo no armário, até o dia em que caberá perfeitamente. Ibid. p. 217-218. Por fim, as constituições semânticas são aquelas que ou bem se limitam a descrever o processo político existente ou bem sequer pretendem fazê-lo, de tal forma que a inexistência da constituição formal seria indiferente para o desenvolvimento do processo político vigente em um

frustração constitucional²⁵², submetidos a diversos regimes constitucionais instáveis e marcados pela falta de normatividade da Constituição. Até o fim dos anos 80, o Brasil – contando com já 7 (sete) constituições – carecia de uma experiência constitucional que regulasse verdadeiramente as relações de poder vigentes e que fosse capaz de promover alterações efetivas na realidade. A Constituição era, ao fim e ao cabo, um mero pedaço de papel.²⁵³

A superação desta concepção puramente sociológica da constituição – a de constituição real, como os fatores reais de poder²⁵⁴ – requereu a afirmação teórica da pretensão de efetividade do Direito, e do Direito Constitucional em específico. Segundo Konrad Hesse²⁵⁵, haveria uma relação de coordenação, e não de mera subordinação, entre a constituição real (a normalidade) e a constituição jurídica (a normatividade). Ora, não é da natureza das normas “sugerir, aconselhar, alvitrar”²⁵⁶. Pelo contrário, as normas possuem imperatividade, apresentando uma efetiva pretensão de produzir a transformação da realidade. Nas palavras de Hesse, a constituição possui uma efetiva pretensão de eficácia graças à qual procura “ordenar e conformar a realidade política e social”²⁵⁷. É esta pretensão de eficácia da norma constitucional – ou seja, “o fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada”²⁵⁸ – que pode ser identificada como o princípio da efetividade da Constituição. O Direito, e o Direito Constitucional igualmente, segundo Barroso, “existe para realizar-se”²⁵⁹ – de maneira que na própria Constituição devem ser identificados os mecanismos para sua concretização.

Para garantir a concretização da Constituição, a interpretação revela-se como um instrumento decisivo. Conforme leciona Barroso²⁶⁰, a interpretação jurídica “consiste na atividade de revelar ou atribuir sentido a textos ou outros elementos normativos (...),

determinado Estado. Esta constituição não poderia nem mesmo ser considerada como uma roupa – é um mero disfarce (Ibid. p. 218-219).

²⁵² BARROSO, L. R. A efetividade das normas constitucionais. Por que não uma Constituição para valer? In: BARROSO, L. R. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 1ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 57-98.

²⁵³ LASSALLE, F. *A essência da Constituição*. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 36-37.

²⁵⁴ Ibid, passim.

²⁵⁵ HESSE, K. La fuerza normativa de la constitución. In: HESSE, K. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 61-84.

²⁵⁶ BARROSO, L. R. A efetividade das normas constitucionais. Por que não uma Constituição para valer? In: BARROSO, L. R. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 1ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 60.

²⁵⁷ HESSE, K. La fuerza normativa de la constitución. In: HESSE, K. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 67.

²⁵⁸ KELSEN, H. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 9.

²⁵⁹ BARROSO, L. R. op.cit., nota 255, p. 65.

²⁶⁰ Id. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013, p. 292.

notadamente para o fim de solucionar problemas”. A interpretação constitucional, no entanto, é uma modalidade de interpretação jurídica dotada de particularidades, tendo em vista o *status* jurídico das normas constitucionais, a natureza da linguagem empregada pela constituição, o objeto das normas constitucionais e o caráter político da lei fundamental²⁶¹.

A coordenação entre interpretação e pretensão normativa da Constituição permite afirmar que a interpretação constitucional deve garantir, por um lado, a consideração das mudanças na realidade e, ao mesmo tempo, não olvidar as finalidades normativas que devem restringir esta realidade. Neste sentido, a vontade normativa não pode ser sacrificada em razão da alteração da situação real, ainda que seja transformada por esta²⁶².

Este é o cerne, pois, do que acredito ser o problema referente ao princípio da igualdade perante a lei. Não se pode entender este princípio como mera igualdade aparente que, quando devidamente escrutinizada, revela desigualdades profundas entre os indivíduos. Como cediço, a Constituição de 1988 se distingue dos regimes constitucionais que a antecederam em razão da formulação de diversas promessas emancipatórias²⁶³ que objetivam precisamente a promoção de uma sociedade efetivamente igualitária. A pretensão igualitária constitucional não se resume, portanto, a um tratamento abstratamente idêntico e razoável entre os indivíduos, mas demanda também aspectos objetivos que permitam a erradicação de desigualdades econômicas e sociais insustentáveis. É para conferir este sentido substancial que operam, na interpretação da igualdade, os princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da vedação à discriminação.

Por certo, o significado do princípio da dignidade da pessoa humana, contido no art. 1º, III da Constituição Federal, ainda é objeto de discussão na doutrina nacional e internacional. Há, inclusive, quem sustente que a dignidade não possui um sentido específico,

²⁶¹ Ibid, loc. cit.

²⁶² HESSE, K. La fuerza normativa de la constitución. In: HESSE, K. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, passim.

²⁶³ CLÈVE, C. M. Para uma dogmática constitucional emancipatória. In: CLÈVE, C. M. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 33-52.

sendo por vezes um mero instrumento retórico²⁶⁴. De fato, como afirma Barroso²⁶⁵, o princípio da dignidade da pessoa humana tem por características sua plasticidade e ambiguidade, significando que o conteúdo atribuído ao princípio varia no tempo e no espaço, de modo a refletir fatores históricos e culturais contingentes, bem como circunstâncias políticas e questões ideológicas distintas entre as diversas sociedades²⁶⁶. Neste sentido, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que:

não se pode deixar de reconhecer que, para além de uma dimensão ontológica (mas não necessariamente biológica) a dignidade possui uma dimensão histórico-cultural, sendo, em certo sentido, uma noção em permanente processo de construção, fruto do trabalho de diversas gerações da humanidade, razão pela qual estas duas dimensões se complementam e interagem mutuamente.²⁶⁷

Sem prejuízo isto, a dignidade humana não pode ser considerada como mero valor filosófico, mas sim compreendida como princípio jurídico – caracterizado por ser uma norma dotada de carga axiológica que indica objetivos a serem perseguidos sem determinar condutas específicas a serem tomadas²⁶⁸. Enquanto princípio jurídico, portanto, ainda na lição de Barroso, a dignidade possuirá eficácias direta, interpretativa e negativa. É dizer: a dignidade possui um núcleo essencial que determina alguns comandos concretos; ela fundamenta a interpretação das normas jurídicas em geral e ela igualmente impede a adoção de medidas que são incompatíveis com o princípio.²⁶⁹ Na definição do núcleo da dignidade humana, a doutrina tende a recorrer ao pensamento de Immanuel Kant. Segundo Kant,

²⁶⁴ MCCRUDDEN, C. Human dignity and judicial interpretation of human rights. *The European Journal of International Law*, 19, n. 4, 2008, p. 655-724 e BARROSO, L. R. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, passim. Colha-se, neste sentido, a seguinte passagem do pensamento de Christopher McCrudden: “O poder do conceito de dignidade humana é inquestionável. Ele parece apresentar um simples comando a todos nós: que nós (individual e coletivamente) deveríamos valorizar a pessoa humana, simplesmente porque ele ou ela é humano. Mas estamos todos cantando a mesma partitura quando usamos o conceito de dignidade humana, ou é um problema se não estivermos? A dignidade humana constantemente parece ser usada nos dois lados de muitos debates políticos controversos (...). Isso demonstra que o conceito é irremediavelmente vago e excessivamente sujeito a manipulação? Ou a existência de argumentos quanto à dignidade de ambos os lados de debates controversos simplesmente demonstra a complexidade dos argumentos morais?” (MCCRUDDEN, C. In pursuit of Human Dignity: an introduction to current debates. In: MCCRUDDEN, C. *Understanding human dignity*. Oxford: Oxford University Press, 2013. Cap. 1, p. 1).

²⁶⁵ BARROSO, L. R. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

²⁶⁶ A este respeito, Ana Paula de Barcellos identifica quatro momentos históricos fundamentais para o desenvolvimento da ideia de centralidade do homem, em que se fundamenta o princípio da dignidade humana: o cristianismo, o iluminismo-humanista, a obra de Kant e o pós-Segunda Guerra Mundial. BARCELLOS, A. P. D. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

²⁶⁷ SARLET, I. W. Art 1º, III. In: CANOTILHO, J. J. G., et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. 1ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 121-127 e SILVA, J. A. D. *Comentário contextual à Constituição*. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 125.

²⁶⁸ BARROSO, L. R. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, passim.

²⁶⁹ *Ibid*, loc. cit..

...no reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôs em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço e, portanto, não permite equivalente, então ela tem dignidade.²⁷⁰

Para Kant, a moralidade seria uma condição capaz de transformar o ser racional em um fim em si mesmo – o que se relaciona com o imperativo categórico apresentado pelo autor. Assim, Kant concluiu que “a moralidade, e a humanidade enquanto capaz de moralidade, são as únicas coisas que têm dignidade”.²⁷¹

Desenvolvendo o conceito no contexto jurídico, Barroso²⁷² afirmou que o núcleo da dignidade humana deveria considerar o respeito à laicidade, à neutralidade política e à adoção de conteúdos universalizáveis, de maneira que a dignidade seja um princípio com o qual todos os indivíduos na sociedade possam estar comprometidos²⁷³. Neste sentido, o autor identifica três elementos que integram o núcleo essencial da dignidade: o valor intrínseco, a autonomia e o valor social.

O valor intrínseco reconhece em todos os indivíduos, independentemente de suas características, um igual valor merecedor de igual respeito – um valor inerente à condição de ser humano. Ele se traduz, pois, no princípio da não instrumentalização e na inviolabilidade da dignidade humana²⁷⁴. A autonomia, que encontra seu fundamento filosófico expresso no pensamento kantiano, configura elemento ético da dignidade, envolvendo a capacidade de autodeterminação individual e as condições sociais e pessoais para seu exercício. Fala-se, aqui, no elemento da dignidade que garante ao indivíduo o direito de tomar as decisões sobre sua própria vida e de desenvolver livremente sua personalidade. Para isto, será necessário assegurar a estes indivíduos um mínimo existencial²⁷⁵, sem o qual a capacidade de autodeterminação resta comprometida.

²⁷⁰ BARROSO, L. R. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo. Belo Horizonte: Fórum, 2013. passim; BARCELLOS, A. P. D. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011; SARLET, I. W. Art 1º, III. In: CANOTILHO, J. J. G., et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. 1ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 121-127 e SILVA, J. A. D. *Comentário contextual à Constituição*. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

²⁷¹ KANT, I. Fundamentação da metafísica dos costumes. Segunda seção: transição da filosofia moral popular para a metafísica dos costumes. In: KANT, I. *Textos selecionados*. Tradução de Paulo Quintela, Rubens Rodrigues Torres Filho Tania Maria Bernkopf. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 140.

²⁷² BARROSO, L. R. op. cit., nota 268, passim.

²⁷³ O autor toma em conta, portanto, o fato do pluralismo sobre o qual trabalho Rawls, buscando com isso conciliar as diversas doutrinas abrangentes razoáveis existentes na sociedade a partir do princípio da dignidade humana (RAWLS, J. *A Theory of Justice: Revised Edition*. Cambridge: Belknap, 1999).

²⁷⁴ BARROSO, L. R. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 76-81.

²⁷⁵ Ibid. p. 81-87; e BARCELLOS, A. P. D. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 291-350.

Por fim, a dignidade humana possui como terceiro elemento seu valor social, que diz respeito à proteção dos valores compartilhados pela comunidade, de acordo com suas concepções de vida boa. Para Barroso, o valor social da dignidade promoveria uma constrição à liberdade, buscando proteger os indivíduos inclusive de atos autorreferentes²⁷⁶. Parece-me, contudo, que o principal atributo do elemento do valor social da dignidade não é a característica da heteronomia – que pode converter-se em verdadeira imposição de valores de maneira tirânica²⁷⁷ –, mas sim a proteção de valores compartilhados de natureza cultural, religiosa, histórica, entre outras, que não são só decorrem das relações intersubjetivas, como também as moldam.²⁷⁸

Coordena-se com o princípio da dignidade da pessoa humana o princípio da vedação à discriminação, positivado no art. 3º, IV da Constituição Federal. Segundo preceitua a carta constitucional, são vedadas as discriminações baseadas em origem, sexo, raça, cor, idade entre outras. O que estas características têm em comum é o fato de configurarem características de grupo, que como visto, foram historicamente empregadas como meio de marginalizar e excluir minorias sociais do empreendimento social. Não só isso, trata-se precisamente daquelas características a que estes grupos sociais como meio de autoafirmação de sua condição enquanto seres moralmente autônomos, a quem é devido o tratamento jurídico igualitário.

Diante, portanto, de uma Carta Constitucional comprometida com o ideal emancipatório e efetivamente igualitário, que tem pretensão de efetividade e que se fundamenta na tutela da dignidade humana e na proibição de toda forma de discriminação, é irrazoável manter uma concepção fraca acerca da igualdade perante a lei – interpretando o princípio de tal forma que sua normatividade se restrinja à imposição de tratamento idêntico entre todos.

Em contraposição, proponho conferir à igualdade perante a lei um sentido forte, somando à sua função clássica de superação de sistemas de estamentos as duas funções previamente apresentadas: a de inclusão dos grupos sociais marginalizados e de suas demandas invisibilizadas, bem como a desconstrução da suposta neutralidade do princípio do sucesso que permite deslocar demandas formuladas na esfera da estima social para o âmbito do direito; de modo que a igualdade torna-se, assim, um efetivo princípio de não discriminação.

²⁷⁶ BARROSO, L. R.; MARTEL, L. D. C. V. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. *Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia*, v. 38, 2010, p. 235-274.

²⁷⁷ O que, por evidente, não é a proposta de Barroso, para quem, partindo da Constituição de 1988, predomina a dignidade enquanto autonomia (Ibid. p. 235-274).

²⁷⁸ MATTOS, P. *A sociologia política do Reconhecimento: As contribuições de Charles Taylor, Axel Honneth e Nancy Fraser*. São Paulo: Annablemu, 2006, passim.

Com isso, promove-se a dignidade da pessoa humana em seus três elementos. Em primeiro lugar porque, ao incluir os indivíduos no âmbito do Direito, a igualdade permite o desenvolvimento do autorrespeito necessário a que eles se considerem enquanto indivíduos dotados de igual valor com relação aos seus pares. Promove-se, assim, o elemento do igual valor intrínseco que compõe a dignidade. Indivíduos previamente desiguais perante a lei – porque um excluído, o outro incluído – passam a ser equiparados efetivamente.

Em segundo lugar, a igualdade promove a autonomia moral dos indivíduos na medida em que reconhece as características que o sujeito concreto reputa essenciais para que possa buscar seu ideal de autorrealização em um momento posterior. Assim, por exemplo, o Direito que compreende indivíduos homossexuais como sujeitos de direito, mas que lhes nega o reconhecimento jurídico de suas relações incute nestes indivíduos a percepção de que são destituídos de autonomia moral.²⁷⁹ Considerando, no entanto, que os indivíduos devem ser iguais perante a lei, tais condições essenciais à autonomia moral individual devem ser consideradas pelo Direito, promovendo o segundo elemento da dignidade da pessoa humana.

Em terceiro lugar, a igualdade funciona, ainda, como um instrumento de promoção do valor social da dignidade da pessoa humana. Isto porque a igualdade, ao desconstruir a neutralidade do princípio meritocrático, permite deslocar demandas formuladas no âmbito da estima social para o próprio Direito. Isto permite uma potencialização do reconhecimento dos diversos valores sociais existentes em uma sociedade plural.

Um exemplo de fácil compreensão pode permitir visualizar esta terceira hipótese. Considere-se dois músicos, um pianista e um percussionista especializado em atabaques. Considere-se, ainda, que ambos possuem habilidades idênticas no que diz respeito ao domínio da técnica de execução dos respectivos instrumentos. Em um contexto social, no entanto, em

²⁷⁹Neste sentido, os institutos jurídicos, quando empregados em desacordo com o princípio da igualdade conforme apresentado neste trabalho, podem ser trabalhados com o fim excludente que se pretende combater. Neste sentido, a extensa doutrina civilista que por anos negou o *status* de família às uniões entre pessoas homossexuais é exemplo paradigmático. Assim, Silvio de Salvo Venosa afirmou que “A Constituição, assim como o art. 1723 do Código Civil, também se refere expressamente à diversidade de sexos, à união do homem e da mulher. Como no casamento, a união do homem e da mulher tem, entre outras finalidades, a geração de prole, sua educação e assistência. Desse modo, afasta-se de plano qualquer idéia que permita considerar a união de pessoas do mesmo sexo como união estável nos termos da lei. O relacionamento homossexual, modernamente denominado homoafetivo, por mais estável e duradouro que seja, não receberá a proteção constitucional e, conseqüentemente, não se amolda aos direitos de índole familiar criados pelo legislador ordinário. Eventuais direitos que possam decorrer dessa união diversa do casamento e da união estável nunca terão, ao menos no atual estágio legislativo, cunho familiar real e verdadeiro, situando-se, acentuadamente no campo obrigacional, no âmbito de uma sociedade de fato” (VENOSA, S. D. S. *Direito Civil: direito de família*. 7ª. ed. São Paulo: Atlas, v. 6, 2007, p. 40-41. Da mesma forma, a ideia de que o casamento entre pessoas do mesmo sexo seria negócio jurídico inexistente exemplifica a hipótese de exclusão do direito, sem negação total do *status* de sujeito de direito. RODRIGUES, S. *Direito Civil*. 27ª. ed. São Paulo: [s.n.], v. 6, 2002, p. 84).

que não se considere a execução do atabaque como uma habilidade digna de um respeito solidário, pouco importa que o percussionista possua as habilidades necessárias para que seja, digamos, o melhor percussionista da história. Jamais lhe será dada a possibilidade de buscar autorrealização individual, pois com relação a esta atividade ele é desprovido das condições necessárias ao desenvolvimento de autoestima. De outro lado, o pianista com pouca ou muita habilidade será digno de alguma estima social na medida em que o horizonte valorativo desta comunidade já considere a execução do piano como uma habilidade valiosa – ou seja, inserida no conceito de desempenho ou de sucesso. Neste sentido, é possível que o percussionista suscite que esta situação dos fatos gera uma violação ao princípio da igualdade – de tal maneira que ele deveria ter o direito ao reconhecimento de sua habilidade, sob pena de lhe ser negada a autoestima e, portanto, as condições para sua autorrealização. Por certo, o exemplo suscita diversas questões relevantes para o contexto do pluralismo – especificamente aquela atinente à possibilidade de se compelir toda uma comunidade a conferir valor a uma determinada habilidade ou capacidade. No entanto, mesmo que se considere que essa possibilidade não existe, fato é que, ao alegar uma violação à igualdade, o percussionista buscou deslocar sua pretensão do âmbito da estima social (ou seja, ser valorizado pelos pares) para o âmbito do direito (ou seja, o direito ao respeito às suas habilidades). Se esta alegação é acolhida, tem-se que dois indivíduos previamente desiguais perante um determinado critério de desempenho – já que um possui habilidades socialmente respeitadas e outro não – passam a ser efetivamente equiparados perante o Direito.

Repise-se, a este respeito, que com esta consideração não quero afirmar um direito geral à autorrealização individual – ou seja, a obter uma determinada posição de destaque na sociedade. Pelo contrário, o que quero demonstrar é que o princípio da igualdade jurídica pode servir como mecanismo social de deslocamento de demandas do âmbito da estima social para a esfera do Direito, garantindo as condições para o desenvolvimento de autoestima e da busca desta autorrealização.

É possível pensar em outras situações em que este deslocamento se revela na sociedade, com aceitabilidade mais genérica: pense-se, quanto a isso, no caso do acesso à universidade pública por minorias sociais e socioeconômicas. As recentes reivindicações, fundadas no princípio da igualdade jurídica, no sentido de que há um direito ao acesso a estas instituições como condição para a inclusão de visibilidade destes grupos na sociedade, sob a perspectiva aqui trabalhada, deslocaram – no contexto de lutas sociais e, inclusive, sob a perspectiva jurídica propriamente dita – demandas formuladas tradicionalmente com base em

um princípio meritocrático (ou seja, o sucesso na aplicação dos conhecimentos técnicos necessários para a aprovação no vestibular) para o âmbito do Direito, viabilizando a busca pela autorrealização de indivíduos a quem se previamente negava o acesso às condições para sua efetivação.

A partir da constatação destas funções da igualdade – ou seja, sua capacidade de promover a expansão da esfera do Direito e sua capacidade de desconstruir a suposta neutralidade dos parâmetros supostamente meritocráticos ou baseados em desempenho individual –, é possível falar em uma concepção forte da igualdade perante a lei enquanto vedação à discriminação, capaz de proibir a exclusão e a invisibilização de minorias por meio da promoção do reconhecimento em favor destes grupos e indivíduos neles inseridos. A igualdade perante a lei deixa de considerar apenas sujeitos e situações abstratas para, constatando a desigualdade social real, considerar a posição dos grupos excluídos e marginalizados – incluindo-os quando a lei os exclua; considerando suas características essenciais quando a lei desconsidere; e desconstruindo critérios de sucesso que, a pretexto do caráter meritocrático, tenham por consequência negar reconhecimento às diversas concepções de vida boa existentes nas sociedades plurais hodiernas.

Partindo, portanto, desta formulação, os capítulos seguintes buscarão dar substrato a esta concepção da igualdade perante a lei, à luz do conceito de discriminação indireta, indicando os critérios segundo os quais deve se desenvolver a aplicação do princípio, de modo a viabilizar a flexibilização do rigor cego quando da aplicação de atos gerais e abstratos, com vistas à inclusão e tutela de minorias. Antes de passar a esta análise, no entanto, cumpre traçar uma última ressalva quanto aos riscos que uma teoria da igualdade perante a lei aberta às características individuais concretas pode atrair, notadamente em uma sociedade como a brasileira, que apresenta ainda resquícios do modelo tradicional de sociedade.

2.3 Riscos da teoria: o modelo semitradicional da sociedade brasileira e a relevância do sentido clássico da igualdade perante a lei.

Uma formulação do princípio da igualdade perante a lei que seja aberta às diferenças e as desigualdades reais entre pessoas permite, como visto, a promoção de uma sociedade verdadeiramente plural, com a inclusão dos excluídos e com a superação de opressões e discriminações institucionais que ainda persistem na sociedade. Esta formulação, contudo, não é isenta de riscos, notadamente à luz do contexto histórico e social brasileiro.

Isto porque, historicamente, a ideia de igualdade perante a lei encontrou difícil penetração na sociedade brasileira. Na gênese do Brasil, fomos marcados por uma sociedade de modelo escravocrata em que nem mesmo a parcela da população que detinha o mais amplo rol de direitos – os senhores de engenho – poderia ser considerada cidadão, por faltar-lhes "o próprio sentido da cidadania, a noção da igualdade de todos perante a lei"²⁸⁰. Esta desigualdade estrutural se reproduz continuamente após a independência. No “paraíso das oligarquias”²⁸¹ que era a República dos Coronéis, a igualdade perante a lei definhava perante a realidade que contrapunha os grandes proprietários aos trabalhadores que se tornavam seus verdadeiros súditos.²⁸²

Mesmo com o advento da Nova República, a partir da promulgação da Constituição de 1988, ainda somos marcados pela desigualdade perante a lei, seja do ponto de vista sociocultural e econômico, seja sob a ótica institucional. Sob a primeira perspectiva, é de se destacar a síntese trazida por José Murilo de Carvalho:

Do ponto de vista da garantia dos direitos civis, os cidadãos brasileiros podem ser divididos em classes. Há os de primeira classe, os privilegiados, os “doutores”, que estão acima da lei, que sempre conseguem defender seus interesses pelo poder do dinheiro e do prestígio social. Os “doutores” são invariavelmente brancos, ricos, bem vestidos, com formação universitária. (...). Frequentemente, mantêm vínculos importantes nos negócios, no governo, no próprio Judiciário. Esses vínculos permitem que a lei só funcione em seu benefício (...).

Ao lado dessa elite privilegiada, existe uma grande massa de “cidadãos simples”, de segunda classes, que estão sujeitos aos rigores e benefícios da lei (...). Frequentemente, ficam à mercê da polícia e de outros agentes da lei que definem na prática que direitos serão ou não respeitados (...).

Finalmente, há os “elementos” do jargão policial, cidadãos de terceira classe. São a grande população marginal das grandes cidades (...). Esses “elementos” são parte da comunidade política nacional apenas nominalmente. Na prática, ignoram seus direitos civis ou os têm sistematicamente desrespeitados por outros cidadãos, pelo governo, pela polícia. Não se sentem protegidos pela sociedade e pelas leis.²⁸³

Se esta desigualdade de “classes” é escancarada a partir do fenômeno coronelismo, ela se revela ainda nas entrelinhas da atualidade. Segundo se tem noticiado, nos 20 anos que sucederam a promulgação da Constituição de 1988 nenhum parlamentar foi condenado pelo

²⁸⁰ CARVALHO, J. M. D. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 21.

²⁸¹ *Idem*, p. 41.

²⁸² *Idem*, p. 56. Segundo apontado por Victor Nunes Leal, o coronelismo foi resultado da superposição de um modelo político representativo a uma sociedade econômica e socialmente “inadequada” (LEAL, V. N. *Coronelismo, exata e voto: o município e o regime representativo no Brasil*, 7ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 20).

²⁸³ CARVALHO, J. M. D. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 215-216.

Supremo Tribunal Federal²⁸⁴. Em contraposição, o Mapa do Encarceramento elaborado pela Secretaria-Geral da Presidência da República revela que só entre 2005 e 2012 houve um aumento de 74% da população carcerária no Brasil, sendo que mais de 60% desta população é composta por negros de baixa escolaridade²⁸⁵. Outro exemplo pode ser extraído da recente política adotada pela Polícia Militar no Rio de Janeiro de “vistoriar” jovens (principalmente negros) passageiros do transporte público saídos de regiões periféricas da Zona Norte e Zona Oeste em direção às praias da Zona Sul²⁸⁶. Significa dizer que até o acesso à praia (livre e desobstruído aos moradores das regiões mais economicamente privilegiadas da cidade) tem sido submetido a uma lógica de desigualdade.

Sob uma perspectiva institucional, não é difícil encontrar os resquícios jurídicos de uma sociedade marcada pela desigualdade estrutural. Apenas para mencionar alguns, pode-se destacar a existência de prisões diferenciadas para portadores de diploma universitário – contrapondo os “doutores” a que se referiu José Murilo de Carvalho aos “cidadãos simples” –; a tipificação do crime de desacato, que contrapõe a autoridade ao “elemento” que lhe dirige a palavra. Ainda, têm estado em destaque recentemente casos como o da concessão de auxílio moradia para determinados cargos públicos (mesmo quando o servidor não tenha sido deslocado de sua residência habitual para exercer sua função) e a institucionalização de um certo “direito a viajar em classe executiva” em favor de alguns servidores que usem o transporte aéreo (notadamente, membros do Ministério Público e do Poder Judiciário).

Este panorama indica a existência, no Brasil, de um Estado de Direito de exceções – a igualdade perante a lei é paradoxalmente acompanhada de privilégios institucionalizados, desigualdades na aplicação da lei e resquícios do modelo tradicional de sociedade que os revolucionários europeus buscaram superar no século XVIII. Os exemplos supracitados revelam que, enquanto sociedade, já excepcionamos cotidianamente a aplicação da lei – a miúdo, à luz de interesses nada republicanos, democráticos ou emancipatórios. Como bem afirmado por Ana Paula de Barcellos, “apesar do belo discurso e do que dispõe o Direito, parece

²⁸⁴ Segundo noticiado pelo jornal El País, mais de 500 parlamentares foram julgados desde 1988, mas apenas 16 foram condenados pelo STF, sendo que a primeira condenação ocorreu apenas em 2010 (EL PAÍS. *STF investigou 500 parlamentares desde 1988, mas condenou apenas 16*. 22 ago. 2015. Disponível em <http://brasil.elpais.com/brasil/2015/08/22/politica/1440198867_786163.html>. Acesso em 07 set. 2015).

²⁸⁵ BRASIL, Presidência da República. Secretaria Geral. *Mapa do encarceramento: os jovens do Brasil*. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em <http://www.pnud.org.br/arquivos/encarceramento_WEB.pdf>. Acesso em 2 out. 2015.

²⁸⁶ G1. *PM do Rio faz operação de abordagem e revista em Copacabana*. 30 ago. 2015. Disponível em <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2015/08/pm-do-rio-faz-operacao-de-abordagem-e-revista-em-copacabana.html>>. Acesso em 2 out. 2015.

que a formação da cultura brasileira ainda não foi capaz de incorporar as noções de igualdade essencial dos indivíduos e da dignidade de cada ser humano”²⁸⁷.

É neste sentido que se revela necessário agir com cautela na formulação de um princípio de igualdade perante a lei aberto à possibilidade de mitigar-se a aplicação fria e cega dos comandos normativos. Se o objetivo de tal formulação é buscar a promoção da igualdade, torna-se necessário entender quais mecanismos sociais tem operado como forma de negar o tratamento igualitário entre os indivíduos e de que forma o princípio jurídico igualitário pode auxiliar a superação desta realidade social.

Com este objetivo em mente, pretendo recorrer as teorias sociológicas que interpretaram a sociedade brasileira à luz de seu acentuado personalismo – notadamente à luz das obras de Roberto DaMatta²⁸⁸ e Livia Barbosa²⁸⁹ – de maneira a sustentar que o princípio da igualdade perante a lei como não discriminação não afasta o respeito à igualdade perante a lei no sentido clássico, como ruptura de privilégios e hierarquias sociais²⁹⁰. Busco sustentar aqui, portanto, que a concepção antidiscriminatória da igualdade deve ser utilizada com parcimônia, sob pena de perpetuar características inequânimes ainda persistentes na sociedade brasileira.

Segundo a interpretação levada a efeito por DaMatta²⁹¹, a sociedade brasileira teria por característica não se situar nem no modelo pessoalizado de sociedades – o modelo tradicional, em que o indivíduo é concebido como pessoa –, nem no modelo individualista, pós-tradicional. Em realidade, o Brasil revela a sobreposição de dois diferentes discursos – um discurso liberal, baseado no modelo individualista, na liberdade e na igualdade entre todos e, em contraposição, um discurso tradicional que é resquício das origens históricas da sociedade,

²⁸⁷ BARCELLOS, A. P. D. *Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana*. Disponível em <<http://www.bfbm.com.br/shared/download/artigo-violecia-urbana-condicoes-prisoos-dignidade-humana.pdf>>. Acesso em 9 nov. 2015.

²⁸⁸ DAMATTA, R. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997a e Id. *A casa e a Rua: espaço, cidadania, mulher e a morte no Brasil*. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997b.

²⁸⁹ BARBOSA, L. *O jeitinho brasileiro: a arte de ser mais igual que os outros*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2006.

²⁹⁰ Cumpre destacar, contudo, que a leitura damattiana encontra resistência em alguns estudiosos da desigualdade brasileira. Neste sentido, Jessé Souza apresenta uma série de críticas ao pensamento do autor, ao afirmar, entre outros, que nem a distinção entre indivíduo e pessoa, nem a contraposição entre casa e rua seriam características próprias do Brasil – sendo encontradas inclusive em sociedades como a norte-americana. Para Jessé Souza, a desigualdade brasileira não repousa no personalismo (ou nas leituras patrimonialista e familista do Brasil), mas sim no modelo de modernização que se concretizou historicamente entre nós (SOUZA, J.A *sociologia dual de Roberto DaMatta: descobrindo nossos mistérios ou sistematizando nossos auto-enganos? Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 16, n. 44, p. 47-97).

²⁹¹ DAMATTA, R. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997a, passim.

em que a desigualdade é a regra e a ocupação de determinadas posições permitiria evitar a aplicação da lei genérica e abstrata voltada contra todos.

Neste sentido, o autor identifica no Brasil dois relevantes espaços sociais em que se desenvolvem as relações interpessoais: a casa e a rua. A casa é o espaço das relações entre pessoas – na casa todos têm um nome, exercem um papel e encontram-se protegidos por vínculos de afeto, laços de sangue, idade, sexo²⁹². A rua, por outro lado, é um lugar que amedronta os resquícios tradicionais da sociedade brasileira: na rua vige o anonimato, vige a regência de uma lei cega às relações pessoais. Na rua todos são, portanto, “indivíduos”, “cidadãos”, “elementos” – termos que revelam o desdém, a irrelevância e, também, a agonia de não saber “quem é esse?”²⁹³. Há, portanto, um evidente contraste entre a interpretação brasileira de “indivíduo” e aquela levada a efeito, por exemplo, pela sociedade americana, em que o indivíduo seria concebido sob um aspecto positivo, tanto moral quanto político²⁹⁴. Assim, para o autor:

o que o caso brasileiro inegavelmente revela é que a noção de cidadania sofre uma espécie de desvio, seja para baixo, seja para cima, que a impede de assumir integralmente seu significado político universalista e nivelador.²⁹⁵

Esta distorção da noção de cidadania conduz a práticas sociais conhecidas por meio das quais o indivíduo busca constantemente um retorno a casa, o desvendamento de sua situação de pessoa e o afastamento de sua característica enquanto indivíduo – enquanto um mero igual, um “ninguém”. É dizer, diante da ameaça que o papel universalizador e igualador da legislação e da economia apresentam ao sistema tradicional de honra, respeito, consideração e favor, revela-se usual o emprego de mecanismos que retomem este último – notadamente quando, diante do conflito, o brasileiro recorra à necessidade de hierarquizar para resolver²⁹⁶. Esta dualidade é a que permite situações aparentemente contraditórias, como quando um indivíduo defende a redução da maioria penal ao mesmo tempo que busca justificar as contravenções praticadas por seus filhos como mera brincadeira de criança; ou mesmo quando o mesmo indivíduo que é contra a corrupção oferece dinheiro para que o agente público o libere de uma multa de trânsito. Na verdade, segundo se infere da leitura damattiana, não há contradição, mas sim uma constante tensão entre espaços regidos por princípios e institutos sociais distintos.

²⁹² DAMATTA, R. *A casa e a Rua: espaço, cidadania, mulher e a morte no Brasil*. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997b, p. 149.

²⁹³ Ibid. p. 72.

²⁹⁴ Ibid. p. 70.

²⁹⁵ Ibid. p. 68.

²⁹⁶ Ibid. p. 73.

Neste sentido, é adequado concluir, em consonância com o autor, que o Brasil apresenta modelo social semitradicional. Neste modelo dual, a despeito de viger um discurso individualista e um ordenamento jurídico calcado na premissa da igualdade jurídica, resistem práticas sociais que subvertem este sistema em favor de um modelo tradicional de hierarquias e privilégios. Significa dizer que, enquanto nas sociedades pós-tradicionais o curso de ação individual é pautado pela lei, o modelo semitradicional apresenta alternativas à lei – é dizer, apresenta um instrumental pensado como forma de subverter o primado legal (seja afastando-o, seja aplicando-o com rigor). Sendo certo que não pretendo, neste trabalho, analisar a fundo as diversas formas pelas quais estes instrumentos revelam-se em nossa sociedade, quero focar-me adiante em duas das mais conhecidas práticas pelas quais *indivíduos* “transformam-se” em *pessoas*, de modo a analisar como elas se relacionam com os aspectos estudados anteriormente e de que maneira o princípio da igualdade jurídica pode auxiliar em sua ruptura. São elas os dramas sociais do “*você sabe com quem você está falando?*” e do “*jeitinho brasileiro*”.

Para DaMatta, a expressão “*você sabe com quem está falando?*” revela-se nos contextos de grave conflito social entre dois indivíduos, em que um deles pretende de maneira autoritária se sobrepor ao outro, apresentando seu papel social e laços pessoais como forma de “transformar-se” de mero indivíduo em pessoa. Exemplo disso é a típica situação descrita pelo autor:

Uma senhora resolve fazer compras em Copacabana e decide estacionar seu carro em cima da calçada, em local proibido. Após algumas horas, o guarda a localiza e pede que ela mande o seu motorista tirar o carro daquela área. A mulher insiste em ficar e diz: “sabe com quem está falando? Sou a esposa do Deputado Fulano de Tal!”²⁹⁷

Curiosamente, o emprego do “*você sabe com quem está falando?*”, conforme revelado por DaMatta²⁹⁸, não se restringe a superiores estruturais, sendo por vezes empregado por indivíduos estruturalmente tidos por inferiores que, em um contexto de substancial igualdade, recorrem a posição social de um terceiro com quem têm algum vínculo (por exemplo, um empregador) de modo a posicionar-se em um patamar supostamente superior ao seu interlocutor.²⁹⁹ DaMatta identifica outras situações em que o “*você sabe?*” costuma ser

²⁹⁷ DAMATTA, R. Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997a, p. 208.

²⁹⁸ Ibid. p. 208 et seq.

²⁹⁹ Trata-se do que o autor identifica como uma identificação social vertical, em que não é o próprio indivíduo que possui um papel social hierarquicamente superior, mas sim alguém com tem relação. É o caso do indivíduo que profere a também recorrente construção “*você sabe com quem está falando? Sou motorista de fulano?*” – sendo fulano um Ministro, um Governador, ou alguém que se reconheça como dotado de uma posição social de grande estima (DAMATTA, R. Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997a, p. 190).

empregado, como, por exemplo, quando um indivíduo busca inferiorizar o outro; quando aquele situado em uma posição social universal (motorista de um veículo) pretende desvendar sua identidade (amigo do Governador); e quando se pretende trazer à tona diferenças tidas por essenciais em situações de “intolerável igualdade”,³⁰⁰ Em todos os casos, o “você sabe” apresenta-se como um ritual de transformação de indivíduos em pessoas, restabelecendo o sistema hierárquico suprimido pelo ordenamento jurídico universalizante.

É inevitável, assim, reconhecer que o “*você sabe com quem está falando*” funciona como um instrumento de desfragmentação do respeito, restabelecendo a confusão entre reconhecimento jurídico e estima social existente nas sociedades tradicionais. Isto porque o ponto de partida dos conflitos sociais relatados por DaMatta é a igualdade na aplicação dos mandamentos legais – alheia, portanto, aos papéis e estima sociais conferidos a cada um. No entanto, a universalização do ordenamento jurídico configura, na sociedade brasileira, uma situação de “intolerável igualdade”, de modo que, diante do conflito, o “*você sabe*” passa a ser empregado precisamente como forma de subverter a regra geral – a separação entre Direito e estima social – fazendo crer que a condição de pessoa (ser relacional) implica não só uma determinada atribuição de estima social, como também uma forma distinta de aplicação do Direito. Reconhecimento jurídico e estima social, portanto, se desfragmentam, restabelecendo-se o primado do respeito e da honra tradicionais.

Nestes casos revela-se, portanto, uma clara violação à igualdade jurídica – mais precisamente, a negação da igualdade perante a lei – que decorre da hierarquização entre indivíduos substancialmente iguais (aqueles que se sujeitam ao Direito) com base em considerações valorativas irrelevantes para a constatação de sua condição enquanto seres moralmente autônomos.

Um segundo mecanismo de confusão entre as esferas do reconhecimento que, por consequência, nega a igualdade jurídica nas práticas sociais brasileiras consiste no chamado “*jeitinho brasileiro*”. Conforme identificado por Livia Barbosa, o “*jeitinho brasileiro*” consiste também em um mecanismo de transformação de indivíduos em pessoas que se distingue do “*você sabe com quem está falando*” por seu caráter não-autoritário. Enquanto o “*você sabe*” revela um ritual autoritário de separação – em que um indivíduo se diferencia bruscamente do outro e se hierarquiza em relação a este – o *jeitinho* seria um ritual de aglutinação, pelo qual os “indivíduos” convertem-se em “pessoas” não com a finalidade de hierarquização, mas de equiparação. Segundo Barbosa,

³⁰⁰ Ibid. p. 216.

Em vez de marcar as diferenças existentes pessoas, que podem ou não existir do ponto de vista social, ele procura justamente anulá-las, invocando a igualdade entre todos e da própria condição humana.³⁰¹

O “*jeitinho*” presume uma situação de igualdade que não é, contudo, jurídica, mas sim moral. É a igualdade do “meu amigo”, do “meu companheiro”, do “meu irmão” que apela para uma identificação das características comuns entre os interlocutores como forma de subversão da aplicação da lei universalizante. Assim, no que pese recorrer à suposta igualdade, o “*jeitinho*” tem por objetivo gerar uma situação de desigualdade – na medida em que a pessoa que lança mão deste mecanismo passa a se distinguir das demais, por vezes recebendo tratamentos privilegiados que não seriam concedidos às demais.³⁰²

Nos contextos em que o *jeitinho* é aplicado como alternativa à aplicação da lei, resta evidenciada a confusão entre duas esferas de reconhecimento: a das relações primárias (amor) e a das relações impessoais (Direito). O indivíduo, deparando-se novamente com a intolerável igualdade das relações impessoais, apela para uma igualdade típica das relações primárias – de amizade, de laços familiares – de modo a tornar-se uma pessoa perante o responsável por aplicar a regra (mas não de maneira a sobrepujá-lo). Com isso, o resultado bem-sucedido acaba sendo semelhante ao do “*você sabe*” – determinados indivíduos receberão tratamento privilegiado em relação a outros, em violação à igualdade jurídica.

Tanto na confusão entre Direito e estima social (“*você sabe com quem está falando*”), quanto na confusão entre Direito e relações primárias (“*jeitinho brasileiro*”) ocorre efetiva violação aos postulados igualitários que devem reger a aplicação e elaboração da lei. Torna-se necessário, portanto, um retorno à igualdade, que pode ser revelado tanto pelas práticas sociais quanto promovido pelo ordenamento jurídico.

Sob a ótica das práticas sociais, este recurso à igualdade jurídica pode ser revelado pela expressão “*quem você pensa que é*”. Conforme afirmam DaMatta e Barbosa, o emprego do “*quem você pensa que é*” é corrente em sociedades pós-tradicionais e crescente na sociedade brasileira. Esta expressão, que é o oposto do “*você sabe com quem está falando*” se revela nas situações em que um indivíduo, situado em um conflito no qual seu interlocutor se arvora determinadas prerrogativas em razão de sua posição social (ou seja, desvenda-se enquanto

³⁰¹ BARBOSA, L. *O jeitinho brasileiro: a arte de ser mais igual que os outros*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2006, p. 93

³⁰² BARBOSA, L. *O jeitinho brasileiro: a arte de ser mais igual que os outros*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2006, p. 97.

pessoa), busca restabelecer a igualdade trazendo seu interlocutor ao seu “devido lugar”³⁰³. Sob o aspecto filosófico, o do emprego do “*quem você pensa que é*” gera precisamente o delineamento claro entre a esfera do Direito e a estima social, refragmentando o conceito tradicional e respeito e, por meio do princípio da igualdade jurídica, restabelecendo a igual consideração dos indivíduos postos na situação conflituosa. Sob este aspecto, confirma-se a primeira função da igualdade jurídica, na medida em que este processo de (re)fragmentação do respeito implica a ruptura das hierarquias artificiais geradas pelo desvendamento da pessoa por trás do indivíduo³⁰⁴.

Sob a perspectiva jurídica, o princípio da igualdade perante a lei, considerado na primeira função exposta anteriormente, busca promover precisamente uma superação dos contextos em que o “*jeitinho*” e o “*você sabe*” negam efeito à ordem legal, de modo a restabelecer o equilíbrio e a separação entre as esferas de reconhecimento.

Concluo, portanto, afirmando que a função de ruptura de modelos de hierarquias e privilégios, identificada no princípio da igualdade perante a lei em seu sentido clássico, encontra importante atuação no contexto brasileiro, marcado por práticas sociais ambíguas que relegam a aplicação da lei aos indivíduos que não são “ninguém” – aos que não tem uma posição social que lhes permita suscitar o “*você sabe com quem está falando*” e aos que não possuem o carisma e a habilidade necessários ao emprego bem sucedido do “*jeitinho*”.

Em realidade, a permanência do modelo semitradicional, em que determinados grupos são dotados de imunidades – no sentido conferido por Vieira³⁰⁵, qual seja, o de que alguns indivíduos ocupam posição extremamente privilegiada, sendo imunes às obrigações impostas a todos –, reforça a necessidade de conferir-se efetividade ao princípio da igualdade perante a lei, permitindo-se falar em uma igualdade perante a lei “para valer”³⁰⁶.

³⁰³ BARBOSA, L. *O jeitinho brasileiro: a arte de ser mais igual que os outros*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2006, p. 95-96 e DAMATTA, R. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997a, p. 197.

³⁰⁴ Não tenho a pretensão de negar, aqui, que há contextos em que o desvendamento da pessoa é relevante. Pelo contrário, como já visto, a existência da esfera de uma terceira esfera do reconhecimento regida por um princípio de sucesso viabiliza um sistema de tratamentos diferenciados de acordo com a posição social ocupada pelo indivíduo. O que busquei afirmar, pelo contrário, é que a confusão entre esta esfera e a esfera do Direito é imprópria e indevida, na medida em que inviabiliza um sistema igualitário e universalizante em que a todos são garantidas as condições para sua autorrealização enquanto seres moralmente autônomos.

³⁰⁵ VIEIRA, O. V. *A Desigualdade e a Subversão do Estado de Direito*. In: SARMENTO, D.; IKAWA, D.; PIOVESAN, F. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 191-216.

³⁰⁶ A expressão, como já visto, é emprestada da lição de Luís Roberto Barroso quanto ao reconhecimento da Constituição enquanto norma que almeja sua efetividade. O princípio da efetividade consiste no que Kelsen denominou “eficácia social”. Parte-se da premissa de que direito, e o direito constitucional igualmente, segundo Barroso, “existe para realizar-se” – de maneira que na própria Constituição devem ser identificados os mecanismos para sua concretização. (BARROSO, L. R. *A efetividade das normas constitucionais*. Por que não uma

Da mesma forma, a constatação da natureza semitradicional da sociedade brasileira demanda a parcimônia na análise dos requisitos de caracterização das situações em que a aplicação idêntica da lei deve ser mitigada por meio do princípio da igualdade perante a lei em sua concepção antidiscriminatória. Com efeito, esta formulação não terá lugar quando a pretensão em jogo seja não a de superação de desigualdades, mas a de criação ou reforço dos desequilíbrios já existentes, favorecendo indivíduos e grupos que pretendam repelir a aplicação da lei colocando-se acima do Direito, e não com vistas a promovê-lo. Determinar, portanto, os requisitos que suscitam a aplicação do princípio da igualdade perante a lei como não discriminação é premissa fundamental para evitar a concretização desses riscos, e é em direção a este ponto que se volta o capítulo seguinte.

2.4 Conclusões parciais.

Busquei, neste capítulo, apresentar os fundamentos pelos quais é possível substancializar a igualdade perante a lei a partir de uma ideia de não discriminação voltada para a promoção do reconhecimento de grupos marginalizados. Os argumentos lançados podem ser assim sintetizados:

- a) Sob uma perspectiva social, a igualdade perante a lei em sua formulação clássica é inoperante no que diz respeito ao resguardo da igualdade especificamente com relação a grupos marginalizados historicamente e posicionados em situação de vulnerabilidade. Trata-se do que denomino minorias sociais – grupos excluídos e invisibilizados socialmente e que sofrem com o fenômeno da opressão e da marginalização enquanto formas de negação de reconhecimento.
- b) Diante disto, no lugar de ignorar a realidade substancialmente desigual que afeta estes grupos, a igualdade perante a lei deve tê-la em mente, absorvendo, dessa forma, um conteúdo de não discriminação por meio do qual se viabilize que, nas hipóteses de desigualdades substanciais entre os indivíduos, o idêntico tratamento da lei seja mitigado em favor da garantia de inclusão e visibilização de demandas de grupos marginalizados. Promove-se, assim, a igualdade perante

a lei à luz da dignidade da pessoa humana e do artigo 3º, inciso IV da Constituição Federal, conferindo-se maior efetividade às promessas constitucionais emancipatórias.

- c) No contexto brasileiro, contudo, em que o ideal de igualdade em sua formulação clássica ainda não encontrou a necessária sedimentação social, é necessário tomar precauções quando da formulação de exceções à aplicação idêntica da lei a todos. Assim, ao mesmo tempo em que permite a superação de desigualdades sociais, uma formulação inadequada da igualdade perante a lei como não discriminação pode conduzir, também, à criação de exceções indevidas – o que demanda parcimônia na análise dos requisitos de caracterização das situações em que a aplicação idêntica da lei deve ser mitigada.

Feitas estas considerações, o capítulo seguinte dá início à análise da vedação à discriminação indireta enquanto imperativo decorrente do princípio da igualdade. Buscarei, assim, responder à questão: o que significa, afinal, garantir a igualdade de todos perante a lei segundo um dever de não discriminar que impede que indivíduos substancialmente desiguais sofram impactos diferenciados em razão de normas gerais e abstratas?

3 A DISCRIMINAÇÃO INDIRETA: UM ESTUDO DO DIREITO COMPARADO

3.1 Justificativa para o estudo comparado: a discriminação indireta para além do direito norte-americano.

Partindo da afirmação de que igualdade perante a lei significa, também, não discriminar – ou seja, não promover a exclusão, invisibilização e, portanto, a negação de reconhecimento a grupos e indivíduos – torna-se necessário o esclarecimento de conceitos relevantes. De início, cumpre identificar, ao menos em uma formulação geral, qual significado atribuo ao conceito de discriminação. Segundo Roger Raupp Rios³⁰⁷, a discriminação como um fenômeno social pode ser apreciado à luz de abordagens distintas – histórica, sociológica, política, antropológica e psicológica. No contexto em que precisamos lidar com os fenômenos sociais e institucionais analisados previamente³⁰⁸, é possível afirmar, com o autor, que a discriminação, sob a perspectiva jurídica, assume um caráter institucional – ou seja, decorre das formas de organização e exercício do poder, ultrapassando meros interesses psicológicos para se revelar como parte integrante da estrutura social.³⁰⁹ No plano dos efeitos, a consequência da discriminação jurídica é a produção de distinções ilegítimas no gozo e exercício de direitos, gerando prejuízos sensíveis para determinados indivíduos e grupos sociais posicionados em uma situação de vulnerabilidade.³¹⁰

Apesar de assumir uma característica geral de privação de direitos, a discriminação não opera de maneira homogênea do ponto de vista jurídico – neste sentido, os autores têm distinguido entre duas principais formas de discriminação jurídica: a discriminação direta e a discriminação indireta.

A discriminação direta consiste naquelas formas de discriminação jurídica pelas quais uma determinada norma ou prática jurídica discrimina frontalmente – ou seja, emprega de maneira expressa um critério de classificação constitucionalmente proscrito ou suspeito, apresentando a intenção (subjéctiva ou objectiva)³¹¹ de promover a exclusão do grupo

³⁰⁷ RIOS, R. R. *Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 20.

³⁰⁸ Quais sejam, a exclusão e invisibilização, a opressão e dominação que se impõe sobre determinados indivíduos, impedindo seu reconhecimento pleno enquanto membros participantes da vida social

³⁰⁹ MCCRUDDEN, C. *Institutional Discrimination*. *Oxford Journal of Legal Studies*, 2, n. 3, 1982, passim.

³¹⁰ Para alcançar esta conclusão, o autor vale-se do disposto na Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial e da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher.

³¹¹ É dizer, o objetivo da discriminação prejudicial pode ser verificado na própria elaboração da norma ou pode decorrer dos propósitos objetivos inferidos a partir da interpretação do texto normativo. Especificamente sobre o

negativamente afetado.³¹² Quando a discriminação é intencional, segundo Rios³¹³, o intuito discriminatório pode se revelar no curso da elaboração do ato impugnado (hipótese em que se fala de discriminação direta explícita, quando o critério de classificação indevido é expressamente inserido na norma ou quando a própria concepção da norma, ainda que não empregue o critério, considera o propósito discriminatório); ou mesmo no momento de sua aplicação, quando ocorre o fenômeno que Daniel Sarmiento identificou como discriminação *de facto*.³¹⁴ Em ambos os casos, expressa ou implicitamente, faz-se recurso ao critério proscrito ou suspeito como meio de discriminar.

Não são poucos os autores que afirmam que a discriminação direta e frontal caiu em quase desuso nos últimos anos. Francisco Campos, em artigo originalmente publicado em 1947, chegou a afirmar que a igualdade perante a lei, enquanto princípio que veda o que entendemos por discriminação direta, só seria aplicável às relações econômicas, visto que “[n]ão existe hoje, com efeito, ainda que remoto, o perigo de que venha a restabelecer-se uma ordem social fundada sobre discriminação de classes sociais”.³¹⁵ No direito estrangeiro, Reva B. Siegel sustentou que, com a invalidação de diversas legislações frontalmente discriminatórias, a discriminação jurídica teria se adaptado às teorias vigentes de modo a operar por meio de efeitos transversos, tornando inoperante a teoria da discriminação direta.³¹⁶ Afirmção semelhante foi feita, também, por Rios, no sentido de que, atualmente, “na maior parte dos casos, as medidas, decisões e práticas discriminatórias não se revelam explicitamente”.³¹⁷

É neste sentido que o conceito de discriminação indireta se desenvolveu com o objetivo de superar também as formas de discriminação não expressas, em que a intenção discriminatória fosse escondida ou mesmo inexistente – sem que isso evitasse a produção de

tema do intuito discriminatório, confira-se ELY, J. H. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. 3. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 159 et seq. Sobre a interpretação a partir dos propósitos objetivos da norma, confira-se ainda BARAK, A. Hermeneutics and Constitutional Interpretation. *Cardozo Law Review*, v. 14, p. 767-774, 1993. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3701>. Acesso em: 25 Abril 2015.

³¹² RIOS, R. R. *Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 89-116.

³¹³ *Ibid.*, loc. cit.

³¹⁴ SARMENTO, D. A Igualdade Étnico-Racial no Direito Constitucional Brasileiro: Discriminação "De Facto", Teoria do Impacto Desproporcional E Ação Afirmativa. In: SARMENTO, D. *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 147-148

³¹⁵ CAMPOS, F. Igualdade de todos perante a lei. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, Belo Horizonte, n. Edição Comemorativa 2014, Dezembro 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=98310>>. Acesso em: 2 Fevereiro 2015, p. 4.

³¹⁶ SIEGEL, R. Why equal protection no longer protects: the evolving forms of status-enforcing state action. *Stanford Law Review*, n. 49, 1997, p. 1111-1148, passim.

³¹⁷ RIOS, R. R. Op. cit, nota 310, p. 117. Em igual sentido, SARMENTO, D. op. cit., nota 312, loc. cit..

efeitos substancialmente negativos sobre minorias sociais. Neste sentido, a discriminação indireta se desenvolve a despeito de a norma não considerar – em sua elaboração ou aplicação – critérios de classificação indevidos e, além disso, de não ser identificável um propósito discriminatório voltado para o desfavorecimento de determinado grupo. Nestas hipóteses, coordenam-se os elementos do critério de classificação neutro, a ausência do intuito discriminatório e a produção de efeitos diferenciados sobre determinados indivíduos ou grupos sociais – efeitos estes que se produziriam de maneira desproporcional se analisados os demais estratos sociais.

Ocorre que, no Brasil, em que pese a discriminação indireta não ser conceito desconhecido, os principais trabalhos que tratam do tema limitam-se a analisar o fenômeno à luz da experiência norte-americana.³¹⁸ Se, a princípio, esta afirmação não parece ser problemática, uma análise mais detida permite revelar como esta limitação da teoria da discriminação indireta pode ignorar diversas outras formulações possivelmente existentes. Com efeito, a pesquisa na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos revela que foram pouquíssimas as vezes em que aquele tribunal empregou o termo *indirect discrimination* – nenhuma delas para designar a teoria que temos atribuído a este fenômeno (a *disparate impact doctrine* ou teoria do impacto desproporcional).³¹⁹ Seguindo esta tendência, a expressão tampouco encontra penetração substancial entre os autores norte-americano, que se referem em geral à *disparate impact* para se referir a esta forma de discriminação. Isto é justificado pelo fato de que a expressão *indirect discrimination* não encontra sua origem na doutrina e jurisprudência americana, mas sim na importação da teoria americana da *disparate impact doctrine* pelos países europeus.³²⁰

³¹⁸ A exemplo dos seguintes estudos: RIOS, R. R. *Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008; GOMES, J. B. B. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; SARMENTO, D. A Igualdade Étnico-Racial no Direito Constitucional Brasileiro: Discriminação "De Facto", Teoria do Impacto Desproporcional E Ação Afimativa. In: SARMENTO, D. *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 139-166. Destaque-se, em contraponto, o trabalho elaborado por Leticia Martel, que analisou a discriminação indireta e o direito à adaptação razoável à luz dos ordenamentos norteamericano, canadense e europeu (MARTEL, L. D. C. V. Adaptação Razoável: O Novo Conceito sob as Lentes de Uma Gramática Constitucional Inclusiva. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, 8, n. 14, Junho 2011).

³¹⁹ Para ser mais preciso, trata-se de um único caso, *University of California Regents v. Bakke*, que tratou da constitucionalidade do emprego do critério racial para o ingresso no ensino superior, cf. ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, *University of California Regents v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

³²⁰ Neste sentido, Julie Suk, ao analisar a migração da teoria do impacto desproporcional dos Estados Unidos, identifica que a tradução da *disparate impact* em *indirect discrimination* remete à importação da teoria pelo Reino Unido, a partir do *Sex Discrimination Act* editado naquele país (SUK, J. *Disparate Impact Abroad*. *Cardozo Legal Studies Research Paper*, No. 425, 12 Março 2014. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2408143>>. Acesso em: 1 ago. 2015, p. 5-6).

Esta constatação não implica afirmar que atribuir à jurisprudência norte-americana o desenvolvimento da teoria da discriminação indireta seja de alguma forma um equívoco, menos ainda por parte dos autores brasileiros.³²¹ Em contrapartida, a existência de uma distinção ao menos terminológica entre impacto desproporcional e discriminação indireta convida-nos a analisar se, de fato, ambos os conceitos podem ser tomados como sinônimos ou se, pelo contrário, encontraram desenvolvimento autônomo nos diversos ordenamentos que os acolheram. Neste sentido, não se pode ignorar que a pesquisa de jurisprudência em cortes constitucionais ou supranacionais diversas – como a Suprema Corte do Canadá e a Corte Constitucional da Colômbia³²² – revela uma plêiade de casos em que o conceito de discriminação indireta foi expressamente trabalhado, a partir de cujo estudo pode ser possível atingir uma percepção mais completa acerca de que contornos deve assumir uma teoria efetiva da discriminação indireta, voltada para a promoção do princípio jurídico da igualdade. Há razão suficiente, portanto, para dar início à formulação de uma proposta de análise da discriminação indireta no Brasil a partir de uma análise comparativa que permitirá identificar teorias concorrentes, seus fundamentos, requisitos e métodos de superação, conforme desenvolvidos em cada ordenamento.

O recorte proposto neste capítulo é a análise da jurisprudência das cortes supremas e/ou constitucionais dos Estados Unidos, do Canadá, da Europa (incluindo o Tribunal de Justiça Europeu e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos), e da América Latina (com destaque para a Corte Interamericana de Direitos Humanos e para a Corte da Colômbia). Há razões para justificar este recorte. Em primeiro lugar, a análise da jurisprudência dos Estados Unidos é essencial diante da relevância que a teoria do impacto desproporcional assume para o tema. Tratando da discriminação indireta, por sua vez, o estudo da jurisprudência canadense é igualmente profícuo, na medida em que, como identificado por Letícia Martel, aquele ordenamento forneceu um “belo mosaico”³²³ para a análise deste fenômeno. O estudo da jurisprudência desenvolvida nos países da Europa se justifica, por sua vez, tendo em vista que

³²¹ Com efeito, não só a ideia de que a discriminação pode decorrer dos efeitos da aplicação de normas gerais tem origem na jurisprudência daquele país, como será visto a seguir, como também o conceito de discriminação indireta segue sendo amplamente empregado internacionalmente com referência à teoria do *disparate impact*, conforme: FREDMAN, S. *Discrimination Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 177-178; e ETINSKI, R. *Indirect Discrimination in the Case-Law of European Court of Human Rights*. *Zbornik Radova*, 47, n. 1, 2013.

³²² Assim, por exemplo, é possível identificar só jurisprudência da Suprema Corte canadense 18 casos em que se falou expressamente em *indirect discrimination*. Na Corte Constitucional da Colômbia, a expressão foi citada em 20 diferentes atos do tribunal (incluindo *sentencias de tutela*, *sentencias de constitucionalidad* e *autos*). O mesmo ocorre em diversos outros tribunais, como se verá detalhadamente a seguir.

³²³ MARTEL, L. D. C. V. Adaptação Razoável: O Novo Conceito sob as Lentes de Uma Gramática Constitucional Inclusiva. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, 8, n. 14, Junho 2011, p. 98.

foi no contexto europeu que o próprio conceito de discriminação indireta, como terminologicamente o conhecemos hoje, pode ser atribuído à migração da teoria do impacto desproporcional para aqueles países.³²⁴ Por fim, o estudo da jurisprudência latino-americana é aconselhável por diversas razões: quanto à Corte Interamericana de Direitos Humanos, a justificativa ao estudo de seu posicionamento sobre a discriminação indireta decorre da sujeição do Brasil à sua jurisdição – de tal forma que a jurisprudência desenvolvida por aquela Corte merece consideração, notadamente em se tratando de um direito e princípio fundamental como a igualdade; quanto aos ordenamentos jurídicos latino-americanos, o estudo da jurisprudência desenvolvida por suas cortes é adequado não só tendo em vista a proximidade entre os países (não só geográfica, como de realidade), como também a necessidade de se aprofundar o estudo do constitucionalismo latino-americano em suas diversas perspectivas, rompendo com a tendência de se voltar exclusivamente para análise das teorias e conceitos desenvolvidos no Hemisfério Norte como se nada tivéssemos a aprender com nós mesmos.³²⁵

3.2 A discriminação indireta nos Estados Unidos: a teoria do impacto desproporcional.

Tradicionalmente, o direito da antidiscriminação norte-americano fundava-se no que atualmente se denomina discriminação direta (*disparate treatment*). Naquele contexto, tratava-se principalmente de proibição contra práticas ou condutas que empregassem critérios classificatórios como raça e nacionalidade com o objetivo de prejudicar minorias ou beneficiar os grupos mais favorecidos. A discriminação direta, na tradição norte-americana, encontrou seu fundamento na *Equal Protection Clause*, o princípio constitucional da igualdade contido na 14ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos.^{326 327}

³²⁴ SUK, J. *Disparate Impact Abroad*. *Cardozo Legal Studies Research Paper*, No. 425, 12 Março 2014. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2408143>>. Acesso em: 1 ago. 2015, p. 5-6.

³²⁵ Em recente trabalho tratando da história do constitucionalismo latino-americano, Roberto Gargarella expôs o desconforto com “o fato de que o constitucionalismo latino-americano não tem sido objeto de atenção acadêmica e pública sistemáticas” (GARGARELLA, R. *Latin American Constitutionalism, 1810-2010: The engine room of the Constitution*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2013, p. vii). É este desconforto que se pretende romper a partir do estudo da jurisprudência destes países – ruptura esta que, como se verá a seguir, conduzirá a frutos substanciais.

³²⁶ RIOS, R. R. *Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 92.

³²⁷ Em tradução livre, assim dispõe a *Equal Protection Clause* (Seção 1 da 14ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos): “Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas à sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiverem residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem o devido processo legal, nem negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis”.

É no contexto dos movimentos dos direitos civis que a teoria da discriminação indireta passa a se desenvolver nos Estados Unidos. Naquele cenário, verificou-se um esforço tanto por parte do Judiciário quanto do Congresso norte-americanos no sentido de eliminar a segregação racial institucional vigente no país, por meio de precedentes e legislação históricos. Na última categoria, insere-se o *Civil Rights Act* de 1964, cujo Título VII veda a discriminação no trabalho para fins de contratação, promoção ou demissão de empregados com fundamento em raça, cor, religião, sexo ou nacionalidade³²⁸.

Nada obstante, nem a Constituição Federal nem a legislação de direitos civis mencionada proibiam expressamente o emprego de critérios ou práticas que, apesar de não se fundarem nas mencionadas classificações suspeitas, produziam ainda assim o efeito discriminatório contra um dos grupos protegidos.³²⁹ A questão alcançou a Suprema Corte no conhecido caso *Griggs v. Duke Power Co.*³³⁰

O caso tratava da validade do requisito de conclusão do ensino médio ou, alternativamente, da aprovação em teste de inteligência como condição para a contratação ou transferência de candidatos a determinados postos de trabalho. A Corte entendeu que o mencionado teste não estaria significativamente relacionado ao desempenho no trabalho e que, nada obstante, seu resultado implicava a desqualificação de negros em proporção substancialmente mais alta que a de brancos. Além disso, os cargos para os quais o teste era aplicado eram tradicionalmente ocupados exclusivamente por empregados brancos, diante de uma histórica prática de discriminação racial.

Analisando o dado histórico e social, bem como o objetivo assinalado pelo Congresso, por meio da legislação dos direitos civis, de superação de desigualdades de oportunidade, a Suprema Corte norte-americana concluiu que o *Civil Rights Act* não proibia apenas atos de evidente discriminação, mas também “práticas que são justas na forma, mas discriminatórias em sua operação”³³¹ – tendo por critério para distinguir as práticas discriminatórias válidas das práticas discriminatórias inválidas o parâmetro do *business necessity*, ou necessidade do negócio, que nada mais é que a adequação do critério ou prática

³²⁸ A constitucionalidade do estatuto, à luz do princípio federalista americano, foi confirmada no caso *Heart of Atlanta Motel Inc. v. United States*, em que a Corte afirmou que o Congresso nacional poderia proibir a discriminação racial privada. cf. ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, *Heart of Atlanta Hotel, Inc. v. United States*, 379 U.S. 241, 250 (1964).

³²⁹ Posteriormente, o Título VII foi alterado pelo *Civil Rights Act* de 1991, que inclui a previsão expressa da vedação à discriminação indireta no âmbito das relações de trabalho.

³³⁰ ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971).

³³¹ No original, o voto do Chief Justice Burger sustenta a vedação pelo Congresso de “practices that are fair in form, but discriminatory in operation” (Idem).

para o regular exercício do cargo analisado – tratando-se, portanto, de critério necessário ao desenvolvimento regular da atividade negocial.³³²

Apesar de se desenvolver em toda sua profundidade à luz das relações empregatícias, a teoria da discriminação indireta encontrou respaldo em outras legislações de direitos civis aprovadas na mesma época que o *Civil Rights Act*. Com efeito, antes mesmo de *Griggs v. Duke Power Co.*, a Suprema Corte já havia empregado *ratio* semelhante no caso *Gaston County v. United States*³³³, que tinha como parâmetro jurídico o *Voting Rights Act de 1965*. Analisava-se, em *Gaston County*, a possibilidade de se condicionar o exercício do direito de voto à aprovação em testes que aferiam a alfabetização dos eleitores. À luz da legislação protetiva das minorias raciais, a Corte afirmara que a aplicação dos mencionados testes seria inválida, tendo em vista o impacto desproporcional da medida sobre os eleitores negros que, em razão da segregação racial até então vigente, eram sujeitos a um sistema educacional deficitário.³³⁴

Sem prejuízo disto, *Griggs* é o precedente paradigmático em que a discriminação indireta – reconhecida, nos EUA, por meio da teoria do impacto desproporcional (*disparate impact doctrine*) – passa a ocupar posição autônoma no direito da antidiscriminação norte-americano³³⁵. Assim, a teoria lançada em *Griggs v. Duke Power Co.* não pretende analisar a existência do propósito discriminatório – ou seja, é irrelevante que se tenha empregado o critério aparentemente neutro com o intuito de promover o tratamento prejudicial. O que importa, segundo a lógica de *Griggs*, é que o teste tenha sido “usado para discriminar”, intencionalmente ou não³³⁶. Em *Griggs*, a Corte reconheceu que o impacto desproporcional é

³³² Extrai-se da opinião da Corte: “The touchstone is business necessity. If an employment practice which operates to exclude Negroes cannot be shown to be related to job performance, the practice is prohibited” [ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971)].

³³³ ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, *Gaston County v. United States*, 395 U.S. 285 (1969).

³³⁴ Demais da questão específica referente à aplicação dos testes, estava em jogo a submissão dos Estados ao governo federal no que se refere a práticas restritivas ao direito de voto, que tradicionalmente implicavam discriminação contra a população negra nos Estados do sul. Esta disposição, que era o seio do *Voting Rights Act de 1965*, foi declarada inconstitucional recentemente no julgamento do caso *Shelby County v. Holder* [ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. (2013)], pondo em dúvida o real compromisso da Suprema Corte americana, em sua composição atual, com o direito da antidiscriminação em geral, e com a vedação à discriminação indireta em específico.

³³⁵ A teoria do impacto desproporcional teve relevância, após *Griggs*, também na área da educação. Em *Board Of Education, New York City v. Harris*, a Corte busca interpretar a previsão do Emergency School Aid Act que proibia a concessão de auxílio financeiro federal a instituições de ensino que apresentassem um quadro de discriminação contra minorias racial. Segundo a opinião da Corte, a teoria aplicável ao caso seria precisamente a do impacto desproporcional, bastando a demonstração da discriminação de fato, independentemente de intuito discriminatório, pautando-se no objetivo legislativo de promover a desegregação racial [ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, *Board Of Education, New York City v. Harris*, 973 U.S. 78 (1979)].

³³⁶ “Um teste não relacionado com o trabalho que tem um impacto racial desproporcional, e que é usado para ‘limitar’ ou ‘classificar’ empregados, é ‘usado para discriminar’ dentro do significado do Título VII, seja ou não ‘designado ou intentado’ para ter este efeito e apesar dos esforços do empregador para compensar por seu efeito

um dano em si mesmo que deve ser reparado, salvo na hipótese de demonstração de que a eleição do critério aparentemente neutro se insere no contexto de necessidade do negócio, ou seja, de demonstração de que a medida aplicada afere ou se relaciona com requisitos necessários para o exercício da função³³⁷.

Ocorre que, em 1989, a Suprema Corte alterou substancialmente seu posicionamento a respeito da discriminação indireta a partir do julgamento no caso *Wards Cove Packing Co. v. Antonio*³³⁸. O caso tratava de analisar se as práticas de contratação utilizadas pela *Wards Cove Packing Company* violavam o Título VII do *Civil Rights Act*, diante do fato de que os postos de trabalho de maior prestígio eram ocupados por pessoas brancas e os de menor prestígio por não-brancos. Revertendo o entendimento da Corte de Apelação do 9º Circuito – que reconhecera a discriminação indireta à luz das estatísticas apresentadas pelos trabalhadores – a Suprema Corte afirmou que a caracterização da discriminação indireta demandaria não só a demonstração comprovada do impacto desproporcional, como também a prova da relação entre as práticas aplicadas e o resultado discriminatório. Além disso, a Corte substituiu o parâmetro da necessidade do negócio (*business necessity*) por um mais amplo, a justificativa negocial (*business justification*), que serve como mecanismo de defesa da prática pelo empregado – mantendo-se, no entanto, o ônus constante da prova do impacto desproporcional sobre aqueles que o alegam³³⁹. Na prática, a partir de *Wards Cove* a discriminação apenas restaria configurada quando a classificação geradora dos impactos desproporcionais não apresentasse qualquer motivação lógica. A análise da discriminação

discriminatório”. No original, “A non-job-related test that has a disparate racial impact, and is used to “limit” or “classify” employees, is “used to discriminate” within the meaning of Title VII, whether or not it was “designed or intended” to have this effect and despite an employer’s efforts to compensate for its discriminatory effect” [ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, *Connecticut v. Teal*, 457 U.S. 440 (1982)].

³³⁷ PERRY, P. L. Two Faces of Disparate Impact Discrimination. *Fordham Law Review*, v. 59, 1991, p. 523-595 e SEINER, J. A.; GUTMAN, B. N. Does Ricci herald a new disparate impact? *Boston University Law Review*, 90, 2010, p. 2182-2222.

³³⁸ ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, *Wards Cove Packing Co. v. Antonio*, 490 U.S. 642 (1989).

³³⁹ Leia-se o voto de Justice White: “In this phase, the employer carries the burden of producing evidence of a business justification for his employment practice. The burden of persuasion, however, remains with the disparate impact plaintiff. To the extent that the Ninth Circuit held otherwise in its en banc decision in this case, (...) suggesting that the persuasion burden should shift to petitioners once respondents established a prima facie case of disparate impact -- its decisions were erroneous. [T]he ultimate burden of proving that discrimination against a protected group has been caused by a specific employment practice remains with the plaintiff at all times”. Em tradução livre: “Nesta fase, o empregador tem o ônus de produzir a prova de uma justificação relacionada ao negócio para o emprego da prática. O ônus de persuasão, no entanto, permanece com aquele que alega o impacto desproporcional. Tendo em vista que o Nono Circuito decidiu diferentemente em sua decisão no caso, (...) sugerindo que o ônus de persuasão deveria ser alterado para os requeridos uma vez que os demandantes estabelecessem um caso *prima facie* de impacto desproporcional, suas decisões foram equivocadas. O ônus da prova último no sentido de a discriminação contra um grupo protegido foi causada por uma prática de contratação específica permanece com o demandante todo o tempo”.

indireta foi, assim, deslocada do impacto para a existência de algum nível de culpa (ou intenção) na adoção dos critérios de classificação³⁴⁰.

Com essa decisão, levantaram-se diversas críticas no sentido de que a Corte esvaziara parcialmente o sistema de proteção contra a discriminação, contido no Título VIII do *Civil Rights Act*. Seguiu-se a isto um típico exemplo de *backlash* (uma reação generalizada)³⁴¹ cujo ápice foi a aprovação do *Civil Rights Act* de 1991 que incorporou os parâmetros empregados pela Corte em *Griggs* com vistas a expressamente superar a interpretação conferida em *Wards Cove*.³⁴²

Vale destacar que tanto em *Griggs* quanto nos demais casos subsequentes, incluindo *Wards Cove*, a Suprema Corte dos Estados Unidos fundamentou a vedação à discriminação indireta em previsões legais, e nas cláusulas constitucionais de igualdade (*equal protection clause*)³⁴³ ou de devido processo legal substantivo (*due process*)³⁴⁴. Em precedentes posteriores a *Griggs*, a Corte afirmou reiteradamente que a vedação à discriminação indireta não decorre diretamente da Constituição, mas sim da legislação emanada do Congresso, a quem é lícito estender a cláusula de igualdade nos limites dos atos editados pelo legislativo³⁴⁵.

³⁴⁰ PERRY, P. L. Two Faces of Disparate Impact Discrimination. *Fordham Law Review*, v. 59, 1991, p. 523-595

³⁴¹ Sobre o *backlash* voltado contra decisões judiciais, confira-se o artigo de Robert Post e Reva B. Siegel. POST, R.; SIEGEL, R. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 2007, passim.

³⁴² É de se notar, no entanto, que nas situações em que não houve alteração legislativa posterior a *Wards Cove*, a interpretação restritiva da Suprema Corte segue vigente. Neste Assim, analisando a vedação à discriminação indireta com fundamento na idade, a Corte entendeu que o Age Discrimination in Employment Act de 1967, por não ter sido reformado após o *Wards Cove* (como foi o *Civil Rights Act*) apenas permitiria a configuração de discriminação indireta quando não houvesse qualquer justificativa fora a idade a legitimar o impacto desproporcional. Cf. ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, *Smith et al. v. City of Jackson, Mississippi, et al.*, 544 U.S. 228 (2005).

³⁴³ Não se deve ignorar, no entanto, que há casos em que – a despeito de não mencionar a hipótese de discriminação indireta – a Corte reconheceu a inconstitucionalidade de medidas que perpetuam a segregação racial, não em razão de expressa disposição neste sentido, mas por vias transversas. A este respeito, confira-se: “If the State perpetuates policies and practices traceable to its prior de jure dual system that continue to have segregative effects—whether by influencing student enrollment decisions or by fostering segregation in other facets of the university system—and such policies are without sound educational justification and can be practicably eliminated, the policies violate the Clause, even though the State has abolished the legal requirement that the races be educated separately and has established racially neutral policies not animated by a discriminatory purpose”, *United States v. Fordice* [ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, *United States v. Fordice*, 505 U.S. 717 (1992)].

³⁴⁴ A despeito de não aplicar de maneira expressa a teoria do impacto desproporcional, em casos anteriores a *Griggs*, a Corte reconheceu que a exigência de pagamento de custas e taxas para o efetivo exercício do direito de recurso poderia gerar discriminação contra a população mais pobre quando, na prática, esta tivesse seu direito totalmente negado. Neste sentido, veja-se: *Douglas v. California* [ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, *Douglas v. California*, 372 U.S. 353 (1963)] e *Griffin v. Illinois* [ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, *Griffin v. Illinois*, 351 U.S. 12 (1956)].

³⁴⁵ O principal precedente neste sentido é *Washington v. Davis* [ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, *Washington v. Davis*, 426 U. S. 229, 248 (1976)]. A tese é afirmada de maneira pristina no caso *Personnel Administrator Of Massachusetts v. Feeney*, [ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, *Personnel Administrator Of Massachusetts v. Feeney*, 442 U.S. 256 (1979)], em que Justice Stewart, pela Corte, afirmou: “the cases of *Washington v. Davis*, supra, and *Arlington Heights v. Metropolitan Housing Dev. Corp.*, supra, recognize that when a neutral law has a disparate impact upon a group that has historically been the victim of discrimination, an unconstitutional purpose

É possível afirmar, pois, que a jurisprudência da Suprema Corte dos EUA veda duas formas de discriminação que possuem natureza e escopo distintos. A primeira, fundada na *equal protection clause*, diz respeito à discriminação direta, cuja configuração demanda o emprego de critérios suspeitos de classificação³⁴⁶ e intuito discriminatório contra determinado grupo protegido. Seu escopo é amplo, na medida em que decorre de imperativo constitucional genérico.

Em contrapartida, a segunda forma de discriminação vedada, a discriminação indireta, dispensa a demonstração de intuito discriminatório e se fundamenta em estatutos de natureza infraconstitucional.³⁴⁷ Roger Raupp Rios sintetiza os requisitos para do caso de discriminação indireta *prima facie* nos Estados Unidos no seguinte sentido:

Consideradas conjuntamente as decisões nos casos Griggs, Wards Cove e a deliberação parlamentar por meio do Civil Rights Act de 1991, o *prima facie case* no *disparate impact* estabelece-se mediante os seguintes requisitos, de responsabilidade do demandante: (a) a identificação da prática específica objeto de litígio^[348], causadora do efeito discriminatório, exceto na hipótese da impossibilidade de se decompor as atividades pertinentes, circunstância que permite a consideração destas de modo global; (b) a demonstração de que o impacto diferenciado atinge um grupo específico protegido pelo princípio da igualdade, por meio de dados estatísticos; (c) a

may still be at work. But those cases signaled no departure from the settled rule that the Fourteenth Amendment guarantees equal laws, not equal results”. No mesmo sentido, *Tennessee v. Lane*, [ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, *Tennessee v. Lane*, 541 U.S. 509 (2004)], tratando do direito à acomodação razoável à luz do *American With Disabilities Act*; e *Board Of Trustees Of University Of Alabama v. Garrett* [ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, *Board Of Trustees Of University Of Alabama v. Garrett*, 531 U.S. 356 (2001)], afirmando que a discriminação indireta contra deficientes físicos não implica violação à 14ª Emenda.

³⁴⁶ Note-se, ainda, que mesmo a interpretação quanto às “classificações suspeitas” é restrita na jurisprudência da Corte. Em *Geduldig v. Aiello* [ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, *Geduldig v. Aiello*, 417 U. S. 484 (1974)], por exemplo, a Corte entendeu que o critério “gravidez” não configura uma classificação suspeita, a despeito do fato evidente de que apenas mulheres podem ficar grávidas. Além disso, a Corte tem traçado uma distinção entre medidas tomadas em razão de suas consequências (“because of”) e aquelas tomadas apesar de suas consequências (“in spite of”), cf. *Personnel Administrator Of Mass. v. Feeney*. Destaca-se, no entanto, que no julgamento do caso *Bray v. Alexandria Women's Health Clinic* [ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, *Bray v. Alexandria Women's Health Clinic*, 506 U.S. 263 (1993)] os Justices Stevens e O’Connor sugeriram que bastaria que os membros de um determinado grupo protegido fossem objeto de uma determinada ação em virtude de suas características para que houvesse inconstitucionalidade em uma medida, independente do intuito discriminatório – aproximando-se, assim, de um conceito constitucional de discriminação indireta, não acolhido pela maioria da Corte. Para Justice Stevens, no entanto, sendo a gravidez característica exclusiva das mulheres (e não comparativamente mais relacionada ao grupo), não seria sequer caso de falar-se em impacto desproporcional – mas sim em discriminação direta propriamente dita.

³⁴⁷ Ressalva é feita, no entanto, para os esforços doutrinários no sentido de repensar o princípio constitucional da igualdade americano, de modo a fundamentar os casos de discriminação indireta não só em estatutos legais, como na própria *Bill of Rights*. A este respeito, confira-se SCHMIDT, C. J. Analyzing the text of the equal protection clause. *Cornell Journal of Law and Public Policy*. 12, 2002, p. 85-143, passim; e SIEGEL, R. Why equal protection no longer protects: the evolving forms of status-enforcing state action. *Stanford Law Review*, n. 49, 1997, p. 1111-1148, passim.

³⁴⁸ Note-se que estas práticas podem ser até mesmo ter caráter puramente subjetivo. Neste sentido, a Corte afirmou em *Watson v. Fort Worth Bank & Trust* que não só testes padronizados que geram impacto desproporcional, como também critérios de contratação ou promoção subjetivos (como entrevistas) poderiam ser analisados à luz da teoria do impacto desproporcional [ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, *Watson v. Fort Worth Bank & Trust*, 487 U.S. 977 (1988)].

demonstração de que a prática identificada efetivamente produz o impacto diferenciado sobre o grupo, também por meio de dados estatísticos.³⁴⁹

Uma vez demonstrado o caso de discriminação indireta *prima facie*, caberá à contraparte, por sua vez, demonstrar o equívoco nas provas estatísticas colacionadas ou sustentar a existência de relação lógica entre a prática ou critério adotado e o objetivo a ser almejado – no caso específico das relações de emprego, objeto da jurisprudência consolidada na Suprema Corte, trata-se da demonstração da necessidade do negócio (*business necessity*).³⁵⁰ Mesmo quando demonstrada a necessidade do negócio, no entanto, a teoria do impacto desproporcional aplicada às relações de trabalho ainda permite ao autor indicar que haveria outra medida igualmente adequada ao atingimento dos fins buscados pela prática discriminatória e que, em contrapartida, geraria nenhum ou menos impacto sobre grupos vulneráveis³⁵¹³⁵². O escopo da discriminação indireta, contudo, é restrito a demandas que decorram de legislação emanada do Congresso, não tendo fundamento na Constituição.

É de se notar, no entanto, que em casos recentes a jurisprudência da própria Suprema Corte norte-americana tem restringido a doutrina protetiva de minorias, em descompasso com o desenvolvimento do direito da antidiscriminação em outros ordenamentos³⁵³. Isto ocorreu especialmente a partir da segunda década de vigência do Título VII do *Civil Rights Act*, quando, segundo Richard Primus:

eleitores negros e latinos tornaram-se crescentemente importantes em muitas das mesmas grandes cidades onde a lógica da política local era anteriormente consistente com a manutenção de departamentos de polícia e de bombeiros como domínio da população étnica branca (...). Muitas cidades ficaram excessivamente contentes em serem responsabilizadas por impacto desproporcional (...) e, em seguida, implementar medidas que aumentassem a contratação de minorias.³⁵⁴

³⁴⁹ RIOS, R. R. *Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 124.

³⁵⁰ Ibid, p. 124-125; e SEINER, J. A.; GUTMAN, B. N. Does Ricci herald a new disparate impact? *Boston University Law Review*, 90, 2010, p. 2182-2222.

³⁵¹ SEINER, J. A.; GUTMAN, B. N. Does Ricci herald a new disparate impact? *Boston University Law Review*, 90, 2010, p. 2194 e MCCORMICK, M. L. Disparate impact and equal protection after Ricci v. DeStefano. Saint Louis U. *Legal Studies Research Paper*, 2012, p. 10. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2132639>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

³⁵² Quanto a este aspecto, a teoria aproxima-se dos subprincípios da adequação e da necessidade que integram o princípio da proporcionalidade – exigindo a legitimidade da medida adotada e sua adequação lógica aos fins buscados (*business necessity*), bem como a ausência de medidas alternativas que atinjam o mesmo fim em igual medida, gerando menor restrição aos direitos dos grupos afetados negativamente. Acerca do princípio da proporcionalidade, confira-se o estudo de Jane Reis Gonçalves Pereira (PEREIRA, J. R. G. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, passim).

³⁵³ REAUME, D. G. Harm and Fault in Discrimination Law: The Transition from Intentional to Adverse Effect Discrimination. *Theoretical Inquiries in Law*, 2, n. 1, Janeiro 2001, p. 349-386.

³⁵⁴ Tradução livre. No original: "... black and latino voters became increasingly important political constituencies in many of the same big cities where the logic of local politics had previously been consistent with maintaining police and fire departments as domains of white ethnic patronage. (...) Many cities were only too happy to be held

Esta virada inclusiva de minorias, com a adoção de medidas promotoras da diversidade com apelo à teoria do impacto desproporcional, teria gerado, segundo Primus³⁵⁵ uma reação da Suprema Corte, que passou a apresentar maior ceticismo com relação ao emprego de critérios raciais que buscassem o favorecimento de minorias³⁵⁶.

O precedente paradigmático que marca uma mudança no posicionamento da Suprema Corte é *Ricci v. DeStefano*,³⁵⁷ julgado em 2009. O caso concreto tratou da hipótese em que servidores da cidade de New Haven, Connecticut, suspenderam o processo de promoção de bombeiros após verificar que o teste escrito que fazia parte do processo gerava impacto desproporcional prejudicial aos bombeiros afro-americanos. A cidade entendeu que, diante do resultado desproporcional, o Título VII do *Civil Rights Act* de 1964 obrigaria a suspensão e revisão do processo de contratação, sob pena de caracterizar-se situação de discriminação.

Os bombeiros brancos prejudicados com a medida, no entanto, entenderam que a suspensão do processo se baseava intencionalmente em um critério racial – e, portanto, proibido –, configurando uma situação de efetiva discriminação direta (*disparate treatment*) contra si.

liable for disparate impact violations, or to enter into consent decrees in suits brought on disparate impact ground, and then to implement remedial decrees requiring increased minority hiring” (PRIMUS, R. The future of disparate impact. *Michigan Law Review*, Junho 2010, p.1366).

³⁵⁵ PRIMUS, R. The future of disparate impact. *Michigan Law Review*, Junho 2010, p. 1341-1387.

³⁵⁶ Não se deve analisar esta alteração no posicionamento da Corte sem considerar, no entanto, também a substancial alteração de sua composição e uma guinada à direita (ou ao conservadorismo) que se deu precisamente a partir da década de 80, tendo seu auge na atual Corte Roberts. Sobre esta evolução jurisprudencial, confira-se, na literatura nacional, o artigo de Luís Roberto Barroso (BARROSO, L. R. A americanização do Direito Constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. In: SARMENTO, D. *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 314). A virada formalista da Corte é exemplificada principalmente pelos casos tratando da constitucionalidade das ações afirmativas à luz do princípio constitucional da igualdade, em que a Corte reiteradamente julgou inconstitucionais as medidas que considerassem o critério racial, mesmo quando fundada em boa-fé favorável a grupos historicamente discriminados (MCCORMICK, M. L. Disparate impact and equal protection after *Ricci v. DeStefano*. *Saint Louis U. Legal Studies Research Paper*, 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2132639>>. Acesso em: 15 jun. 2015). Ainda, segundo Rosenthal, isto pode ser associado ao posicionamento da Suprema Corte, neste mesmo período, que passou a aplicar o escrutínio estrito a todos os casos em que houvesse emprego do critério racial, mesmo que em favor de minorias (ROSENTHAL, L. Saving Disparate Impact. *Chapman University School Legal Studies Research Paper Series*, 2013, p. 2158-2209. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2045688>>. Acesso em: 5 jul. 2015). Neste sentido, em *Johnson v. California* a Corte “insist[iu] no escrutínio estrito (...) mesmo para as chamadas classificações raciais ‘benignas’, como as políticas de admissão em universidade que consideram a raça, preferências baseadas em raça nos contratos do governo, e divisão de distritos baseadas em raça com o objetivo de aumentar a representação de minorias”, cf. ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, *Johnson v. California*, 543 U.S. 499, 506 (2005).

³⁵⁷ ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, *Ricci v. DeStefano*, 557 U.S. 557 (2009).

Configurou-se, assim, uma problemática situação de tensão entre a teoria do *disparate treatment*, afirmada em *Washington v. Davis*³⁵⁸ e a teoria do *disparate impact* de *Griggs*.³⁵⁹

Diante deste embate, a Suprema Corte, por maioria, decidiu que a decisão da cidade no sentido de suspender o processo violaria o princípio da igualdade conforme inserido na Constituição norte-americana. Segundo a opinião da Corte, desde que o teste aplicado pelo empregador se utilize de critérios aparentemente neutros, o risco da criação de um cenário de discriminação indireta não seria motivo suficiente para justificar a adoção de um ato intencionalmente baseado em critérios raciais. Para a maioria da Corte, a atuação da cidade, que buscou evitar a configuração da discriminação indireta contra bombeiros pertencentes a minorias étnicas, na verdade implicou a prática de discriminação direta contra os bombeiros brancos. Ou seja, ao desconsiderar o critério neutro dos testes aplicados exclusivamente em razão de seus efeitos raciais, a cidade teria incorrido em hipótese de *disparate treatment* proibido constitucionalmente.

A Corte afirmou, ainda, que as medidas adotadas pela cidade apenas seriam possíveis diante de uma evidência sólida e comprovada de que o empregador poderia de fato estar sujeito a uma condenação por discriminação indireta caso a prática fosse mantida. Do contrário, qualquer desconsideração de medidas neutras em favor de um determinado grupo racial seria invariavelmente violadora do princípio da igualdade³⁶⁰.

A interpretação da decisão poderia permitir concluir, assim, que haveria uma hierarquia entre a discriminação indireta e a discriminação direta nos Estados Unidos, de modo que seria praticamente impossível evitar a configuração de discriminação por impacto

³⁵⁸ ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229 (1976). O caso tratava de analisar se o princípio constitucional da igualdade (*equal protection clause*) vedava não só a ação estatal que era intencionalmente discriminatória, como também aquela que gerasse impacto desproporcional. Prevaleceu a tese de que a *equal protection clause* apenas proibia o *disparate treatment* (a discriminação direta), e não o *disparate impact*, a despeito da crítica doutrinária em sentido contrário, cf. MCCORMICK, M. L. *Disparate impact and equal protection after Ricci v. DeStefano*. *Saint Louis U. Legal Studies Research Paper*, 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2132639>>. Acesso em: 15 jun. 2015 e PRIMUS, R. *The future of disparate impact*. *Michigan Law Review*, Junho 2010, p. 1341-1387.

³⁵⁹ *Ibid.*, passim.

³⁶⁰ Conforme destacado por Primus, esta conclusão gera algumas perplexidades. Em primeiro lugar, porque seria do espírito do Título VII do *Civil Rights Act* o objetivo de fomentar a adoção voluntária de medidas antidiscriminatória pelo empregador. No entanto, se para isso é necessário preencher um *standard* tão alto, haveria uma tendência a dissuadir o empregador de adotar tais medidas. De outro lado, o *standard* da evidência sólida comprovada (*strong basis in evidence*) foi utilizado pela Corte a partir da jurisprudência elaborada à luz da *equal protection clause* constitucional, apesar de a Corte tradicionalmente tratar de casos de *disparate impact* (e *Ricci* não foi diferente) como matéria infraconstitucional (MCCORMICK, M. L. *Disparate impact and equal protection after Ricci v. DeStefano*. *Saint Louis U. Legal Studies Research Paper*, 2012, passim. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2132639>>. Acesso em: 15 jun. 2015 e PRIMUS, R. *The future of disparate impact*. *Michigan Law Review*, Junho 2010, p. 1341-1387.

desproporcional (ao menos extrajudicialmente), sob risco de violar a proibição do intuito discriminatório fundado em critérios de classificação suspeitos³⁶¹.

Este julgado levou diversos autores a questionarem o futuro da teoria do impacto desproporcional nos EUA³⁶². Neste sentido, McCormick³⁶³ sustentou que a corte assumiu uma postura excessivamente formal, limitando inclusive o poder do Congresso de proibir a discriminação. Rosenthal³⁶⁴, por sua vez, propôs uma leitura do *disparate impact* à luz da *equal protection clause*, sustentando que a consideração do critério racial pela legislação de direitos civis é compatível com a promoção da igualdade³⁶⁵. Buscando salvar a teoria do impacto desproporcional, Richard Primus³⁶⁶ distinguiu entre três possíveis leituras extraíveis de *Ricci*: uma leitura geral, segundo a qual o precedente implicaria contradição entre a teoria do impacto desproporcional e a *equal protection clause*³⁶⁷ - com consequências fatais para a doutrina do *disparate impact* -; uma leitura institucional, segundo a qual apenas os tribunais poderiam considerar o critério racial e declarar o impacto desproporcional das medidas, não cabendo aos

³⁶¹ Ainda de acordo com Primus, este entendimento é fruto de uma evolução do posicionamento da Corte no sentido de tornar-se cada vez menos sensível às políticas que considerassem expressamente o critério racial, mesmo quando em favor de minorias raciais. *Ibid.* p. 1341-1387. Neste contexto, a Corte decidiu, no caso *Schuette v. Coalition to Defend Affirmative Action*, pela constitucionalidade de emenda à Constituição do Estado de Michigan que proibiu a consideração do critério racial para o ingresso em universidades, apesar do voto efusivo da Justice Sonia Sotomayor que, acompanhada pela Justice Ruth Bader Ginsburg, revelava a importância da manutenção da medida diante da desproporcionalidade na ocupação de vagas no ensino superior por alunos brancos e alunos pertencentes a minorias raciais [ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, *Schuette v. Coalition to Defend Affirmative Action*, 572 U.S. (2014)].

³⁶² PRIMUS, R. The future of disparate impact. *Michigan Law Review*, Junho 2010, p. 1341-1387, MCCORMICK, M. L. Disparate impact and equal protection after *Ricci v. DeStefano*. *Saint Louis U. Legal Studies Research Paper*, 2012, *passim*, ROSENTHAL, L. Saving Disparate Impact. *Chapman University School Legal Studies Research Paper Series*, 2013, p. 2158-2209. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2045688>>. Acesso em: 5 jul. 2015 e SEINER, J. A.; GUTMAN, B. N. Does *Ricci* herald a new disparate impact? *Boston University Law Review*, 90, 2010, p. 2182-2222.

³⁶³ MCCORMICK, M. L. *Ibid.*, p. 21 et seq.

³⁶⁴ ROSENTHAL, L. *op. cit.*, nota 362, *passim*.

³⁶⁵ Neste sentido, o autor se fundamenta no princípio anti-balkanização sustentado por Siegel, no sentido de que o princípio da igualdade reconheceria a necessidade de remédios que considerem o critério racial com o objetivo de reduzir discriminações raciais sem agravar ressentimentos raciais. Segundo a autora, “We can read in these statements of why government has constitutional reason to engage in raceconscious action an antibalkanization conception of equality: that the government may act to ensure that no group is so deeply marginalized as to feel like an outsider or a nonparticipant, so long as government combats group marginalization by means that do not unduly stimulate group resentment” (SIEGEL, R. B. From Colorblindness to Antibalkanization: An Emerging Ground of Decision in Race Equality Cases. *The Yale Law Journal*, 120, 2011, p. 1252). Em tradução livre: “podemos ler nestas afirmações sobre por quê o governo tem uma razão constitucional para tomar ações que consideram o critério racial uma concepção de igualdade antibalkanização: que o governo pode agir para assegurar que nenhum grupo está tão profundamente marginalizado a ponto de sentir-se como um *outsider* ou um não-participante, na medida em que o governo combate a marginalização de grupos por meios que não estimulem indevidamente o ressentimento de grupo”.

³⁶⁶ PRIMUS, R. The future of disparate impact. *Michigan Law Review*, Junho 2010, p. 1341-1387.

³⁶⁷ Segundo esta leitura, o conflito entre as teorias é inevitável, na medida em que “a teoria do impacto desproporcional considera a raça; o princípio da igualdade demanda neutralidade quanto à raça”. A tradução é livre. No original: “Disparate impact doctrine is race conscious; equal protection requires racial neutrality” (*Ibid.*, p. 1344).

empregadores públicos fazê-lo³⁶⁸; e, por fim, uma leitura baseada na visibilidade das vítimas, que sustentaria que o problema com *Ricci* não seria a decisão baseada no critério racial, mas sim o fato de um grupo determinado, visível e inocente (ou seja, que nada teria a ver com a discriminação supostamente perpetrada) haver sido prejudicado pela medida³⁶⁹. Para o autor, apenas as últimas leituras permitem a manutenção da teoria, sob pena de reconhecer-se sua inconstitucionalidade.

A tendência de restrição das hipóteses de configuração do impacto desproporcional tem sido verificada também fora do contexto de aplicação do *Civil Rights Act*. Neste sentido, em *Texas Department of Housing and Community Affairs v. The Inclusive Communities Project, Inc.*³⁷⁰ a Corte, ao mesmo tempo que reconheceu a possibilidade de configurar-se uma situação de discriminação indireta à luz do *Fair Housing Act*³⁷¹, restringiu substancialmente o seu escopo de caracterização ao exigir a demonstração de uma prova robusta da discriminação e ao afirmar que seriam válidas todas as justificações apresentadas pelos réus para as práticas empregadas, desde que estas justificações não fossem artificiais, arbitrárias e desnecessárias.

Outro caso de relevância, inclusive sob a perspectiva da teoria da jurisdição constitucional, é o julgado em *City of Boerne v. Flores*³⁷². O caso discutia a constitucionalidade do *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA)³⁷³, que determinava que qualquer ônus indevido

³⁶⁸ Esta leitura encontra-se em consonância com uma postura juriscêntrica que, sob diversos aspectos, se revela na teoria da supremacia judicial sustentada pela Suprema Corte norte-americana. A respeito desta discussão, confira-se BRANDÃO, R. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, passim. Note-se, ainda, que por força da teoria da *state action* americana, apenas se poderia falar em violação à *equal protection clause* com relação a empregadores públicos, visto que, como será exposto a seguir, não se reconhece a eficácia horizontal dos direitos fundamentais no ordenamento norte-americano – confira-se, quanto a isto, SARMENTO, D. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, passim. Ainda, segundo Primus, nos primeiros anos de vigência do Título VII, os casos apresentados perante as Cortes eram de difícil vitória pelos requerentes, salvo duas exceções: contra empregadores do sul dos Estados Unidos – cuja história de discriminação racial é conhecida – e contra empregadores públicos, especialmente quanto aos cargos de policial e de bombeiros (PRIMUS, R. *The future of disparate impact*. *Michigan Law Review*, Junho 2010, p. 1365-1366)

³⁶⁹ No caso da última leitura, portanto, seria possível diferenciar entre hipóteses em que há vítimas visíveis e aquelas em que os custos da superação do impacto desproporcional é difuso (PRIMUS, R. op. cit. nota 368, p. 1345).

³⁷⁰ ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, *Texas Department of Housing and Community Affairs v. The Inclusive Communities Project, Inc.*, 576 U.S. (2015).

³⁷¹ O *Fair Housing Act* foi uma legislação aprovada com o objetivo de vedar a discriminação no âmbito da compra e venda de imóveis voltados para a habitação.

³⁷² ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507 (1997). Um estudo profundo acerca das repercussões de *City of Boerne* para o debate acerca da supremacia judicial, confira-se BRANDÃO, R. Op. cit. nota 368, passim.

³⁷³ A legislação buscava, por sua vez, superar o precedente firmado em *Employment Division v. Smith*, pelo qual a Corte afirmou que a legislação que causasse apenas um ônus indevido (*undue burden*) não-intencional sobre determinadas religiões se sujeitaria apenas ao *rational basis scrutiny* – o padrão de análise da constitucionalidade das leis pela Corte, inferior ao *intermediate scrutiny* e ao *strict scrutiny* (ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990)).

imposto à religião em razão de uma lei neutra seria considerado suspeito. A Suprema Corte entendeu, contudo, pela inconstitucionalidade da norma, ao fundamento de que o Congresso não poderia expandir os direitos decorrentes do princípio constitucional da igualdade para além do reconhecido pela Corte – sendo certo que, como visto, a jurisprudência da Suprema Corte não reconhece a vedação à discriminação indireta como decorrência da aplicação da *equal protection clause*.

Este panorama jurisprudencial de considerável restrição interpretativa do princípio da igualdade e da vedação à discriminação indireta foi objeto de críticas por parte de teóricos americanos³⁷⁴ – não sem que a própria teoria do impacto desproporcional tenha recebido sua justa quota de críticos³⁷⁵. Fato é que, a despeito de vozes dissonantes, a discriminação indireta nos Estados Unidos é atualmente concebida pela Suprema Corte de maneira restrita e com fundamento infraconstitucional, em um contexto jurídico marcado por uma Constituição sintética e de natureza liberal e de uma jurisprudência resistente à internalização de debates internacionais acerca da promoção da igualdade e da proteção da dignidade da pessoa humana.³⁷⁶

Assim, apesar do caráter vanguardista da jurisprudência norte-americana no que diz respeito ao tema, a análise de teorias elaboradas em outros ordenamentos permitirá verificar se e como a teoria do impacto desproporcional, conforme concebida pela Corte, tornou-se uma “excentricidade norte-americana”³⁷⁷, distante do conceito de discriminação indireta desenvolvido internacionalmente.

³⁷⁴ MCCORMICK, M. L. Disparate impact and equal protection after Ricci v. DeStefano. *Saint Louis U. Legal Studies Research Paper*, 2012, passim, ROSENTHAL, L. Saving Disparate Impact. *Chapman University School Legal Studies Research Paper Series*, 2013, p. 2158-2209. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2045688>>. Acesso em: 5 jul. 2015. Especificamente quanto à interpretação restritiva do princípio constitucional da igualdade, veja-se SIEGEL, R. B. Why equal protection no longer protects: The evolving forms of status-enforcing state action. *Stanford Law Review*, 49, 1996-1997, p. 1111-1148.

³⁷⁵ HUNTER, R. C.; SHOBEN, E. W. Disparate Impact Discrimination: American Oddity or Internationally Accepted Concept? *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, 19, n. 1, 1998, p. 108-152.

³⁷⁶ Neste sentido, parece ser necessário discordar, ao menos parcialmente, da leitura do ordenamento norte-americano levada a efeito por Roger Raupp Rios. Abalizado em lição de Laurence Tribe, o autor afirma que a teoria do impacto desproporcional encontra seu fundamento na *equal protection*, evitando reduzir o princípio norte-americano da igualdade à discriminação indireta. Ainda que a proposta seja revestida de importantes fundamentos, fato é que a jurisprudência Suprema Corte dos EUA tem sido uniforme sobre o tema – *disparate impact* e *equal protection clause* não se confundem, na forma do que foi exposto nesta análise. Isto não inviabiliza a crítica – como deve ser entendida, assim, a posição de Roger Raupp Rios –, nem contradiz a ideia do autor segundo a qual “a pesquisa do conteúdo jurídico do princípio da igualdade no direito estadunidense não pode se furtar ao exame do *disparate impact*, uma vez que sua aplicação foi considerada constitucional pela Suprema Corte em todos os casos em que foi reconhecida a ocorrência da discriminação indireta” – ressalvado, quanto a isto, o analisado caso *Ricci*, julgado após a publicação do estudo do autor (RIOS, R. R. *Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 129-130).

³⁷⁷ HUNTER, R. C.; SHOBEN, E. W. Op. cit. nota 375, passim.

3.3 A discriminação indireta no Canadá: a teoria da discriminação por efeitos adversos.

No Canadá, a evolução do conceito de discriminação indireta deu-se de forma e por fundamentos diversos daqueles verificados nos Estados Unidos. O direito da antidiscriminação canadense se desenvolve a partir da legislação e jurisdição dos direitos humanos nos anos 80. Um traço distintivo do ordenamento jurídico canadense é a existência de estatutos de direitos humanos estaduais, editados pelos entes federativos canadenses. São estes estatutos jurídicos que proíbem a discriminação fundada em raça, sexo, idade, nacionalidade, entre outros (apesar de haver diferenças entre estatutos). Paralelamente, no âmbito federal, o Canadá apresenta duas cartas de direitos humanos, o *Canadian Human Rights Act* e a *Charter of Rights And Freedoms* – sendo que esta última adquiriu status constitucional³⁷⁸ e, a partir dos anos de 1980, assumiu papel central no avanço do princípio da igualdade no país,³⁷⁹ a partir do protagonismo da Suprema Corte³⁸⁰.

Na jurisprudência da Suprema Corte Canadense, o conceito de discriminação tem sido definido como uma distinção intencional ou não, baseada em características pessoais de um indivíduo ou grupo, cujo efeito é impor desvantagens não impostas a outros grupos ou que retira ou limita o acesso destes indivíduos a vantagens disponíveis a outros membros da sociedade.³⁸¹ Em formulação semelhante, a discriminação foi também conceituada pela Corte como a imposição de uma desvantagem ou restrição de benefícios de forma a refletir estereótipos ou características de grupo ou pessoais, cujo efeito é perpetuar ou promover a visão de que um determinado indivíduo é menos capaz ou digno de reconhecimento como ser humano³⁸². Este conceito de discriminação está fundamentado em uma concepção do princípio da igualdade, construída ao longo da jurisprudência canadense, que considera que a igualdade requer uma abordagem que “considere integralmente o contexto da situação do grupo do autor

³⁷⁸ LEMMENS, T.; THIERY, Y. Insurance and Human Rights: What Can Europe Learn from Canadian Anti-Discrimination Law? In: COUSY, H.; VAN SCHOU BROECK, C. *Discrimination in Insurance*. [S.l.]: Maklu / Academia-Bruylant, 2007, p. 4-5.

³⁷⁹ CANADÁ, Suprema Corte, *R. v. Oakes*, [1986] 1 SCR 103.

³⁸⁰ Com efeito, logo após a promulgação da Carta, as cortes inferiores canadenses interpretaram o estatuto constitucional de maneira tímida – influenciadas por uma jurisprudência restritiva elaborada à luz da anterior Declaração de Direitos Canadense. É a partir da conclamação da Suprema Corte no sentido de que a carta deveria ser levada a sério que este posicionamento passa a ser alterado (LEPOFSKY, M. D. *The Canadian Judicial Approach to Equality Rights: Freedom Ride or Roller Coaster*. *Law and Contemporary Problems*, 55, 1992, p. 167-200).

³⁸¹ CANADÁ, Suprema Corte, *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 SCR 143. Neste caso, a corte afirmou que uma regra que proíbe a toda uma classe de pessoas que exerçam alguma forma de profissão, exclusivamente com base em não serem cidadãos e sem considerar as qualificações de educação e profissional ou outros atributos e méritos dos indivíduos no grupo viola o princípio da igualdade canadense.

³⁸² CANADÁ, Suprema Corte, *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497.

[da ação] e se a lei impugnada perpetua desvantagens ou estereótipos negativos sobre aquele grupo”³⁸³.

Neste sentido, segundo a jurisprudência da Corte, o artigo 15(1)³⁸⁴ da Carta de Direitos e Liberdades³⁸⁵ impõe àqueles que alegam sofrer discriminação a necessidade de demonstrarem não só que não estão recebendo igual tratamento da lei ou que a lei produz impactos diferenciados, como também que a lei em si é discriminatória.³⁸⁶ Assim, a violação discriminatória do princípio da igualdade contido na Carta demanda a demonstração do tratamento diferenciado com base nos fundamentos enumerados no artigo 15(1) (como raça, nacionalidade, origem étnica, cor, religião, sexo e outros) ou em fundamentos análogos que constituam uma discriminação³⁸⁷.

O *leading case* na aplicação do conceito de discriminação indireta no direito canadense foi o caso *O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*³⁸⁸ Theresa O'Malley era vendedora na empresa Simpsons Sears, que exigia de seus empregados que trabalhassem nos sábados, devido à intensa demanda no período. Em dado momento, a vendedora passou a professar nova fé religiosa, tornando-se adventista do sétimo dia. Segundo sua nova crença, a guarda sabática seria obrigatória, razão pela qual a vendedora não mais poderia cumprir com a exigência de trabalho aos sábados sem violar em alguma medida sua liberdade religiosa. As instâncias inferiores afirmaram não ser caso de discriminação, tendo em vista que a exigência de trabalho no sábado não revelaria intenção discriminatória do empregador.

Revertendo este entendimento, a Suprema Corte do Canadá, em voto proferido pelo Juiz McIntyre, sustentou teses inovadoras se comparadas à vizinha Suprema Corte dos Estados Unidos. Cumpre destacar o seguinte excerto do julgamento:

³⁸³ CANADÁ, Suprema Corte, *Withler v. Canada*, [2011] 1 SCR 396.

³⁸⁴ Em tradução livre, “15. (1) Todo indivíduo é igual perante e sob a lei e tem o Direito à igual proteção e igual benefício da lei sem discriminação e, em particular, sem discriminação baseada na raça, origem nacional ou étnica, cor, religião, sexo, idade ou deficiência mental ou física”. No original: “15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability”.

³⁸⁵ No complexo sistema canadense de proteção aos direitos humanos, a Carta de Direitos e Liberdades serve como parâmetro constitucional para a legislação dos entes federativos de duas formas: quando haja confronto direto entre uma disposição legislativa e a contida na Carta e quando as ações tomadas à luz da legislação infraconstitucional violem a própria carta. Nesta última hipótese, a legislação permanece válida, sendo necessária a tomada de medidas que superem os atos inconstitucionais. Essa segunda hipótese é relevante, na medida em que a aplicação da Carta a entes privados encontra resistência na jurisprudência da Corte. Cf. CANADÁ, Suprema Corte, *Eldridge v. British Columbia*, [1997] 2 SCR 624.

³⁸⁶ *Ibid.*

³⁸⁷ Neste sentido, confira-se: CANADÁ, Suprema Corte, *Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia*, [2004] 3 SCR 657; CANADÁ, Suprema Corte, *Egan v. Canada*, [1995] 2 SCR. 513; e CANADÁ, Suprema Corte, *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1998] 3 F.C. 175.

³⁸⁸ CANADÁ, Suprema Corte, *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears*, [1985] 2 SCR 536.

Uma regra do empregador, honestamente feita por fortes razões econômicas e de negócio e igualmente aplicáveis a todos aqueles a quem pretende ser aplicada, pode ainda assim ser discriminatória se afetar uma pessoa ou pessoas diferentemente de outras a quem ela pretende aplicar-se. A intenção discriminatória não é um fator reinante na construção da legislação de direitos humanos voltada para eliminar a discriminação. No lugar disso, é o resultado ou efeito da alegada ação discriminatória que é significativo. O objetivo do *Ontario Human Rights Code* é remover a discriminação – seu principal instrumento não é a punição daquele que discrimina, mas fornecer assistência à vítima da discriminação.³⁸⁹

Uma primeira particularidade que se destaca no julgado de *O'Malley* é a afirmação de que a discriminação – seja direta, seja indireta – independe do intuito discriminatório. Pelo contrário, o intuito seria irrelevante se considerado o objetivo da legislação de direitos humanos, que é a superação da discriminação, e não a punição do agente que discrimina. Neste sentido, a diferença entre a discriminação direta e a discriminação indireta consiste em que, na primeira, a prática ou regra empregada utiliza-se expressamente de um critério discriminatório proibido – por exemplo, o critério religioso, racial ou de gênero. A discriminação indireta – denominada *adverse effects discrimination*, ou discriminação por efeitos adversos – consiste, por outro lado, na hipótese em que uma prática aparentemente neutra, mesmo que empregada de maneira razoável (ou seja, mesmo que apresente uma necessidade do negócio, na linguagem jurisprudencial norte-americana), gera efeitos prejudiciais para um indivíduo ou grupo. Assim, enquanto a discriminação direta implicaria necessariamente a derrubada da prática ou regra discriminatória, a discriminação indireta nem sempre levaria a sua retirada do ordenamento. A Corte sustentou que, em caso de discriminação indireta, surgiria para a vítima o direito a uma acomodação razoável e, para o agente da discriminação, o dever de prestar tal acomodação. Confira-se:

Em um caso de discriminação por efeitos adversos, o empregador tem o dever de tomar passos razoáveis para acomodar, limitado ao ônus excessivo sobre a operação do negócio do empregador (...). Se os passos razoáveis não atingirem totalmente a finalidade desejada, o autor [da ação], na ausência de passos para a acomodação de sua própria parte, deve sacrificar ou seus princípios religiosos, ou seu emprego.³⁹⁰

³⁸⁹ Tradução livre. No original: “An employment rule, honestly made for sound economic and business reasons and equally applicable to all to whom it is intended to apply, may nevertheless be discriminatory if it affects a person or persons differently from others to whom it is intended to apply. The intent to discriminate is not a governing factor in construing human rights legislation aimed at eliminating discrimination. Rather, it is the result or effect of the alleged discriminatory action that is significant. The aim of the *Ontario Human Rights Code* is to remove discrimination – its main approach is not to punish the discriminator, but to provide relief to the victim of discrimination”, cf. CANADÁ, Suprema Corte, *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears*, [1985] 2 SCR 536.

³⁹⁰ Tradução livre. No original: “In a case of adverse effect discrimination, the employer has a duty to take reasonable steps to accommodate short of undue hardship in the operation of the employer's business. There is no question of justification because the rule, if rationally connected to the employment, needs none. If such reasonable steps do not fully reach the desired end, the complainant, in the absence of some accommodating steps on his own part, must sacrifice either his religious principles or his employment”, cf. *Ibid.*

Note-se, pois, que a acomodação razoável impõe aos litigantes o dever de cooperar de forma que, de um lado, aquele sobre quem recai o dever de acomodar deveria buscar formas de reduzir o efeito discriminatório, adotando práticas que extinguissem ao máximo a discriminação de fato, nos limites do que seria um ônus indevido (*undue hardship*)³⁹¹. De outro lado, a própria vítima da discriminação deveria, sempre que o ônus excessivo se revele para o empregador, dar os passos necessários para adequar-se às propostas de acomodação sugeridas (ou sugerir propostas que gerem ônus menos indevido).

O'Malley, portanto, distingue-se da jurisprudência americana fundada em *Griggs v. Duke Power Co.*, em pelo menos 3 (três) sentidos: primeiro, adota uma interpretação objetiva do direito da antidiscriminação – superando qualquer necessidade de comprovação do intuito discriminatório, ônus que, por recair em regra sobre os requerentes, tende a dificultar a demonstração da discriminação perpetrada pela prática ou regra aplicada. Em segundo lugar, reconhece que a discriminação indireta é possível mesmo quando haja necessidade do negócio (ou seja, uma razoável justificativa) – em contraposição ao entendimento norte-americano que permite o uso do *business necessity* como argumento de defesa em favor daquele que promove indiretamente a discriminação –, na medida em que não sejam tomados os passos razoáveis para acomodar a parte prejudicada. Por fim, dispensa, ao menos em uma primeira mirada, a demonstração estatística milimétrica do impacto da prática aparentemente neutra sobre determinado grupo – reconhecendo que a discriminação pode ocorrer até mesmo em relação a um único indivíduo, cabendo às partes um dever de cooperação visando à sua acomodação razoável.

Veja-se que, em *O'Malley*, assim como ocorreu em *Griggs*, tratava-se de analisar a validade de medidas indiretamente discriminatórias à luz da legislação ordinária estatal e federal, respectivamente. É no caso *Bhinder*³⁹², também julgado em 1985, que a Corte Canadense estendeu o conceito de discriminação indireta apresentado em *O'Malley* ao *Canadian Human Rights Act* – o equivalente, na esfera federal, à legislação de direitos humanos

³⁹¹ Note-se que, conforme afirmado em *Central Okanagan School District No 23 v. Renaud* [CANADÁ, Suprema Corte, *Central Okanagan School District No 23 v. Renaud*, [1992] 2 S.C.R. 970], a ideia de que apenas o ônus indevido afastar o dever de acomodar implica reconhecer que algum ônus deve ser suportado por aquele obrigado a promover a acomodação razoável. Ou seja, não basta um mero esforço mínimo (“negligible effort”) para que o dever de acomodar seja cumprido. Da mesma forma, o esforço exigido não pode ser tal que ponha em jogo a própria finalidade da relação que se estabelece – notadamente, nas relações de emprego, o cumprimento dos fins econômicos do negócio. Cf. CANADÁ, Suprema Corte, *Hydro-Québec v. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec*, [2008] 2 SCR 561.

³⁹² CANADÁ, Suprema Corte, *Bhinder & Canadian Human Rights Commission v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561.

editadas por cada ente local da federação canadense. Em *Bhinder*, a Corte analisou se a imposição do uso de capacetes de proteção aos empregados da *Canadian National Railway Company* implicaria discriminação em relação ao demandante, adepto do sikhismo, religião que proíbe o uso de tal acessório.

Ocorre que, diferentemente do que ocorreu no caso *O'Malley*, o *Canadian Human Rights Act* previa o que a Corte entendeu ser uma hipótese de escusa para o reconhecimento de discriminação – o *bona fide occupational requirement* (em tradução livre, a exigência do cargo adotada de boa-fé – ou, simplesmente, exigência adotada de boa-fé). Trata-se, pois, da hipótese em que uma determinada prática, critério ou requisito está intimamente relacionado com o exercício da posição ou cargo ocupado, tendo sido adotado pelo empregador de boa-fé, sem intenção de discriminar. Assim, a Corte decidiu que, na hipótese em que presente esta exigência, a discriminação indireta não restaria configurada. Negou-se, assim, o direito à acomodação razoável fundado no *Human Rights Act* em hipóteses como esta. Confira-se o trecho da síntese do julgado:

A regra do capacete era uma exigência do cargo adotada de boa-fé (...). Uma condição para o trabalho não perde seu caráter enquanto exigência adotada de boa-fé porque possa ser discriminatória. Pelo contrário, enquanto uma exigência do cargo adotada de boa-fé, ela pode permitir uma conseqüente discriminação, se for o caso (...). Não há dever de acomodar visto que a seção 14(a) [do *Canadian Human Rights Act*] declarou que não há prática discriminatória quando se trate de uma exigência do cargo adotada de boa-fé.³⁹³

A decisão em *Bhinder* – formada por uma maioria entre três distintas opiniões emitidas pelos juízes da Suprema Corte – foi duramente criticada, tendo ensejado a elaboração de um documento pela Comissão de Direitos Humanos em que se afirmou que o julgado contrariava os objetivos da legislação de direitos humanos, reduzindo as hipóteses de configuração de discriminação indireta e do direito ao ajustamento razoável.³⁹⁴

³⁹³ Tradução livre. No original: “The hard hat rule was a bona fide occupational requirement which met the Etobicoke test: one honestly imposed in the interest of the performance of the work with all reasonable dispatch, safety and economy and not for extraneous reasons aimed at defeating the Code. The test does not vary with the special characteristics and circumstances of the complainant. A working condition does not lose its character as a bona fide occupational requirement because it may be discriminatory. Rather, as a bona fide occupational requirement, it may permit consequential discrimination, if any. (...). There was no duty to accommodate since s. 14 (a) declared no discriminatory practice where a bona fide occupational requirement existed”, cf. CANADÁ, Suprema Corte, *Bhinder & Canadian Human Rights Commission v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561.

³⁹⁴ CANADÁ. Canadian Human Rights Commission. *The Effects of the Bhinder Decision on the Canadian Human Rights Commission: A Special Report to Parliament*. Ottawa: Commission, 1986, passim.

Em resposta ao *backlash* causado por *Bhinder*, a Corte reviu seu posicionamento no caso *Alberta*³⁹⁵, em que consignou expressamente o equívoco do julgamento anterior. Neste caso, a Corte afirmou que o *bona fide occupational requirement* pode ser empregado como defesa no caso de discriminação direta, mas não impede a configuração de discriminação indireta e, conseqüentemente, não exclui o dever de acomodação do indivíduo ou grupo prejudicado pela medida. A síntese do julgado mais uma vez auxilia seu esclarecimento:

Bhinder v. Canadian National Railway Co. está correto quando afirma que a acomodação não é um componente do teste de BFOQ [a exigência do cargo adotada de boa-fé] e que uma vez que a BFOQ está provada, o empregador não tem o dever de acomodar. Ele está incorreto, no entanto, quando o princípio é aplicado ao caso de discriminação por efeitos adversos. O resultado final é que quando a regra discrimina diretamente, ela só pode ser justificada por um equivalente legal ao BFOQ, i.e., uma defesa que considere a regra em sua totalidade. (...). No entanto, quando a regra tem um efeito discriminatório adverso, a resposta apropriada é mantê-la em sua aplicação geral e considerar se o empregado poderia ter acomodado o empregador adversamente afetado sem ônus indevido.³⁹⁶

Retomou-se, assim, o limite do *undue hardship* (ônus indevido) como única alegação capaz de afastar o direito de acomodação razoável nos casos de discriminação indireta, de maneira que a exigência de boa-fé apenas pode ser sustentada quando a superação da discriminação indireta implique ônus excessivo contra aquele que tem o dever de acomodar.

A questão da discriminação indireta foi posteriormente revisitada no paradigmático caso *Meiorin*,³⁹⁷ em que a Suprema Corte do Canadá buscou ressystematizar e simplificar o direito de antidiscriminação canadense – que, a esta altura, já apresentava uma série de conceitos, requisitos, e parâmetros de classificação. Assim, a Corte inovou ao sustentar que a distinção entre discriminação direta e indireta deveria ser substituída por uma análise unificada.³⁹⁸ Esta análise unificada seria justificada porque, primeiramente, seria difícil traçar a distinção entre parâmetros claramente discriminatórios e parâmetros neutros com efeitos

³⁹⁵ CANADÁ, Suprema Corte, *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human rights commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489.

³⁹⁶ Tradução livre. No original: “Bhinder v. Canadian National Railway Co. is correct in so far as it states that accommodation is not a component of the BFOQ test and that once a BFOQ is proven the employer has no duty to accommodate. It is incorrect, however, in so far as it applied that principle to a case of adverse effect discrimination. The end result is that where a rule discriminates directly it can only be justified by a statutory equivalent of a BFOQ, i.e., a defence that considers the rule in its totality. (...) However, where a rule has an adverse discriminatory effect, the appropriate response is to uphold the rule in its general application and consider whether the employer could have accommodated the employee adversely affected without undue hardship”, cf. *Ibid.*

³⁹⁷ CANADÁ, Suprema Corte, *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3.

³⁹⁸ Isto não implica, no entanto, que a Corte tenha tornado inócua a distinção conceitual entre discriminação direta e indireta, mas tão somente que, no entendimento atual da Corte, a análise de casos de discriminação não deve se valer de parâmetros distintos de acordo com a forma pela qual se dá a discriminação. BRAUN, E. *Adverse Effect Discrimination: Proving the Prima Facie Case. Review of Constitutional Studies*, 11, n. 1, 2006, p. 119-150.

discriminatórios. Com efeito, a opinião da Corte, elaborada pelo Juiz McLachlin, revelou que em diversos casos um mesmo parâmetro pode ser considerado como aparentemente neutro ou como claramente discriminatório:

A distinção entre o *standard* que é discriminatório de plano e o *standard* neutro que é discriminatório em seus efeitos é difícil de justificar, simplesmente porque há poucos casos que podem ser tão claramente caracterizados. Por exemplo, uma regra requerendo que todos os trabalhadores apareçam ao trabalho nas sextas-feiras sob pena de demissão pode ser plausivelmente caracterizada tanto como diretamente discriminatório (porque significa que nenhum trabalhador cuja religião o impeça de trabalhar nas sextas-feiras poderá ser empregado ali) quanto como uma regra neutra que meramente tem um efeito adverso em alguns poucos indivíduos (os mesmos trabalhadores cuja religião os impede de trabalhar nas sextas). Sob a mesma perspectiva, poderia ser plausivelmente afirmado que forçar os trabalhadores a fazer testes de gravidez obrigatórios antes de ingressar em um emprego seria uma regra neutra porque aparentemente aplicável a todos os membros da força de trabalho e que seus efeitos em mulheres são apenas incidentais.³⁹⁹

Em segundo lugar, sendo a própria distinção entre discriminação direta e discriminação indireta maleável, não se justificaria a adoção de remédios diferentes para cada espécie de discriminação. Demais disso, a ideia de que um parâmetro neutro poderia ser tido por válido desde que apenas uma minoria sofresse seus efeitos adversos seria, segundo a Corte, questionável. Isto porque a natureza discriminatória do *standard* reside precisamente no fato de ele afetar minorias de maneira muito mais intensa e prejudicial que os demais grupos sociais.

Merece destaque ainda, na decisão de *Meiorin*, a tese de que a análise bipartida da discriminação daria azo à legitimação sistêmica da discriminação, comprometendo o objetivo do *Humans Right Code*. Isto porque, segundo a opinião da Corte:

Sob a análise convencional, se um *standard* é classificado como sendo “neutro”, sua legitimidade jamais é questionada. O foco se volta para se o autor pode ser acomodado, e o *standard* formal propriamente dito permanece intacto. A análise convencional, assim, transfere a atenção para longe das normas substantivas que subjazem ao *standard*, em favor de como “diferentes” indivíduos podem se adequar ao “*mainstream*”, representado pelo *standard*.⁴⁰⁰

³⁹⁹ Tradução livre. No original: “The distinction between a standard that is discriminatory on its face and a neutral standard that is discriminatory in its effect is difficult to justify, simply because there are few cases that can be so neatly characterized. For example, a rule requiring all workers to appear at work on Fridays or face dismissal may plausibly be characterized as either directly discriminatory (because it means that no workers whose religious beliefs preclude working on Fridays may be employed there) or as a neutral rule that merely has an adverse effect on a few individuals (those same workers whose religious beliefs prevent them from working on Fridays). On the same reasoning, it could plausibly be argued that forcing employees to take a mandatory pregnancy test before commencing employment is a neutral rule because it is facially applied to all members of a workforce and its special effects on women are only incidental”, cf. CANADÁ, Suprema Corte, *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3..

⁴⁰⁰ Tradução livre. No original: “Under the conventional analysis, if a standard is classified as being “neutral” at the threshold stage of the inquiry, its legitimacy is never questioned. The focus shifts to whether the individual claimant can be accommodated, and the formal standard itself always remains intact. The conventional analysis thus shifts attention away from the substantive norms underlying the standard, to how “different” individuals can

A Corte favoreceu, assim, a possibilidade de se analisar a própria legitimidade do parâmetro supostamente neutro – visto que a neutralidade, como já afirmado neste trabalho, traz inevitavelmente consigo diversas premissas substantivas por vezes associadas a preconceitos ou sectarismos indesejáveis. A análise bipartida contrapõe, assim, os “normais” – que se amoldam perfeitamente aos parâmetros “neutros” – e os “acomodados”, que desafiam esta construção social. Por fim, a Corte destacou que a distinção entre discriminação direta e indireta não seria condizente com os propósitos e termos do *Human Rights Code* e da legislação de direitos humanos canadense, que não traz em si uma distinção entre espécies de discriminação, proibindo-a de maneira geral e irrestrita.

Assim é que, desde este julgamento, a Corte tem aplicado o chamado teste de *Meiorin* a casos de discriminação direta e indireta, exigindo do afetado pela discriminação que demonstre que sua pretensão tem fundamento em um critério protegido pela legislação de direitos humanos e que decorre deste fundamento uma necessidade de acomodação. Firmado este panorama de discriminação *prima facie*, cabe à contraparte demonstrar que o *standard* é racionalmente conectado com a finalidade a que se propõe, que é adotado com boa fé em relação ao seu propósito e que é necessário para o atingimento deste. Por fim, para que se afaste o dever de acomodar, é necessário demonstrar a ausência de alternativas de ajustamento razoável que não gerem ônus excessivo sobre aquele que possui o dever de acomodar.

Necessária, ainda, uma última nota no que se refere à natureza da vedação à discriminação – notadamente à discriminação indireta ou por efeitos adversos. As decisões citadas até este ponto fundaram-se na legislação de direitos humanos canadense. É de se indagar, assim, se tal qual a Suprema Corte dos Estados Unidos, a Corte canadense corrobora o entendimento de que a vedação à discriminação (notadamente, à discriminação por efeitos adversos ou por impacto desproporcional) não decorre de imperativo constitucional, mas sim de dispositivos infraconstitucionais (ou supraleais, na forma do caso *O'Malley*). A resposta seria negativa.

Com efeito, no julgamento do caso *Andrews v. Law Society of British Columbia*,⁴⁰¹ o Juiz McIntyre sustentou que a Carta de Direitos e Liberdades Canadense – cuja natureza é constitucional – apresenta, em seu artigo 15(1)⁴⁰², quatro espécies de igualdades a serem

fit into the “mainstream”, represented by the standard”, cf. CANADÁ, Suprema Corte, *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3.

⁴⁰¹ CANADÁ, Suprema Corte, *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143.

⁴⁰² Em tradução livre, dispõe o artigo 15(1) da Carta: “Todo indivíduo é igual perante e sob a lei e tem o direito à igual proteção e ao igual benefício da lei sem discriminação e, em particular, sem discriminação baseada na raça,

usufruídas sem qualquer discriminação – a igualdade perante a lei, a igualdade sob a lei, a igualdade de proteção e a igualdade de benefícios da lei. Neste sentido, o juiz McIntyre, pela Corte, sustentou que os princípios aplicáveis à legislação de direitos humanos seriam igualmente aplicáveis à interpretação do artigo 15(1) da Carta – conferindo, portanto, natureza constitucional ao direito da antidiscriminação canadense (englobando discriminação direta e indireta, a despeito do abandono da classificação)⁴⁰³.

No mesmo caso *Andrews*⁴⁰⁴ identifica-se outra importante contribuição da Corte: a delimitação dos grupos protegidos pela Carta de Direitos e Liberdades do Canadá. Com efeito, segundo o entendimento da Corte – em contraposição à jurisprudência que se firmara na primeira metade do século⁴⁰⁵ – os grupos protegidos pela vedação à discriminação seriam precisamente aqueles grupos vulneráveis em razão de determinados atributos compartilhados, de modo que os critérios elencados no artigo 15(1) da Carta, apesar de não serem taxativos, seriam extensíveis exclusivamente a outros critérios análogos. É dizer: nem toda discriminação promovida por uma prática ou regra seria suspeita, mas apenas aquele que potencialmente gerasse prejuízo a um grupo discriminado.

Nota-se, pois, que a jurisprudência canadense se distancia de maneira substancial daquela firmada no âmbito da Suprema Corte dos Estados Unidos sob diversos aspectos. Primeiramente porque, desde as primeiras decisões acerca das diferentes formas de discriminação, a Corte abandonou o requisito da intenção como necessário à caracterização da discriminação⁴⁰⁶, especialmente da discriminação direta – reduzindo assim o ônus probatório

origem nacional ou étnica, cor, religião, sexo, incapacidade de idade, mental ou física”. Disponível em: < http://brazilians.ca/faq_direitos.htm>. Acesso em: 25 ago. 2015.

⁴⁰³ De maneira semelhante, mas comparativamente menos extensa, a Alta Corte da Austrália sustentou, no julgamento de *Street v. Queensland Bar Association*, a natureza constitucional da teoria da discriminação indireta, com fundamento no artigo 117 da Constituição Australiana. HUNTER, R. C.; SHOBEN, E. W. Disparate Impact Discrimination: American Oddity or Internationally Accepted Concept? *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, 19, n. 1, 1998, p. 108-152. Nota-se, contudo, que o direito da antidiscriminação australiano, no que se refere à proteção de minorias, é ainda fundamentado em legislação de natureza infraconstitucional em sua maior medida.

⁴⁰⁴ No mesmo sentido, confira-se CANADÁ, Suprema Corte, *Turpin v. the Queen*, [1989] 1 SCR 1296.

⁴⁰⁵ LEPOFSKY, M. D. The Canadian Judicial Approach to Equality Rights: Freedom Ride or Roller Coaster. *Law and Contemporary Problems*, 55, 1992, p. 167-200.

⁴⁰⁶ Mais ainda do que dispensar a intenção discriminatória, a Corte afirmou em *Benner v. Canada* que mesmo a existência de justificativas históricas que não se confundam com preconceito ou estereótipo na elaboração da lei seriam irrelevantes para a configuração ou não da discriminação. Neste sentido, a Corte consignou que “a motivação por trás da decisão do Parlamento de manter [uma] negação discriminatória de igual tratamento não torna a negação continuada menos discriminatória” [CANADÁ, Suprema Corte, *Benner v. Canada*, [1997] 1 S.C.R. 358].

das partes prejudicadas pela discriminação e conferindo centralidade ao objetivo de superação da discriminação contido na legislação de direitos humanos⁴⁰⁷.

Em segundo lugar, a Corte conferiu solidez ao reconhecimento da discriminação causada por critérios supostamente neutros, ao restringir as possibilidades de defesa do agente da discriminação à luz de um imperativo de cooperação entre as partes. É dizer, reconhecendo que tanto a parte discriminada quanto o agente da discriminação (ainda que não intencional) devem atuar no sentido de buscar uma acomodação razoável que supere os efeitos adversos da prática incidentalmente discriminatória.

Neste sentido, a partir de *Meiorin*, a Corte – que antes elevara substancialmente o *standard* americano de simples *business necessity* a um *standard* de *bona fide occupational requirement*, que exige não só a demonstração de relação lógica entre a medida adotada e a finalidade pretendida, mas também a demonstração de boa-fé na adoção de tais medidas – passou a considerar indevida qualquer forma de discriminação, firmando o imperativo da acomodação a todos os casos, exceto aqueles em que a acomodação é impossível sem a imposição ônus indevido ou excessivo àquele que tem o dever de implementá-la⁴⁰⁸.

Em terceiro lugar, a partir do caso *Meiorin*, a Corte afirmou que a distinção entre discriminação direta e indireta foi apagada⁴⁰⁹, de modo a potencializar a efetivação do princípio da igualdade – reconhecendo que a adoção de critérios suspeitos ou neutros é irrelevante na medida em que seja gerada uma efetiva subjugação de um grupo protegido pela legislação de direitos humanos.

Por fim, cumpre destacar que o direito da antidiscriminação canadense – a despeito de haver se desenvolvido, tal como nos EUA, principalmente sob a ótica das relações empregatícias – tem se estendido para além de questões estritamente relacionadas com discriminação no trabalho. No recente julgado do caso *Moore*,⁴¹⁰ a corte estendeu o teste de *Meiorin* à hipótese de discriminação no âmbito do direito à educação. No que pese as críticas quanto à insuficiência do teste para além das relações de trabalho⁴¹¹, o reconhecimento de sua

⁴⁰⁷ Ainda na esteira da redução do ônus probatório, a Corte Canadense se posicionou em sentido diverso da Corte Americana, ao afirmar que dados estatísticos não devem ser o fundamento central na análise da discriminação, cf. CANADÁ, Suprema Corte, *Gosselin v. Québec (Attorney General)*, [2002] 4 SCR 429.

⁴⁰⁸ BRAUN, E. Adverse Effect Discrimination: Proving the Prima Facie Case. *Review of Constitutional Studies*, 11, n. 1, 2006, p. 119-150.

⁴⁰⁹ “Meiorin announced a unified approach to adjudicating discrimination claims under human rights legislation. The distinction between direct and indirect discrimination has been erased”, cf. Caso Grismer [CANADÁ, Suprema Corte, *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights)*, [1999] 3 S.C.R. 868].

⁴¹⁰ CANADÁ, Suprema Corte, *Moore v. British Columbia (Education)*, [2012] 3 S.C.R. 360.

⁴¹¹ PARÉ, M. Refining the Test for Discrimination in the Context of Special Education: *Moore v British Columbia*. *Journal of Law & Equality*, 10, 2013, p. 71-84. Segundo a Corte de Moore, o caso de discriminação *prima facie* é

extensão para outras espécies de relações – superada a distinção entre discriminação direta e indireta – configura mais um traço distintivo da jurisprudência canadense em relação à desenvolvida nos EUA.

3.4 A vedação à discriminação indireta no Direito Comunitário Europeu e nos países na União Europeia.

Pode-se afirmar que a decisão proferida pela Suprema Corte norte-americana em *Griggs* “migrou” para a Europa logo após esse julgado, contribuindo para um direito da antidiscriminação europeu que se desenvolveu de forma autônoma. Segundo relata Julie Suk⁴¹², o precedente americano influenciou a elaboração do *Sex Discrimination Act* britânico no que concerne a inclusão da discriminação indireta entre as hipóteses vedadas pela legislação. Isto, por sua vez, conduziu também à alteração do *Race Relations Act*, em 1976, para incluir também a discriminação indireta entre as hipóteses de discriminação racial vedadas. A partir disto, o conceito estendeu-se para a Comunidade Europeia, influenciando a elaboração de diretivas tratando da questão, aplicáveis à totalidade dos países do bloco. Neste sentido, a análise do desenvolvimento do direito da antidiscriminação no âmbito das instâncias supranacionais europeias revela-se desejável para a identificação dos parâmetros e traços distintivos da interpretação conferida ao princípio da igualdade enquanto vedação à discriminação indireta naquela jurisdição.

Atualmente, dois órgãos jurisdicionais ocupam papel relevante na interpretação, aplicação e uniformização do direito antidiscriminação europeu: o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH).

No âmbito do TJUE, é possível identificar um embrião do desenvolvimento do direito europeu antidiscriminação já nos anos 70, com fundamento no Tratado de Roma, que estabeleceu a Comunidade Econômica Europeia (CEE). O tratado contém dois dispositivos sobre direito da antidiscriminação, quais sejam, o artigo 6^o⁴¹³ – que veda a discriminação com

demonstrado, no âmbito do direito à educação, pela comprovação de que (i) o requerente possui uma característica protegida; (ii) que eles sofreram impacto adverso em relação a um serviço regularmente prestado ao público; e que (iii) a característica protegida foi um fator para o impacto desproporcional.

⁴¹² SUK, J. Disparate Impact Abroad. *Cardozo Legal Studies Research Paper*, No. 425, 12 Março 2014, passim. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2408143>>. Acesso em: 1 ago. 2015.

⁴¹³ Tratado de Roma de 1957, Artigo 6: “No âmbito de aplicação do presente Tratado, e sem prejuízo das suas disposições especiais, é proibida toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade. O Conselho, deliberando de acordo com o procedimento previsto no artigo 189.o-C, pode adoptar normas destinadas a proibir essa discriminação”.

base na nacionalidade – e o artigo 119⁴¹⁴ – que veda a discriminação entre homens e mulheres no que se refere à remuneração.

Apesar da previsão de hipóteses taxativas de discriminação vedadas pelo Tratado de Roma, o Tribunal de Justiça da União Europeia passou a valer-se do conceito de discriminação indireta como forma de reprimir também a discriminação fundada em critérios aparentemente neutros, mas que, na prática, afetavam grupos protegidos. Os primeiros casos, ainda na década de 70, trataram de aplicar a vedação à discriminação indireta prejudicial a grupos nacionais (artigo 6º), passando a, posteriormente, estender o conceito também à discriminação indireta prejudicial às minorias de gênero (artigo 119).⁴¹⁵

Nos últimos 15 anos, o Conselho da União Europeia editou 4 principais diretivas a respeito do direito antidiscriminação. São elas: (i) a Diretiva relativa à igualdade no emprego⁴¹⁶, que veda a discriminação em função de orientação sexual, religião ou crença, idade e deficiência; (ii) a Diretiva sobre igualdade racial⁴¹⁷, proibindo a discriminação com base na origem racial ou étnica nas relações trabalhistas, previdenciárias e de segurança social, bem como no acesso a bens e serviços; (iii) a Diretiva relativa à igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços⁴¹⁸, que estendeu a vedação à discriminação também no que se refere ao acesso a bens e serviços; e (iv) a Diretiva relativa a implementação do princípio da igualdade de oportunidades e de tratamento de homens e mulheres no que se refere à emprego e ocupação⁴¹⁹. Estas diretivas contribuíram para o desenvolvimento do conceito de discriminação indireta, com foco na tutela de grupos protegidos – precisamente aqueles grupos discriminados à luz dos critérios previstos no Tratado e Diretivas (mulheres, minorias raciais e minorias étnicas ou nacionais).

⁴¹⁴ Tratado de Roma de 1957, Artigo 119: “Cada Estado-membro garantirá, durante a primeira fase, e manterá em seguida a aplicação do princípio da igualdade de remunerações entre trabalhadores masculinos e trabalhadores femininos, por trabalho igual. Por remuneração deve entender-se, para efeitos do disposto no presente artigo, o salário ou vencimento ordinário, de base ou mínimo, e quaisquer outras regalias pagas, direta ou indiretamente, em dinheiro ou em espécie, pela entidade patronal ao trabalhador em razão do emprego deste último. A igualdade de remuneração, sem discriminação em razão do sexo, implica:

a) Que a remuneração do mesmo trabalho pago à tarefa seja estabelecida na base de uma mesma unidade de medida;

b) Que a remuneração do trabalho pago por unidade de tempo seja a mesma para um mesmo posto de trabalho”.

⁴¹⁵ HUNTER, R. C.; SHOBEN, E. W. Disparate Impact Discrimination: American Oddity or Internationally Accepted Concept? *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, 19, n. 1, 1998, p. 108-152.

⁴¹⁶ UNIÃO EUROPEIA, Conselho da União Europeia, Diretiva nº 2000/78/EC de 27 de Novembro de 2000.

⁴¹⁷ UNIÃO EUROPEIA, Conselho da União Europeia, Diretiva nº 2000/43/EC de 29 de Junho de 2000.

⁴¹⁸ UNIÃO EUROPEIA, Conselho da União Europeia, Diretiva nº 2004/113/EC de 13 de dezembro de 2004.

⁴¹⁹ UNIÃO EUROPEIA, Conselho da União Europeia, Diretiva nº 2006/54/EC de 5 de Julho de 2006.

Como afirmado, os julgados do TJUE que reconhecem a discriminação indireta contra grupos vulneráveis⁴²⁰ remontam ao início da década de 70, quando o Tribunal analisou a questão da discriminação indireta em relação à nacionalidade, sustentando que o princípio da igualdade de tratamento no que diz respeito ao direito à previdência social impede não só a discriminação que emprega claramente o critério da nacionalidade, mas também aquela que produz os mesmos efeitos sem se utilizar deste critério.⁴²¹

Em 1981, no caso *J.P. Jenkins v Kingsgate (Clothing Productions) Ltd.*⁴²² o Tribunal reconheceu ainda que o princípio da igualdade de remuneração constante do artigo 119 do Tratado de Roma veda toda forma de discriminação⁴²³, incluindo a discriminação indireta. Tratava-se de analisar, na hipótese, se a diferença entre o salário por hora de trabalhadores de meio período e trabalhadores de período integral implicava discriminação indireta nas hipóteses em que os trabalhadores de meio período eram predominantemente mulheres. Segundo o entendimento do Tribunal, seria possível reconhecer a violação ao artigo

⁴²⁰ Destaque, quanto há isto, que o conceito de discriminação indireta foi também aplicado pelo Tribunal, antes mesmo dos primeiros julgados tratando de direitos de minorias, à circulação de bens e serviços. A discriminação indireta, nestas hipóteses, consistia nas situações em que, sem impedir expressamente a livre circulação, os Estados membros adotavam políticas que discriminavam indiretamente bens e serviços estrangeiros. Não é de se surpreender que o conceito tenha sido adotado também neste contexto, tendo em vista os fundamentos econômicos que originaram a criação da União Europeia. Confira-se, neste sentido: UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, *Steinike & Weinlig v. Federal Republic of Germany*, Caso 78/76 [1977], Colect. 417, 16 de fevereiro de 1978; UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, *H. Hansen jun. & O. C. Balle GmbH & Co. v. Hauptzollamt de Flensburg.*, Caso 148/77 [1978], Colect. 1787, 10 de outubro de 1978; UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, *Commission of the European Communities v. Italian Republic*, Caso 163/82 [1983], Colect. 3273, 26 de outubro de 1983; UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, *Bernard Leplat v. Territory of French Polynesia*, Caso 260/90 [1992], Colect. 643, 12 de fevereiro de 1992.

UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, *Commission of the European Communities v Ireland*, Caso 61/77 [1978], Colect. 417, 16 de fevereiro de 1978; UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, *Giovanni Maria Sotgiu v Deutsche Bundespost*, Caso 152/73 [1974], Colect. 153, 12 de fevereiro de 1974.

⁴²¹ “A este respeito, deve-se observar que as regras sobre igualdade de tratamento, dispostas no Artigo 3 (1) da regulação, proíbem não apenas a discriminação manifesta, baseada na nacionalidade dos beneficiários do sistema de assistência social, mas também todas as formas disfarçadas de discriminação que, pela aplicação de outro critério distintivo, conduzem de fato ao mesmo resultado”, cf. UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, *Caisse régionale d'assurance maladie de Lille (CRAM) v Diamante Palermo, née Toia*, Caso 237/78 [1979] Colect. 2645, 12 de Julho de 1979. No mesmo sentido o julgamento dos seguintes casos: UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, *Vera Hoeckx v. Openbaar Centrum voor Maatschappelijk Welzijn, Kalmthout*, Caso 249/83 [1985], Colect. 973, 25 de março de 1985; UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, *Union de Recouvrement des Cotisations de Sécurité Sociale et d'Allocations Familiales de la Savoie (URSSAF) v. Hostellerie Le Manoir SARL.*, Caso 27/91 [1991], Colect. 5531, 21 de novembro de 1991.

⁴²² UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, *J.P. Jenkins v Kingsgate (Clothing Productions) Ltd.*, Caso 96/80 [1981], collect 911, 31 de Março de 1981.

⁴²³ Antes mesmo deste caso, em 1976, a Corte havia tratado acerca da aplicação do artigo 119 aos Estados-membros no julgamento do caso *Gabrielle Defrenne v Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*. Tratava-se de identificar se a vedação à discriminação constante no artigo 119 incidia diretamente ou indiretamente sobre os Estados-membros – ou seja, se dependia ou não de regulamentação interna. Nesta ocasião, o Tribunal entendera que as formas de discriminação implícita seriam diretamente vedadas pelo artigo, enquanto a discriminação oculta, “disfarçada” demandaria a implementação de medidas específicas editadas por cada Estado visando à sua superação. Cf. UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, *Gabrielle Defrenne v. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, Caso 149/77 [1978], Colect. 1365, 15 de junho de 1978.

119 do Tratado desde que demonstrado que a diferença salarial consistiria em um “meio indireto de reduzir o nível salarial de trabalhadores de meio período sob o fundamento de que aquele grupo de trabalhadores é composto exclusivamente ou predominantemente de mulheres”⁴²⁴. Não restou claro, no entanto, se aqui o Tribunal entendia que a discriminação indireta dependia do intuito de discriminar, ocultado pelo emprego de critérios neutros, ou se bastaria a demonstração do impacto desproporcional sobre o grupo vulnerável para que restasse caracterizada.

No julgamento de *Gisela Rummler v Dato-Druck GmbH*, a Corte indicou que a discriminação prosrita pelo artigo 119 do Tratado não estaria configurada nas hipóteses em que eventual discriminação indireta estivesse fundamentada em justificativas razoáveis, baseadas nas diferenças entre os diversos cargos ocupados por homens e mulheres, e não no gênero em si:

Para que uma classificação relacionada ao cargo não seja discriminatória como um todo, ela deve, nos limites do que a natureza das tarefas permitir, considerar critérios para os quais os trabalhadores de cada sexo possam demonstrar uma aptidão particular.⁴²⁵

⁴²⁴ No mesmo sentido, UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, *Ingrid Rinner-Kühn v FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG.*, Caso 171/88 [1989] Colect. 2743, 13 de Julho de 1989; UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, *Bilka - Kaufhaus GmbH v Karin Weber von Hartz.*, Caso 170/84 [1986], Colect. 1607, 13 de Maio de 1986. Em diversos outros casos a Corte tratou da discriminação indireta contra a mulher em razão da distinção entre trabalhadores de meio período e de período integral. A este respeito, confira-se: UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, *Jan Molenbroek v. Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank.*, Caso 226/91 [1992], Colect. 5943, 19 de novembro de 1992; UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, *Rita Grau-Hupka v. Stadtgemeinde Bremen Brigitte Kording v Senator für Finanzen.*, Caso 297/93 [1994], Colect. 5535, 13 de dezembro de 1994; UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, *Hellen Gerster v. Freistaat Bayern.*, Caso 1/95 [1997], Colect. 5253, 2 de outubro de 1977; UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, *Ursula Voß v. Land Berlin.*, Caso 300/06 [2007], Colect. 757, 6 de dezembro de 2007. No mesmo sentido, tratando da distinção de pagamento fundada em compensações por presença em cursos de treinamento que beneficiavam predominantemente homens, confira-se UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, *Arbeiterwohlfahrt der Stadt Berlin e.V. v. Monika Bötzel.*, Caso 360/90 [1992], Colect. 246, 4 de junho de 1992; UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, *Kuratorium für Dialyse und Nierentransplantation e.V. v. Johanna Lewark.*, Caso 457/93 [1996], Colect. 243, 6 de fevereiro de 1996; UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, *Edeltraud Elsner-Lakeberg v. Land Nordrhein-Westfalen.*, Caso 285/02 [2004], Colect. 5861, 27 de maio de 2004; UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, *Nicole Wippel v. Peek & Cloppenburg GmbH & Co. KG.*, Caso 313/02 [2004], Colect. 607, 12 de outubro de 2004.

⁴²⁵ No original, “in order for a job classification system not to be discriminatory as a whole, it must, in so far as the nature of the tasks carried out in the undertaking permits, take into account criteria for which workers of each sex may show particular aptitude” [UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, *Gisela Rummler v. Dato-Druck GmbH.*, Caso 237/85 (1986) ECR 2102]. No mesmo sentido, UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, *Ingrid Rinner-Kühn v FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG.*, Caso 171/88 [1989] Colect. 2743, 13 de Julho de 1989; UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, *Petra Kirsammer Hack v. Nurhan Sidal.*, Caso C-189/91 [1993] ECR I- 6185; UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, *Inge Nolte v. Landesversicherungsanstalt Hannover.*, Caso C-317/93 [1995] ECR I-4925; UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, *Ursula Megner and Hildegard Scheffel v. Innungskrankenkasse Vorderpfalz, now Innungskrankenkasse Rheinhessen-Pfalz.*, Caso C-444/93 [1995] ECR I-4741; UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, *Helga Kutz-Bauer v Freie und Hansestadt Hamburg.*, Caso C-187/00 [2003] ECR 2741; UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, *Katharina Rinke v Ärztekammer Hamburg* Caso C-25/02 [2003] E.C.R. I -8349; UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, *Erika Steinicke v. Bundesanstalt für Arbeit.*, Caso C-77/02, 11 set, [2003] ECR I-9027.

Em 1989, no julgamento do caso *M. L. Ruzius-Wilbrink v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Overheidsdiensten*, o Tribunal afirmou que gerava discriminação indireta contra as mulheres a legislação nacional que excluía da obtenção de benefícios previdenciários por incapacidade os trabalhadores em meio período, tendo em vista que a exceção afetava principalmente mulheres. Como consequência, a Corte afirmou que a distinção violaria o artigo 4(1) da então vigente Diretiva n.º 79/7, determinando que fosse aplicado tratamento igualitário entre trabalhadores de meio período e trabalhadores em tempo integral. É dizer, neste caso, entendeu-se que a solução aplicável a esta forma específica de discriminação indireta seria semelhante àquela aplicável à discriminação direta – a superação do critério de discriminação em favor da universalização do tratamento mais vantajoso⁴²⁶.

Em 1996, no julgamento do caso *Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium*,⁴²⁷ a Corte analisava a convencionalidade da regra adotada pela Bélgica segundo a qual os estudantes que buscavam ingressar no mercado de trabalho teriam direito a uma determinada ajuda de custo (seguro-desemprego) desde que houvessem completado o ensino secundário em um estabelecimento subsidiado ou reconhecido pelo Estado. No entendimento do Tribunal, esta regra beneficiava desproporcionalmente estudantes filhos de trabalhadores nacionais da Bélgica, em detrimento dos filhos de trabalhadores nacionais de outros Estados-Membros, sendo caracterizada a situação de discriminação indireta⁴²⁸.

Veja-se que o Tribunal de Justiça Europeu, em sua jurisprudência, fez uso expressivo da análise estatística como meio para averiguar a ocorrência de discriminação indireta. Exemplo disso é o julgamento de *Julia Schnorbus v Land Hessen*⁴²⁹. O caso tratava,

⁴²⁶ O seguinte trecho é colhido da decisão: “It is apparent from the judgment of 4 December 1986 in Case 71/85 Netherlands v Federatie Nederlandse Vakbeweging ((1986)) ECR 3855 that, in a case of direct discrimination, women are entitled to be treated in the same manner, and to have the same rules applied to them, as men who are in the same situation, since, where the directive has not been correctly implemented, those rules remain the only valid point of reference. By analogy, in a case of indirect discrimination such as that in the main proceedings, the members of the group placed at a disadvantage, be they men or women, are entitled to have the same rules applied to them as are applied to the other recipients of the allowance”. No mesmo sentido, UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, *Maria Kowalska v. Freie und Hansestadt Hamburg*, Caso 33/89 [1990], Colect. 265, 27 de junho de 1990;. UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, *Helga Nimz v. Freie und Hansestadt Hamburg*, Caso 194/89 [1991], Colect. 297, 7 de fevereiro de 1991; UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, *Edith Freers and Hannelore Speckmann v. Deutsche Bundespost*, Caso 278/93 [1996], Colect. 1165, 7 de março de 1996.

⁴²⁷ UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, *Commission of the European Union v Kingdom of Belgium*, Caso C-170/98 [1999] ECR I-5493.

⁴²⁸ Fala-se aqui nos direitos dos filhos de trabalhadores nacionais ou não nacionais da Bélgica na medida em que a Corte entendeu que, com relação a estes, havia um direito de não discriminação fundado na Regulação n.º 1612/68, que tratava dos direitos de trabalhadores migrantes. Não se reconheceu, no entanto, que o estudante que não fosse filho de trabalhadores (nacionais ou não nacionais) da Bélgica poderia reclamar o mesmo direito. No mesmo sentido, UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, *Office national de l'emploi v. Ioannis Ioannidis.*, Caso 258/04 [2005], Colect. 559, 15 de setembro de 2005.

⁴²⁹ UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, *Julia Schnorbus v. Land Hessen*, Caso 79/99 [2000], Colect. 10997, 7 de dezembro de 2000

em última análise, do acesso aos cargos no Poder Judiciário de Land Hessen, para o qual era necessário que o candidato passasse por um treinamento jurídico. A Corte reconheceu, no entanto, que apesar de 60% dos candidatos inscritos na seleção para cursar o treinamento serem mulheres, a quantidade de candidatas efetivamente admitidas era relativamente muito inferior aos homens. Isto, no entendimento do Tribunal, permitiu consubstanciar a existência de discriminação indireta com fundamento em gênero na hipótese.⁴³⁰

Ainda, a respeito da distribuição do ônus da prova em casos tratando acerca da discriminação por gênero, o Tribunal tem aplicado a Diretiva 97/80, cujo artigo 4⁴³¹ prevê que, demonstrados os fatos dos quais é possível extrair uma discriminação direta ou indireta, caberá ao réu demonstrar que não houve violação ao princípio da igualdade⁴³².

Uma das mais profundas decisões do Tribunal Europeu acerca da teoria de discriminação indireta adotada pela Corte foi proferida recentemente, em julho de 2015, no julgamento do caso *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD v Komisia za zashtita ot diskriminatsia*⁴³³. No caso, que tratava da possível discriminação contra a população Roma na Bulgária, a Corte foi confrontada com diversas questões relevantes, entre as quais qual seria a devida interpretação das expressões “prática aparentemente neutra” e “situação de desvantagem” contidas na Diretiva 2000/43.

Entre as formulações apresentadas pela Corte, a decisão firmou a tese de que, em primeiro lugar, a discriminação indireta pode ser reconhecida mesmo com relação ao grupo que, apesar de não sofrer a discriminação com fundamento no critério proscrito, a sofre em conjunto com os indivíduos que compartilham deste critério. No caso específico, reconheceu-se que mesmo que a requerente não fosse Roma, ela residia em um bairro majoritariamente habitado por Romas e que era especificamente afetado pela norma discriminatória, razão pela qual a discriminação indireta poderia ser reconhecida mesmo em relação a este particular.

⁴³⁰ Não só isso, o Tribunal sublinhou ainda que, ao dar prioridade a participantes que haviam completado o serviço military ou civil obrigatório, gerava-se igualmente discriminação indireta contra mulheres, que não são obrigadas pela legislação alemã a prestá-lo.

⁴³¹ “Os Estados-membros tomarão as medidas necessárias, em conformidade com os respectivos sistemas jurídicos, para assegurar que quando uma pessoa que se considere lesada pela não aplicação, no que lhe diz respeito, do princípio da igualdade de tratamento apresentar, perante um tribunal ou outra instância competente, elementos de facto constitutivos da presunção de discriminação directa ou indirecta, incumba à parte demandada provar que não houve violação do princípio da igualdade de tratamento” (UNIÃO EUROPEIA, Diretiva 97/80/CE do Conselho, 15 dez. 1997).

⁴³² UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, *Vasiliki Nikoloudi v. Organismos Tilepikoinonion Ellados AE*, Caso 196/02 [2005], Colect. 141, 10 de março de 2005.

⁴³³ UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD v. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, Caso 83/14 [2015], Colect. 480, 16 de julho de 2015

Além disso, a Corte firmou a tese de que o tratamento desfavorável, na forma da Diretiva, consiste em uma violação de direitos ou interesses legítimos de um determinado grupo protegido, especificamente em razão de origem racial ou étnica. A “desvantagem”, por sua vez, não significaria desigualdade grave, flagrante ou particularmente significativa, mas sim o desfavorecimento das pessoas pertencentes aos grupos protegidos, por decorrência da disposição, critério ou prática aparentemente neutros. Assim, quanto ao significado da expressão “prática aparentemente neutra”, a Corte afirmou que esta consiste na “disposição, um critério ou uma prática que são formulados ou aplicados aparentemente de forma neutra, isto é, tendo em consideração fatores diferentes da característica protegida e não equivalentes a essa característica”.

Por fim, a Corte afirmou que a discriminação indireta pode ser afastada em um exame de proporcionalidade – ou seja, é possível convalidar a medida aparentemente neutra desde que demonstrado que a prática é adequada e necessária para alcançar fins legitimamente perseguidos, bem como que os “os inconvenientes causados pela prática controvertida não são desproporcionados relativamente aos objetivos prosseguidos” e que a prática não afeta de forma excessiva os interesses contrapostos legítimos. Com isto, não se pode negar que esse recente julgado auxiliou na sistematização e sedimentação da teoria da discriminação indireta no âmbito da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Caminho diverso foi trilhado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) no desenvolvimento do conceito de discriminação indireta. De plano, nota-se que, diferentemente do que ocorre em relação ao Tratado de Roma, a Convenção Europeia de Direitos do Homem (CEDH) prevê um rol amplo e meramente exemplificativo de fundamentos de discriminação vedados aos estados signatários da convenção. Não se enfrentou de imediato, portanto, o problema da limitação dos critérios discriminatórios inaceitáveis, tal como se apresentou ao Tribunal de Justiça da União Europeia, cuja jurisprudência se limitou, até os anos 2000, à análise discriminação com base em gênero e nacionalidade⁴³⁴.

⁴³⁴ Ressalva feita à recente jurisprudência do TJUE, que tem reconhecido casos de discriminação indireta com base na Diretiva 2000/78/EC, fundada no critério de idade e deficiência, cf UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, David Hütter v Technische Universität Graz, Caso 88/08 [2009], 18 de Junho de 2009; UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, Ingeniørforeningen i Danmark v Region Syddanmark, Caso 499/08 [2010], 13 de Dezembro de 2010; UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt Gesellschaft mbH v Betriebsrat Bord der Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt Gesellschaft mbH, Caso 132/11 [2012], 7 de Junho de 2012; UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, European Commission v Hungary, Caso 286/12 [2012], 6 de Dezembro de 2012; UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, Johann Odar v Baxter Deutschland GmbH HK Danmark, Caso 152/11 [2011], 28 de Março de 2011; UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, acting on behalf of Jette Ring v Dansk almennyttigt Boligselskab (C-335/11) and HK Danmark, acting on behalf of Lone Skouboe Werge v Dansk Arbejdsgiverforening acting on behalf of Pro Display A/S (C-337/11), Caso 335/11 e Caso 337/11 [2013], 11 de Abril de 2013; UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, HK Danmark v Experian A/S, Caso 476/11

Sem prejuízo disso, até 2005, o TEDH não apresentava julgados relevantes em que houvesse sido acolhida a tese de discriminação indireta⁴³⁵. É neste período que, com o avanço do direito da antidiscriminação no âmbito da União Europeia (inclusive no âmbito do Conselho Europeu), a Corte passa a estender a interpretação do artigo 14 da CEDH às hipóteses de discriminação indireta. Os três principais casos em que o TEDH reconheceu a configuração de discriminação indireta foram o caso *D.H. e Outros*;⁴³⁶ o caso *Opuz*⁴³⁷ e o Caso *Zarb Adami*⁴³⁸.

No caso *D.H. e Outros*, os autores, da etnia Roma, haviam sido alocados em escolas especiais estabelecidas pela República Tcheca após a I Guerra Mundial para crianças com necessidades especiais e deficientes mentais ou sociais. Segundo dados apresentados pela Corte, 56% dos alunos das escolas especiais da cidade de Ostrava eram Roma, apesar de crianças Roma representarem apenas 2,26% do total de alunos em Ostrava. Ainda, apenas 1,8% das crianças não-Roma eram alocadas em escolas especiais, enquanto mais de 50% dos alunos Roma estudavam nestas entidades. Ou seja, crianças Roma tinham 27 vezes mais chances de serem alocados em escolas especiais que outras crianças. Fazendo referência à jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu e de diversos diplomas internacionais, o TEDH afirmou que discriminação significa o tratamento diferenciado, sem justificação objetiva e razoável, entre pessoas que se situam em posições relevantemente semelhantes.

Neste sentido, basta ao autor demonstrar um tratamento diferenciado – que pode se basear em estatísticas apresentadas pelas partes, mas também em outras demonstrações confiáveis da discriminação – para que o ônus da prova reverta contra o agente da discriminação. Demonstrada a discriminação, é possível ao agente afastá-la com fundamento

[2013], 26 de Setembro de 2013; UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, Siegfried Pohl v ÖBB Infrastruktur, Caso 429/12 [2014], 16 de Janeiro de 2014; UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, AG Leopold Schmitzer v Bundesministerin für Inneres, Caso 530/13 [2014], 11 de Novembro de 2014; UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, Mario Vital Pérez v Ayuntamiento de Oviedo, Caso 416/13 [2014], 13 de Novembro de 2014; UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, Fag og Arbejde (FOA) v Kommunernes Landsforening (KL), Caso 354/13 [2014], 18 de Dezembro de 2014; UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, Georg Felber v Bundesministerin für Unterricht, Kunst und Kultur, Caso 529/13 [2015], 21 de Janeiro de 2015; UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, ÖBB Personenverkehr AG v Gotthard Starjakob, Caso 417/13 [2015], 28 de Janeiro de 2015. Também no contexto trabalhista, foi reconhecida a discriminação indireta com base na mesma diretiva e fundada em orientação sexual, cf. UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, *Asociația ACCEPT v Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării Frédéric Hay v Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*, Caso 81/12 [2015], 25 de Abril de 2013.

⁴³⁵ ETINSKI, R. Indirect Discrimination in the Case-Law of European Court of Human Rights. *Zbornik Radova*, 47, n. 1, 2013, p. 57-70.

⁴³⁶ UNIÃO EUROPEIA, Tribunal Europeu de Direitos Humanos, *D.H. e Outros v. República Checa*, App. n.º 57325/00, 13 de Novembro 2007.

⁴³⁷ UNIÃO EUROPEIA, Tribunal Europeu de Direitos Humanos, *Opuz v. Turquia*, App. n.º 33401/02, 9 de Junho de 2009.

⁴³⁸ UNIÃO EUROPEIA, Tribunal Europeu de Direitos Humanos, *Zarb Adami v. Malta*, App. n.º 17209/02, 20 de Junho de 2006.

em justificação objetiva e razoável – ou seja, por meio da aplicação do já mencionado teste de proporcionalidade em suas três fases. Entendimento semelhante fora sustentado anteriormente no caso *Zarb Adami*, em que a Corte afirmou que a convocação de número desproporcionalmente elevado de homens para prestar serviço de jurado implicaria discriminação indireta em razão da transferência integral para os homens do ônus de cumprir com as obrigações cívicas regulares, sem qualquer justificativa razoável.

Tendo em vista que, também no caso *D.H. e Outros*, não foi apresentada justificativa objetiva e razoável pelo governo tcheco, a Corte reconheceu o tratamento discriminatório diante do impacto desproporcional sofrido pela comunidade Roma em razão da política tcheca acerca das escolas especiais.

Por fim, no caso *Opuz* tratava-se de analisar se a omissão da Turquia em adotar mecanismos de proteção contra a violência doméstica implicava alguma forma de discriminação. Fundamentada, mais uma vez, em tratados internacionais de direitos humanos, incluindo a Convenção de Belém do Pará e o julgamento do caso *Maria da Penha v. Brasil*⁴³⁹ pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Corte entendeu que a discriminação no contexto de violência doméstica deveria ser entendida como a falha, intencional ou não, na proteção das mulheres, em violação ao seu direito de igual proteção da lei. Assim, diante da ausência de compromisso com o combate à violência doméstica, e tendo em vista seu impacto sobre as mulheres, a Corte reconheceu a configuração da discriminação, concluindo pela violação do artigo 14 da CEDH.

A análise dos julgados acerca da discriminação indireta no âmbito do Direito Comunitário Europeu permite identificar alguns elementos comuns na configuração da discriminação indireta no âmbito da jurisprudência do TJUE e do TEDH. Em primeiro lugar, dispensa-se a intenção discriminatória – é dizer, a medida não precisa apresentar o intuito discriminatório voltado para o grupo prejudicado. Em segundo lugar, as medidas discriminatórias devem decorrer de uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra, no sentido de que não consiste nem se vincula diretamente com critérios expressamente proibidos juridicamente. Por fim, é necessário que se demonstre a produção de efeitos significativamente mais negativos sobre um grupo protegido – é dizer, retoma-se a necessidade de demonstração estatística de discriminação indireta. Ainda que configurada a discriminação indireta, no entanto, é possível ao agente da discriminação afastar a condenação quando

⁴³⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Maria de Penha v. Brasil*, Série C No. 251, 24 de Outubro de 2012

demonstre uma justificativa razoável, não relacionada com a discriminação indevida, para o emprego da medida – notadamente à luz do teste de proporcionalidade.

É se se notar, pois, na linha do afirmado por Suk⁴⁴⁰, que apesar de encontrar raízes no julgamento de *Griggs*, o desenvolvimento da discriminação indireta na União Europeia decorreu de razões e trilhou caminhos diversos:

Primeiro, a ideia de discriminação indireta [na União Europeia] surgiu para fundamentar a garantia de “igual remuneração para trabalhadores homens e mulheres pelo igual trabalho”. Em contraste, nos Estados Unidos, a Suprema Corte negou-se a importar a teoria do impacto desproporcional em sua construção do *Equal Pay Act*. Segundo, as consequências dos casos do TJUE são presumivelmente mais protetivas de trabalhadoras mulheres que aquelas que decorreram da interpretação das cortes americanas interpretando o Título VII. (...) Terceiro, a jurisprudência do TJUE permite aos requerentes estabelecer um caso *prima facie* mais facilmente que o permitido pelas cortes americanas[,] (...) apresentando a disparidade entre os grupos beneficiados e os em desvantagem, sem provar que a disparidade é causada por uma prática especificamente identificável. Assim, o ônus do empregador é deflagrado com maior facilidade. Finalmente, o ônus do empregador nos casos de discriminação indireta europeus é maior que nos EUA. De acordo com o TJUE, o empregador deve defender a prática, se identificada pelo requerente, ou deve provar que a disparidade é causada por uma política com um fim legítimo, e que os meios adotados para atingir este fim são necessários e apropriados. O TJUE aplicou a análise de proporcionalidade à defesa do “*business necessity*”, tornando mais difícil para o empregador defender-se do caso *prima facie*.⁴⁴¹

Não de maneira surpreendente – seguindo a vinculação dos Estados-Membros às decisões proferidas pelo TJUE e pelo TJDH – o conceito de discriminação indireta irradiou-se pela jurisprudência interna europeia.

Na Espanha, o Tribunal Constitucional sinalizou, inicialmente, rechaço ao conceito, ao argumento de que o princípio da igualdade proibiria as “diferenciações de tratamento que não estejam objetivamente justificadas pelo fim lícito da norma, mas o fato de que esta tenha repercussões indiretas e não desejadas não a põe em questão”.⁴⁴² Pouco depois, no entanto, a ideia de que o princípio da igualdade implica vedação também à discriminação decorrente de práticas aparentemente neutras e independentemente de vontade se incorporou à jurisprudência

⁴⁴⁰ SUK, J. Disparate Impact Abroad. *Cardozo Legal Studies Research Paper*, No. 425, 12 Março 2014, Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2408143>>. Acesso em: 1 ago. 2015.

⁴⁴¹ SUK, J. Disparate Impact Abroad. *Cardozo Legal Studies Research Paper No. 425*, 12 Março 2014. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2408143>>. Acesso em: 1 Agosto 2015, p. 8-9.

⁴⁴² ESPANHA, Tribunal Constitucional, Sentença nº 70/1991, Sala 2ª, 08 de abril de 1991.

daquela Corte, na esteira do sustentado pela jurisdição supranacional.⁴⁴³ Também em Portugal o conceito tem sido aplicado pelo Tribunal Constitucional.⁴⁴⁴

Na Itália, a Corte Constitucional entendeu que a vedação a esta modalidade de discriminação decorre do princípio da igualdade, aplicando o conceito no caso de discriminação indireta contra mulheres em razão da adoção de critério de estatura para a contratação de empregados,⁴⁴⁵ e também na hipótese de discriminação indireta contra minorias regionais⁴⁴⁶.

Na Alemanha, o conceito de discriminação indireta foi aplicado para garantir o direito ao uso de vestimentas religiosas islâmicas por professores em escolas públicas;⁴⁴⁷ direito a não distinção tributária referente aos regimes do casamento e da união civil, diante do impacto sobre casais do mesmo sexo,⁴⁴⁸ e o direito a não distinção quanto a direitos de aposentadoria também em relação ao casamento e união civil, pelas mesmas razões.⁴⁴⁹

Na França, a aplicação do conceito pela Corte de Cassação – principalmente em matéria trabalhista – conduziu, por exemplo, ao reconhecimento da discriminação indireta contra deficientes em razão da aplicação de descontos salariais decorrentes da ausência do empregado por doença;⁴⁵⁰ da discriminação indireta contra casais homoafetivos em razão do favorecimento de empregados casados;⁴⁵¹ e da discriminação indireta contra mulheres em razão da exigência de mínimo de horas trabalhadas para a obtenção de benefícios no emprego, que

⁴⁴³ Em tradução livre: “A proibição constitucional de discriminação por características pessoais e em particular pelo sexo, como signo de pertencimento da mulher a um grupo social determinado [,] objeto historicamente de subvalorização social, econômica e jurídica, se conecta também com a noção substancial de igualdade. Isto permite ampliar e enriquecer a própria noção de discriminação, para incluir não só a noção de discriminação direta, ou seja, um tratamento diferenciado prejudicial em razão do sexo onde este seja objeto de consideração direta, como também a noção de discriminação indireta, que inclui os tratamentos formalmente não discriminatórios de que derivam, pelas diferenças fáticas existentes entre trabalhadores de diferentes sexos, consequências desiguais prejudiciais pelo impacto diferenciado e desfavorável que tratamentos formalmente iguais ou tratamentos razoavelmente desiguais têm sobre os trabalhadores de um ou outro sexo por conta das mencionadas diferenças”, cf. ESPANHA, Tribunal Constitucional, Sentença nº 145/1991, Sala 2ª, 01 de Julho de 1991. No mesmo sentido, ESPANHA, Tribunal Constitucional, Sentença nº 286/1994, Sala 1ª, 27 de Outubro de 1994; ESPANHA, Tribunal Constitucional, Sentença nº 198/1996, Sala 1ª, 03 de Dezembro de 1996; ESPANHA, Tribunal Constitucional, Sentença nº 90/1997, Sala 1ª, 06 de Maio de 1997; ESPANHA, Tribunal Constitucional, Sentença nº 41/1999, Sala 1ª, 22 de Março de 1999.

⁴⁴⁴ Veja-se: “Mas deve considerar-se que inclui ainda as chamadas “discriminações indiretas”, em que, e sempre sem que tal se revele justificável de um ponto de vista objetivo, uma determinada medida, aparentemente não discriminatória, afete negativamente em maior medida, na prática, uma parte individualizável e distinta do universo de destinatários a que vai dirigida” cf. PORTUGAL, Tribunal Constitucional, Acórdão nº 306/03, 13 de Maio de 2003.

⁴⁴⁵ ITÁLIA, Corte Constitucional, Sentença nº 163, 15 de Abril de 1993.

⁴⁴⁶ ITÁLIA, Corte Constitucional, Sentença nº 264, 13 de Novembro de 2013.

⁴⁴⁷ ALEMANHA, Tribunal Constitucional Federal, 2 BvR 1436/02, 24 de setembro de 2003.

⁴⁴⁸ ALEMANHA, Tribunal Constitucional Federal, 1 BvR 611/07, 1 BvR 2464/07, 21 de julho de 2010.

⁴⁴⁹ ALEMANHA, Tribunal Constitucional Federal, 1 BvR 1164/07, 07 de julho de 2009.

⁴⁵⁰ FRANÇA, Corte de Cassação Civil, 05-43.962, Sala Social, 9 de janeiro de 2007.

⁴⁵¹ FRANÇA, Corte de Cassação Civil, 10-18.341, Sala Social, 23 de maio de 2012.

prejudicava em maior parte trabalhadores de meio período que, em sua maioria, são mulheres⁴⁵².

3.5 O conceito de discriminação indireta no Direito latino-americano: as contribuições da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Constitucional da Colômbia.

Analisado o panorama atual da adoção do conceito de discriminação indireta nos Estados Unidos e Canadá, bem como na União Europeia, passo para uma última etapa deste capítulo buscando identificar a forma pela qual esta modalidade de discriminação tem sido interpretada e aplicada na América Latina. Como no item anterior, tratarei tanto do reconhecimento da vedação à discriminação indireta no âmbito supranacional quanto no direito interno de estados latino-americanos.

3.5.1 A discriminação indireta nos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Assim como se deu no caso Europeu, o continente americano presenciou, nos anos 60, o surgimento de um regime de proteção internacional dos direitos humanos, por meio da atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos⁴⁵³. A Comissão surgiu com a aprovação, pelos Estados membros, da Organização dos Estados Americanos (OEA), em 1960, enquanto a Corte Interamericana surge a partir da aprovação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de São José da Costa Rica (o Pacto de São José da Costa Rica), em novembro de 1969⁴⁵⁴. No que pese quase nenhum país reconhecer expressamente, em seus textos constitucionais, a superioridade hierárquica da Corte,⁴⁵⁵ fato é que se trata do órgão supranacional competente para promover a interpretação da Convenção Americana e apreciar os casos de violação aos direitos nela dispostos pelos Estados-Membros. É no artigo 1º.1 da Convenção Americana que se instala o princípio da igualdade e da não discriminação:

⁴⁵² FRANÇA, Corte de Cassação Civil, 10.23.013, Sala Social, 3 de julho de 2012.

⁴⁵³ FIX-ZAMUDIO, H. El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Latinoamericana de Derecho*, 1, n. 1, Janeiro-Junho 2004, p. 141-180. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/1/art/art5.pdf>>. Acesso: 30 ago. 2015.

⁴⁵⁴ Ibid. p. 141-180.

⁴⁵⁵ Exceção feita à Constituição Peruana de 1979, cujo artigo 305 trata precisamente do direito de recurso aos organismos internacionais, uma vez esgotada a jurisdição interna. Destaca-se, ainda, que nem todos os países signatários do Pacto de São José da Costa Rica reconheceram a jurisdição da Corte Interamericana.

Art. 1º.1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.⁴⁵⁶

Na aplicação do princípio da não discriminação, ainda, a Corte tem se valido reiteradamente da interpretação do artigo 24 do Pacto de São José da Costa Rica, que trata do princípio da igualdade perante a lei:

Artigo 24. Igualdade perante a lei: Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação alguma, à igual proteção da lei.⁴⁵⁷

Assim, no julgamento do Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek⁴⁵⁸, a Corte afirmou que há entre a proteção dos direitos humanos e o princípio da igualdade e da não discriminação um vínculo indissolúvel, *in verbis*:

A Corte estabeleceu que o artigo 1.1 da Convenção é uma norma de caráter geral cujo conteúdo se estende a todas as disposições do tratado, dispõe sobre a obrigação dos Estados-Membros de respeitar e garantir o pleno e livre exercício dos direitos e liberdades ali reconhecidos “sem discriminação alguma”. É dizer, qualquer que seja a origem ou a forma que assuma, todo tratamento que possa ser considerado discriminatório a respeito do exercício de qualquer dos direitos garantidos na Convenção é *per se* incompatível com a mesma. O descumprimento pelo Estado, mediante qualquer tratamento discriminatório, da obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos, lhe gera responsabilidade internacional. É por isso que existe um vínculo indissolúvel entre a obrigação de respeitar e garantir os direitos humanos e o princípio da igualdade e não discriminação.⁴⁵⁹

À luz desta interpretação, a Corte Interamericana tem reconhecido, sem grandes problematizações, que decorre diretamente do Pacto de São José da Costa Rica a vedação à discriminação indireta. Neste sentido, já em 2003, a Corte editou a Opinião Consultiva OC 18/03,⁴⁶⁰ em que afirmou que o cumprimento da obrigação de respeito ao princípio da igualdade

⁴⁵⁶ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos*. Disponível em <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em 1 out. 2015.

⁴⁵⁷ Ibid.

⁴⁵⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Comunidad indígena Xákmok Kásek v. Paraguay*, Série C No. 214, 24 de Agosto de 2010.

⁴⁵⁹ Idem. No original: “La Corte ha establecido que el artículo 1.1 de la Convención, es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, dispone la obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible con la misma. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional. Es por ello que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación”.

⁴⁶⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Opinião consultiva OC-18/03 de 17 de Setembro de 2003.

e da não discriminação impõe aos Estados absterem-se de realizar ações que criem, direta ou indiretamente, discriminações de direito ou de fato.

Posteriormente, no Caso *Yatama*⁴⁶¹, em que se apreciava o exercício de direitos políticos pelas populações indígenas, a Corte sustentou que a adoção de legislação eleitoral que dificultasse a eleição de representantes indígenas gerava uma indevida discriminação indireta deste grupo. Para a Corte:

... a exigência de participação através de partidos políticos, que hoje se considera natural nas democracias da América, deveria aceitar as modalidades que a organização tradicional das comunidades indígenas sugere. Não se trata, absolutamente, de minar o sistema de partidos, mas sim de atender, na forma e termos que resultem razoáveis e pertinentes, às condições de vida, trabalho e gestão daquelas [comunidades]⁴⁶².

Em outras palavras, a Corte entendeu que decorre do princípio da igualdade e não discriminação a necessidade de que o Estado empreenda esforços no sentido de adequar o sistema político representativo à organização das comunidades indígenas, garantindo, com isso, o direito à participação destes povos. Dando um passo adiante, o voto concorrente do Juiz Diego García-Sayán expressamente afirmou que:

O dito anteriormente deve ser lido e interpretado em estreita conexão com o estabelecido no artigo 24 da Convenção no que se refere à igualdade e a não discriminação. Como se assinala na sentença, no artigo 24 da Convenção proíbe-se a discriminação de fato e de direito com as obrigações que ele traz para o Estado, de respeitar o referido princípio de igualdade e de não discriminação para todos os direitos consagrados na Convenção e em toda a legislação interna que aprove.⁴⁶³

O julgado afirma, assim, que o Estado teria obrigação a “não tolerar práticas ou normas que pudessem ter um efeito discriminatório” – ou seja, de não tolerar a discriminação indireta, na forme que tenho desenvolvido o conceito neste estudo. Garantir a igualdade perante a lei, sob esta perspectiva internacional, significa, portanto, garantir que todos os indivíduos poderão exercer em igual medida os direitos humanos garantidos pela Convenção Americana.

No mesmo ano, ao julgar o Caso das *Meninas Yean e Bosico v. República Dominicana*⁴⁶⁴, que apreciava o direito ao reconhecimento tardio de nacionalidade de dominicanas filhas de haitianos, a Corte sustentou que os mecanismos para reconhecimento de nacionalidade pelos Estados deveriam valer-se de normas que não gerassem discriminação ou

⁴⁶¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Yatama v. Nicaragua*, Série C No. 127, 23 de Junho de 2005.

⁴⁶² Tradução livre, Ibid.

⁴⁶³ Ibid.

⁴⁶⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Meninas Yean e Bosico v. República Dominicana*, Série C No. 130, 08 de Setembro de 2005.

que não tivessem efeitos discriminatórios – novamente, em atenção aos princípios da igualdade e da não discriminação.

A jurisprudência firmada pela Corte, desde então, passou a adotar expressamente a expressão “discriminação indireta”, reconhecendo que sua proibição decorre diretamente do Pacto de São José da Costa Rica. Neste sentido, a Corte afirmou que “os Estados devem abster-se de realizar ações que de qualquer maneira sejam dirigidas, direta ou indiretamente, a criar situações de discriminação *de jure* ou de fato”.⁴⁶⁵ São vedadas, pois, toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em critérios suspeitos e que tenham por objetivo ou resultado anular ou prejudicar o reconhecimento dos direitos humanos e liberdades fundamentais.⁴⁶⁶ A Corte rechaçou, portanto, a ideia de que o direito internacional dos direitos humanos proibiria apenas políticas e práticas deliberadamente discriminatórias, vedando, igualmente, aquelas cujo impacto sobre determinadas categorias de pessoas fosse discriminatório, independentemente da prova de intenção⁴⁶⁷.

Destaque-se, neste sentido, o julgamento do caso *Artavia Murillo*,⁴⁶⁸ em que a Corte reconheceu mais uma vez a vedação à discriminação indireta como consectário do princípio da não discriminação contido na Convenção Interamericana. O caso tratava da proibição da fertilização *in vitro* (“FIV”) avalizada por decisão da Sala Constitucional da Costa Rica. Entre os diversos argumentos apresentados perante a Corte, sustentou-se que a proibição da FIV geraria uma discriminação indireta contra pessoas que dependiam do tratamento para exercer sua autonomia reprodutiva, especialmente mulheres, negando-lhes o igual exercício das liberdades sexuais, autonomia e privacidade garantidos pelo Pacto de São José da Costa Rica. Ou seja, apesar de ser aplicável a todos os indivíduos em tese, a proibição apenas restringia efetivamente (ou desproporcionalmente) os direitos reprodutivos, de liberdade sexual e de autonomia da parcela da população que dependia da FIV para poder ter filhos – gerando prejuízos maiores às mulheres diante de um contexto social que impõe sobre a mulher toda a obrigação e ônus referentes à reprodução e à maternidade.

Em resposta a este argumento, o Estado-Membro sustentou que a proibição não poderia estabelecer qualquer discriminação, precisamente porque se voltava para todas as

⁴⁶⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Atala Riffo e Meninas v. Chile*, Série C No. 239, 24 de Fevereiro de 2012.

⁴⁶⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Nadège Dorzema e outros v. República Dominicana*, Série C No. 251, 24 de Outubro de 2012.

⁴⁶⁷ *Idem*.

⁴⁶⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Artavia Murillo e outros (Fecundação in vitro) v. Costa Rica*. Série C. no 257, 28 de Novembro de 2012.

peessoas, independentemente de sua condição. Mais que isso, segundo o Estado-Membro, não se poderia falar em discriminação indireta contra mulheres, visto que homens também se sujeitavam à proibição da FIV.

Acolhendo as alegações iniciais, a Corte afirmou, em julgamento proferido em 2012, que a proibição da FIV não só violava o princípio da proporcionalidade, como também gerava discriminação indireta à luz dos critérios da deficiência (*discapacidad*), do gênero e da situação socioeconômica. Neste julgado, a Corte empregou o conceito de discriminação adotado pelas Nações Unidas⁴⁶⁹ e pelo Comitê Interamericano de Direitos Humanos⁴⁷⁰, qual seja:

Toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que se baseiem em determinados motivos, como a raça, a cor, o sexo, o idioma, a religião, a opinião política ou de outra índole, a origem nacional ou social, a posição econômica, o nascimento ou qualquer outra condição social, e que tenham por objeto ou por resultado anular ou diminuir o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, dos direitos humanos e liberdades fundamentais de todas as pessoas.⁴⁷¹

Diante disto, afirmou-se que a proibição da FIV implicava discriminação indireta sob os três aspectos já indicados. Em primeiro lugar, a proibição gerava discriminação indireta contra grupos portadores de deficiência (consistente nas diversas patologias que dificultam a fertilidade e a reprodução sem o emprego de tratamentos assistidos).

Em segundo lugar, a proibição gerava discriminação indireta baseada em gênero, por afetar de maneira desproporcional as mulheres. Assim, o tribunal reconheceu que, no contexto social atual, são ainda atribuídos às mulheres estereótipos relacionados à maternidade e à vocação para ter filhos. Neste sentido, ainda que se discorde destes estereótipos, o Tribunal sustentou que a proibição da fertilização *in vitro* teria por consequência gerar para uma série de mulheres problemas psicológicos graves relacionados à sua própria identidade, além dos

⁴⁶⁹ NAÇÕES UNIDAS, Comitê de Direitos Humanos, Comentário geral n.º 18, sobre a não discriminação. Disponível em <[http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/3888b0541f8501c9c12563ed004b8d0e?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/3888b0541f8501c9c12563ed004b8d0e?Opendocument)>. Acesso em 5 out. 2015.

⁴⁷⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Opinião Consultiva OC-18/03 de 17 de setembro de 2013 solicitada pelos Estados Unidos Mexicanos. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf>. Acesso em 5 out. 2015.

⁴⁷¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Artavia Murillo e outros (Fecundação in vitro) v. Costa Rica*. Série C. no 257, 28 de Novembro de 2012. No original: “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”. A Corte distinguiu, assim, o conceito de discriminação do conceito de distinção, consistindo o último nas diferenças compatíveis com a Convenção por sua razoabilidade e objetividade.

problemas sociais que decorrem de se entender a mulher como a única responsável pela falta de filhos.⁴⁷²

Por fim, o tribunal reconheceu que a proibição da FIV implicava também discriminação indireta de natureza socioeconômica. Isto porque, na prática, a proibição gerava seus efeitos especialmente contra casais que não possuíam condições financeiras para realizar a FIV em outros países – e que, agora, também não possuíam meios para fazê-lo em seu próprio país.

Verifica-se, portanto, que para muito além de meramente repetir as teorias criadas e desenvolvidas em outros países e continentes, a Corte Interamericana de Direitos Humanos assumiu um papel inovador, trazendo novas contribuições para o princípio da não-discriminação sob a perspectiva da discriminação indireta, principalmente o que diz respeito à expansão e aplicação do conceito para além das relações trabalhistas e da proteção de minorias religiosas – intensificando os potenciais emancipatórios do princípio na sua aplicação em favor das minorias historicamente marginalizadas nas mais diversas esferas sociais.

3.5.2 A discriminação indireta nos países latino-americanos e a jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia.

Também a jurisprudência interna dos países latino-americanos confirma a tendência de reconhecimento da vedação à discriminação indireta como corolário do princípio da igualdade e da não discriminação.

Na Costa Rica, apesar de não se ter mencionado expressamente o conceito de discriminação indireta ou terminologias semelhantes, a Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça afirmou que, por decorrência dos princípios constitucionais da igualdade e da não discriminação, são vedadas as “condições que se justifiquem por compreensíveis razões de limitação material” quando tenham efeitos discriminatórios⁴⁷³.

⁴⁷² Assim restou consignado: “A Corte observa que a OMS destacou que se bem o papel e a condição da mulher na sociedade não deveriam ser definidos unicamente por sua capacidade reprodutiva, a feminilidade é definida muitas vezes através da maternidade. Nestas situações, o sofrimento pessoal da mulher infecunda é exacerbado e pode conduzir à instabilidade do matrimônio, à violência doméstica, à estigmatização e inclusive ao ostracismo” (no original: “La Corte observa que la OMS ha señalado que si bien el papel y la condición de la mujer en la sociedad no deberían ser definidos únicamente por su capacidad reproductiva, la feminidad es definida muchas veces a través de la maternidad. En estas situaciones el sufrimiento personal de la mujer infecunda es exacerbado y puede conducir a la inestabilidad del matrimonio, a la violencia domestica, la estigmatización e incluso el ostracismo”). Ao fim, a Corte afirmou que estes estereótipos relacionados ao papel da mulher na sociedade devem ser superados, mas que sua consideração é necessária para que seja possível se precisar o impacto desproporcional gerado pela medida sobre este grupo vulnerável.

⁴⁷³ COSTA RICA, Corte Suprema de Justiça, Sala Constitucional, Sentença nº 01091, de 05 de Março de 1993.

Recentemente, a Primeira Sala da Suprema Corte de Justiça do México editou a *Tesis Aislada* número 1a. CCCLXXIV/2014 (10a.), em que sustentou que a vedação à discriminação indireta decorre do artigo 1º da Constituição mexicana, bem como dos tratados de direitos humanos ratificados por aquele Estado. Segundo a tese, a discriminação indireta seria caracterizada (i) pela existência de uma norma, critério ou prática aparentemente neutro, (ii) que afeta de maneira desproporcionalmente negativa um grupo social em comparação com outros que se situem em posição análoga ou notavelmente semelhante. O agente a quem se imputa a discriminação, por sua vez, pode se defender alegando que a norma, além de ter justificação objetiva, persegue um determinado fim necessário.⁴⁷⁴ Note-se que, em julgados anteriores, a Corte já adotara expressamente o entendimento firmado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em sua Opinião Consultiva OC-18/03 – formulada por requerimento do próprio México –, de modo a reconhecer que o princípio da igualdade integraria o *jus cogens*, tendo por efeito a vedação de ações estatais que direta ou indiretamente criem situações de discriminação de direito ou de fato⁴⁷⁵.

Na Argentina, a Corte Suprema de Justiça da Nação, adotando o conceito de discriminação indireta conforme firmado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, declarou a inconstitucionalidade de norma que exigia, para a concessão de pensão por invalidez a estrangeiro, o prazo mínimo de 20 anos de residência mínima em território argentino – o que teria por consequência vedar tal benefício a uma parte considerável de estrangeiros residentes no país⁴⁷⁶.

O Tribunal Constitucional do Peru, por sua vez, conceituou a discriminação indireta como aquela na qual

“o tratamento desigual não se manifesta de forma clara ou evidente, razão pela qual é necessário recorrer a elementos de prova adicionais a fim de confirmar que o tratamento discriminatório se produziu”, notadamente quando as normas jurídicas, políticas ou atos de empregador têm efeitos desproporcionalmente prejudiciais em “um grande número de integrantes de um coletivo determinado, sem justificação alguma e independentemente de que estes cumpram ou não os requisitos para ocupar o posto de trabalho de que se trate”⁴⁷⁷.

É, no entanto, na experiência constitucional colombiana que a vedação à discriminação indireta se desenvolveu de maneira mais aprofundada, à luz do princípio da

⁴⁷⁴ MÉXICO, Suprema Corte de Justiça, *Tesis Aislada* nº 1a. CCCLXXIV/2014 (10a.), 31 de Outubro de 2014.

⁴⁷⁵ MÉXICO, Suprema Corte de Justiça, Pleno, Ação de Inconstitucionalidade nº 48/2009, 24 de Junho de 2011.

⁴⁷⁶ ARGENTINA, Corte Suprema de Justiça da Nação, R. 350. XLI, 04 de Setembro de 2007.

⁴⁷⁷ PERU, Tribunal Constitucional, Sala 1, Ação de Amparo, Sentença nº 02317-2010, de 10 de Julho de 2007. No mesmo sentido, PERU, Tribunal Constitucional, Sala 2, Ação de Amparo, Sentença nº 05652-2007, 06 de Novembro de 2008.

igualdade perante a lei e não discriminação. Com efeito, na *sentencia de tutela* n° T-026/96⁴⁷⁸, a Corte Constitucional da Colômbia analisou se a presença de uma maioria (ou totalidade) de trabalhadores de um ou outro sexo no exercício de determinado cargo violaria ou não o princípio da igualdade e da não discriminação. Segundo o entendimento da Corte, estas situações apenas poderiam ser justificadas a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade – por meio do qual seria possível aferir se haveria uma relação legítima e proporcional entre o exercício da função e o gênero do empregado. Sem prejuízo disso, a Corte afirmou que a distinção com base em categorias suspeitas (*categorías sospechosas*) transfere ao agente responsável por traçá-la o ônus de comprovar a ausência de discriminação.

É na *sentencia de tutela* n° T-335/00⁴⁷⁹, em um caso que tratava da desequiparação salarial entre professores universitários de diferentes categorias, que a Corte menciona pela primeira vez a vedação à discriminação indireta como consectário do direito à não discriminação. De acordo com o voto:

Não é despidiendo indicar que o juiz tem o dever de estabelecer tanto a discriminação direta como a indireta, é dizer, aquela que se oculta sob uma aparência de tratamento igual entre iguais ou desigual entre desiguais. Para isso, o julgador deve utilizar todos os seus poderes e facultades, e aplicar o direito processual e substancial de acordo com as finalidades objetivas perseguidas pelo direito trabalhista constitucional.⁴⁸⁰

Trata-se, por certo, de conceituação pouco clara, que demandou desenvolvimento mais profundo no curso dos anos⁴⁸¹. Vê-se, contudo, que desde este momento já se reconhece que a discriminação indireta se revela não no tratamento diferenciado conferido pela lei, mas

⁴⁷⁸ COLOMBIA, Tribunal Constitucional, Sentencia de Tutela n° T-026, 26 de Janeiro de 1996

⁴⁷⁹ COLOMBIA, Tribunal Constitucional, Sentencia de Tutela n° T-335, 23 de Março de 2000

⁴⁸⁰ No original: “No sobra indicar que el juez tiene el deber de establecer tanto la discriminación directa como la indirecta, es decir, aquella que se oculta bajo una apariencia de trato igual entre iguales o desigual entre desiguales. Para ello, el fallador debe utilizar todos sus poderes y facultades, y aplicar el derecho procesal y sustancial de acuerdo con las finalidades objetivas perseguidas por el derecho laboral constitucional”, *Idem*.

⁴⁸¹ Uma outra conceituação de discriminação indireta, a toda evidência abandonada pela Corte, foi elaborada na *sentencia de constitucionalidad* n° C-534/05. Extrai-se deste julgado a ideia de que discriminação indireta consistiria nas hipóteses em que, a pretexto de proteger um grupo, o tratamento diferenciado perpetua estereótipos negativos tradicionalmente associados a um grupo protegido. Nos termos específicos da decisão: “para la Corte ha sido claro que el trato diferenciado entre hombres y mujeres por parte del derecho y de las autoridades sólo es posible cuando dicho trato se configura como una medida a favor de éstas, y siempre que no tenga como trasfondo una supuesta protección que se sustente en la asunción de la mujer dentro de los roles tradicionales a los cuales se ha visto sometida históricamente. Esto es que no implique una discriminación indirecta” (COLOMBIA, Tribunal Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad n° C-534/05, 24 de Maio de 2005). No mesmo sentido, COLOMBIA, Tribunal Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad n° C-804/06, 27 de Setembro de 2006; e COLOMBIA, Tribunal Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad n° C-540/08, 28 de Maio de 2008.

em seus efeitos diferenciados⁴⁸², dispensando, portanto, o requisito do intuito discriminatório⁴⁸³.

É em um caso que pouco disse sobre discriminação indireta que esta questão começa a tomar forma mais clara. Trata-se da *sentencia de tutela* n° T-025/04⁴⁸⁴, em que se julgou o paradigmático caso do deslocamento forçado (*desplazamiento forzado*) de grupos sociais em razão de conflitos armados que atingiam algumas regiões da Colômbia. Neste julgamento, a Corte reconheceu o estado de coisas inconstitucional que afetava esta parcela da população, em decorrência do desamparo estatal à proteção e promoção dos direitos fundamentais destes grupos.

Apesar da *sentencia de tutela* mencionada não trazer qualquer menção à discriminação indireta em seus fundamentos, ela já indica a situação posteriormente confirmada de forma expressa pela Corte no *auto* n° 092-08⁴⁸⁵. Neste último, a Corte Colombiana reconheceu que o deslocamento forçado gerava um impacto desproporcional sobre *mulheres* colombianas, tanto em termos quantitativos quanto qualitativos:

O pressuposto fático desta decisão é o impacto desproporcional, em termos quantitativos e qualitativos, do conflito armado interno e do deslocamento forçado sobre as mulheres colombianas. O pressuposto jurídico desta providência é o caráter de sujeitos de proteção constitucional reforçada que têm as mulheres deslocadas por

⁴⁸² Esta é precisamente a afirmação feita no julgado da *sentencia de tutela* n° T-909/11: “La discriminación directa, ha dicho la Corte constitucional, “se presenta cuando se establece frente a un sujeto determinado un tratamiento diferenciado injustificado y desfavorable, basado en criterios como la raza, el sexo, la religión, opiniones personales, (...) de manera tal que está proscrita en general, toda diferenciación arbitraria por cualquier razón o condición social”. Por su parte la indirecta ocurre, “cuando de tratamientos formalmente no discriminatorios, se derivan consecuencias fácticas desiguales para algunas personas, que lesionan sus derechos o limitan el goce efectivo de los mismos. En tales casos, medidas neutrales que en principio no implican factores diferenciadores entre personas, pueden producir desigualdades de facto entre unas y otras, por su efecto adverso exclusivo, constituyendo un tipo indirecto de discriminación”. Esta modalidad, en fin, se compone de dos criterios: Primero, la existencia de una medida o una práctica que se aplica a todos de manera aparentemente neutra. Segundo, la medida o la práctica pone en una situación desventajada un grupo de personas protegido. Es el segundo criterio de la discriminación indirecta el que difiere de la discriminación directa: el análisis de la discriminación no se focaliza sobre la existencia de un trato diferencial sino sobre los efectos diferenciales” (COLOMBIA, Tribunal Constitucional, Sentencia de Tutela n° T-909, 17 de Maio de 2011).

⁴⁸³ Isto fica claro na recente *sentencia de constitucionalidad* n° C-671/14, em que a Corte afirmou que a discriminação pode decorrer de manifestações inconscientes que sejam resultado de costumes ou rotinas arraigadas social e culturalmente e cuja conotação discriminatória não é visibilizada ou reconhecida como tal, nem sequer verbalizada ou expressa claramente. Assim, “Suele ocurrir, por ejemplo, que personas que rechazan abiertamente el sexismo, en contextos determinados (como en el plano laboral o en el plano de las relaciones personales privadas) asumen posiciones o actitudes claramente machistas que terminan por excluir a la mujer de determinados espacios de la vida familiar, social, económica, política y cultural; o a la inversa, puede ocurrir que una persona con inclinaciones discriminatorias en razón del género, la pertenencia étnica o la nacionalidad, en ciertos contextos puede actuar de modo opuesto” (COLOMBIA, Tribunal Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad n° C-671/14, 10 de Setembro de 2014). Assim como fez a Suprema Corte do Canadá, portanto, também na Colômbia o direito da Antidiscriminação tem se desenvolvido no sentido de dispensar, mesmo nos casos de discriminação direta, o requisito da intencionalidade expressa.

⁴⁸⁴ COLOMBIA, Tribunal Constitucional, Sentencia de Tutela n° T-025, 22 de Janeiro de 2004

⁴⁸⁵ COLOMBIA, Tribunal Constitucional, Auto n° A-092/08.

mandamento da Constituição Política e das obrigações internacionais do Estado colombiano em matéria de Direitos Humanos e Direito Internacional Humanitário.⁴⁸⁶

Diante deste quadro⁴⁸⁷, a Corte determinou a adoção de diversas providências visando a superar este impacto desproporcional, entre as quais: a criação de programas específicos de atenção às mulheres deslocadas, a adoção de medidas concretas para a proteção individual de seiscentas mulheres deslocadas, o estabelecimento de presunções jurídicas em favor das mulheres no que diz respeito à comprovação dos danos que sofrem no contexto do deslocamento forçado e a comunicação ao *Fiscal General de la Nación* acerca dos crimes sexuais cometidos no contexto do conflito armado interno colombiano.

Posteriormente, em 2009, a Corte reconheceu a possibilidade de que, em tese, o processo de aceitação ou rejeição de clientes em planos de saúde gerasse em alguma medida uma discriminação indireta contra uma população vulnerável. O caso concreto tratava da negação, por parte de um plano de saúde, a aceitar como dependente de uma mulher segurada seu filho portador de síndrome de Down. A alegação formulada pela mãe perante a Corte foi a de que a negativa do plano implicava violação ao princípio da igualdade perante a lei e da proibição de estabelecer discriminações ou privilégios que neguem ou restrinjam o acesso de pessoas deficientes ao direito fundamental à seguridade social e às condições para gozar das oportunidades conferidas pela lei, sem discriminação. Diante deste quadro, a Corte afirmou na *sentencia de tutela* n° T-140/09⁴⁸⁸ que o princípio da igualdade e da não discriminação irradia para as esferas pública e privada, vedando práticas que gerem a discriminação contra populações vulneráveis. No entanto, constatando que haviam sido demonstradas nos autos

⁴⁸⁶ No original: “El presupuesto fáctico de esta decisión es el impacto desproporcionado, en términos cuantitativos y cualitativos, del conflicto armado interno y del desplazamiento forzado sobre las mujeres colombianas. El presupuesto jurídico de esta providencia es el carácter de sujetos de protección constitucional reforzada que tienen las mujeres desplazadas por mandato de la Constitución Política y de las obligaciones internacionales del Estado colombiano en materia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario” (COLOMBIA, Tribunal Constitucional, Auto n° A-092/08).

⁴⁸⁷ Neste sentido, a Corte identificou 10 (dez) riscos especificamente incidentes sobre mulheres aos quais não estariam submetidos os homens no contexto dos conflitos armados colombianos: o risco de violência sexual, de exploração ou escravização, risco de recrutamento forçado de seus filhos e filhas, riscos de contato com integrantes de grupos armados, riscos derivados de sua participação ou liderança em organizações de mulheres, riscos de perseguição ou assassinato e desaparecimento, risco de perderem suas terras e patrimônio com maior facilidade, riscos derivados da discriminação e vulnerabilidade acentuadas de mulheres indígenas e afrodescendentes e riscos em razão da perda ou ausência do companheiro ou provedor econômico durante o processo de deslocamento. Identificou, ainda, 18 (dezoito) aspectos do deslocamento que impactam de maneira diferenciada e mais intensa as mulheres deslocadas, classificados em dois grupos – o primeiro, consistente nos aspectos que decorrem dos padrões de violência e discriminação de gênero de caráter estrutural na sociedade colombiana, o segundo consistente nos aspectos que decorrem de problemas específicos de mulheres deslocadas, que decorrem do conjunto de fatores de vulnerabilidade por elas suportados e que não afetam nem as mulheres não deslocadas, nem os homens deslocados. Ou seja, a Corte reconheceu o impacto desproporcional não só em razão da condição específica de mulher, como também o da condição de mulher deslocada. *Idem*.

⁴⁸⁸ COLOMBIA, Tribunal Constitucional, Sentencia de Tutela n° T-140, 27 de Fevereiro de 2009.

apenas duas situações de negativa do benefício objeto da demanda a portadores de síndrome de Down, a Corte afirmou que – ainda que a discriminação indireta possa existir em tese – faltavam elementos probatórios suficientes para afirmá-la. Sem prejuízo disso, a Corte ainda assim determinou à Superintendência Nacional de Saúde colombiana que adotasse medidas necessárias a evitar a concretização da discriminação indireta contra grupos populacionais específicos – entre as quais exigir das entidades prestadoras dos serviços de saúde a motivação efetiva e concreta das negativas de benefício e a revisão dos contratos de plano de saúde firmados por estas empresas.

Ainda em 2009, na *sentencia de tutela* n° T-291/09⁴⁸⁹, a Corte mais uma vez afirmou que o artigo 13 da Constituição Colombiana proscribe não só atos de discriminação direta e expressa, como também as medidas geradoras de impactos desproporcionais sobre grupos vulneráveis:

Um ponto que vale a pena ressaltar, por ser objeto de controvérsia no caso que ocupa a Corte, é que o mandamento de abstenção que deriva do primeiro inciso do artigo 13 constitucional, não se dirige exclusivamente a evitar que a administração adote medidas, programas ou políticas, abertamente discriminatórias. Também se encaminha para evitar que medidas, programas ou políticas, mesmo que tenham sido adotadas sob o marco de pressupostos gerais e abstratos, impactem desproporcionalmente a grupos marginalizados ou discriminados ou, em outras palavras, os coloque em uma situação de maior adversidade. É dizer, que a Constituição proíbe tanto as chamadas discriminações diretas – atos que apelam a critérios suspeitos ou potencialmente proibidos, para restringir ou excluir uma pessoa ou grupo de pessoas do exercício de um direito ou do acesso a um determinado benefício, como as discriminações indiretas – as que derivam da aplicação de normas aparentemente neutras, mas que na prática geram um impacto adverso e desproporcional sobre um grupo tradicionalmente marginalizado ou discriminado.⁴⁹⁰

Neste mesmo julgado, a Corte afirmou que nem todo impacto desproporcional sobre minorias implica discriminação proibida pela Constituição. Em realidade, sua demonstração implica tão somente o dever da administração de demonstrar que foram adotadas ações visando a impedir a concretização de efeitos adversos sobre grupos marginalizados. Gera-se, assim, uma presunção de discriminação *prima facie* em favor dos grupos discriminados, que

⁴⁸⁹ COLOMBIA, Tribunal Constitucional, Sentencia de Tutela n° T-291, 23 de Abril de 2009.

⁴⁹⁰ No original: “Un punto que merece la pena resaltarse, por ser objeto de controversia en el caso que ocupa a la Corte, es que el mandato de abstención que se deriva del primer inciso del artículo 13 constitucional, no se dirige exclusivamente a evitar que la administración adopte medidas, programas o políticas, abiertamente discriminatorias. También va encaminado a evitar que medidas, programas o políticas, así éstas hayan sido adoptadas bajo el marco de presupuestos generales y abstractos, impacten desproporcionadamente a grupos marginados o discriminados o, en otras palabras, los coloque en una situación de mayor adversidad. Es decir, que la Constitución prohíbe, tanto las llamadas discriminaciones directas –actos que apelan a criterios sospechosos o potencialmente prohibidos, para coartar o excluir a una persona o grupo de personas del ejercicio de un derecho o del acceso a un determinado beneficio, como las discriminaciones indirectas – las que se derivan de la aplicación de normas aparentemente neutras, pero que en la práctica generan un impacto adverso y desproporcionado sobre un grupo tradicionalmente marginado o discriminado” (Ibid).

deve ser superada pela administração em um juízo de escrutínio estrito – ou seja, por meio da demonstração de que a medida se volta para uma finalidade imperativa, que se trata de medida necessária para atingir a esta finalidade e que não sacrifica excessivamente outros interesses constitucionalmente protegidos. Não só isso, caberia à administração, ainda, demonstrar que adotou medidas visando a mitigar o impacto e promover a igualdade do grupo afetado.

Trata-se, sem dúvidas, do mais importante julgado até aqui analisado sobre o tema, demandando um estudo detido quanto aos seus diversos aspectos. Com efeito, até este momento a Corte reconhecera a possibilidade de estar caracterizada a discriminação pela via indireta, especificamente contra grupos protegidos constitucionalmente em razão de sua vulnerabilidade (como as mulheres e os portadores de deficiência) e com relação ao gozo de fruição de direitos fundamentais (como a integridade física, a liberdade e o direito à saúde). Também se viu que a Corte não hesitou em determinar a adoção de medidas visando a superar a discriminação indireta, ou mesmo a impedir sua concretização quando não foi possível verificar que efetivamente existia. Na *sentencia* T-291/09⁴⁹¹, no entanto, a Corte foi além.

Em primeiro lugar, pela primeira vez foram relacionadas três importantes expressões já vistas neste estudo em diversos momentos: discriminação indireta, impacto desproporcional e efeitos adversos. Apesar de não ser exposto na decisão, o emprego destas expressões em conjunto indicia que a Corte possa ter sofrido influências norte-americana (impacto desproporcional) e canadense (efeitos adversos) no que diz respeito ao direito da antidiscriminação, relacionando ambas as teorias com sua própria definição de discriminação indireta⁴⁹².

Isto é reforçado, em segundo lugar, a partir da ideia de que a demonstração do impacto desproporcional geraria uma *presunção prima facie* de discriminação indireta, uma tese encontrada, como já visto, tanto nos sistemas americano, quanto no canadense e, também, no sistema europeu. Neste sentido, a jurisprudência colombiana abraçou a ideia de que a existência do impacto desproporcional ou o efeito adverso tem por consequência a inversão do ônus da prova da discriminação – cabendo não mais à possível vítima, mas sim ao eventual agente da discriminação o dever de demonstrar que não foram promovidas distinções indevidas, apesar do impacto.

⁴⁹¹ COLOMBIA, Tribunal Constitucional, Sentencia de Tutela n° T-291, 23 de Abril de 2009

⁴⁹² Merece destaque que, posteriormente, a Corte delimitou com ainda maior precisão seu conceito de discriminação indireta. Assim, na *sentencia de tutela* n° T-340/10, a Corte Colombiana distinguiu discriminação indireta da proteção insuficiente – que, diferentemente da primeira, ocorre quando a autoridade estabelece uma medida voltada à proteção de certos grupos, mas deixando de lado grupos que se situam em situação semelhante.

Esta demonstração, em terceiro lugar, se dá em duas medidas. Primeiro, deve-se demonstrar a proporcionalidade da medida empregada. Fala-se aqui no princípio da proporcionalidade conforme internalizado em diversos ordenamentos e teorizado, com maior destaque, por Robert Alexy⁴⁹³. Segundo sua teoria, formulada a partir da jurisprudência do Tribunal Federal Alemão⁴⁹⁴, o princípio da proporcionalidade decorre diretamente da ideia de que princípios constitucionais são mandamentos de otimização que se concretizam em maior ou menor medida de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Assim, a proporcionalidade objetiva verificar se foram respeitadas estas possibilidades fáticas ou jurídicas por meio de uma análise tripartida: em primeiro lugar, analisa-se se há adequação lógica entre a medida empregada e a sua finalidade; em segundo lugar, analisa-se se há outras medidas possíveis que atingem a mesma finalidade em igual intensidade, gerando menor restrição aos demais direitos em jogo; e, por fim, em um exame de proporcionalidade em sentido estrito, analisa-se se a restrição aos demais princípios em jogo é excessiva à luz dos ganhos trazidos com a promoção das finalidades pretendidas.

Note-se, contudo, que a Corte colombiana não afirmou que qualquer demonstração de atendimento à proporcionalidade seria suficiente para afastar a discriminação indireta. Pelo contrário, nos termos da *sentencia* T-291/09, a proporcionalidade nestes casos deve ser demonstrada em um escrutínio judicial estrito. Neste sentido, a Corte combinou dois diferentes mecanismos de análise de conflito entre princípios colidentes – o teste de proporcionalidade, adotado em diversos tribunais europeus e latino-americanos, e o sistema de níveis de escrutínios adotado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, que diferencia três níveis de intensidade para a análise da igualdade: o estrito (*strict scrutiny*), o intermediário (*intermediate scrutiny*) e o fraco (*rational basis*).

A possibilidade de combinar-se ambos os mecanismos em um “teste integrado de igualdade” remete à *sentencia de constitucionalidade* C-093/01.⁴⁹⁵ Naquela ocasião, a Corte afirmou que

⁴⁹³ ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Malheiros: São Paulo, 2008, passim.

⁴⁹⁴ Note-se, a este respeito, que a adoção do princípio da proporcionalidade aplicado aos casos tratando da igualdade jurídica remete, na jurisprudência da Corte colombiana, ao julgado na *sentencia* C-093/01, em que o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade foi atribuído pelo tribunal à Corte Europeia de Direitos Humanos. Sem prejuízo disso, a formulação apresentada pela Corte naquela ocasião não se distingue em nenhuma medida substancialmente daquele delineada por Alexy, inclusive referenciado pela própria Corte.

⁴⁹⁵ Transcreve-se deste julgado o seguinte trecho: “La doctrina y la jurisprudencia constitucional comparadas, así como la propia práctica de esta Corporación, parecen indicar que existen dos grandes enfoques para analizar los casos relacionados con el derecho a la igualdad. El primero de ellos, que ha sido desarrollado principalmente por la Corte Europea de Derechos Humanos y por los tribunales constitucionales de España y Alemania, se basa en el llamado test o juicio de proporcionalidad, que comprende distintos pasos. Así, el juez estudia (i) si la medida es o

este juízo ou teste integrado tentaria utilizar as vantagens analíticas da prova de proporcionalidade (...). Sem prejuízo, e diferentemente do exame de proporcionalidade europeu, a prática constitucional indica que não é apropriado que o escrutínio judicial seja empregado com o mesmo rigor em todos os casos, pelo que, segundo a natureza da regulação estudada, convém que a Corte proceda a graduar em intensidade cada um dos distintos passos do exame de proporcionalidade, retomando assim as vantagens de cada um dos distintos passos do teste de proporcionalidade.⁴⁹⁶

Neste sentido, especificamente em casos que tratem de grupos marginalizados e protegidos constitucionalmente, a Corte sustentou que o exame de proporcionalidade deveria ser realizado com base em um escrutínio estrito, possibilitando uma análise mais rigorosa acerca da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A própria Corte pôde exemplificar, na *sentencia de constitucionalidade* mencionada, como isto seria operacionalizado:

Assim, por exemplo, se o juiz conclui que, pela natureza do caso, o juízo de igualdade deve ser estrito, então o estudo da “adequação” deverá ser mais rigoroso, e não bastará que a medida tenha a virtude de materializar de forma parcial o objetivo proposto. Será necessário que ela seja realmente útil para alcançar os propósitos constitucionais de certa envergadura. Igualmente, o estudo da “necessidade” do tratamento diferenciado também pode ser graduado. Assim, em casos de escrutínio flexível, basta que a medida não seja manifesta e grosseiramente desnecessária, enquanto que em juízos estritos, a diferença de tratamento deve ser necessária e indispensável e, diante da presença de restrições menos gravosas, a limitação seguiria sem respaldo constitucional.⁴⁹⁷

no “adecuada”, esto es, si ella constituye un medio idóneo para alcanzar un fin constitucionalmente válido; luego (ii) examina si el trato diferente es o no “necesario” o “indispensable”, para lo cual debe el funcionario analizar si existe o no otra medida que sea menos onerosa, en términos del sacrificio de un derecho o un valor constitucional, y que tenga la virtud de alcanzar con la misma eficacia el fin propuesto. Y, (iii) finalmente el juez realiza un análisis de “proporcionalidad en estricto sentido” para determinar si el trato desigual no sacrifica valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los alcanzados con la medida diferencial. La otra tendencia, con raíces en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, se funda en la existencia de distintos niveles de intensidad en los “escrutinios” o “tests” de igualdad (estrictos, intermedios o suaves). Así, cuando el test es estricto, el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso, mientras que si el test es flexible o de mera razonabilidad, basta con que la medida sea potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento.”

⁴⁹⁶ Confira-se no original: “este juicio o test integrado intentaría utilizar las ventajas analíticas de la prueba de proporcionalidad(...). Sin embargo, y a diferencia del análisis de proporcionalidad europeo, la práctica constitucional indica que no es apropiado que el escrutinio judicial sea adelantado con el mismo rigor en todos los casos, por lo cual, según la naturaleza de la regulación estudiada, conviene que la Corte proceda a graduar en intensidad cada uno de los distintos pasos del juicio de proporcionalidad, retomando así las ventajas de los tests estadounidenses”.

⁴⁹⁷ No original: “Así por ejemplo, si el juez concluye que, por la naturaleza del caso, el juicio de igualdad debe ser estricto, entonces el estudio de la “adecuación” deberá ser más riguroso, y no bastará que la medida tenga la virtud de materializar, así sea en forma parcial, el objetivo propuesto. Será necesario que ésta realmente sea útil para alcanzar propósitos constitucionales de cierta envergadura. Igualmente, el estudio de la “indispensabilidad” del trato diferente también puede ser graduado. Así, en los casos de escrutinio flexible, basta que la medida no sea manifiesta y groseramente innecesaria, mientras que en los juicios estrictos, la diferencia de trato debe ser necesaria e indispensable y, ante la presencia de restricciones menos gravosas, la limitación quedaría sin respaldo constitucional”.

Assim, por meio da *sentencia de tutela* n° T-291/09, a Corte colombiana firmou a possibilidade de aplicação do teste integrado de igualdade também às hipóteses de discriminação indireta, exigindo-se um exame rigoroso da proporcionalidade de medidas que afetem minorias marginalizadas. Para isso, contudo, foi necessário delimitar os critérios pelos quais se pode afirmar que um determinado grupo configura uma minoria marginalizada. Remetendo às teorias de Owen Fiss e Iris Marion Young, já referenciadas neste trabalho, a Corte colombiana sustentou que estes grupos devem ser entendidos como grupos sociais em situação de subordinação prolongada e cujo poder político se encontra severamente limitado⁴⁹⁸, sofrendo opressão em forma de exploração, marginalização, falta de poder e imperialismo cultural⁴⁹⁹.

Por fim, assume destaque neste julgado a afirmação da Corte no sentido de que não basta apenas que a medida seja avaliada pelo teste integrado de igualdade para que seja afastada a discriminação indireta. Mais que isso, é necessária a demonstração por parte do possível agente da discriminação no sentido de que adotou medidas visando a mitigar o impacto desproporcional sobre os grupos afetados. Quanto a isto, o tribunal reconheceu que o princípio da igualdade não impõe apenas a abstenção de discriminar ou de tratar desigualmente, mas também implica um mandamento de intervenção, por meio do qual se garante a promoção das condições de igualdade real e efetiva entre os indivíduos.⁵⁰⁰

Foi com base nesta exigência que a Corte entendeu violado o princípio da igualdade em razão do fechamento do Lixão de Navarro. É que, apesar de reconhecer a proporcionalidade da medida, a Corte afirmou que as entidades responsáveis não teriam adotado medidas para amenizar os impactos sociais adversos do fechamento do lixão, tendo em vista sua negligência e omissão com relação a proteção dos grupos marginalizados afetados pela decisão e o

⁴⁹⁸ FISS, O. M. Groups and the Equal Protection Clause. *Philosophy and Public Affairs*, n. 5, 1976. 107-177.

⁴⁹⁹ Cf. nota 232 *supra*. Ainda, na *sentencia de constitucionalidade* n° C-741/03, a Corte exemplificou entre as características dos grupos marginalizados (i) a condição de debilidade manifesta decorrente da condição econômica, física ou mental de uma pessoa, (ii) a limitação do exercício e gozo de direitos fundamentais em razão de uma situação de desvantagem, (iii) a redução de capacidades físicas, sensoriais e psíquicas, (iv) a extrema pobreza ou injustiça material, com violação à dignidade humana e (v) a ausência de condições para a participação no debate público (COLOMBIA, Tribunal Constitucional, *Sentencia de Constitucionalidad* n° C-741/03, 28 de Agosto de 2003).

⁵⁰⁰ Confira-se: “En efecto, la cláusula de igualdad también impone un mandato de intervención, pues como bien lo reconoció el constituyente, no basta con exigir conductas negativas para corregir las enormes desigualdades que subsisten en nuestra sociedad. Es necesario que el Estado intervenga y despliegue actuaciones positivas para garantizar condiciones de igualdad real y efectiva. Al respecto, señala el segundo y tercer inciso del artículo 13: “El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados”, “El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos que contra ellas se comentan”.

descumprimento de compromissos firmados com os recicladores que tinham no lixão sua fonte de sustento. Diante disto, a corte determinou a adoção de uma série de providências visando a atender as necessidades dos grupos afetados pela medida.

Vê-se, pois, que a *sentencia* n° T-291/09 configurou-se como marco teórico relevante na jurisprudência colombiana acerca da discriminação indireta, sendo suas teses aplicadas em diversos outros casos posteriores⁵⁰¹.

3.6 Conclusões parciais.

Neste capítulo, busquei apresentar um amplo panorama comparativo acerca da aplicação do princípio da igualdade sob a perspectiva da vedação à discriminação indireta. A este respeito, argumentei o seguinte:

- a) O fenômeno da discriminação, sob a perspectiva jurídica, opera sob uma dualidade reconhecida no Brasil e no direito estrangeiro. Trata-se dos modelos de discriminação direta e discriminação indireta. A discriminação direta consiste nas formas de discriminação intencionais e/ou expressas, por meio do qual se elege um critério de classificação proibido, vinculado a características de grupos marginalizados, de maneira a perpetuar ou promover a negação de reconhecimento – e de igualdade jurídica – a estas minorias.
- b) Atualmente, tem-se conferido grande relevância à discriminação indireta diante da constatação de que as formas de violação à igualdade jurídica têm sido menos manifestas, revelando-se na produção de efeitos substancialmente diferenciados entre grupos sociais. A discriminação indireta consiste, neste sentido, nas formas de discriminação que decorrem da aplicação normas ou da promoção de atos em geral que, sem adotar quaisquer critérios e/ou intenção discriminatória acabam por promover, no mundo dos fatos, uma efetiva situação de negação de reconhecimento a grupos específicos.

⁵⁰¹ A este respeito, destaque-se a *sentencia de tutela* n° T-909/11, em que a Corte reiterou os termos do julgado paradigmático, reforçando expressamente a aplicação do mandamento de não discriminação não só aos entes públicos, como também a particulares, ambos os quais devem “em seus diferentes regimes de ordenação ou de liberdade, (...) velar pelo cumprimento dos mandamentos e proibições relacionados com a igualdade constitucional e com as desigualdades protegíveis e também as intoleráveis”. Ainda, cite-se as *sentencias de tutela* n° T-285/12, T-628/12, T-969/14, T-371/15.

c) Tradicionalmente, tem-se vinculado a discriminação indireta à teoria do impacto desproporcional americana, sem que se atente ao fato de que o conceito vem sendo aplicado em diversos ordenamentos, por mecanismos diversos. Neste sentido, a análise comparativa se revela justificável como forma de esclarecer o que pode significar esta forma de discriminação – e os instrumentos para superá-la – no Brasil.

d) Nos Estados Unidos, a discriminação indireta desenvolveu-se à luz da teoria do *disparate impact* ou impacto desproporcional, lastreada principalmente no desenvolvimento jurisprudencial e legislativo, apesar de não se reconhecer seu fundamento no princípio da igualdade constitucional americano. Apesar de sua posição vanguardista, os casos mais recentes julgados pela Suprema Corte dos Estados Unidos revelam um retrocesso no avanço da discriminação indireta – especialmente em comparação com outros ordenamentos jurídicos.

e) No Canadá, a análise da discriminação indireta se desenvolveu a partir da teoria da discriminação por efeitos adversos, firmada à luz da jurisprudência, Constituição e legislação canadenses. Segundo o entendimento recente da Corte, a discriminação indireta se configura não só pela promoção dos efeitos desproporcionais, como também em razão da negativa de adaptação razoável dos indivíduos ou grupos afetados – salvo quando esta adaptação figura impossível.

f) Na Europa, a discriminação indireta tem sido acolhida tanto pelos ordenamentos nacionais quanto no Direito Comunitário Europeu desde os anos 70, notadamente a partir da jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, bem como de diretivas e tratados internacionais versando sobre o tema e das constituições nacionais. Para além da mera reiteração da teoria americana ou canadense, identifica-se naquele ordenamento um esforço para facilitar a comprovação de casos *prima facie* de discriminação indireta, bem como a aplicação da proporcionalidade aos casos submetidos às Cortes.

g) Na América Latina, por fim, também é possível identificar a aplicação do conceito à luz do princípio da igualdade, especialmente a partir da análise da jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia. A partir desta análise, destaca-se a possibilidade de estender o conceito da discriminação indireta para além das relações trabalhistas e da liberdade religiosa; a facilitação da demonstração de casos de discriminação indireta; a atenção à proteção de grupos vulneráveis que considera

comandos expressos inseridos na Constituição Política da Colômbia; a aplicação do princípio da proporcionalidade em níveis distintos de rigidez e a exigência da adaptação razoável como mecanismo de superação da discriminação.

4 UMA PROPOSTA DE ANÁLISE DA DISCRIMINAÇÃO INDIRETA EM TRÊS ETAPAS: DEMONSTRAÇÃO DO CASO *PRIMA FACIE*, PROPORCIONALIDADE DO ATO E POSSIBILIDADE DE ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL

4.1 A discriminação indireta no Brasil: o quadro atual e fundamentos para uma análise em três etapas.

No capítulo anterior, busquei analisar, à luz do direito comparado, as diversas formulações existentes acerca da configuração de situações de discriminação indireta. Neste capítulo, pretendo retomar estes elementos, relacionando-os com os argumentos lançados nos primeiros capítulos, de modo a formular uma proposta para a análise da discriminação indireta à luz do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.

De se notar, de início, que o Supremo Tribunal Federal ainda não enfrentou de maneira sistemática e profunda o tema da aplicação do princípio da igualdade como vedação à discriminação indireta.⁵⁰² Sem prejuízo disso, a questão não é totalmente inédita na jurisprudência da Corte. O mais emblemático caso analisado pelo Supremo Tribunal Federal tratando de situação de discriminação indireta diz respeito à Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 1946/DF⁵⁰³, de relatoria do Ministro Sydney Sanches. Na hipótese, tratava-se de analisar a constitucionalidade do artigo 14 da Emenda Constitucional n° 20/88, que assim dispunha:

Art. 14 - O limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal é fixado em R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), devendo, a partir da data da publicação desta Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social.⁵⁰⁴

Em 29 de abril de 1999, pouco mais de 4 (quatro) meses após a entrada em vigor do dispositivo, o Supremo Tribunal Federal deferiu o pedido cautelar formulado na Ação Direta de Inconstitucionalidade para, interpretando o artigo 14 à luz do princípio da igualdade e da não

⁵⁰² Tratando de situações de discriminação direta, pode-se citar, em contraste, o julgado acerca da constitucionalidade das uniões estáveis homoafetivas (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI n° 4277/DF, Ayres Britto, Plenário, 05 de Maio de 2011), bem como o julgamento do RE n° 161.243/DF, em que se reconheceu a inconstitucionalidade da discriminação de empregados em função de sua nacionalidade (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE n° 161.243/DF, Carlos Velloso, 2ª Turma, 29 de Outubro de 1996).

⁵⁰³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI n° 1946/DF, Sydney Sanches, Plenário, 03 de Abril de 2003.

⁵⁰⁴ BRASIL, Emenda Constitucional n° 20 de 15 de dezembro de 1998.

discriminação, excluir a licença-gestante do âmbito de incidência do teto de R\$ 1.200,00. Isto porque, segundo afirmado pelo Ministro Sydney Sanches, interpretação diversa implicaria incentivar a discriminação contra a mulher no mercado de trabalho – visto que os empregadores tenderiam a evitar a contratação de eventuais gestantes diante dos ônus econômicos implicados⁵⁰⁵. A decisão cautelar foi confirmada em julgamento definitivo, de cujo acórdão se extrai o seguinte trecho relevante:

DIREITO CONSTITUCIONAL, PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. LICENÇA-GESTANTE. SALÁRIO. LIMITAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 14 DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 3º, IV, 5º, I, 7º, XVIII, E 60, § 4º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (...).

3. Na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$1.200,00 (hum mil e duzentos reais) por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira, facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora. Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da C.F./88), proibição, que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal. Estará, ainda, conclamado o empregador a oferecer à mulher trabalhadora, quaisquer que sejam suas aptidões, salário nunca superior a R\$1.200,00, para não ter de responder pela diferença. Não é crível que o constituinte derivado, de 1998, tenha chegado a esse ponto, na chamada Reforma da Previdência Social, desatento a tais consequências. Ao menos não é de se presumir que o tenha feito, sem o dizer expressamente, assumindo a grave responsabilidade.⁵⁰⁶

Ainda, na forma do voto do Ministro Nelson Jobim, a interpretação segundo a qual o teto se aplicaria também à licença gestante “teria um efeito discriminatório no mercado de trabalho” – ou seja, “[a] legislação, com essa interpretação, produziria um efeito contrário àquilo que a Constituição estabeleceu nas suas regras fundamentais”. O Ministro fez, ainda, referência expressa ao caso *Griggs*, para afirmar que “[o] que importa são as consequências do fato. Se produz, ou não, em concreto, a discriminação proibida. Não importa qual seja a intenção”. Assim, o Ministro Nelson Jobim afirmou em seu voto que

[a] regra da EC. 20/98, aparentemente neutra, produz discriminação não desejada pelo próprio legislador. As práticas de mercado passarão a responder com discriminação, quanto ao emprego da mulher. Não podem ser mantidos os atos que induzem às práticas discriminatórias. A doutrina chama de efeitos ou impactos desproporcionais (‘disparate impact’). O Tribunal tem que examinar as consequências da legislação para constatar se estão, ou não, produzindo resultados contrários à Constituição.

⁵⁰⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar na ADI nº 1946/DF, Sydney Sanches, Plenário, 29 de Abril de 1999.

⁵⁰⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI nº 1946/DF, Sydney Sanches, Plenário, 03 de Abril de 2003.

Desde então, contudo, o STF não se manifestou novamente sobre o tema da discriminação indireta. Isto não impediu que a análise do princípio da igualdade, sob esta perspectiva, não tenha evoluído em nosso ordenamento⁵⁰⁷. Seguindo a promulgação da Constituição de 1988, o principal marco normativo acerca do conceito de discriminação indireta no Brasil se dá com a promulgação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD ou Convenção), em 2009.⁵⁰⁸ De se destacar que, tendo sido o primeiro tratado internacional de direitos humanos aprovado na forma do §3º do art. 5º da Constituição Federal, a CDPD incorporou-se ao bloco de constitucionalidade brasileiro.⁵⁰⁹ Dito isto, é do artigo 2º da Convenção que se extraem as principais disposições relevantes para este estudo:

Artigo 2

Definições

Para os propósitos da presente Convenção: (...)

“Discriminação por motivo de deficiência” significa qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro. Abrange todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável;

“Adaptação razoável” significa as modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais; (...)

Depreende-se das definições contidas neste dispositivo três importantes consequências para o desenvolvimento do princípio da igualdade como vedação à discriminação indireta no Brasil.

⁵⁰⁷ A vedação à discriminação indireta tem igualmente encontrado guarida na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Superior do Trabalho. Com relação ao primeiro, cite-se o julgado do Recurso Especial nº 1315822/RJ, em que o STJ reconheceu o dever imposto às instituições bancárias no sentido de adotar o método braile nas suas relações contratuais, com o objetivo de promover a inclusão de portadores de deficiência visual (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 1315822/RJ, Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, 04 de março de 2015). No Tribunal Superior do Trabalho, fez-se referência à discriminação por impacto desproporcional no julgamento do AIRR nº 2720-20.2011.5.02.0471 – o caso tratava de norma municipal que, a pretexto de aumentar o piso salarial apenas de servidores admitidos a partir de sua promulgação, a norma gerava efetiva discriminação entre trabalhadores que exerciam a mesma atividade (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, AIRR - 2720-20.2011.5.02.0471, João Pedro Silvestrin, 19 de maio de 2014).

⁵⁰⁸ BRASIL, Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência. Decreto nº 6.949 de 25 de agosto de 2009. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm >. Acesso em 5 out. 2015.

⁵⁰⁹ De acordo com Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto, o bloco de constitucionalidade consiste no “conjunto de normas a que se reconhece hierarquia constitucional num dado ordenamento. Tais normas, ainda que não figurem no documento constitucional, podem ser tomadas como parâmetro para o exercício do controle de constitucionalidade” (SOUZA NETO, C. P. D.; SARMENTO, D. *Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*. 1ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 44).

Em primeiro lugar, a Convenção confere um significado ao conceito de discriminação – até então, um conceito jurídico indeterminado⁵¹⁰ inserido no art. 3º, IV da Constituição de 1988. O fenômeno da discriminação é associado, assim, à negativa de reconhecimento, desfrute ou exercício de direitos em igualdade de oportunidades, considerando os grupos inseridos na sociedade.⁵¹¹ Não só isso, o artigo 2º complementa o conceito da discriminação indireta a partir do instituto da “adaptação razoável”. De acordo com o dispositivo, discriminar significa também recusar-se a promover “as modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido” e que possibilitem o gozo e exercício dos direitos restringidos pelo ato promotor da desigualdade. Neste ponto, portanto, a Convenção veio a constitucionalizar institutos que de há muito vinham sendo reconhecidos pelo direito da antidiscriminação estrangeiro, conforme a análise desenvolvida no capítulo anterior.⁵¹²

Em segundo lugar, a Convenção esclareceu, na linha do afirmado pelo Ministro Nelson Jobim em seu voto na ADI nº 1946/DF – e seguindo a tendência da jurisprudência internacional – que a discriminação não é um fenômeno que se resume aos atos emitidos “com o propósito” de excluir e inferiorizar indivíduos, englobando também aqueles atos que tem por “efeito” promover estas desigualdades. Trata-se aqui, portanto, de incorporar ao ordenamento

⁵¹⁰ Falar em vedação à discriminação, neste sentido, dependeria de definir o que significa “discriminação”, dependendo, assim, de uma maior atividade interpretativa do aplicado do Direito do que, por exemplo, a definição de termos como “homem” e “mulher” – ainda que se reconheça, com acerto, que conceitos tido por determinados podem apresentar, sob diversas perspectivas, uma certa indeterminação. A este respeito, confira-se KRELL, A. J. *Discricionarieidade administrativa e conceitos legais indeterminados*. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

⁵¹¹ Não se descuide de reconhecer, sem prejuízo disso, que conceitos semelhantes de discriminação já vinham sendo adotados no Direito Internacional dos Direitos Humanos, à exemplo do artigo 1º da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, de 1965, que significou discriminação como “qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica, que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade dos direitos humanos e liberdades fundamentais”. De acordo com Flavia Piovesan, já neste texto é possível distinguir entre a vedação à discriminação direta (com o propósito de anular ou prejudicar o exercício de direitos humanos) e a vedação à discriminação indireta (com o efeito de anular ou prejudicar o exercício destes direitos). A este respeito, cf. PIOVESAN, F. A estrutura normativa do sistema regional de proteção dos direitos humanos – O sistema interamericano. In: *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 14ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, Capítulo VI, s/n.

⁵¹² De se notar, pois, que esta definição se encontra em perfeita harmonia com o que tenho sustentado neste trabalho – ou seja, com a ideia de que a violação ao princípio da igualdade se relacionada com a negação do reconhecimento jurídico, pelo qual as pessoas são excluídas em seu direito à participação ou gozo de direitos, sendo-lhes impossibilitada a oportunidade de buscar a própria autorrealização individual. Ainda, conforme afirmarei a seguir, o dever de promover a adaptação razoável vincula-se diretamente a esta concepção de igualdade, na medida em que se reconhece que a garantia de que todos serão iguais perante a lei demanda considerar as posições relativas dos indivíduos substancialmente desiguais, mitigando o rigor da aplicação idêntica dos comandos normativos quando esteja em jogo garantir a inclusão e visibilidade de minorias sociais marginalizadas.

jurídico brasileiro, sem margem a dúvidas, o princípio da igualdade como vedação à discriminação indireta.

Em terceiro lugar, a Convenção confere um quadro normativo a partir do qual é possível trabalhar os elementos da discriminação indireta, desenvolvendo, assim, um método claro e sistemático para sua análise. É a este ponto que pretendo ater-me neste capítulo, realizando, enfim, a proposta deste trabalho. Segundo desenvolverei nos itens seguintes, pretendo partir da Convenção, da Constituição de 1988 e da jurisprudência brasileira e comparada visando a propor que a análise da discriminação indireta, no Brasil, se desenvolva em três etapas.

A primeira etapa se refere à parte inicial da definição de discriminação contida no art. 2º da Convenção, e consiste na demonstração do caso de discriminação indireta *prima facie*. Trata-se, aqui, de verificar a existência de um ato público ou privado que emprega critérios de classificação aparentemente neutros e que produz um determinado impacto desproporcional ou efeitos adversos negativos contra uma pessoa ou grupo constitucionalmente protegidos. De modo a esclarecer os objetivos desta etapa, buscarei responder às seguintes questões: o que é um ato público ou privado que emprega critérios de classificação aparentemente neutros? De que se trata o impacto desproporcional ou o efeito adverso negativo? Quem são as pessoas e grupos constitucionalmente protegidos e por quê?

A segunda etapa se baseia nas características específicas da discriminação indireta e na jurisprudência comparada, e consiste na justificação do ato gerador da discriminação, por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade. Esta justificação é possível, conforme afirmo a seguir, tendo em vista que a discriminação indireta pode estar associada a um ato que seja juridicamente legítimo à luz do ordenamento constitucional vigente – de tal forma que seus efeitos discriminatórios devem ser compreendidos como consequência inevitável do pluralismo e da vida em sociedade. Mais do que analisar a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito do ato, no entanto, afirmo que é necessário ter em mente, quando da aplicação da proporcionalidade, o objetivo de promoção da igualdade e de inclusão dos grupos vulneráveis – de tal maneira que, na linha do desenvolvido pela Corte Constitucional da Colômbia, a aplicação dos subprincípios da proporcionalidade deverá ser tão mais rígida quanto mais intensa for a ingerência sobre o direito à igualdade destes grupos vulneráveis e quanto mais relevante for o direito em jogo para a promoção do reconhecimento destes grupos.

Por fim, a terceira etapa refere-se à parte final da definição de discriminação contida na Convenção, e consiste no direito e no dever de adaptação ou acomodação razoável. Tendo

em vista que atos geradores da discriminação indireta podem ainda assim sobreviver ao teste de proporcionalidade, o direito-dever à acomodação razoável decorre de uma busca pela promoção dos ideais igualitários constitucionais, conciliando os interesses conflitantes de modo a acomodar os grupos prejudicados sem prejuízo da manutenção do ato impugnado. Nesta etapa, recorre-se novamente ao princípio da proporcionalidade, mas não para analisar a medida discriminatória e, sim, a medida de acomodação proposta como forma de superar a discriminação. Busca-se, assim, analisar a existência de medidas que mitiguem no maior grau possível a discriminação indireta, sendo ao mesmo tempo idôneas a promover a igualdade e menos onerosas o possível para as partes que se encontram em situação conflituosa (ou seja, não configurando ônus desproporcional ou indevido contra aquele que tem o dever de acomodar).

Além de decorrer da estrutura lógica da discriminação indireta e de poder ser inferida da leitura do art. 2º da Convenção, esta análise em três etapas encontra seus fundamentos também no direito comparado. Com efeito, o trinômio caso *prima facie*-justificação-adaptação razoável é identificado na literalidade do Título VII do *Civil Rights Act*,⁵¹³ na jurisprudência da Suprema Corte do Canadá,⁵¹⁴ na jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia,⁵¹⁵ além de ser em larga medida aplicado pelos tribunais europeus.⁵¹⁶ Neste sentido, passo a analisar individualmente estas etapas, visando à identificação dos elementos que as definem.

4.2 Primeira etapa: apresentação do caso de discriminação indireta *prima facie*.

Como já exposto na análise comparada do direito da antidiscriminação, tradicionalmente a discriminação indireta encontra maior dificuldade para sua comprovação

⁵¹³ “(i) a complaining party demonstrates that a respondent uses a particular employment practice that causes a disparate impact on the basis of race, color, religion, sex, or national origin and the respondent fails to demonstrate that the challenged practice is job related for the position in question and consistent with business necessity; or (ii) the complaining party makes the demonstration described in subparagraph (C) with respect to an alternative employment practice and the respondent refuses to adopt such alternative employment practice” (ESTADOS UNIDOS, *Civil Rights Act*, *Public Law* 88-352, 2 de Julho de 1964).

⁵¹⁴ Como ocorrido nos casos *O’Malley*, *Meiorin* e *Alberta* (CANADÁ, Suprema Corte, *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears*, [1985] 2 SCR 536; CANADÁ, Suprema Corte, *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3; e CANADÁ, Suprema Corte, *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human rights commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489).

⁵¹⁵ Confira-se, por exemplo: COLOMBIA, Tribunal Constitucional, Sentencia de Tutela nº T-140, 27 de Fevereiro de 2009; e COLOMBIA, Tribunal Constitucional, Sentencia de Tutela nº T-291, 23 de Abril de 2009.

⁵¹⁶ Na jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu, destaque o caso *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD v Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, em que reconhecida a aplicação do princípio da proporcionalidade às situações de discriminação indireta.

que a discriminação direta. Isto porque, de um lado, a discriminação direta se revela, em regra, no plano abstrato, por meio de desígnios discriminatórios claros consistentes na adoção de critérios expressamente proibidos pela Constituição e pelo princípio da igualdade. De outro lado, no entanto, a discriminação indireta demanda a comprovação de que um ato abstrato e aparentemente legítimo produz no plano da realidade fática efeitos discriminatórios contra determinadas pessoas ou grupos.

Se no primeiro caso bastaria o cotejo entre a norma discriminatória e a Constituição para que se verificasse a violação ao princípio da igualdade; no segundo caso, o arcabouço probatório necessário para derrubar uma norma que produz efeitos discriminatórios pode ser muito mais complexo. Considerando que a discriminação indireta afeta grupos socialmente vulneráveis, que presumivelmente não terão à sua disposição avançados mecanismos eventualmente necessários para a comprovação da realidade discriminatória – como, por exemplo, ferramentas para a análise estatística do impacto dos atos discriminatórios – é de se concluir que a exigência de uma demonstração robusta e inafastável reduziria, na prática, as chances de demonstração de um caso de discriminação indireta.⁵¹⁷

À luz destas considerações, diversos tribunais – notadamente no âmbito do direito comunitário europeu⁵¹⁸ – têm reconhecido a necessidade de distribuição dos ônus de demonstração da discriminação indireta entre as partes envolvidas, ou seja, entre as pessoas ou grupos afetados e o agente responsável pelo ato gerador da discriminação. Com isso, os grupos afetados deverão demonstrar um caso de discriminação indireta *prima facie*, apresentando substratos que indiquem – ainda que não de maneira inabalável – a presença dos elementos desta forma de discriminação. Em contraposição, o agente da discriminação poderá afastar a presunção relativa da discriminação indireta, sustentando que não estão presentes tais elementos. Ou seja, apresentado o caso *prima facie*, o agente responsável poderá refutar a hipótese de existir um ato gerador de impactos adversos sobre grupos constitucionalmente protegidos.

Feitas estas considerações iniciais, desenvolvo a seguir o estudo acerca dos 3 (três) elementos do caso de discriminação indireta *prima facie*: o ato público ou privado que emprega

⁵¹⁷ A este respeito, é relevante retomar a perspectiva adotar pela Diretiva 97/80, cujo artigo 4º busca facilitar a demonstração da discriminação indireta, de tal maneira que a mera apresentação de fatos a partir dos quais se possa extrair uma situação discriminatória já é suficiente para transferir o ônus da prova de inexistência de discriminação para o agente responsável pelo ato (UNIÃO EUROPEIA, Diretiva 97/80/CE do Conselho, 15 dez. 1997).

⁵¹⁸ Isto decorre da aplicação da Diretiva 97/80/CE, que facilita a demonstração do caso *prima facie* da discriminação indireta por meio de indícios e fatos dos quais se possa inferir a desigualdade alegada (UNIÃO EUROPEIA, Diretiva 97/80/CE do Conselho, 15 dez. 1997).

critérios de classificação aparentemente neutros; o impacto desproporcional ou efeitos adversos negativos; e o prejuízo a grupos constitucionalmente protegidos.

4.2.1 O ato público ou privado que emprega critérios de classificação aparentemente neutros.

4.2.1.1 Natureza pública ou privada do ato: eficácia vertical e eficácia horizontal da igualdade como vedação à discriminação indireta.

A análise do direito comparado permitiu identificar que diversas espécies de atos, práticas ou medidas podem gerar alguma forma de exclusão ou de restrição no exercício de direitos por grupos vulneráveis. Testes de aptidão aplicados em ambientes de trabalho⁵¹⁹, leis ou atos normativos editados pelo Poder Público⁵²⁰, regulamentos ou exigências formulados por entes privados⁵²¹, políticas adotadas pelo Poder Público⁵²² e, até mesmo, a construção de obras em determinados moldes⁵²³ – por exemplo, não sendo previstas rampas e outras modalidades de acesso para pessoas deficientes – são apenas alguns exemplos da pluralidade de atos que podem ensejar alguma espécie de violação ao princípio da igualdade e não discriminação.

Por evidente, estes diversos exemplos não são idênticos – alguns são editados por particulares, outros por pessoas públicas; alguns são atos normativos, outros são meras práticas ou medidas que produzem outros efeitos e promovem objetivos diversos. Em comum, no entanto, estas práticas, medidas ou normas podem ser consideradas como *atos que sujeitam o gozo de benefícios ou direitos ao preenchimento de determinados requisitos*. É neste sentido que me parece possível afirmar que basta a existência de um ato capaz de restringir ou de excluir o exercício do direito a um determinado grupo qualquer para que se possa analisar a existência ou não da discriminação indireta na hipótese.

⁵¹⁹ A exemplo do caso *Griggs v. Duke Power Co.* [ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971)].

⁵²⁰ UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, M. L. Ruzius-Wilbrink vs. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Overheidsdiensten, Caso C-102/88, 13 de dezembro de 1989; ARGENTINA, Corte Suprema de Justiça da Nação, R. 350. XLI, 04 de Setembro de 2007.

⁵²¹ Os casos *O'Malley* e *Bhinder* ilustram esta hipótese [CANADÁ, Suprema Corte, *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears*, (1985) 2 SCR 536; e CANADÁ, Suprema Corte, *Bhinder & Canadian Human Rights Commission v. Canadian National Railway Co.*, (1985) 2 S.C.R. 561].

⁵²² A exemplo do caso das mulheres *desplazadas* na Colômbia (COLOMBIA, Tribunal Constitucional, Sentencia de Tutela nº T-025, 22 de Janeiro de 2004 e COLOMBIA, Tribunal Constitucional, Auto nº A-092/08).

⁵²³ O supramencionado caso *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD v. Komisia za zashtita ot diskriminatsia* exemplifica esta situação, na medida em que a hipótese tratava da diferença na discriminação gerada pelos parâmetros de construção de postes de energia elétrica em bairros habitados pela população Roma (UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD v. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, Caso 83/14 [2015], Colect. 480, 16 de julho de 2015).

Como afirmei há pouco, estes atos podem assumir tanto uma natureza pública – ou seja, decorrente da atuação do Poder Público –, quanto uma natureza privada – elaborados e aplicados, portanto, por particulares. No Brasil, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1946/DF⁵²⁴, em que se declarou inconstitucional o teto de R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais) estabelecido para todos os benefícios previdenciários em razão do impacto da medida sobre a igualdade de gênero no mercado de trabalho é exemplo de hipótese em que um ato de natureza pública seria capaz de ensejar a discriminação indireta contra grupos vulneráveis – no caso, as mulheres.

De outro lado, há três fundamentos que permitem afirmar que estes atos também podem ser de natureza privada. O primeiro deles, histórico, diz respeito à própria origem do conceito de discriminação indireta, elaborado com o objetivo de superação das desigualdades existentes no âmbito de relações entre particulares (as relações de trabalho). O segundo é um fundamento que diz respeito à eficácia dos direitos fundamentais: sendo a igualdade um direito fundamental, ela apresenta, além da eficácia vertical (construindo o Poder Público), também uma eficácia horizontal que permite opor este direito aos demais particulares. O terceiro fundamento concerne ao princípio da efetividade da Constituição: caso a superação da discriminação indireta se aplicasse apenas a atos do Poder Público, as promessas emancipatórias constitucionais seriam substancialmente enfraquecidas. Senão, vejamos.

Em primeiro lugar, como foi elaborado no capítulo anterior, os primeiros e mais importantes casos envolvendo a discriminação indireta ainda nos anos 70 e 80, na jurisprudência dos Estados Unidos, Canadá e na Europa, envolveram precisamente relações jurídicas firmadas entre particulares. *Griggs*⁵²⁵, bem como a maioria esmagadora dos casos de *disparate impact* que o seguiram na jurisprudência americana⁵²⁶, tratavam de testes, critérios ou previsões estabelecidas por empregadores no âmbito da admissão, promoção ou fixação de remuneração de seus empregados, analisados à luz do Título VII do *Civil Rights Act*⁵²⁷ que

⁵²⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI nº 1946/DF, Sydney Sanches, Plenário, 03 de Abril de 2003; e BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar na ADI nº 1946/DF, Sydney Sanches, Plenário, 29 de Abril de 1999.

⁵²⁵ ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971)

⁵²⁶ Cite-se, a título exemplificativo, os seguintes casos já referidos anteriormente: ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, *Watson v. Fort Worth Bank & Trust*, 487 U.S. 977 (1988); e ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, *Ricci v. DeStefano*, 557 U.S. 557 (2009).

⁵²⁷ ESTADOS UNIDOS, *Civil Rights Act, Public Law 88-352*, 2 de Julho de 1964.

tratava de relações trabalhistas. Os casos *O'Malley*⁵²⁸, *Bhinder*⁵²⁹ e *Meiorin*⁵³⁰, representando a jurisprudência dominante da Suprema Corte Canadense, tratavam da discriminação indireta também no âmbito das relações de emprego – predominantemente sob uma perspectiva individual, em contraste com o direito estadunidense. Da mesma forma, a jurisprudência sobre a discriminação indireta desenvolvida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, notadamente a partir dos anos 80, tratava em grande medida da discriminação entre homens e mulheres no mercado de trabalho⁵³¹. Também na jurisprudência latino-americana são identificáveis diversos casos tratando da discriminação indireta nestas relações empregatícias⁵³². Significa dizer, pois, que a origem do princípio da vedação à discriminação indireta está intrinsecamente relacionada com a regulação de relações jurídicas privadas – especificamente aquelas firmadas entre empregados e empregadores. É dizer, mais do que buscar a superação da discriminação perante o Poder Público, o conceito teve entre seus principais objetivos superar a discriminação promovida por particulares, notadamente em relações marcadamente desiguais como as regidas pelo Direito do Trabalho.

Somado ao fundamento histórico e comparativo, a ideia de que a discriminação indireta se volta também contra atos privados está lastreada na teoria da eficácia dos direitos fundamentais e na ideia de que o princípio da igualdade enquanto direito fundamental é oponível não só ao Poder Público, como também aos particulares. Neste tocante, é necessário traçar uma relevante distinção entre a teoria da discriminação indireta desenvolvida na jurisprudência norte-americana (incluindo os primeiros relevantes julgados da Corte canadense), e uma teoria da discriminação indireta adequada ao contexto brasileiro. Como já foi exposto no Capítulo 3 deste trabalho, o direito da antidiscriminação estadunidense e os primeiros julgados canadenses basearam a vedação à discriminação indireta em previsões contidas em estatutos de natureza infraconstitucional. Neste sentido, a jurisprudência norte-americana se desenvolveu à luz do Título VII do *Civil Rights Act*⁵³³, enquanto a jurisprudência

⁵²⁸ CANADÁ, Suprema Corte, *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears*, [1985] 2 SCR 536.

⁵²⁹ CANADÁ, Suprema Corte, *Bhinder & Canadian Human Rights Commission v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561.

⁵³⁰ CANADÁ, Suprema Corte, *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3.

⁵³¹ Como se depreende, por todos, dos seguintes julgados: UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, *J.P. Jenkins v Kingsgate (Clothing Productions) Ltd.*, Caso 96/80 [1981], collect 911, 31 de Março de 1981; UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, *Ingrid Rinner-Kühn v FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG.*, Caso 171/88 [1989] Colect. 2743, 13 de Julho de 1989; UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, *Bilka - Kaufhaus GmbH v Karin Weber von Hartz*, Caso 170/84 [1986], Colect. 1607, 13 de Maio de 1986.

⁵³² COLOMBIA, Tribunal Constitucional, Sentencia de Tutela nº T-335, 23 de Março de 2000.

⁵³³ ESTADOS UNIDOS, *Civil Rights Act, Public Law 88-352*, 2 de Julho de 1964.

canadense partiu da aplicação das legislações estaduais de direitos humanos⁵³⁴. A este respeito, é paradigmático o julgamento do caso *Wards Cove*⁵³⁵ pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em que se consignou expressamente que não decorreria do princípio constitucional da igualdade (a 14ª Emenda à Constituição Americana) a vedação à discriminação indireta, mas apenas a proibição do *disparate treatment*, a discriminação direta.

Não se pode desvincular este entendimento, que até hoje se mantém na jurisprudência daquele país, da doutrina do *state action* aplicada nos Estados Unidos. Segundo Daniel Sarmento:

É praticamente um axioma do Direito Constitucional norte-americano, quase universalmente aceito tanto pela doutrina como pela jurisprudência, a ideia de que os direitos fundamentais previstos no *Bill Of Rights* da Carta estadunidense impõem limitações apenas para os Poderes Públicos e não atribuem aos particulares direitos frente a outros particulares, com exceção da 13ª Emenda, que proibiu a escravidão.⁵³⁶

No âmbito do direito da antidiscriminação, as restrições impostas pela doutrina do *state action* foram objeto de críticas por autores americanos e estrangeiros. Neste sentido, para Reva B. Siegel, a dificuldade em aceitar a aplicação do princípio da igualdade entre particulares faz com que, atualmente, o princípio da igual proteção contido na 14ª Emenda não mais proteja grupos vulneráveis – principalmente na medida em que a discriminação direta passa a ser deixada de lado em favor de outras formas de classificação que acabam por perpetuar na mesma medida a subordinação destas minorias sociais.⁵³⁷ Rosemary Hunter e Elaine Shoben, por sua vez, afirmaram que as restrições da teoria da discriminação indireta americana – especialmente em razão de seu escopo restrito a estatutos legais – foram uns dos fatores que impediram o desenvolvimento do direito da antidiscriminação norte-americano em compasso com outros ordenamentos jurídicos que adotaram o conceito.⁵³⁸ Apesar das críticas, no entanto, a teoria da discriminação indireta nos Estados Unidos segue partindo de duas premissas principais: o fundamento infraconstitucional e a inoponibilidade do princípio da igualdade entre particulares – salvo previsão legal expressa.

⁵³⁴ A exemplo do *Ontario Human Rights Code*, conforme o julgamento do caso *O'Malley* (CANADÁ Suprema Corte, *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears*, [1985] 2 SCR 536).

⁵³⁵ ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, *Wards Cove Packing Co. v. Antonio*, 490 U.S. 642 (1989).

⁵³⁶ Grifos no original, cf. SARMENTO, D. *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2ª ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006, p. 189.

⁵³⁷ SIEGEL, R. Why equal protection no longer protects: the evolving forms of status-enforcing state action. *Stanford Law Review*, 49, 1997. 1111-1148, passim.

⁵³⁸ HUNTER, R. C.; SHOBEN, E. W. Disparate Impact Discrimination: American Oddity or Internationally Accepted Concept? *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, 19, n. 1, 1998, p. 124-152.

Nenhuma destas premissas é aplicável ao direito brasileiro. Quanto ao fundamento da vedação à discriminação indireta, prescindimos no Brasil de previsão infraconstitucional neste sentido diante da ausência de qualquer restrição na interpretação do princípio da igualdade e da não discriminação. A este respeito, Roger Raupp Rios afirmou o seguinte:

No direito brasileiro, a condenação da discriminação indireta como consequência do conteúdo jurídico do princípio constitucional da igualdade pode ser constatada de modo ainda mais claro. (...) Ademais, a Constituição não fixa qualquer entendimento restritivo do princípio da igualdade entre nós, nem se pode extrair de seu texto razões para a desconsideração da discriminação indireta como violação ao princípio da igualdade. Ao contrário, ela estatui diversas normas igualitárias e antidiscriminatórias ao longo de seu texto.⁵³⁹

Some-se a isso que, com a aprovação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o conceito de discriminação indireta incorporou-se ao bloco de constitucionalidade brasileiro,⁵⁴⁰ esclarecendo, assim, que a igualdade impede não só a discriminação direta (a discriminação “com o propósito” de restringir a igualdade), como também a discriminação indireta (a discriminação com o “efeito” de restringir a igualdade). O princípio da igualdade como não discriminação, portanto, abrange “todas as formas de discriminação”, segundo os termos da Convenção.⁵⁴¹

De outro lado, o modelo brasileiro também se distancia do americano no que diz respeito à eficácia horizontal do princípio da igualdade como não discriminação. Em contraste com o modelo americano, tem-se reconhecido que, no Brasil, estes princípios constitucionais produzem não só eficácia perante o Poder Público (tanto vertical, quanto no sentido de gerar deveres de proteção⁵⁴²), como também eficácia horizontal entre particulares.⁵⁴³

É de se destacar, na linha da ampla doutrina que se tem produzido sobre o assunto, que as teorias tratando sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais podem ser divididas

⁵³⁹ RIOS, R. R. *Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 130.

⁵⁴⁰ De acordo com Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto, o bloco de constitucionalidade consiste no “conjunto de normas a que se reconhece hierarquia constitucional num dado ordenamento. Tais normas, ainda que não figurem no documento constitucional, podem ser tomadas como parâmetro para o exercício do controle de constitucionalidade” (SOUZA NETO, C. P. D.; SARMENTO, D. *Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*. 1ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 44)

⁵⁴¹ Seguimos, neste sentido, a mesma linha adotada por países como a Colômbia, em que se reconheceu que a vedação à discriminação indireta é consequência da aplicação do princípio constitucional da igualdade e da não discriminação (COLOMBIA, Tribunal Constitucional, Sentencia de Tutela nº T-026, 26 de Janeiro de 1996; COLOMBIA, Tribunal Constitucional, Sentencia de Tutela nº T-291, 23 de Abril de 2009).

⁵⁴² Gera-se, assim, tanto uma defesa do particular contra a atividade estatal, quanto um efetivo dever do Estado no sentido de adotar as medidas necessárias à tutela destes direitos. Por todos, confira-se: SARMENTO, D. *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2ª ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006, passim.

⁵⁴³

em duas: a teoria da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais, adotada predominantemente na Alemanha, e a teoria da eficácia direta e imediata destes direitos, aplicada em ordenamentos jurídicos como o espanhol e o português.⁵⁴⁴ Segundo Stephen Gardbaum,⁵⁴⁵ a eficácia horizontal indireta pode ser do tipo fraca ou do tipo forte. A primeira implicaria uma eficácia de natureza interpretativa, que demandaria das Cortes que considerassem valores constitucionais quando da interpretação e aplicação do Direito Privado. Já a eficácia horizontal indireta do tipo forte consistiria no reconhecimento de que os direitos fundamentais seriam integralmente aplicáveis sobre o direito privado. Em ambos os casos, no entanto, não se reconhece a oponibilidade interpartes dos direitos fundamentais, sendo necessária a existência de legislação sobre cuja interpretação incidirão estes direitos. Neste sentido, Daniel Sarmiento afirmou que:

A teoria da eficácia mediata nega a possibilidade de aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas porque, segundo seus adeptos, esta incidência acabaria exterminando a autonomia da vontade, e desfigurando o Direito Privado, ao convertê-lo numa mera concretização do Direito Constitucional. (...)

Os defensores da teoria da eficácia horizontal mediata dos direitos fundamentais vão sustentar que tais direitos são protegidos no campo privado não através dos instrumentos do Direito Constitucional, e sim através de mecanismos típicos do próprio Direito Privado. (...)

Portanto, para os adeptos da teoria da eficácia indireta, cabe antes de tudo ao legislador privado a tarefa de mediar a aplicação dos direitos fundamentais sobre os particulares, estabelecendo uma disciplina das relações privadas que se revele compatível com os valores constitucionais. (198, 199 e 200).

De outro lado, a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais sobre as relações privadas sustenta que a incidência destes direitos independe da atuação legislativa, nem tampouco se restringe a parâmetros de interpretação do Direito Privado⁵⁴⁶. No Brasil, esta teoria tem encontrado respaldo na doutrina e também na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Assim, para Daniel Sarmiento, a opção da Constituição de 1988 pelo modelo de eficácia direta e imediata se fundamenta em fatores como a característica intervencionista e social da Carta e o dado social referente à extrema desigualdade existente no Brasil⁵⁴⁷.

Também na jurisprudência tem-se reconhecido a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. A este respeito, destaca-se para os fins deste trabalho que um dos casos

⁵⁴⁴ SARMENTO, D. *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2ª ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006, p. 205-206.

⁵⁴⁵ GARDBAUM, S. The structure and scope of constitutional rights. *Comparative Constitutional Law*. Ed. (GINSBURG, Tom. & DIXON, Rosalind). Massachusetts: Edward Elgar Publishing Inc., 2011, p. 387-406.

⁵⁴⁶ SARMENTO, D. *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2ª ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006, p.237.

⁵⁴⁷ *Ibid.*, loc. cit.

paradigmáticos em que esta teoria foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal disse respeito precisamente ao princípio da igualdade e não discriminação. Trata-se do acórdão proferido no julgamento do Recurso Extraordinário nº 161.243/DF. Naquela ocasião, o Supremo Tribunal afirmou a eficácia horizontal do princípio da igualdade (art. 5º, *caput* da Constituição Federal) na hipótese em que uma empresa aérea negara aos seus empregados brasileiros benefícios e vantagens garantidos a seus empregados de nacionalidade francesa. A ementa do julgado merece transcrição:

“CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, *caput*. I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, *caput*). II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846(AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido”.⁵⁴⁸

É possível concluir, portanto, que tanto atos públicos quanto atos de natureza privada estão aptos gerar um caso de discriminação indireta *prima facie*, no contexto constitucional brasileiro.

4.2.1.2 O ato aparentemente neutro: ausência de intenção discriminatória e adoção de critérios classificatórios não proibidos.

Passo agora à análise da segunda parte deste primeiro elemento da discriminação indireta. Como visto, os atos geradores da discriminação indireta adotam critérios “aparentemente neutros”. O que significa dizer que uma determinada classificação é neutra, no entanto, considerando-se que a neutralidade, como visto no primeiro capítulo deste trabalho, é um conceito extremamente relativo, carregado de valores substantivos?

Na linha do que foi apresentado no capítulo anterior, a definição dos critérios aparentemente neutros que geram uma situação de discriminação indireta deve ser feita em contraposição aos critérios frontalmente discriminatórios que ensejam a configuração da discriminação direta. Ou seja, a neutralidade aparente do critério diz respeito ao fato de que,

⁵⁴⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE nº 161243, Carlos Velloso, 2ª Turma, 29 de outubro de 1996.

considerando-se os elementos de discriminação constitucionalmente proibidos (objeto de análise no item 4.2.3, *infra*), este critério não geraria nenhuma vantagem *prima facie* contra um ou outro grupo. Neste sentido, critérios aparentemente neutros são todos aqueles critérios que não se situem entre aqueles constitucionalmente prosritos, vinculados a características constitucionalmente protegidas.⁵⁴⁹

Uma questão relevante, neste contexto, diz respeito à adoção de critérios que, não sendo expressamente prosritos, têm uma relação direta com estes. Por exemplo: o critério gravidez deve ser considerado como aparentemente neutro? A restrição de direitos a casais formados entre homem e mulher deve ser considerada como aparentemente neutra? De forma geral e objetiva: uma característica exclusiva de um determinado grupo protegido pela constituição, quando adotada por uma norma, pode ser considerada como aparentemente neutra?

Esta questão foi analisada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia no caso *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*⁵⁵⁰. A hipótese tratava de analisar o uso do critério da gravidez no processo de admissão de empregados. A este respeito, a Corte afirmou que:

... deve-se observar que apenas às mulheres se pode recusar um emprego com fundamento na gravidez, e esta recusa constitui, portanto, discriminação direta fundada em sexo.⁵⁵¹

Neste sentido, reconheceu-se que o critério que tem relação direta e necessária com outro critério constitucionalmente proibido não pode ser considerado como neutro. Este parâmetro parece ser igualmente adequado na distinção entre critérios neutros e critérios proibidos. Com efeito, apenas mulheres ficam grávidas.⁵⁵² Da mesma forma, apenas heterossexuais (ou, no limite, bissexuais) formam casais entre sexos opostos. Assim, não se

⁵⁴⁹ É o que afirma Siqueira Castro: “É certo, todavia, que determinados traços distintivos não podem servir como critérios de classificação normativa, o que se dá, sempre que a Constituição ela mesma considera odiosa e inútil a classificação feita com base em tais critérios (*invidious discrimination* - segundo a nomenclatura norte-americana), como é o caso típico entre nós das classificações por motivo de sexo, raça, trabalho, credo religioso e de convicções políticas” (CASTRO, C. R. D. S. *O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 50).

⁵⁵⁰ UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, C-177/88 [1991].

⁵⁵¹ *Idem*. No original: “...it should be observed that only women can be refused employment on grounds of pregnancy and such a refusal therefore constitutes direct discrimination on grounds of sex”.

⁵⁵² Em sentido oposto, e como já visto anteriormente, o Juiz McLachlin da Suprema Corte do Canadá sugeriu que o critério “gravidez”, desde que aplicável genericamente a todos, poderia ser considerado como sendo neutro (CANADÁ, Suprema Corte, *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3.).

pode considerar como aparentemente neutro nem o critério que é expressamente proibido, nem o critério que esteja diretamente relacionado com outro constitucionalmente proibido. Em ambos os casos, se estará tratando de situações de discriminação direta, e não de discriminação indireta.

Em contraposição, critérios que não apresentem esta relação direta e necessária podem ser considerados como aparentemente neutros. Assim, por exemplo, altura não está necessariamente relacionado com gênero, assim como indumentária não se relaciona diretamente com religião, conhecimento técnico não se vincula diretamente à raça ou etnia, residência não se relaciona diretamente à nacionalidade etc.

Vale destacar, por fim, que não se afirma tratar-se de um ato neutro, mas sim de um ato *aparentemente* neutro. Isto encontra fundamento no fato de que, em se tratando de discriminação indireta, a aparente neutralidade do ato é desconstruída a partir da demonstração de que, na prática, são produzidos efeitos discriminatórios precisamente por conta de sua aplicação. Ou seja, apesar de o critério da altura ser aparentemente neutro com relação ao gênero, ele pode ser empregado de forma a gerar discriminação contra mulheres em um determinado contexto no qual mulheres sejam tradicionalmente mais baixas que homens. O critério da indumentária pode ser aparentemente neutro com relação à religião, mas revelar uma discriminação efetiva (e indireta) ao excluir ou restringir o gozo de determinados direitos por pessoas e grupos religiosos em razão das vestes trajadas por esta população. Da mesma forma, o conhecimento técnico pode não estar relacionado diretamente à raça, mas promover uma sistêmica discriminação indireta no contexto social em que se nega a determinados grupos raciais o acesso a este conhecimento.

Feitas estas observações, é possível então sintetizar o primeiro elemento do caso *prima facie* de discriminação indireta como o ato, público ou privado, que emprega critérios aparentemente neutros – ou seja, que não consistam ou se relacionem diretamente com aquelas características protegidas constitucionalmente (que serão exploradas no item 4.2.3 deste capítulo).

4.2.2 Efeitos adversos do ato: a restrição de direitos e a desigualdade em comparação com outros grupos sociais.

Como já afirmado, a discriminação direta e a discriminação indireta diferenciam-se, entre outras razões, pelo fato de que na primeira a discriminação se depreende da própria

análise em abstrato da norma. Assim, seja porque a norma revela uma intenção discriminatória evidente, seja porque emprega critérios frontalmente discriminatórios, é possível falar em um caso típico de discriminação direta. Em contraposição, a discriminação indireta não pode ser inferida do próprio ato discriminatório – ela se revela, pelo contrário, a partir da análise dos efeitos concretos da aplicação da norma.

Segundo a formulação apresentada, tais efeitos devem ser negativos em algum sentido. Na linha do que tem afirmado a jurisprudência e a doutrina sobre o assunto, e adequando-se aos termos do art. 2º da CDPD, a característica negativa destes efeitos está relacionada com a restrição ou exclusão de determinados grupos no que diz respeito ao gozo de benefícios ou direitos conferidos pelos atos discriminatórios. Note-se, contudo, que decorre da natureza classificatória das normas jurídicas o fato de que necessariamente alguns grupos serão excluídos do gozo de alguns direitos ou oportunidades.⁵⁵³ A norma que classifica necessariamente discrimina, e se discrimina, então diz que alguns poderão ou deverão fazer ou receber algo, e outros não. É por esta razão que o efeito negativo, nas hipóteses de discriminação indireta, é qualificado pelos seus efeitos adversos.

Para conferir a densidade devida esta ideia, cumpre retomar os argumentos desenvolvidos no primeiro capítulo deste trabalho a respeito das funções exercidas pelo princípio da igualdade – quais sejam, a ruptura dos sistemas de privilégio e hierarquia; a expansão do Direito sob a perspectiva de inclusão de grupos excluídos e de reconhecimento de demandas desconsideradas; e o deslocamento de demandas formuladas em outras esferas do reconhecimento. No que diz respeito aos casos de discriminação indireta, é a segunda função da igualdade que assume especial relevância. Isto porque, como visto, a discriminação nestes casos decorre não do estabelecimento de distinções odiosas⁵⁵⁴ pela norma – o que significaria retomar o modelo de hierarquias e privilégios típico das sociedades tradicionais –, mas sim do emprego de critérios que, a princípio, são aceitáveis para uma maioria da população, notadamente por aqueles indivíduos que se encontram já inseridos e reconhecidos pelo Direito, participando ativamente do processo coletivo de tomada de decisões.

⁵⁵³ MELLO, C. A. B. D. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 12-13 e CASTRO, C. R. D. S. *O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 46-47.

⁵⁵⁴ A já mencionada *invidious discrimination*, reconhecida na literatura norteamericana (CASTRO, C. R. D. S. *O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 50).

Com relação a esta parcela da população, pode-se dizer que estes atos não implicam uma efetiva violação à segunda função à igualdade,⁵⁵⁵ no sentido de que mesmo quando haja alguma espécie de restrição no gozo de direitos por estes grupos majoritário, ela pode ser razoavelmente atribuída a uma eventualidade – por exemplo, não se ter atendido, por uma pura questão de loteria genética, uma determinada altura mínima – ou, em última análise, a um princípio de sucesso socialmente compartilhado – quando não se atinge, por exemplo, uma pontuação mínima em um teste aplicado para fins de distribuição de algum benefício. Note-se que, em ambos os casos, se esta falando em consequências aceitáveis em razão de uma concepção que, admitindo a adoção de determinados parâmetros classificatórios, é compartilhada por grupos substancialmente inseridos no processo de formação da vontade coletiva (ou seja, que gozam de participação) e que tem demandas básicas reconhecidas (ou seja, que gozam de direitos substantivos enquanto indivíduos moralmente autônomos).⁵⁵⁶

Estas duas premissas, no entanto, estão ausentes com relação a alguns grupos – que não se encontram inseridos no processo participativo, nem veem respeitadas as condições básicas para seu reconhecimento enquanto indivíduos livres e iguais. Neste sentido é que se deve ter especial atenção aos efeitos produzidos por estes parâmetros – sejam aparentemente eventuais ou supostamente meritocráticos – de modo a verificar se, por traz da aparente neutralidade, não se verificam consequências práticas semelhantes às decorrentes da adoção de critérios frontalmente discriminatórios.⁵⁵⁷

É neste sentido que se tem afirmado que os impactos ou efeitos sofridos por um determinado grupo apenas poderão ensejar a configuração da discriminação indireta quando eles sejam desproporcionais ou adversos. Ambas as ideias – desproporcionalidade e adversidade – merecem alguma reflexão mais detida.

A ideia de que o impacto da medida deve ser *desproporcional* está intrinsecamente relacionada com a teoria norte-americana de discriminação indireta. A este respeito, é

⁵⁵⁵ Como visto, a segunda função da igualdade consiste na igualdade enquanto mecanismo de expansão do Direito nas perspectivas material e objetiva – ou seja, por meio da inclusão de indivíduos previamente excluídos e a garantia das condições necessárias ao seu reconhecimento enquanto indivíduos autônomos. Confira-se, a este respeito, o item 1.2.3 deste trabalho.

⁵⁵⁶ Quando afirmo que se trata de uma concepção compartilhada, no entanto, não quero sustentar que há consenso social quanto a estas decisões, mas sim que elas se fundamentam em um princípio democrático por meio do qual a participação dos indivíduos (efetivamente possível ou realizada) na tomada de decisões, legitima estes juízos acerca dos parâmetros que condicionam a aquisição de determinados direitos. Esta é a posição sustentada por Habermas (HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol 1, Tradução: Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 122).

⁵⁵⁷ SIEGEL, R. Why equal protection no longer protects: the evolving forms of status-enforcing state action. *Stanford Law Review*, 49, 1997. 1111-1148, passim; e GOMES, J. B. B. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 3 et seq.

necessário ressaltar aqui que a ideia de desproporcionalidade trazida dos americanos – e reiterada na jurisprudência de diversas Cortes – não se confunde em nenhuma medida com a aplicação do princípio da proporcionalidade enquanto princípio instrumental de solução de conflitos entre os princípios. A expressão “*disproportionate impact*”, no sentido empregado pela Suprema Corte e pelos teóricos norte-americanos da discriminação indireta, é sinônimo de “*disparate impact*”, que nada mais é que um impacto fundamentalmente distinto ou desigual⁵⁵⁸. É possível inclusive identificar julgados da Suprema Corte dos Estados Unidos em que a ideia de impacto desproporcional é tratada também sob a perspectiva dos *adverse effects*, ou efeitos adversos,⁵⁵⁹ de tal maneira que os conceitos podem ser considerados como intercambiáveis.

Diante disto, e considerando que a proporcionalidade, no ordenamento brasileiro, possui um significado jurídico e teórico já sedimentado, parece mais adequado adotar a ideia de efeitos ou mesmo impactos *adversos*. Neste sentido, a adversidade dos efeitos do ato discriminatório é revelada sob uma perspectiva comparativa: deve-se analisar a situação da pessoa ou grupo que não sofre os efeitos tidos por adversos, em comparação com a pessoa ou grupo que os sofre, verificando se é possível afirmar que o grupo eventualmente discriminado de fato sofre com uma restrição ou exclusão substancial com relação aos demais.

Disto decorre uma inafastável questão de natureza probatória. Como demonstrar a produção de efeitos adversos decorrentes de um ato aparentemente neutro? Ou seja, de que maneira é possível afirmar que houve a produção de efeitos adversos ou que, pelo contrário, todos os indivíduos se submetem igualmente ao risco de sofrer algum impacto negativo em razão da aplicação de critérios neutros de classificação? Mais uma vez, a análise do Direito Comparado levada a efeito no capítulo anterior permite elucidar esta questão.

É possível identificar, nos diversos ordenamentos estudados, três mecanismos de comprovação dos efeitos adversos: primeiro, eles podem ser demonstrados a partir de indícios razoáveis de que uma determinada medida produzirá impactos substancialmente negativos; em segundo lugar, pode ocorrer a demonstração estatística dos efeitos adversos, pela qual se conclua pela possível existência de uma discriminação; e, por fim, os efeitos adversos podem

⁵⁵⁸ De fato, o termo *disparate*, predominante entre os americanos, traduz-se como díspar, desigual, diverso, discrepante, dessemelhante, distinto, incomensurável (HOUAISS, A. *Dicionário inglês-português*, 15ª ed., Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 218).

⁵⁵⁹ Esta referência foi feita, por exemplo, nos casos *Ricci v. DeStefano* e *Texas Department of Housing and Community Affairs v. The Inclusive Communities Project, Inc.* [ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, *Ricci v. DeStefano*, 557 U.S. 557 (2009); e ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, *Texas Department of Housing and Community Affairs v. The Inclusive Communities Project, Inc.*, 576 U.S. (2015)].

ser comprovados a partir de experiências individuais, de acordo com a natureza da discriminação produzida. Cumpre analisar estes mecanismos em maior detalhe.

O primeiro mecanismo tem natureza prospectiva: trata-se do potencial discriminatório do ato. Não se demonstra, aqui, uma discriminação que ocorreu, mas sim uma cuja concretização pode ser razoavelmente esperada em razão da aplicação do ato aparentemente neutro.⁵⁶⁰ Esta forma de verificação do impacto adverso pode ser extraída do já mencionado acórdão proferido no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1946/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches. A conclusão pela inconstitucionalidade da norma não foi alcançada pelo tribunal, naquela hipótese, a partir de provas concretas no sentido de que a promulgação da emenda houvesse implicado, nos meses de vigência da possível interpretação discriminatória de seu artigo 14, concreta e efetiva discriminação contra a mulher. Pelo contrário, verificou-se que o estabelecimento do teto, com relação à licença gestante, poderia razoavelmente gerar a discriminação combatida pela Constituição, pelo que foi de plano excluída a possibilidade de que sua aplicação se desse nos termos gerais e irrestritos que a interpretação literal do texto normativo indicaria.

Diferentemente do que ocorreu nesse caso, contudo, é possível haver uma situação em que o ato discriminatório já tenha produzido seus impactos substancialmente negativos sobre os grupos protegidos. Nestas hipóteses, é possível lançar mão de uma segunda forma de demonstração da discriminação: a análise estatística. Foi o que fez, por exemplo, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos no julgamento do caso *D.H. e outros*⁵⁶¹. A demonstração estatística da discriminação, contudo, só tem sentido quando se fala em uma discriminação indireta de natureza coletiva. Diga-se: aquela espécie de discriminação que afeta todo um grupo, produzindo seus efeitos de tal modo que, ainda que todos os indivíduos pertencentes àquele grupo sejam impactados, uma análise individualizada pode não ser suficiente para demonstrá-la. Exemplo disto se dá com relação à discriminação salarial entre homens e mulheres em uma determinada empresa. Visto que diversos fatores impactam na definição da remuneração devida a cada empregado, seria difícil afirmar que o salário recebido por uma empregada específica seria inferior ao de seu colega do sexo masculino exclusivamente em razão de seu gênero. Em outras palavras, pode haver uma série de justificativas razoáveis para que uma mulher

⁵⁶⁰ Esta tem sido, também, a abordagem empregada pelo direito comunitário europeu que, dispensando a prova estatística, tem aplicado a tese de que as medidas poderão ser consideradas discriminatórias desde que intrinsecamente capazes de gerar prejuízos a grupos protegidos (FREDMAN, S. *Discrimination Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 187).

⁵⁶¹ UNIÃO EUROPEIA, Tribunal Europeu de Direitos Humanos, *D.H. e Outros v. República Checa*, App. n.º 57325/00, 13 de Novembro 2007.

especificamente considerada receba menos que um homem que exerça o mesmo cargo em uma empresa.

Nestas situações, a análise estatística revela-se essencial como forma de demonstrar a existência (ou a inexistência) de uma efetiva discriminação estrutural e institucional contra a mulher – revelando-se, por exemplo, que uma parcela considerável das mulheres recebe comparativamente menos que os homens posicionados nos mesmos cargos. Outra hipótese já testada no direito comparado diz respeito à alocação de mulheres em posições de menor prestígio que homens, o que também pode ser revelado a partir da análise estatística.

A questão não se resume, por evidente, ao gênero ou às relações de emprego. No âmbito das relações raciais, é cotidiano o emprego da análise estatística como forma de revelar a discriminação indireta sofrida por negros no que diz respeito ao ingresso no ensino superior – o que tem ensejado a adoção, em diversos estados e na legislação federal, de medidas visando à superação desta forma de desigualdade racial. No contexto brasileiro, em que até hoje é excepcional o acesso de negros e negras a posições de destaque – acadêmicas, sociais e profissionais – e, em contraste, é lugar comum encontrá-los entre os números mais preocupantes⁵⁶², a análise estatística se revela importante ferramenta de exposição da discriminação indireta sofrida por esta parcela da população.

O emprego da estatística como mecanismo de prova da discriminação indireta tem encontrado obstáculo, contudo, na ausência de uma cultura de coleta de informações difundida, seja no Brasil⁵⁶³ ou, como afirma Sandra Fredman⁵⁶⁴, em diversos Estados – como é o caso dos países europeus. Tratando-se de minorias sociais, este problema é ainda mais acentuado, na medida em que, quanto mais invisível ou estigmatizado for um grupo, menos dados estatísticos haverá sobre sua realidade social.⁵⁶⁵

⁵⁶² Em 2012, como já mencionei anteriormente, mais de 60% da população carcerária brasileira era composta por negros de baixa escolaridade, segundo o mapa do encarceramento elaborado pela Secretaria Geral da Presidência da República. Trata-se de um percentual quase duas vezes superior ao da população carcerária branca, que correspondia a aproximadamente 35% dos presos (BRASIL, Presidência da República. Secretaria Geral. *Mapa do encarceramento: os jovens do Brasil*. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em <http://www.pnud.org.br/arquivos/encarceramento_WEB.pdf>. Acesso em 2 out. 2015).

⁵⁶³ SARMENTO, D. A Igualdade Étnico-Racial no Direito Constitucional Brasileiro: Discriminação "De Facto", Teoria do Impacto Desproporcional e Ação Afirmativa. In: SARMENTO, D. *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 139-166.

⁵⁶⁴ FREDMAN, S. *Discrimination Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 184.

⁵⁶⁵ A exemplo disso, vale mencionar o caso das pessoas transexuais no Brasil. Pesquisa desenvolvida pela Clínica de Direitos Fundamentais da UERJ buscou, entre outros, localizar estudos estatísticos tratando da expectativa de vida desta população. Apesar de haver menções esparsas, principalmente na internet, sobre uma suposta expectativa de vida média de 35 anos, fato é que inexistem dados confiáveis produzidos por órgãos públicos ou entes privados sobre esta questão. Este problema se insere, por certo, na discussão que posiciona no cerne do direito à informação e do controle das políticas públicas a necessidade de definir “o que informar”. A este respeito, confira-se BARCELLOS, A. P. D. *Papéis do direito constitucional no fomento do controle social democrático*:

Mesmo quando os dados existam, seu significado pode não ser claro.⁵⁶⁶ Com efeito, dados isolados podem ser insuficientes na demonstração da discriminação indireta – por vezes números que poderiam sugerir uma discriminação real são plenamente justificáveis a depender da situação analisada. Por exemplo, enquanto a afirmação de que pouco mais de 10% dos parlamentares brasileiros são mulheres⁵⁶⁷ pode indicar a existência de uma realidade discriminatória no acesso ao processo legislativo majoritário, seria difícil sustentar que o mesmo número indicaria uma realidade discriminatória caso se tratasse, por exemplo, da representação de uma minoria étnica de pouca expressividade na população brasileira⁵⁶⁸.

Com isso, concluo que, apesar de a estatística ser uma ferramenta importante na demonstração do impacto negativo sobre um determinado grupo, ela deve ser considerada à luz das características específicas do grupo afetado e da situação analisada, levando em conta inclusive o fato de que distorções e disparidades podem ocorrer com relação a qualquer grupo social, sujeito ou não à discriminação institucional.

Sem prejuízo disso, a análise estatística parece ser mais acentuadamente inadequada nos casos que versam sobre discriminação indireta individual – em que os efeitos adversos do ato discriminatório são constatáveis a partir da análise de casos isolados e independentemente do fato de que todo um grupo é ou pode ser afetado pela medida. Exemplo mais expressivo destas situações é a hipótese de discriminação indireta por motivos religiosos como aquelas verificadas nos casos *O'Malley*⁵⁶⁹ e *Bhinder*⁵⁷⁰, analisados pela Suprema Corte do Canadá, ou, no Brasil, no mencionado caso de discriminação indireta na aplicação da regra de indumentária à realização do Exame da Ordem dos Advogados do Brasil⁵⁷¹. É certo que, nestas situações, a

algumas propostas sobre o tema da informação. Disponível em <<http://www.bfbm.com.br/shared/download/artigo-papeis-direito-constitucional-fomento-controle-social-democratico.pdf>>. Acesso em 17 nov. 2015.

⁵⁶⁶ Fredman destaca ainda as incertezas quanto aos grupos que devem ser analisados pela coleta de dados e quanto aos métodos de comparação que devem ser empregados na análise (FREDMAN, S. *Discrimination Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 184-186).

⁵⁶⁷ INESC, *Eleições 2014: Congresso Nacional permanecerá desigual nos próximos 4 anos*. Disponível em <<http://www.inesc.org.br/noticias/noticias-do-inesc/2014/outubro/eleicoes-2014-congresso-nacional-permanecera-desigual-nos-proximos-4-anos>>. Acesso em: 7 out. 2015

⁵⁶⁸ Isto gera uma outra preocupação que diz respeito aos parâmetros estatísticos que distinguem uma situação discriminatória de uma não discriminatória. Nos Estados Unidos, tem-se aplicado um parâmetro de 4/5 – de tal forma que se a representação de qualquer grupo for inferior a 80% da representação do grupo mais bem representado, haverá evidência de impacto desproporcional. FREDMAN, S. *Discrimination Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 186.

⁵⁶⁹ CANADÁ, Suprema Corte, *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears*, [1985] 2 SCR 536.

⁵⁷⁰ CANADÁ, Suprema Corte, *Bhinder & Canadian Human Rights Commission v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561.

⁵⁷¹ G1. *Estudante muçulmana é interrompida durante o Exame da OAB por usar véu*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/educacao/oab/noticia/2015/03/estudante-muculmana-e-interrompida-durante-o-exame-da-oab-por-usar-veu.html>>. Acesso em 11 set. 2015.

existência de uma regra geral que de alguma forma impediu o exercício pleno da liberdade religiosa pelos indivíduos afetados poderia produzir efeitos para toda a parcela da população que compartilhasse as cosmovisões destas pessoas. Não é necessário, no entanto, proceder a uma análise quanto aos impactos coletivos gerados pelo ato para que fique constatada a concretização da discriminação. Pelo contrário, a discriminação sofrida individualmente por cada pessoa afetada é suficiente para comprovar a violação ao princípio da igualdade e da não discriminação, visto que a restrição à liberdade religiosa individual deflui diretamente da aplicação pontual da norma geral e abstrata à hipótese concreta. Assim, pode-se somar à análise estatística e aos indícios razoáveis da discriminação indireta, também, a demonstração individual da concretização da discriminação.

Conclui-se, pois, que os impactos ou efeitos adversos são aqueles que excluem ou restringem o gozo de direitos ou benefícios por parte de determinados grupos, e que podem ser demonstrados tanto sob uma perspectiva individual (*discriminação indireta individual*) quanto sob uma perspectiva coletiva (*discriminação indireta coletiva*), com o auxílio de indícios razoáveis da concretização da discriminação, de estatísticas que demonstrem a violação à igualdade ou da demonstração de que a discriminação se revela em um caso concreto, individual.

4.2.3 A pessoa ou grupo constitucionalmente protegido.

Sendo da natureza da lei e dos atos normativos em geral classificar, é razoável concluir que todo ato que empregue critérios de classificação naturalmente produzirá impacto ou efeitos adversos negativos com relação a alguns grupos e indivíduos. Ou seja, ao determinar os parâmetros e condições para a aquisição de determinados direitos, são necessariamente excluídos ou restringidos na fruição destes direitos todos aqueles que não obedecem aos requisitos fixados pela norma. Isso não significa que se possa falar, no entanto, em discriminação odiosa ou indevida, mas apenas em meros resultados da vida em sociedade com que todos temos que lidar.

Para que se caracterize a discriminação indireta enquanto uma violação ao princípio da igualdade, não bastam, portanto, a neutralidade aparente do ato e a produção de efeitos adversos e negativos sobre pessoas e grupos. É necessário, para além disso, que penda contra estas pessoas e grupos uma desigualdade estrutural histórica, em razão da qual se possa afirmar que a discriminação sofrida em razão de normas aparentemente neutras não é uma mera

consequência inevitável da vida em sociedade, mas sim uma efetiva perpetuação e concretização de violações contínuas ao princípio da igualdade. Torna-se necessário, assim, somar ao conceito de discriminação indireta um elemento subjetivo, ao lado da neutralidade aparente e do impacto desproporcional (que podem ser compreendidos, assim, como elementos objetivos da discriminação indireta).

No item 2.1 deste trabalho, analisei este elemento subjetivo sob a perspectiva do princípio da igualdade perante a lei, identificando os grupos e pessoas afetados por desigualdades históricas e estruturais como *minorias* – termo adotado não sob uma perspectiva meramente numérica ou procedimental, mas sim substantiva. Conforme o argumento desenvolvido naquele item, estes grupos estão posicionados em uma situação de especial vulnerabilidade de tal forma que uma aplicação da igualdade perante a lei que ignore suas particularidades pode conduzir, paradoxalmente, a uma realidade intrinsecamente desigual.

No contexto da análise da discriminação indireta, no entanto, é necessário aprofundar este tópico. Na hipótese, não se está falando de uma situação de discriminação clara e manifesta, que afeta apenas estes grupos vulneráveis de maneira negativa, como seria o caso da discriminação direta. Não há, efetivamente, discriminação com fundamento explícito em critérios constitucionalmente proscritos, como os contidos no art. 3º, inciso IV da Constituição Federal. Pelo contrário, o que há são critérios aparentemente neutros que, podendo produzir efeitos negativos contra qualquer grupo ou indivíduos que não os preencham, poderão também os produzir contra minorias. Que fundamentos atrairiam, no contexto constitucional brasileiro, a especial proteção destes grupos contra os efeitos deletérios de medidas genérica e abstratamente aplicáveis?

Sob a perspectiva jusfilosófica, auxilia-nos mais uma vez a teoria da justiça como reconhecimento desenvolvida na primeira parte deste trabalho. Com efeito, o inciso I do artigo 3º da Carta de 1988 apresenta a promoção de uma sociedade justa e igualitária como finalidade constitucional. Tomando por premissa as teorias de justiça como reconhecimento trabalhadas anteriormente, a concretização de uma sociedade justa e igualitária demanda uma expansão progressiva do Direito, que permita incluir os grupos previamente que não encontram voz no ambiente participativo – ou seja, no processo de tomada de decisões coletivas – e considerar suas demandas básicas enquanto indivíduos moralmente autônomos. Sendo certo que qualquer indivíduo ou grupo pode, em tese, sofrer os efeitos da exclusão e invisibilização jurídicas, as minorias sociais posicionam-se em uma particular situação de vulnerabilidade histórica.⁵⁷²

⁵⁷² FISS, O. M. Groups and the Equal Protection Clause. *Philosophy and Public Affairs*, n. 5, 1976. 107-177.

Significa dizer que, no curso do desenvolvimento de nossa sociedade, estes grupos sofrem com formas crônicas de desigualdade que afetam tanto sua capacidade real de participação política, quanto a garantia de seus direitos fundamentais substantivos mínimos

Em um plano teórico, a afirmação de que minorias devem ser consideradas como grupos dignos de especial proteção poderia ser objetada pelo argumento de que este nível diferenciado de tutela de indivíduos violaria em alguma medida o princípio democrático e o princípio do Estado de Direito. Sendo a democracia regida pelo princípio majoritário, caberia às minorias sujeitarem-se às decisões majoritárias, buscando na esfera pública a reversão de medidas contrárias a seus interesses.⁵⁷³ Neste sentido, o princípio do Estado de Direito enquanto garantidor da *rule of law* impõe que todos se submetam as regras gerais e abstratas, rompendo com o sistema de privilégios tradicionais. Seguir reconhecendo minorias como grupos protegidos depende, portanto, de firmar-se três posições: primeiro, grupos vulneráveis podem não estar inseridos regularmente na esfera pública ou nos processos de tomada de decisão. Tomando-se por parâmetro a democracia representativa brasileira, verifica-se que as instâncias majoritárias subrepresentam minorias sexuais, de gênero e mesmo minorias raciais.⁵⁷⁴ Mas não só isso, no plano social estes grupos são estruturalmente excluídos da participação pública, por meio dos fenômenos identificados por Young⁵⁷⁵ como dominação e opressão – minorias são, assim, institucionalmente desencorajadas a participar dos processos coletivos de tomada de decisão. Por fim, esta exclusão opera também sob a perspectiva individual e mesmo psicológica, na medida em que grupos e indivíduos marcados por estigmas negativamente identificados pela sociedade “encobertam-se”⁵⁷⁶ e isolam-se – ou são isolados – de contextos de participação.

Em segundo lugar, mesmo que se supere a dificuldade relacionada à exclusão destes grupos – ou ainda que se considere estarem efetivamente incluídos no processo democrático –, não se pode descuidar do fato de que o procedimento democrático só pode se desenvolver regularmente mediante a garantia de precondições substantivas de participação. Esta exigência pode ser identificada tanto em autores que se debruçaram sob o tema da democracia

⁵⁷³ Sobre o princípio do consentimento das minorias enquanto complemento do princípio majoritário, confira-se COVER, R. M. *The Origins of Judicial Activism in the Protection*. *The Yale Law Journal*, 91, n. 7, Junho 1982, passim.

⁵⁷⁴ Vê-se, neste sentido, que apenas 8,8% da Câmara dos Deputados e 9,9% do Senado Federal são compostos por mulheres. 20,7% dos deputados e 22% dos senadores são negros. Não há indígenas ou transexuais entre deputados e senadores (INESC, *Eleições 2014: Congresso Nacional permanecerá desigual nos próximos 4 anos*. Disponível em <<http://www.inesc.org.br/noticias/noticias-do-inesc/2014/outubro/eleicoes-2014-congresso-nacional-permanecera-desigual-nos-proximos-4-anos>>. Acesso em 7 out. 2015>).

⁵⁷⁵ YOUNG, I. M. *Justice and the Politics of Difference*. New Jersey: Princeton University Press, 1990, p. 42-48

⁵⁷⁶ A respeito do encobertamento, confira-se GOFFMAN, E. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 4a. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2013, passim e YOSHINO, K. *Covering: The Hidden Assault on Our Civil Rights*. New York: Random House, 2006, passim.

aproximando-se de correntes substancialistas, como John Rawls⁵⁷⁷; quanto em autores situados no espectro teórico das democracias procedimentalistas, como John H. Ely⁵⁷⁸ e Jürgen Habermas.⁵⁷⁹ Conferir um *status* de proteção às minorias, sob esta perspectiva, significa na verdade reconhecer que estes grupos carecem de garantias substantivas mínimas para a participação regular. Assim o fazendo, torna-se possível, em um segundo momento, promover estas condições da participação, visando ao respeito e inclusão destes grupos.

Neste sentido, e em terceiro lugar, não se pode confundir a proteção de minorias com a concessão de “privilégios” antirrepublicanos e violadores do princípio da igualdade.⁵⁸⁰ Afirmar que minorias são grupos protegidos não significa torná-las imunes ao ônus da vida em sociedade. Como afirmarei no item seguinte, o mundo social implica perdas para todos, de tal modo que não é factível esperar que seja diferente para minorias⁵⁸¹. O que se objetiva ao atribuir uma proteção especial às minorias não é, contudo, impedir que suportem o ônus da vida social. Pelo contrário, identificar minorias sociais como grupos dignos de especial proteção significa reconhecer que estes grupos suportam os ônus da vida social de maneira desproporcional (com relação aos demais grupos sociais) e permanente (enquanto os demais indivíduos os sofrem de maneira intermitente e pontual)⁵⁸². Não se pode falar, portanto, em privilégio, pois a ideia de privilégio impõe conferir algo a mais, situando um grupo em uma posição hierarquicamente

⁵⁷⁷ Diz-se que a teoria rawlsiana aproxima-se do substancialismo na medida em que, a despeito de voltar-se para a promoção de uma justiça procedimental pura, Rawls identificou uma série de direitos protegidos contra o processo político majoritário, incluindo na estrutura básica da sociedade um substancial princípio de igualdade e diferença de natureza distributiva (RAWLS, J. *A Theory of Justice: Revised Edition*. Cambridge: Belknap, 1999, passim; e *O Liberalismo Político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo e Álvaro de Vita. 2ª. ed. São Paulo: Ática, 2000, passim).

⁵⁷⁸ Diferentemente de Rawls, a teoria de Ely se volta para a promoção do processo democrático de tomada de decisões, legitimando a atuação contramajoritária do Poder Judiciário apenas no que diz respeito à garantia do processo democrático e de proteção às minorias visíveis e insulares (ELY, J. H. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. 3. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1980, passim).

⁵⁷⁹ A teoria de Habermas trabalha um modelo de democracia que, a despeito de prever direitos básicos necessários ao regular desenvolvimento do processo democrático, confia no processo deliberativo como modelo de legitimação das decisões coletivas (HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol 1, Tradução: Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 122, 159-160).

⁵⁸⁰ Neste sentido, não me parece possível acolher a posição do Ministro Gilmar Mendes que, julgando o Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 389/MG, sustentou que a possibilidade de realização do exame em data alternativa pelo candidato religioso consistiria em “privilégio para um determinado grupo religioso”. Ainda que se possa considerar irrazoável e desproporcional a medida proposta, o direito ao tratamento diferenciado justificado na discriminação não deve ser tomado como um privilégio, mas sim como uma garantia da efetividade da segunda função da igualdade – promovendo a inclusão e reconhecimento jurídico dos indivíduos.

⁵⁸¹ Neste sentido, parece ser equivocado sustentar que o impacto desproporcional não deva ser grave, mas apenas existente – conforme afirmou o Tribunal de Justiça Europeu (UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD v. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, Caso 83/14 [2015], Colect. 480, 16 de julho de 2015). A necessidade de que se reconheça alguma gravidade no tratamento diferenciado decorre, pois, do fato de que todos podemos sofrer algum impacto em razão de normas classificatórias, devendo-se reconhecer que não há grupos sociais isentos deste ônus da vida cotidiana.

⁵⁸² FISS, O. M. Groups and the Equal Protection Clause. *Philosophy and Public Affairs*, n. 5, 1976. 107-177.

superior a outro, gerando desigualdades típicas das sociedades tradicionais. O que se propõe, pelo contrário, é que, conferindo proteção às minorias, seja possível efetivar o princípio da igualdade, sob uma perspectiva naturalmente assimétrica⁵⁸³, retirando estes grupos de uma posição histórica hierarquicamente inferior e equiparando-as aos demais grupos sociais.⁵⁸⁴

Além da perspectiva jusfilosófica, a jurisprudência comparada analisada no capítulo anterior também auxilia a tese de que minorias sociais são grupos dignos de especial proteção. Por um lado, o próprio acolhimento da teoria da discriminação indireta em diversos ordenamentos indica a preocupação com a proteção destes grupos. Nota-se, no entanto, que esta posição é fruto de uma evolução que data do início do século XX, quando a preocupação com salvaguardar grupos minoritários começa a tomar forma do direito internacional⁵⁸⁵. No contexto da promoção do princípio da igualdade, dois ordenamentos jurídicos se destacam na identificação de um dever de proteção das minorias: o ordenamento norte-americano e o ordenamento colombiano.

Nos Estados Unidos, a ideia de que a análise de direitos fundamentais de minorias deve considerar seu status de vulnerabilidade pode ser reconduzida à já mencionada Nota de Rodapé nº 4 da opinião da Suprema Corte no julgamento de *United States v. Carolene Products*.⁵⁸⁶ Desde então, e notadamente a partir da publicação da obra *Democracy and Distrust* de John H. Ely, a jurisprudência norte-americana tem aplicado parâmetros diferenciados de escrutínio judicial aos casos que tratam de grupos vulneráveis, especialmente à luz dos preconceitos sociais e dos riscos que eles produzem para o desenvolvimento do processo democrático.

Diferentemente do que ocorreu nos Estados Unidos, em que a proteção de minorias decorreu de progressivo desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário, a Colômbia reconhece uma tutela diferenciada de grupos vulneráveis por força de comando constitucional expreso. Com efeito, o artigo 13 da Constituição Política da Colômbia assim dispõe:

⁵⁸³ Tratando da promoção da igualdade em favor de pessoas portadoras de deficiências, Fredman afirma que o princípio da igualdade assume uma conotação assimétrica, no sentido de que a desvantagem deve ser abordada e superada por meio de um tratamento diferenciado (FREDMAN, S. *Discrimination Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 217). Esta abordagem não é distinta do que venho afirmando neste trabalho – ou seja, que a igualdade não demanda um tratamento idêntico entre todos, mas uma consideração efetiva das desigualdades substanciais que afetam grupos diversos e os impedem de se apresentar como atores sociais plenos.

⁵⁸⁴ É digno de nota que o avanço nos direitos de minorias sociais vem sendo, historicamente, acompanhado do argumento de que a garantia da igualdade seria, na verdade, a criação de “privilégios especiais”. Na literatura americana, Eskridge relata este argumento, apresentado na origem do debate acerca das cotas raciais em favor de negros (cf. ESKRIDGE JR. W. N. Changeling: identity-based social movements and public law. *University of Pennsylvania Law Review*, 150, 2001, passim).

⁵⁸⁵ COVER, R. M. The Origins of Judicial Activism in the Protection. *The Yale Law Journal*, 91, n. 7, Junho 1982, passim.

⁵⁸⁶ ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, *United States v. Carolene Products Company*, 304 U.S. 144 (1938).

Artigo 13. (...) O Estado promoverá as condições para que a igualdade seja real e efetiva e adotará medidas em favor de grupos discriminados ou marginalizados. O Estado protegerá especialmente aquelas pessoas que por sua condição econômica, física ou mental, se encontrem em circunstância de debilidade manifesta e sancionará os abusos ou maltratos que contra elas se praticarem.⁵⁸⁷

Partindo deste dispositivo constitucional, a Corte Colombiana tem desenvolvido uma jurisprudência protetiva de minorias, notadamente no que diz respeito à interpretação dos direitos fundamentais a partir da aplicação do chamado teste integrado de igualdade, que será objeto de análise no item 4.2 deste trabalho.

Seria possível, contudo, afirmar que minorias sociais seriam grupos constitucionalmente protegidos pelo ordenamento brasileiro? Apesar de não haver previsão constitucional semelhante ao disposto no art. 13 da Constituição Política da Colômbia, é possível extrair da Carta de 1988 elementos que comprovam a necessidade de proteção destes grupos.⁵⁸⁸ Em um sentido amplo, a proteção de grupos vulneráveis pode ser extraída do caráter emancipatório da Constituição de 1988.⁵⁸⁹ Na medida em que se busque efetivar uma sociedade justa, igualitária e democrática, torna-se essencial voltar os olhos para os grupos que sofrem com injustiças e desigualdades históricas e que são excluídos da participação política.

Em um sentido mais restrito, o interesse na proteção de minorias é identificado em diversas normas especiais da Constituição de 1988. O princípio da igualdade entre o homem e a mulher (art. 5º, I, CRFB/88); o repúdio e criminalização do racismo (art. 4º, VIII e 5º, XLII, CRFB/88); a existência de capítulos dedicados à proteção da criança, do adolescente, do jovem e do idoso (Capítulo VII, CRFB/88) e dos índios (Capítulo VIII, CRFB/88); as diversas normas voltadas para a proteção de pessoas portadoras de deficiência (Art. 7º, XXXI; Art. 23, II; art. 24, XIV; art. 37, VIII; art. 40, §4º, I; art. 201, §1º; art. 203, IV e V; art. 208, III; art. 227, §1º, II e §2º; art. 244, CRFB/88). Todas estas normas têm em comum a preocupação com grupos

⁵⁸⁷ Tradução livre. Confira-se o original: “El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan” (COLÔMBIA, Constituição Política. 6 de Julho de 1991. Disponível em <http://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/Constitucion_Politica_de_Colombia.htm>. Acesso em 6 out. 2015.

⁵⁸⁸ Destaco que, além destes elementos, devem-se somar também as compreensões jusfilosóficas identificadas anteriormente no que diz respeito ao significado da democracia. Em outras palavras, se a democracia figura como princípio constitucional e, como visto, demanda a inclusão de minorias e o respeito às precondições para a participação política, também deste princípio decorre a necessidade de se proteger estes grupos em grau diferenciado, diante da histórica exclusão e invisibilização que sofrem e que os impede de participar ou de participar regularmente no processo coletivo de tomada de decisões.

⁵⁸⁹ CLÈVE, C. M. Para uma dogmática constitucional emancipatória. In: CLÈVE, C. M. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 33-52

vulneráveis, buscando superar a histórica desigualdade que incide sobre estas minorias sociais. É possível afirmar, portanto, que a Constituição de 1988 apresenta, sim, uma efetiva preocupação diferenciada com grupos marginalizados – de tal maneira que é possível falar nas minorias sociais como grupos constitucionalmente protegidos.

O próprio princípio da não discriminação, extraído do art. 3º, IV da Constituição indica esta preocupação, permitindo inclusive responder a uma segunda questão, que diz respeito aos parâmetros para identificar tais grupos. Assim, ao falar em origem, raça, sexo, cor e idade, o dispositivo remete à necessária proteção contra a discriminação histórica sofrida por minorias étnicas ou nacionais, minorias raciais, minorias de gênero e minorias etárias. O próprio dispositivo, no entanto, deixa claro que são vedadas não apenas estas, como “quaisquer outras formas de discriminação”, promovendo assim a abertura para considerações quanto à existência de outros grupos discriminados por características não previstas no art. 3º, IV e que, apesar disso, sofrem das mesmas espécies de desigualdades e injustiças, demandando assim a mesma proteção constitucional. Neste sentido, o critério para a definição dos grupos constitucionalmente protegidos deve ser não só sua consideração expressa no art. 3º, IV da Constituição ou nas normas setoriais indicadas anteriormente, como o próprio fato da vulnerabilidade social – ou seja, da experiência da injustiça como não reconhecimento, decorrente da exclusão e invisibilização histórica de grupos sociais.

Uma última nota que merece destaque diz respeito à questão da interseccionalidade. Como têm verificado diversos estudiosos das identidades e desigualdades sociais, minorias não são grupos homogêneos – não só no sentido de que pode haver divergências internas no grupo, como também pelo fato de que um mesmo indivíduo pode integrar mais de um grupo vulnerável em razão das características que apresentam⁵⁹⁰. Neste sentido, dentro do grupo social “negros” se enquadram mulheres negras, homens negros homossexuais, mulheres negras portadores de deficiência física, homens negros que professam uma determinada religião minoritária etc. Assim, é possível falar inclusive em minorias dentro das minorias na medida em que cada característica apresentada por um indivíduo pode implicar diferentes (e, eventualmente, mais acentuadas) formas de discriminação.

Para fins de identificação do grupo constitucionalmente protegido contra a discriminação indireta, esse fenômeno da interseção entre características (interseccionalidade) é relevante na medida em que um determinado ato pode gerar seu impacto desproporcional

⁵⁹⁰ COLLINS, P. H. It's all in the family: intersections of gender, race, and nation. *Hyparia*, vol. 13, n. 13, Verão 1998, p. 63.

especificamente contra um determinado grupo dentro de uma interseção: ou seja, pode nem gerar discriminação indireta contra mulheres, nem gerar discriminação indireta contra negros, mas gerar discriminação indireta contra mulheres negras. No caso dos *desplazados* analisado pela Corte da Colômbia,⁵⁹¹ por exemplo, o impacto desproporcional não era sofrido genericamente por mulheres ou genericamente por pessoas *desplazadas*, ambas isoladamente consideradas como grupos vulneráveis, mas sim pelo grupo específico das mulheres *desplazadas*.

Com esta observação, pode-se sintetizar a ideia de grupos constitucionalmente protegidos como aqueles discriminados em razão de uma ou mais características previstas no art. 3º, inciso IV da Constituição de 1988, ou de outras características de que se possa extrair uma situação de vulnerabilidade social – ou seja, uma negação crônica de reconhecimento social.

4.3 Afastando a discriminação indireta? O teste integrado de igualdade e as consequências de uma defesa bem-sucedida.

Como referido anteriormente, os elementos apresentados no item 4.2 configuram o que se tem denominado um caso de discriminação indireta *prima facie*. Uma vez demonstrada sua existência, gera-se uma presunção relativa de discriminação indireta, transferindo-se para o agente da discriminação o ônus de demonstrar que não há discriminação na hipótese. Mas como fazê-lo?

Em primeiro lugar, e de maneira mais evidente, a discriminação indireta será necessariamente afastada caso o agente da alegada discriminação demonstre que os elementos não estão efetivamente presentes. Assim, pode demonstrar que a discriminação factual não é fruto do ato aparentemente neutro, ou mesmo que este ato não está presente. Pode também demonstrar que não se produziram o impacto ou efeitos indicados, ou mesmo que o grupo afetado não se configura como constitucionalmente protegido.

Questão mais complexa e que, como visto, tem sido objeto de ampla teorização na jurisprudência comparada diz respeito às hipóteses em que o agente da discriminação não tenta ou não logra afastar os elementos da discriminação indireta, pretendendo, no lugar disso, justificar o emprego da medida discriminatória e seus efeitos adversos. Três indagações devem ser postas neste caso: primeiro, é possível (ou desejável) admitir que se justifique a

⁵⁹¹ COLOMBIA, Tribunal Constitucional, Auto nº A-092/08.

discriminação indireta? Segundo, qual mecanismo deve ser empregado, no contexto brasileiro, com o objetivo de justificar a medida impugnada? Terceiro, a justificação da discriminação indireta afasta a discriminação – e, portanto, quaisquer pretensões advindas da apriorística violação à igualdade?

4.3.1 “Não há mundo social sem perdas”: a justificação da discriminação indireta como uma defesa necessária no contexto do pluralismo social.

Rawls atribui ao liberalismo de Isaiah Berlin a ideia de que não há mundo social sem perda⁵⁹² – trata-se, pois, de afirmar que, mesmo em uma sociedade liberal que pretenda abrigar o máximo de cosmovisões conflitantes, será impossível evitar sacrifícios por parte dos grupos e indivíduos que pretendem construir um empreendimento social coletivo. No que pesem as variações epistemológicas apresentadas no início deste trabalho, também as teorias do reconhecimento analisadas previamente partem do contexto do pluralismo, reforçando – de acordo com suas particularidades – que a autorrealização individual não pode ser tida como um direito absoluto ou uma garantia incondicionada considerando uma realidade em que as pessoas naturalmente discordam em suas cosmovisões e concepções de Bem.⁵⁹³

A ideia de que viver em sociedade significa necessariamente que nem sempre nossas pretensões serão atendidas, seja pelo Estado, seja por nossos pares, é central à necessidade de se conferir a possibilidade de justificar um caso *prima facie* de discriminação indireta. Em uma sociedade plural, na qual características físicas e psíquicas, bem como opções de vida e cosmovisões variam substancialmente, todos podemos sofrer impactos negativos e

⁵⁹² RAWLS, J. *O Liberalismo Político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo e Álvaro de Vita. 2ª. ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 244.

⁵⁹³ A este respeito, veja-se que Taylor – que se encontra mais próximo que os demais do comunitarismo e da matriz epistemológica hegeliana – sustenta um modelo de liberalismo em que o respeito aos direitos fundamentais de minorias não afasta uma organização social voltada para determinados valores comunitários. Disto se pode inferir que alguma perda se impõe às minorais que não compartilham destes valores – que deverão desenvolver suas concepções de bem em uma estrutura social que não está plenamente organizada à luz de seus objetivos e cosmovisões. Sob a perspectiva epistemológica kantiana, Fraser afirmará que o reconhecimento tampouco pode ser erigido como um objetivo substantivo definidor de uma sociedade justa – assim, adotando o modelo que se aproximada do pluralismo rawlsiano, Fraser sustenta a necessidade de se conferir condições mínimas para o desenvolvimento de uma sociedade procedimentalmente justa, o que implica que minorias poderão, sim, perder no âmbito do debate democrático. Honneth, por sua vez, também verifica que a garantia de autorrealização e reconhecimento pleno ultrapassa as pretensões normativas que qualquer teoria da justiça possa ter, de modo que erige o reconhecimento como um objetivo a ser alcançado por meio de lutas sociais – que podem ser bem sucedidas, ampliando o horizonte de valores sociais compartilhados, ou mal sucedidas. O autor reconhece, ainda, sem que neste ponto se afasta substancialmente de Rawls, que nem toda cosmovisão poderá ser recepcionada por uma teoria de justiça como reconhecimento – notadamente aquelas que pretendam suprimir o pluralismo e a luta por reconhecimento (exemplificada no caso dos grupos neonazistas e racistas).

efeitos adversos em razão da adoção de critérios neutros por normas gerais e abstratas. Não há como excepcionar desta experiência natural da vida em sociedade os grupos vulneráveis constitucionalmente protegidos. É necessário, portanto, diferenciar situações em que as medidas adotadas são legítimas e, portanto, os efeitos sofridos por estas minorias não são mais do que consequência inafastável da modernidade plural, das situações em que estas medidas não são toleradas pelo ordenamento jurídico, devendo ser excluídas e/ou substituídas por sua irrazoabilidade⁵⁹⁴.

Três razões de natureza jurídica auxiliam essa compreensão.

Em primeiro lugar, deve-se compreender que o direito à igualdade apresenta uma natureza de princípio, e não de regra. Não se ignora, aqui, a existência de posições críticas à distinção entre estas espécies normativas,⁵⁹⁵ nem tampouco o fato de que diversos juristas têm reconhecido que é possível extrair de princípios comandos normativos com natureza de regra⁵⁹⁶. O ponto que se pretende destacar, no entanto, é que, enquanto uma regra é aplicada em um modelo, no geral, de tudo ou nada⁵⁹⁷, a igualdade enquanto princípio constitucional apresenta-

⁵⁹⁴ A ideia de razoabilidade, sob a perspectiva filosófica e, notadamente, como trabalhada por John Rawls, assume relevância neste debate. Uma medida pode ser plenamente racional – no sentido de que emprega os meios adequados para atingir uma determinada finalidade – sem possuir qualquer razoabilidade – no sentido de que desconsidera totalmente que a sociedade é plural e que há outros grupos e interesses em jogo quando se busca concretizar estas finalidades. Como destacarei a seguir, a racionalidade das medidas que produzem efeitos discriminatórios não é suficiente para justificá-las, sob pena de fazer letra morta da vedação à discriminação indireta. É necessário, pelo contrário, aferir sua razoabilidade – notadamente à luz dos grupos e interesses afetados – para o que devem ser empregados instrumentos jurídicos adequados para a solução do conflito posto.

⁵⁹⁵ Destaque-se, a este respeito, a posição de Humberto Ávila. O autor apresenta, assim, a seguinte distinção entre regras e princípios: “As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhe são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção” (ÁVILA, H. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 70).

⁵⁹⁶ A própria vedação à discriminação direta pode ser considerada, sob esta perspectiva, como uma regra – no sentido de que o emprego de critérios de classificação frontalmente discriminatórios e com a intenção de prejudicar minorias deve imediatamente ser subtraído do ordenamento. Além deste exemplo da eficácia negativa do princípio da igualdade, note-se que a aplicação de princípios pelo mecanismo da ponderação gera, segundo a teoria alexyana, uma regra que deve ser seguida no caso de conflitos semelhantes. Acerca da eficácia negativa dos princípios, confira-se: BARROSO, L. R.; BARCELLOS, A. P. de. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Disponível em <https://www.academia.edu/2359706/O_começo_da_história_da_historia>.

_A_nova_interpretação_da_historia_e_o_papel_dos_princípios_no_direito_brasileiro_>. Acesso em 7 out. 2015, passim. Acerca do mecanismo da ponderação, remeto novamente às lições de Alexy (ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Malheiros: São Paulo, 2008, passim).

⁵⁹⁷ DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously*, Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 24 et seq. Na definição de Alexy: “[a]s regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma

se como um comando normativo que estabelece uma finalidade que pode ser atingida em maior ou menor medida de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas⁵⁹⁸.

Significa dizer que, sob a perspectiva estrutural, a igualdade pode ser restringida à luz dos contextos fáticos e das normas incidentes no caso concreto, de maneira que não pode ser tomada como um direito absoluto.⁵⁹⁹ Como têm destacado diversos juristas, a igualdade real entre todos é um objetivo utópico, de modo que algum nível de desigualdade sempre existirá e afetará grupos diversos.⁶⁰⁰ Também a igualdade e não discriminação, enquanto princípio, poderá ser, portanto, objeto de ponderação⁶⁰¹ de tal modo que outros interesses poderão superar

distinção qualitativa, e não uma distinção de grau” Para Alexy, contudo, e diferentemente da posição adotada por Dworkin, a fórmula tudo-ou-nada é excessivamente simples, devendo-se reconhecer que, em realidade, as regras possuem um caráter *prima facie* diferenciado, conferido por um princípio formal segundo o qual as regras devem ser respeitadas. (ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Malheiros: São Paulo, 2008, p.91, 104-106). Neste sentido, mesmo as regras podem sofrer alguma espécie de ponderação em sua aplicação. A este respeito, confira-se também BARCELLOS, A. P. de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, passim; bem como BARROSO, L. R.; BARCELLOS, A. P. de. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Disponível em <https://www.academia.edu/2359706/O_come%C3%A7o_da_hist%C3%B3ria._A_nova_interpreta%C3%A7%C3%A3o_constitucional_eo_papel_dos_princ%C3%ADpios_no_direito_brasileiro>. Acesso em 7 out. 2015, passim.

⁵⁹⁸ Esta é a conceituação adotada por Robert Alexy e aceita amplamente no Brasil. Neste sentido, confira-se: ALEXY, R. *ibid.*, p. 90-91; BARROSO, L. R.; BARCELLOS, A. P. de. *ibid.*, passim; PEREIRA, J. R. G. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 109-115. Em sentido diverso, Dworkin concebe princípios como trunfos capazes de superar outros interesses conflitantes (DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously*, Cambridge: Harvard University Press, 1978, passim), enquanto Ávila os identifica-os como normas imediatamente finalísticas (ÁVILA, H. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 70).

⁵⁹⁹ Esta afirmação tem por pressuposto adotar-se uma teoria externa dos direitos fundamentais, que reconhece que estes direitos, de natureza principiológica, por vezes entrarão em conflitos cuja solução não pode ser definida aprioristicamente. Em sentido diverso, a teoria interna sustenta a inexistência de conflito entre estes direitos, devendo-se conferir a devida interpretação ao seu conteúdo e limites de modo a solucionar as incompatibilidades aparentes. Esta é a posição adotada por Ronald Dworkin (DWORKIN, R. *Do liberty and equality conflict?* In: ATKINSON, A. B., et al. *Living as equals*. Oxford: Oxford University Press, 1996. pp. 19-57). Também se contrapõe a estas teorias aquelas que pretendem hierarquizar direitos fundamentais, conferindo uma solução apriorística aos eventuais conflitos que possam se verificar. A adoção da teoria externa, que predominou entre os juristas brasileiros, além de outras possíveis vantagens, revela sua importância por comportar um aspecto a ser destacado a seguir, que diz respeito à consideração da legitimidade de todas as posições conflitantes, ainda que uma venha a ser restringida ou sucumba ao fim do processo de ponderação. Em um contexto de pluralismo, e pautando-se nas premissas filosóficas acerca do conceito de justiça trabalhadas no início deste trabalho, a teoria externa compatibiliza-se com a ideia de que o Direito, enquanto esfera de reconhecimento, deve buscar a inclusão dos indivíduos no processo de produção da vontade coletiva, o que se dá na medida em que se reconheça sua posição enquanto indivíduo moralmente autônomo que deve ser respeitado em suas pretensões e ouvido no debate público. Sobre a distinção entre teoria interna e teoria externa, veja-se: PEREIRA, J. R. G. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 139-152.

⁶⁰⁰ Neste sentido, Bobbio afirmou que “[d]o pensamento utópico ao pensamento revolucionário o igualitarismo percorreu um longo trecho do caminho. Contudo, a distância entre a aspiração e a realidade sempre foi e continua a ser tão grande que, olhando para o lado e para trás, qualquer pessoa sensata deve não só duvidar seriamente de que ela possa um dia ser inteiramente superada, mas também indagar se é razoável propor essa superação” (BOBBIO, N. *Igualdade e liberdade*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996, p. 593).

⁶⁰¹ ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Malheiros: São Paulo, 2008, p. 393-432.

a finalidade de sobrepujar as desigualdades sofridas por grupos sociais – mesmo em situação de vulnerabilidade.

Segunda razão que fundamenta a possibilidade de justificar a discriminação indireta diz respeito à própria natureza desta espécie de discriminação. Deve-se resgatar, a este respeito, algumas diferenças entre a discriminação direta e a discriminação indireta. Como visto, a discriminação direta é a modalidade de discriminação em que a norma apresenta uma intenção discriminatória ou emprega critérios constitucionalmente proibidos como forma de reproduzir ou promover a opressão e inferiorização de grupos vulneráveis. Estas práticas, contudo, são proibidas diante do disposto expressamente no inciso IV de seu artigo 3º da Constituição Federal. Assim, pode-se dizer que a aplicação do princípio da igualdade e não discriminação, nestas hipóteses, aproxima-se do modelo das regras: verificada a existência de uma norma frontalmente discriminatória, a sanção da inconstitucionalidade é consequência direta.⁶⁰²

A discriminação indireta, no entanto, se desenvolve sob perspectivas substancialmente distintas. Retomando o que já foi visto, a discriminação indireta não é necessariamente querida pelo agente, nem mesmo decorre da adoção de critérios proibidos expressamente pela Constituição. Ela se revela, pelo contrário, no plano dos fatos e à luz dos efeitos produzidos por uma medida que, a toda evidência, não seria aparentemente discriminatória. Mais que isso, sendo fruto de atos do Poder Público ou de agentes privados, a discriminação indireta tem como seu contraposto o princípio democrático – que rege o exercício do poder político e que fundamenta a presunção de constitucionalidade dos atos do poder público – e o exercício da autonomia privada – que é igualmente tutelado pela Carta Constitucional de 1988. Assim, diferentemente do que ocorre nos casos de discriminação direta – em que não há finalidades legítimas a serem tuteladas por parte dos agentes da

⁶⁰² Ressalva é feita, contudo, às hipóteses de discriminações promovidas com o objetivo de reparar situações de desigualdade. A legitimidade destas chamadas discriminações tem sido reconhecida na doutrina e jurisprudência brasileiras, notadamente à luz do debate acerca das ações afirmativas. Algum debate tem repousado, no entanto, sob a perspectiva conceitual – alguns reconhecem tratar-se de discriminação positiva, que seria portanto aceitável, em contraste com a discriminação inversa que levaria a opressão das majorias pelas minorias (CLÈVE, C. M.; RECK, M. B. As ações afirmativas e a efetivação do princípio constitucional da igualdade. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 3, n. 11, jan./fev./mar. 2003, p. 34-35). De outro lado, e mais acertadamente, Paulo Gustavo Gonet Branco sustentou que se trata, efetivamente, de discriminação reversa ou inversa – não sob uma perspectiva negativa de tirania de minorias, mas sim no sentido de que a discriminação opera sob uma lógica invertida à luz do princípio da igualdade, promovendo a proteção de minorias, no lugar de subjuga-las (BRANCO, P. G. G. Ação afirmativa e Direito Constitucional, *Direito Público*, n. 1, jul-ago-set. 2003, p. 133-134). Igualmente equiparando ações positivas à discriminação inversa, confira-se CARBONELL, M. Los derechos de igualdad en el constitucionalismo contemporáneo. *Derechos Fundamentales e Justicia*, n. 11, abr. jun. 2010, p. 66.

discriminação⁶⁰³ – a discriminação indireta põe em conflito direitos e princípios constitucionalmente tutelados.

A isto se soma, assim, uma terceira razão que assiste à necessidade de se possibilitar a justificação da discriminação indireta: impossibilitá-la significaria negar a legitimidade dos demais direitos e princípios em jogo, negando efeito à própria concepção de justiça como reconhecimento. Veja-se: como foi desenvolvido nos itens iniciais deste trabalho, para que possa operar enquanto uma esfera de reconhecimento, o Direito deve considerar a inclusão dos indivíduos e o respeito às suas demandas. Esta ideia, enquanto produz um importante efeito quando aplicada aos grupos marginalizados – que são historicamente objeto de exclusão e desrespeito –, não pode servir como fundamento para, contraditoriamente, excluir outros grupos que já estejam incluídos ou negar-lhes o devido respeito. Em uma formulação objetiva: reconhecer as minorias não pode ter por pressuposto negar reconhecimento aos demais grupos.⁶⁰⁴ Portanto, permitir a justificação de medidas que produzem uma discriminação no mundo dos fatos significa, do ponto de vista estrutural, reconhecer a legitimidade dos interesses e finalidades conflitantes; do ponto de vista filosófico, conferir reconhecimento jurídico a estes interesses e indivíduos; e, do ponto de vista jurídico, adotar uma teoria dos direitos fundamentais capaz de lidar com os conflitos verificados em sociedades plurais modernas.

Deve-se entender, em síntese, que a igualdade, por central que seja ao nosso ordenamento, é também um princípio que pode entrar em choque com outros objetivos tutelados constitucionalmente. Sua violação ou restrição, nos casos de discriminação indireta, pode decorrer da busca pela concretização de valores conflitantes, devendo-se portando analisar, nos casos concretos, se há ou não justificativa razoável para que medidas geradoras de efeitos discriminatórios sejam, ainda assim, mantidas e respeitadas pelo ordenamento jurídico. Dito isto, passo a analisar, no item seguinte, os critérios que podem ser adotados de modo a distinguir as medidas discriminatórias justificáveis daquelas não justificadas, diante das alternativas extraídas a partir da análise comparativa e à luz do instrumental adotado no direito brasileiro.

⁶⁰³ O que se aplica mesmo nas hipóteses em que o legislador confia estar traçando uma discriminação racional que seria favorável aos grupos minoritários – como quando pressupõe que a coletividade como um todo ganharia pela restrição do ensino superior às elites, diante de uma premissa falsa de que as classes mais desfavorecidas seriam incapazes de desenvolver-se intelectualmente (ELY, J. H. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. 3. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 135-180).

⁶⁰⁴ Ressalvados os grupos que compartilham o que Rawls denominou doutrinas irrazoáveis e o que Honneth reconhece como concepções de bem que buscam negar o reconhecimento de outros grupos sociais (RAWLS, J. *O Liberalismo Político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo e Álvaro de Vita. 2ª. ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 102-110; HONNETH, A. *Redistribution as Recognition: A Response to Nancy Fraser*. In: FRASER, N.; HONNETH, A. *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*. Tradução de Joel GOLB e James INGRAM. London: Verso, 2004, passim).

4.3.2 Mecanismos para a justificação do ato gerador da discriminação indireta: da necessidade do negócio ao dever de proporcionalidade estrita.

4.3.2.1 Mecanismos desenvolvidos no direito comparado: justificativa negocial, necessidade do negócio e exigência adotada de boa-fé.

Como posicionar um caso de aparente discriminação indireta nos limites do admitido pelo ordenamento jurídico brasileiro? Para responder a esta questão, quero analisar primeiramente as alternativas empregadas no direito comparado com este fim. No que diz respeito especificamente à discriminação indireta, três principais mecanismos foram empregados pelas cortes estrangeiras visando a justificar ou afastar um caso de discriminação indireta *prima facie*. São eles os parâmetros da necessidade do negócio (*business necessity*), da justificativa negocial (*business justification*) e a exigência do cargo adotada de boa-fé (*bona fide occupational requirement*). Estes três mecanismos foram objeto de densa análise no Capítulo 3 deste trabalho. Sem prejuízo disso, quero revisitar alguns conceitos básicos que permitem avançar no objeto deste item.

Do ponto de vista cronológico, a necessidade do negócio antecedeu a justificativa negocial – aquela firmada no caso *Griggs v. Duke Power Co*⁶⁰⁵, esta estabelecida no caso *Washington v. Davis*⁶⁰⁶. Analisando sua estrutura, no entanto, pode-se estabelecer uma antecedência da justificativa negocial com relação à necessidade do negócio. Com efeito, a justificativa negocial consiste em uma exigência de que haja uma adequação lógica racional entre os critérios de classificação empregados pelo ato discriminatório e um determinado objetivo comercial almejado a partir dessa classificação⁶⁰⁷. Trata-se, portanto, de uma exigência que se pode dizer *fraca*, no sentido de que qualquer vínculo lógico entre o critério de classificação e seu objetivo final seria suficiente para afastar a discriminação indireta.

Em contraposição, a necessidade do negócio impõe *standards* mais rígidos para a aferição da legitimidade do ato impugnado. Não basta, aqui, adequação lógica entre o critério empregado e qualquer objetivo comercial – o ato deve ser, mais que isso, necessário, no sentido de que sem ele não seria possível o desenvolvimento regular e eficiente da atividade pretendida.

⁶⁰⁵ ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971).

⁶⁰⁶ ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, *Washington v. Davis*, 426 U. S. 229, 248 (1976)

⁶⁰⁷ Esta é a definição que decorreu do julgamento do caso *Wards Cove* [ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, *Wards Cove Packing Co. v. Antonio*, 490 U.S. 642 (1989)].

Além disso, a aplicação do parâmetro da necessidade do negócio leva, em diversos contextos, à necessidade de se demonstrar também que não haveria outros meios menos prejudiciais ao grupo ou pessoa afetados capazes de promover igualmente a finalidade do negócio.⁶⁰⁸

A exigência do cargo adotada de boa-fé (ou, simplesmente, exigência adotada de boa-fé), por fim, consiste nas hipóteses em que o critério adotado para a ocupação de uma determinada posição, apesar de produzir efeitos discriminatórios, é essencial ao regular exercício das funções atribuídas aquela posição⁶⁰⁹. Trata-se de um mecanismo aplicado tradicionalmente aos casos de discriminação direta em que o emprego de um critério de classificação proibido é necessário – como, por exemplo, no caso de se exigir que determinados agentes penitenciários que atuem em uma prisão masculina e que tenham contato com os presidiários sejam homens.⁶¹⁰

Apesar de distintos entre si, os três mecanismos de justificação de atos discriminatórios possuem características em comum. Em primeiro lugar, os três critérios foram desenvolvidos visando à superação da discriminação no ambiente de trabalho. Não é de se causar estranheza, portanto, que à luz de uma vasta jurisprudência tratando de critérios para a admissão, promoção e remuneração de empregados, se fale em justificativas *comerciais* ou *negociais* dos atos discriminatórios. Em segundo lugar, estes mecanismos se assemelham no sentido de que consistem em testes distintos que visam a aferir, em níveis distintos, a razoabilidade dos atos discriminatórios. Assim, a justificativa comercial busca verificar uma razoabilidade mínima – a mera racionalidade ou, segundo o teorizado por Luís Roberto Barroso, a razoabilidade interna⁶¹¹ – dos atos discriminatórios. A necessidade do negócio, assim como a exigência de boa-fé, busca um parâmetro de razoabilidade mais robusto, que acrescenta à exigência de racionalidade um dever de demonstrar também a necessidade da medida – ou seja, que não há outros meios para atender aos objetivos pretendidos senão pelo emprego do critério adotado.

No que pese até hoje estes parâmetros serem ainda empregados em alguns ordenamentos na análise de casos de discriminação indireta, seus principais traços comuns revelam também sua insuficiência no combate efetivo a toda forma de discriminação indireta.

⁶⁰⁸ Exigência esta prevista já no Title VII do *Civil Rights Code*.

⁶⁰⁹ No Canadá, trata-se da definição adotada no caso *Bhinder* e nos que o seguiram, cf. CANADÁ, Suprema Corte, *Bhinder & Canadian Human Rights Commission v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561.

⁶¹⁰ ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, *Dothard v. Rawlinson*, 433 U.S. 321 (1977).

⁶¹¹ Ou seja, a razoabilidade que se encontra dentro do próprio ato, dizendo respeito à “existência de uma relação racional e proporcional entre seus motivos, meios e fins” (BARROSO, L. R. *Interpretação e Aplicação da Constituição*: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 207).

Em primeiro lugar porque os três, por estarem intrinsecamente vinculados – inclusive terminologicamente – ao direito do trabalho, não se prestam ao combate de discriminações indiretas que se revelem em outros contextos. Como falar em justificação ou necessidade do negócio de atos do Poder Público que buscam concretizar o interesse público, e não uma atividade de cunho comercial? A gramática das exigências comerciais figura, pois, inapropriada em um contexto mais amplo da análise da discriminação indireta, especialmente em se tratando de direitos fundamentais existenciais.

Ainda, enquanto exigências de razoabilidade, os três critérios são também insuficientes à luz da tendência internacional de se adotar um modelo mais completo de aferição da legitimidade de atos que restringem direitos fundamentais. Refiro-me, aqui, ao princípio ou regra da proporcionalidade enquanto mecanismo de solução de conflito entre direitos fundamentais⁶¹². Veja-se: os três mecanismos desenvolvidos à luz das teorias da discriminação indireta consistem em análises monofásicas ou bifásicas de razoabilidade – é dizer, exigindo a adequação lógica entre o ato e seu objetivo ou, de maneira mais completa, também a necessidade deste ato com relação às alternativas disponíveis. O princípio da proporcionalidade, como desenvolvido e aplicado em ordenamentos jurídicos europeus, de outro lado, emprega uma análise trifásica que considera não só a adequação lógica da medida impugnada e sua necessidade, como também uma etapa de ponderação entre finalidades conflitantes.⁶¹³

Neste sentido, a aplicação do princípio da proporcionalidade pode figurar como alternativa adequada aos mecanismos da justificativa e necessidade negociais e da exigência de boa-fé, visto que é aplicável, em tese, à generalidade de casos de discriminação indireta, além de adicionar uma última etapa de aferição da legitimidade do ato – potencializando o objetivo de combate à discriminação. Some-se a isso que o princípio da proporcionalidade tem sido amplamente adotado e reconhecido pela jurisprudência e teóricos no Brasil – não sendo necessário enfrentar, assim, as dificuldades que seriam levantadas pela importação pura de qualquer dos três mecanismos analisados.

À luz da alternativa conferida pelo princípio da proporcionalidade enquanto mecanismo de justificação de atos discriminatórios, pretendo dedicar alguns parágrafos à sua

⁶¹² Sobre a natureza da proporcionalidade, se princípio ou regra, confira-se: SILVA, V. A. D. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, 798, 2002, p. 23-50.

⁶¹³ SWEET, A. S.; MATHEWS, J. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism, *Columbia Journal of Transnational Law*, n. 47, 2008-2009, p. 97-159; PEREIRA, J. R. G. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, passim; ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Malheiros: São Paulo, 2008, passim.

análise, de modo a identificar suas possibilidades e limites no contexto da discriminação indireta.

4.3.2.2 Possibilidades e limites do princípio da proporcionalidade.

De origem europeia e desenvolvido especialmente a partir da jurisprudência do Tribunal Federal Alemão, o princípio da proporcionalidade tem sido acolhido por autores e tribunais brasileiros como mecanismo adequado para a solução de conflitos entre direitos fundamentais.⁶¹⁴ Sendo certo que inexistente previsão constitucional expressa do princípio da proporcionalidade – que, para alguns autores, deve ser entendido como uma regra e não como um princípio⁶¹⁵ –, diversos fundamentos jurídicos têm embasado sua aplicação no Brasil. Assim, o Supremo Tribunal Federal tem aplicado o teste de proporcionalidade como princípio do devido processo legal substantivo, identificando, dessa forma, proximidade entre a proporcionalidade e o princípio da razoabilidade⁶¹⁶. Por sua vez, Humberto Ávila e Virgílio Afonso da Silva, seguindo também a linha adotada por Robert Alexy, identificam a proporcionalidade como um mecanismo normativo que decorre do próprio conceito e estrutura dos princípios jurídicos.⁶¹⁷ Sendo os princípios jurídicos mandados de otimização realizáveis de acordo com as possibilidades fáticas ou jurídicas⁶¹⁸, a proporcionalidade figura, de acordo com esta corrente, como mecanismo adequado para averiguar as possibilidades de concretização de tais finalidades constitucionais.

Sem prejuízo do debate acerca dos fundamentos do princípio da proporcionalidade, suas etapas de aplicação, também denominadas subprincípios ou dimensões da proporcionalidade, tem sido objetivo de ampla análise do constitucionalismo brasileiro. Trata-se da adequação ou idoneidade; da necessidade ou vedação do excesso; e da proporcionalidade

⁶¹⁴ SWEET, A. S.; MATHEWS, J. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism, *Columbia Journal of Transnational Law*, n. 47, 2008-2009, p. 97-159; PEREIRA, J. R. G. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, passim; ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Malheiros: São Paulo, 2008, passim.

⁶¹⁵ ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Malheiros: São Paulo, 2008, passim; SILVA, V. A. D. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, 798, 2002, p. 23-50.

⁶¹⁶ Segundo Virgílio Afonso da Silva, o Supremo Tribunal Federal tem aplicado a proporcionalidade, na verdade, como um mero apelo à razoabilidade (SILVA, V. A. D. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, 798, 2002, p. 23-50). Esta posição, que aproxima proporcionalidade de razoabilidade, é também compartilhada por Luís Roberto Barroso (BARROSO, L. R. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 198-217).

⁶¹⁷ ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Malheiros: São Paulo, 2008, p. 23-50.

⁶¹⁸ *Ibid*, p. 90-91.

em sentido estrito ou ponderação.⁶¹⁹ Na análise da adequação, busca-se aferir se os meios empregados pelo ato analisado são aptos a promover finalidade constitucionalmente legítimas – promove-se, neste sentido, um controle dos atos quanto à legitimidade de seus objetivos, tendo por paradigma o ordenamento constitucional; e um controle quanto à sua racionalidade, afastando atos que empreguem meios incapazes de interferir nos fins almejados.⁶²⁰ O subprincípio da necessidade, por sua vez, busca aferir se o meio adotado pela norma é necessário para a promoção dos fins almejados, no sentido de que não há outro ou outros meios que sejam capazes de realizar em intensidade igual ou superior seus objetivos, gerando restrições menos gravosas ao direito ou direitos prejudicados.⁶²¹ Por fim, caso sejam preenchidos os requisitos de adequação e necessidade, passa-se à análise da proporcionalidade em sentido estrito. Este subprincípio da proporcionalidade impõe uma análise ponderativa regida pela máxima de que quanto maior o grau de restrição a um princípio, maior deve ser a importância do princípio contraposto e a certeza das premissas empíricas adotadas.⁶²² Diversos parâmetros se contrapõem na análise da proporcionalidade em sentido estrito, como os pesos concretos dos princípios em jogo, os pesos em abstrato destes princípios e o grau de interferência recíproca sobre os princípios.⁶²³

Nos limites deste trabalho, quero analisar a aplicação da proporcionalidade em casos de discriminação indireta sob duas perspectivas: a perspectiva de suas possibilidades e a perspectiva de suas limitações. Sob a primeira perspectiva, destaca-se que a proporcionalidade é capaz de conferir uma gramática adequada e mais completa à justificação de atos geradores de discriminação indireta, se comparada com os parâmetros da necessidade e justificativa negocial e da exigência de boa-fé.

Como já destaquei, sua melhor adequação aos casos de discriminação indireta em geral decorre, inicialmente, do fato de que, diferentemente dos três mecanismos clássicos de aferição da legitimidade do ato, a proporcionalidade não se vincula especificamente com parâmetros comerciais ou típicos de uma área específica do Direito (o Direito do Trabalho), seja do ponto de vista terminológico, seja no que diz respeito ao seu âmbito de aplicação. Falar em proporcionalidade significa falar em conflitos entre direitos de naturezas diversas.

⁶¹⁹ Por todos, confira-se ALEXY, R. Op. cit. nota 613, p. 116-120; e PEREIRA, J. R. G. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 324-358.

⁶²⁰ ALEXY, R. *ibid.*, loc. cit.; PEREIRA, J. R. G., *ibid.*, loc. cit.

⁶²¹ ALEXY, R. *ibid.*, loc. cit.; PEREIRA, J. R. G., *ibid.*, loc. cit.

⁶²² ALEXY, R. *ibid.*, loc. cit.; PEREIRA, J. R. G., *ibid.*, loc. cit.

⁶²³ Sobre o método da ponderação na teoria de Robert Alexy, confira-se em específico o artigo ALEXY, R. On balancing and subsumption. A structural comparison. *Ratio Juris*, vol. 16, n. 4, dez. 2003, p. 433-449.

Além disso, a proporcionalidade também engloba, no que pese apresentar linguagem e estruturas próprias, os testes propostos pelos três mecanismos analisados no item anterior. Com efeito, a aplicação do princípio da adequação ou da idoneidade converge com os objetivos pretendidos pela incidência dos parâmetros da justificativa negocial e, em parte, da necessidade do negócio e da exigência de boa-fé. Integra parcela substancial da análise promovida por estes três parâmetros a aferição do vínculo racional entre os meios empregados – que, no contexto da discriminação indireta, devem ser entendidos como o ato gerador da discriminação – e as finalidades almejadas. Ainda, o requisito de que seja adotada a medida menos gravosa com relação aos direitos prejudicados está presente nos parâmetros da necessidade do negócio e da exigência de boa-fé.

Demais disso, o princípio da proporcionalidade excede as possibilidades destes três parâmetros extraídos do direito comparado na medida em que exige, além de adequação e necessidade, também uma análise ponderativa que contraponha interesses distintos e analisa se o nível da restrição é justificado pela promoção mais ampla da finalidade almejada. Significa dizer que mesmo atos geradores da discriminação indireta que sejam adequados e necessários podem ser afastados quando promovam minimamente suas finalidades em detrimento substancial dos direitos de minorias sociais.

Sem prejuízo disso, sob uma segunda perspectiva, o princípio da proporcionalidade encontra limites no contexto geral de proteção de minorias e, em específico, de análise de casos de discriminação indireta. Para entender esta afirmação, é necessário dar um passo atrás e analisar a forma pela qual cada um dos subprincípios da proporcionalidade tem sido aplicado predominantemente no Brasil. Especificamente, deve-se indagar, inicialmente, o quão exigente realmente são os parâmetros de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e, em segundo lugar, se este nível de exigência é ou não compatível com o objetivo de promoção da igualdade e do direito ao reconhecimento.

Segundo as lições de Jane Reis, podem ser identificadas duas concepções quanto ao nível de exigência do subprincípio da adequação: uma concepção forte e uma concepção débil. A concepção forte de adequação impõe que o meio adotado seja capaz de promover a finalidade em sua totalidade, sendo totalmente eficaz para o atingimento deste objetivo. A concepção débil, por outro lado, impõe uma análise da idoneidade com base em uma “lógica de evidência”⁶²⁴, de tal maneira que apenas os atos que empregam meios manifestamente

⁶²⁴ PEREIRA, J. R. G. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 330.

inadequados para a realização do fim pretendido seriam considerados desde já desproporcionais. A autora, pautada em uma análise voltada especialmente para os atos Legislativos e para o resguardo do princípio democrático e da separação dos poderes, posiciona-se em favor da concepção débil da adequação – que, de fato, tem encontrado maior guarida entre os juristas brasileiros.

A mesma *ratio* é verificada na aplicação dos princípios da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Retomando-se a lição de Jane Reis, também o reconhecimento da desnecessidade de uma medida tem decorrido de um “juízo de evidência”⁶²⁵, diante das dificuldades epistêmicas relacionadas com a aferição da existência de meios igual ou mais idôneos e, paralelamente, menos gravosos. Ainda, segundo a autora, é possível que surjam situações de dúvida quanto ao grau de idoneidade ou quanto ao grau de gravidade dos meios analisados, de tal maneira que se deveria prestigiar uma presunção de necessidade do ato impugnado, passando-se à análise da proporcionalidade em sentido estrito.

Por fim, na análise da proporcionalidade em sentido estrito, Jane Reis também reconhece, pautada nas lições de Alexy, a possibilidade de que existam incertezas quanto às premissas empíricas ou normativas aplicadas à ponderação, ou mesmo que a ponderação conclua por um juízo de “empate”⁶²⁶ – em que há equilíbrio entre o grau de restrição e de promoção de direitos respectivamente contrapostos. Nestes casos, novamente, a autora afirma uma tendência de aplicação de um “controle de evidência”⁶²⁷ pelo qual, salvo nas hipóteses de manifesta desproporcionalidade, deve-se prestigiar a opção legislativa. Nos casos de dúvidas quantos às premissas aplicáveis, a autora se alinha à proposição de Alexy, para sustentar a aplicação da segunda regra da ponderação, segundo a qual quanto mais intensa seja uma intervenção em um direito fundamental, maior deve ser a certeza das premissas que a sustentam⁶²⁸. Tem-se, no entanto, que alguma dúvida quanto às premissas empíricas aplicáveis ainda assim permitiria a restrição do direito em jogo, desde que a intervenção não fosse substancialmente intensa.

⁶²⁵ PEREIRA, J. R. G. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 342.

⁶²⁶ *Ibid.*, p. 354-358.

⁶²⁷ *Ibid.*, p. 356.

⁶²⁸ *Ibid.*, p. 354-358, PULIDO, C. El juicio de la igualdad em la jurisprudência de la Corte Constitucional Colombiana In: Instrumentos de Tutela y Justicia Constitucional, Ciudad Universitaria: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 61. Disponível em <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/344/5.pdf>>. Acesso em 7 out. 2015, ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Malheiros: São Paulo, 2008, p. 612-622.

Em todos os casos, portanto, se verifica uma tendência à convalidação de atos restritivos de direitos fundamentais que não sejam manifestamente desproporcionais. Não sendo caso, portanto, de inadequação frontal, de desnecessidade patente ou de desproporcionalidade em sentido estrito inequívoca, a aplicação do princípio da proporcionalidade levaria à legitimação dos atos sujeitos a esta máxima. Isto decorre, especialmente, do respeito aos princípios democráticos, ao princípio da liberdade de atuação do Legislativo, a presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público e a uma formulação do princípio de separação dos poderes que busque evitar a ingerência excessiva do Poder Judiciário sobre a atividade dos demais poderes.⁶²⁹ A questão que se põe, neste contexto, é saber se esta tendência à proporcionalidade é compatível com uma teoria efetiva da superação da discriminação indireta. Sustento que a resposta é negativa.

Com efeito, a análise desenvolvida na aplicação da máxima da proporcionalidade não considera que, permeando o conflito entre direitos em jogo, pode haver um princípio com eficácia geral consistente no objetivo de promoção de uma sociedade igualitária. É dizer, a promoção da igualdade é um objetivo constitucional aplicável a todos, particulares e Poder Público, e deve ser considerada em todas as situações em que se possa falar na perpetuação de discriminações odiosas ou não desejadas pela Constituição. Neste sentido, é necessário, nos casos que tratam de restrições de direitos fundamentais de minorias, tornar a proporcionalidade permeável à preocupação com a tutela da igualdade.

Em contraposição, a tendência à convalidação gera um paradoxo nos casos de discriminação contra grupos vulneráveis, na medida em que esvazia a necessidade de atenção especial aos ideais constitucionais emancipatórios e ao objetivo de proteção de minorias sociais.

Seria possível cogitar de contornar esta situação adicionando a consideração da igualdade na etapa final da proporcionalidade⁶³⁰, ao lado de princípios formais⁶³¹ como a

⁶²⁹ PEREIRA, J. R. G. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 354 et seq.

⁶³⁰ Neste sentido, a igualdade pode ser aqui considerada como um “direito geral de igualdade”, cujo significado é ilustrado pela teoria da justiça como reconhecimento previamente trabalhada. Assim, esse direito geral de igualdade, que parte da fórmula clássica de que os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais desigualmente, é consubstanciado pela ideia de que as desigualdades que legitimam o tratamento desigual são aquelas relacionadas à negação do reconhecimento jurídico incompatível com os objetivos constitucionais. Sobre a existência de um direito geral de igualdade que deve ser consubstanciado a partir de considerações valorativas, confira-se especialmente ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Malheiros: São Paulo, 2008, p. 393-400.

⁶³¹ Na leitura alexyana, os princípios formais consistem naqueles que “estabelecem que as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida” (Ibid, p. 105). Assim, na medida em que se considere a liberdade de conformação Legislativa e a autonomia da vontade ou o direito geral de liberdade como princípios que conferem uma legitimidade *prima*

liberdade de conformação do Legislador ou mesmo, nos casos que tratam de conflitos horizontais entre direitos fundamentais, do princípio da autonomia da vontade ou do direito geral de liberdade⁶³². Esta solução seria ainda assim insuficiente, pois se estaria afirmando, dessa forma, que a igualdade não gera nenhum efeito sobre a análise da idoneidade de medidas e de sua necessidade. Lembre-se, a este respeito, que o princípio da igualdade jurídica tem entre suas principais funções promover a visibilidade de grupos excluídos – visibilidade, neste sentido, deve significar, também, ser considerado quando da escolha dos meios empregados para a consecução de determinados fins. Significa dizer que a igualdade não pode se restringir à proporcionalidade em sentido estrito, devendo permear todos os subprincípios da proporcionalidade quando se trate de analisar um caso de discriminação contra grupos constitucionalmente protegidos.

Solução neste sentido foi apresentada pela Corte Constitucional da Colômbia que, verificando os limites da proporcionalidade na proteção de grupos vulneráveis, desenvolveu, com o auxílio da jurisprudência norte-americana, um teste integrado de proporcionalidade que, uma vez aplicado aos casos de discriminação indireta, pode ser capaz de potencializar objetivos igualitários de caráter emancipatório. Trata-se da proposta que analiso no item seguinte.

4.3.2.3 A contribuição da Corte da Colômbia: o juízo integrado de proporcionalidade como mecanismo adequado à proteção de minorias.

O desenvolvimento da jurisprudência da Corte Constitucional colombiana em matéria de promoção do princípio da igualdade nas últimas décadas tem adotado caminhos peculiares não só no que diz respeito à teoria da discriminação indireta, como também à própria interpretação constitucional de direitos fundamentais e, por consequência, à aplicação do princípio da proporcionalidade. Tradicionalmente, a partir de julgados que datam de meados

facie aos atos normativos públicos e privados, não parece ser impossível considerá-los, neste contexto, princípios formais que tratam da forma pela qual serão aplicadas as normas jurídicas. Ingressando neste contexto, a igualdade não seria tida como um princípio material em si, mas sim como uma razão subjacente ao método de aplicação dos direitos colidentes – conferindo uma legitimidade *prima facie* à não aplicação dos atos promotores da discriminação. Note-se, contudo, que esta posição pode chocar-se com a afirmação de Alexy no sentido de que “mesmo diante de um fortalecimento de seu caráter *prima facie*, princípios não obtêm um caráter *prima facie* como o das regras” (Ibid., loc. cit.).

⁶³² O direito geral de liberdade deve ser considerado como uma objeção à configuração da discriminação indireta, portanto, na medida em que estas situações põe em conflito a ideia de que é lícito aos particulares adotarem todas as posturas que não forem claramente proibidas (ou que possuam fundamento constitucional suficiente) e o princípio da igualdade enquanto limitador desta atuação em se tratando de direitos de grupos vulneráveis. Acerca do princípio geral de liberdade, destaque-se ALEXY, R. Ibid, p. 341-392 e PEREIRA, J. R. G. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 168-174.

dos anos 90, a Corte colombiana tem lidado com normas potencialmente violadoras do princípio da igualdade adotando dois parâmetros distintos, denominados juízos de igualdade (*juicios de igualdad*). O primeiro consiste no juízo da igualdade como juízo de proporcionalidade e se aproxima da análise anterior – quando aplica este juízo de igualdade, a Corte analisa se há um objetivo constitucionalmente legítimo para o tratamento desigual e, em caso positivo, aplica a regra da proporcionalidade em suas três etapas já analisadas. Nesta formulação, a Corte colombiana sustenta que o princípio da proporcionalidade seria aplicado sempre com uma mesma intensidade a todos os casos de violação da igualdade – a despeito da crítica de Carlos Pulido, que, na linha do afirmado anteriormente, fundamenta-se na segunda lei da ponderação para afirmar que a intensidade de aplicação dos subprincípios da proporcionalidade varia de acordo com a certeza das premissas empíricas e normativas incidentes.⁶³³

Em todo caso, esta percepção da Corte no sentido de que a aplicação da proporcionalidade não varia em intensidade, mesmo nos casos tratando do princípio da igualdade, levou à adoção de um segundo parâmetro de aferição da constitucionalidade de atos restritivos da igualdade: um juízo de igualdade com três tipos de escrutínios. O que a Corte colombiana fez, neste caso, foi importar da jurisprudência norte-americana um modelo segundo o qual as características do caso analisado permitem falar em níveis diferentes de escrutínio, ou *standards* de revisão judicial⁶³⁴, a que devem ser submetidas as classificações e discriminações legais.⁶³⁵ Trate-se do escrutínio fraco⁶³⁶ (o *rational basis*), do escrutínio estrito (*strict scrutiny*) e do escrutínio intermediário (*intermediate scrutiny*).⁶³⁷

⁶³³ PULIDO, C. El juicio de la igualdad em la jurisprudência de la Corte Constitucional Colombiana In: Instrumentos de Tutela y Justicia Constitucional, Ciudad Universitaria: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 51-74. Disponível em <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/344/5.pdf>>. Acesso em 7 out. 2015.

⁶³⁴ BICE, S. H. Standards of judicial review under the equal protection and due process clauses. *Southern California Law Review*, vol. 50, n. 4, mai. 1978, p. 689-718.

⁶³⁵ Segundo um dos primeiros precedentes adotando esta posição: “El juicio constitucional de igualdad debe ser débil o poco estricto, con el fin de no vulnerar la libertad política del Legislador, en campos como el económico, en donde la propia Carta establece una amplia capacidad de intervención y regulación diferenciada del Estado. El reconocimiento de que los juicios de igualdad deben ser más o menos estrictos, según la materia a la cual se apliquen resulta de la naturaleza misma del control constitucional y de la ponderación entre diferentes valores incorporados en el propio ordenamiento” (COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad C-445/95, 4 out. 1995).

⁶³⁶ O termo *escrutinio débil*, adotado pela Corte Colombiana, foi aqui traduzido como escrutínio fraco (Idem).

⁶³⁷ A ideia de que o controle de constitucionalidade deve variar em sua intensidade e nível de escrutínio de acordo com a matéria em jogo, nos Estados Unidos, remete à nota de rodapé n. 4 de *Carolene Products*, em que se sugeriu que os casos que afrontassem a Constituição, o processo político ou os direitos de minorias poderiam ser tratados de maneira mais rígida pela Suprema Corte. A respeito da evolução dos standards de revisão judicial à luz do princípio da igualdade e do devido processo legal, nos Estados Unidos, confira-se BICE, S. H. Standards of judicial review under the equal protection and due process clauses. *Southern California Law Review*, vol. 50, n. 4, mai. 1978, p. 689-718 e GERNEY, R. Equal protection under the Pennsylvania Constitution. *Duquesne Law Review*, n. 42, 2003-2004, 475.

Na linha da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, e conforme empregado pela Corte colombiana nas hipóteses de aplicação desta espécie de juízo da igualdade, o escrutínio fraco consiste no nível geralmente aplicável de aferição da constitucionalidade de atos classificatórios – segundo Carlos Pulido, a aplicação deste nível como regra geral tem por objetivo respeitar as exigências do princípio democrático.⁶³⁸ A exigência feita por este nível é a de que a medida impugnada seja potencialmente capaz de alcançar um propósito que não seja constitucionalmente proibido. Não se exige, portanto, que a medida efetivamente promova este propósito – bastando que ela seja potencialmente capaz de fazê-lo –, nem tampouco que a finalidade almejada seja expressamente prevista pela Constituição, bastando que não haja proibição constitucional expressa quanto a este objetivo.⁶³⁹

O escrutínio estrito, por sua vez, tem origem na Suprema Corte dos Estados Unidos principalmente à luz de casos que tratam da restrição de direitos fundamentais das minorias visíveis e insulares identificadas pela Nota de Rodapé nº 4 de *Carolene Products*. Assim, ele tem encontrado espaço de atuação principalmente nos casos que tratem de direitos fundamentais e naqueles que tratem do emprego de critérios suspeitos de classificação– ou seja, aqueles critérios que digam respeito a características de grupos vulneráveis, como a raça. Especialmente nesta última hipótese, a Suprema Corte dos Estados Unidos sustentou que só será possível convalidar a medida quando ela consista tenha sido estritamente elaborada para alcançar uma finalidade constitucional imperativa e, mais que isso, quando se trate da medida menos gravosa que busque atingir este objetivo.⁶⁴⁰ Ao adotar este nível de escrutínio a Corte colombiana afirmou a necessidade de que a norma consistisse em “medida necessária para alcançar um objetivo constitucionalmente imperativo”.⁶⁴¹ O contraste do escrutínio estrito com o escrutínio fraco se verifica na medida em que, aqui, não basta que a medida seja potencialmente promotora da finalidade almejada, mas ela tem que ser efetivamente necessária e especificamente elaborada neste sentido. Ainda, apenas será possível convalidar tais medidas quando se esteja falando de uma finalidade imposta expressamente pela Constituição – não bastando que o

⁶³⁸ PULIDO, C. El juicio de la igualdad em la jurisprudência de la Corte Constitucional Colombiana In: Instrumentos de Tutela y Justicia Constitucional, Ciudad Universitaria: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 51-74. Disponível em <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/344/5.pdf>>. Acesso em 7 out. 2015.

⁶³⁹ Ibid, loc. cit.

⁶⁴⁰ O *strict scrutiny* tem origem na opinião elaborada pelo Justice Black, no caso *Korematsu v. United States*, no sentido de que apenas necessidades públicas imperativas podem justificar restrições a direitos civis de grupos raciais específicos [ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944)].

⁶⁴¹ PULIDO, C. El juicio de la igualdad em la jurisprudência de la Corte Constitucional Colombiana In: Instrumentos de Tutela y Justicia Constitucional, Ciudad Universitaria: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 64. Disponível em <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/344/5.pdf>>. Acesso em 7 out. 2015.

objetivo da medida não seja proibido. Como já afirmado anteriormente, o alto nível de exigência do escrutínio estrito levou teóricos americanos a sustentar que este nível de controle de constitucionalidade é estrito em tese e fatal na prática.

Por fim, o escrutínio intermediário situa-se entre estes dois níveis de controle de constitucionalidade. Na jurisprudência norte-americana, que tem resistido em reconhecer o gênero como um critério de classificação suspeito, casos de discriminação e violação à igualdade entre homens e mulheres têm sido submetidos a este nível de escrutínio.⁶⁴² Na Colômbia, reconheceu-se a aplicação do controle intermediário nos casos que tratam de medidas de ação afirmativa ou medidas potencialmente discriminatórias. O que se objetiva, na análise intermediária, é verificar se a norma busca concretizar um objetivo importante e se há uma relação de adequação substantiva entre o tratamento desigual e o objetivo almejado – o que significa, de acordo com a formulação desenvolvida pela Suprema Corte colombiana, que o meio seja não só adequado como também efetivo para alcançar o fim buscado pela norma.⁶⁴³

Comparado ao juízo de igualdade como proporcionalidade, a análise em três níveis de escrutínio apresenta como vantagem sua capacidade de se amoldar às hipóteses de restrição ao princípio da igualdade e não discriminação sujeitas ao controle judicial. Afasta-se de plano, assim, com relação aos casos que tratam de direitos de grupos especialmente vulneráveis, a tendência à convalidação da norma, em favor da proteção destas minorias sociais. Em contrapartida, a análise em níveis de escrutínio encontra diversos empecilhos de natureza metodológica que foram paulatinamente sendo reconhecidos pela Corte colombiana. Carlos Pulido identifica, entre estes problemas, a falta de clareza metodológica a respeito dos requisitos que configuram classificações suspeitas; o fato de que sua aplicação aos casos de restrição de direitos fundamentais levaria a uma ampla expansão de seu escopo de aplicação; bem como a existência de situações limítrofes em que não é claro se é caso de aplicar um ou outro tipo de escrutínio, que se relaciona à falta de clareza quanto à distinção analítica entre estes níveis.⁶⁴⁴

Diante destas dificuldades, a Corte Constitucional da Colômbia passou a buscar uma coordenação entre os dois juízos de igualdade desenvolvidos em sua jurisprudência, somando as vantagens metodológicas do princípio da igualdade à possibilidade de analisar

⁶⁴² A exemplo do caso *Craig v. Boren* [ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976)].

⁶⁴³ PULIDO, C. *Ibid*, p. 64.

⁶⁴⁴ PULIDO, C. El juicio de la igualdad em la jurisprudência de la Corte Constitucional Colombiana In: Instrumentos de Tutela y Justicia Constitucional, Ciudad Universitaria: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, *passim*. Disponível em <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/344/5.pdf>>. Acesso em 7 out. 2015

normas restritivas da igualdade em níveis diferentes de escrutínio de acordo com as hipóteses postas diante da Corte. Este novo método de solução de conflito entre direitos fundamentais foi denominado pelo Tribunal de juízo integrado de igualdade ou juízo integrado de proporcionalidade (*juicio integrado de igualdad* ou *juicio integrado de proporcionalidad*), sintetizado na Sentença de Constitucionalidade C-93 de 2001⁶⁴⁵:

O juízo integrado de proporcionalidade que combina as vantagens da análise de proporcionalidade de tradição europeia e os testes de distinta intensidade estadunidenses, implica então que a Corte começa por determinado, segundo a natureza do caso, o nível ou grau de intensidade com o qual irá realizar o estudo da igualdade, para logo promover os passos seguintes com distintos níveis de severidade. Assim, a fase de “adequação” terá uma análise flexível quando se determine a aplicação do juízo fraco, ou mais exigente quando corresponda o escrutínio estrito. Igualmente sucederá com os passos de “necessidade” e “proporcionalidade em sentido estrito.”⁶⁴⁶

No que pese o decurso de mais de uma década desde a prolação desta decisão paradigmática e a existência de diversas decisões em que o Tribunal reforçou a tese de que os casos que tratam da restrição ao princípio da igualdade devem ser analisados sob uma perspectiva integrada,⁶⁴⁷ não é possível identificar casos em que a Corte tenha efetivamente aplicado o teste integrado de proporcionalidade em nível estrito. Com efeito, mesmo em matéria de proteção de grupos vulneráveis, a Corte tem aplicado reiteradamente um nível intermediário de aplicação da proporcionalidade⁶⁴⁸. Assim, na Sentença de Tutela T-659/10⁶⁴⁹, que analisava a exigência de comprovação de proficiência em língua estrangeira para a graduação em universidade, a Corte aplicou o nível intermediário de análise da proporcionalidade por não estar presente um critério suspeito de discriminação, mas apenas uma potencial discriminação contra o autor – que era membro de uma comunidade indígena. Na Sentença de

⁶⁴⁵ COLÔMBIA, Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad C-93/01.

⁶⁴⁶ Ibid. Tradução livre. No original: “El juicio integrado de proporcionalidad, que combina las ventajas del análisis de proporcionalidad de la tradición europea y de los tests de distinta intensidad estadounidenses, implica entonces que la Corte comienza por determinar, según la naturaleza del caso, el nivel o grado de intensidad con el cual se va a realizar el estudio de la igualdad, para luego adelantar los pasos subsiguientes con distintos niveles de severidad. Así, la fase de “adecuación” tendrá un análisis flexible cuando se determine la aplicación del juicio dúctil, o más exigente cuando corresponda el escrutinio estricto. Igualmente sucederá con los pasos de “indispensabilidad” y “proporcionalidad en estricto sentido”.

⁶⁴⁷ COLÔMBIA, Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad C-896/06; COLÔMBIA, Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad C-589/12; COLÔMBIA, Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad C-93/01.

⁶⁴⁸ Destaque-se que na Sentença de Constitucionalidade C-624/13 a Corte aplicou o teste da proporcionalidade em nível fraco ao analisar a constitucionalidade da exigência de voto favorável do Governo Nacional para a concessão de recursos para projetos de desenvolvimento regional na Colômbia (COLÔMBIA, Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad C-624/13).

⁶⁴⁹ COLÔMBIA, Corte Constitucional, Sentencia de Tutela T-659/10.

Constitucionalidade C-372/11⁶⁵⁰, por sua vez, a Corte colombiana aplicou o nível intermediário a um caso que tratava de possível violação à igualdade em razão do aumento de custas para a interposição de recursos processuais, em razão da potencial discriminação contra trabalhadores. Neste caso, a Corte apenas deixou de aplicar um nível fraco de proporcionalidade em razão do risco de interferência sobre direitos fundamentais.⁶⁵¹

Na Sentença de Constitucionalidade C-468/11⁶⁵², a Corte aplicou a proporcionalidade em nível intermediário à hipótese que tratava da constitucionalidade da exigência de capacidade de leitura e escrita para a obtenção de licença para dirigir automóveis. Isto porque, apesar de voltar-se para a segurança dos condutores e pedestres, a norma exclui uma população marginalizada – os analfabetos – exigindo-se um nível mais rigoroso de análise.⁶⁵³ Neste sentido, o fato de estarem em jogo não só o princípio da igualdade como os direitos de grupos vulneráveis foi fundamento exposto para a elevação da intensidade da proporcionalidade – o que não significou, no entanto, a aplicação de um escrutínio estrito.

A escassez de decisões que tenham desenvolvido com maior profundidade o teste integrado de proporcionalidade não inviabiliza, no entanto, identificar neste mecanismo uma alternativa mais adequada ao controle de atos que afetam o princípio da igualdade, em comparação com a aplicação do princípio da proporcionalidade em sua formulação pura.

Neste sentido, Carlos Pulido sustentou que o juízo integrado de proporcionalidade é adequado tanto para a aplicação da igualdade como promoção e proteção de desfavorecidos, como também em sua vertente de proibição da discriminação.⁶⁵⁴ O autor propõe, assim, uma série de etapas na aplicação deste teste integrado de proporcionalidade. Em primeiro lugar, deve-se verificar a existência de uma intervenção *prima facie* no princípio da igualdade – não se distancia, quanto a este ponto, da proposta aqui formulada, que pressupõe a demonstração de um caso *prima facie* de discriminação indireta. Em segundo lugar, a Corte deve determinar o nível de escrutínio aplicável à espécie. Para isso, segundo o autor, o intérprete deve analisar

⁶⁵⁰ COLÔMBIA, Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad C-372/11.

⁶⁵¹ Também tratando de direitos processuais e aplicação do nível intermediário, confira-se a Sentença de Constitucionalidade C-598/11 e C-741/13 (COLÔMBIA, Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad C-598/11; COLÔMBIA, Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad C-741/13)

⁶⁵² COLÔMBIA, Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad C-468/11.

⁶⁵³ “Se trata de una medida que en aras de la seguridad de quien conduce, de los demás conductores y de los peatones, en principio supone un amplio margen de configuración del legislador. Sin embargo, prevé un requisito que excluye a la población analfabeta o iletrada del país, que por su misma condición se encuentra en una situación de marginalidad” (Idem).

⁶⁵⁴ PULIDO, C. El juicio de la igualdad em la jurisprudência de la Corte Constitucional Colombiana In: Instrumentos de Tutela y Justicia Constitucional, Ciudad Universitaria: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, passim. Disponível em <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/344/5.pdf>>. Acesso em 7 out. 2015.

se o caso é de interferência leve, intensa ou intermediária sobre a igualdade. O autor propõe, neste aspecto, 4 (quatro) regras de interpretação:

Quanto mais razões indicarem que um tratamento diferente se fundamenta em algum critério potencialmente discriminatório, mais razões haverá para aplicar um escrutínio estrito.

Quanto mais razões indicarem que um tratamento diferente não se fundamenta em algum critério potencialmente discriminatório, mais razões haverá para aplicar um escrutínio fraco.

Quanto mais razões indicarem que um tratamento diferente busca promover os deveres de promoção e proteção dos desfavorecidos (ação afirmativa), mais razões haverá para aplicar um escrutínio intermediário.

Existindo uma confluência de razões que fundamentem a aplicação de mais de um destes tipos de escrutínio, deve aplicar-se o nível mais fraco.⁶⁵⁵

Depreende-se desta proposta que não é possível fixar aprioristicamente o nível de escrutínio aplicável a todos os casos de discriminação indireta. É à luz de cada caso concreto, portanto, que se deverá fixar inicialmente o nível de escrutínio considerando o *status* de vulnerabilidade dos grupos afetados, o nível de violação da desigualdade e a própria relevância do direito em jogo no que diz respeito à promoção do reconhecimento destes grupos. Em qualquer situação, no entanto, encontra-se potencializado o ideal de promoção da igualdade e de proteção de minorias, na medida em que mesmo o escrutínio menos rigoroso coincide com a aplicação geral da proporcionalidade como a conhecemos.

Fixado o nível em que se desenvolverá a análise da proporcionalidade, deve-se passar à aplicação de cada um de seus subprincípios. No que diz respeito à aplicação do subprincípio da adequação em casos que tratem da igualdade como não discriminação, Pulido estabeleceu os seguintes critérios de acordo com os diferentes níveis de escrutínio:

Caso se aplique o escrutínio estrito, todo tratamento diferenciado deve ser a medida mais idônea para alcançar um objetivo constitucionalmente imperioso.

Caso se aplique o escrutínio fraco, todo tratamento diferenciado deve ter algum grau de idoneidade para alcançar um fim não proibido pela Constituição.

Caso se aplique um escrutínio intermediário, todo tratamento diferente deve ser substancialmente idôneo para promover ou proteger algum dos grupos ou indivíduos

⁶⁵⁵ Confira-se o original: “Cuantas más razones indiquen que un trato diferente se funda en algún criterio potencialmente discriminatorio, más razones habrá para aplicar un escrutinio estricto. (...) Cuantas más razones indiquen que un trato diferente no se funda en algún criterio potencialmente discriminatorio, más razones habrá para aplicar un escrutinio débil. (...) Cuantas más razones indiquen que un trato diferente intenta desarrollar los deberes de promoción y protección de los desfavorecidos (acción afirmativa), más razones habrá para aplicar un escrutinio intermedio. (...) De existir una confluencia de razones que fundamenten la aplicación de más de uno de estos tipos de escrutinio, deberá aplicarse el escrutinio más débil” (PULIDO, C. El juicio de la igualdad em la jurisprudência de la Corte Constitucional Colombiana In: Instrumentos de Tutela y Justicia Constitucional, Ciudad Universitaria: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 70. Disponível em <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/344/5.pdf>>. Acesso em 7 out. 2015.

desfavorecidos, cujas características apareçam enunciadas no segundo ou terceiro inciso do Artigo 13 da Constituição.⁶⁵⁶

O parâmetro adotado por Pulido na aplicação do escrutínio estrito parece confundir os critérios da adequação e da necessidade. Falar em “medida mais idônea” significa necessariamente comparar entre medidas, o que não é realizado na análise da adequação. Neste sentido, parece ser mais apropriado falar que o escrutínio estrito da adequação, no lugar de buscar a medida “mais idônea”⁶⁵⁷, pretende averiguar se a medida analisada é *absolutamente idônea* para promover o fim almejado – não deixando qualquer sombra de dúvidas quanto à sua capacidade de produzir os efeitos pretendidos. O segundo parâmetro proposto por Pulido coincide com a concepção fraca de adequação, estudada no item anterior, não sendo necessário qualquer reparo à afirmação do autor. A terceira regra pressupõe que o nível intermediário se aplica apenas aos casos de discriminação positiva ou ações afirmativas – o que foi superado nos julgamentos mais recentes da Corte, segundo os quais o nível intermediário pode ser aplicado pelo simples fato de estarem em jogo direitos de grupos vulneráveis⁶⁵⁸. Assim, esta terceira proposta pode ser reformulada, à luz dos próprios parâmetros do escrutínio intermediário, no sentido de que se exige que o tratamento diferenciado seja substancialmente idôneo para a promoção de algum objetivo constitucional relevante – ou seja, protegido pela Carta constitucional.

Para a análise da necessidade da medida, Pulido não se afasta consideravelmente das formulações correntes quanto à aplicação do princípio, de modo que o que se exigiria, nesta etapa, seria a demonstração da inexistência de outras medidas igual ou mais idôneas para promover o objetivo – imperativo, relevante ou não proibido, de acordo com o nível de escrutínio empregado – almejado. Sem prejuízo desta formulação, deve-se considerar também a crítica formulada anteriormente quanto à aplicação da necessidade a partir de um critério de evidência.

⁶⁵⁶ “Si se aplica el escrutinio estricto, todo trato diferente debe ser la medida más idónea para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso. (...) Si se aplica el escrutinio débil, todo trato diferente debe tener algún grado de idoneidad para alcanzar un fin no prohibido por la Constitución. (...) Si se aplica el escrutinio intermedio, todo trato diferente debe ser sustancialmente idóneo para promocionar o proteger a alguno de los grupos o individuos desfavorecidos, cuyas características aparecen enunciadas por el segundo o el tercer inciso del Artículo 13 de la Constitución” (PULIDO, C. El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana In: Instrumentos de Tutela y Justicia Constitucional, Ciudad Universitaria: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 71. Disponível em <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/344/5.pdf>>. Acesso em 7 out. 2015).

⁶⁵⁷ Até porque, aqui, se esbarraria em uma dificuldade epistêmica inevitável – afinal de contas, como afirmar sem sombra de dúvidas que uma medida é a mais adequada entre todas as medidas possivelmente existentes? Mais que isso, como afirmar que qualquer intérprete real possa ter a capacidade de afirmá-lo?

⁶⁵⁸ COLÔMBIA, Corte Constitucional, Sentencia de Tutela T-659/10; COLÔMBIA, Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad C-372/11; COLÔMBIA, Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad C-598/11; e COLÔMBIA, Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad C-741/13.

Em se tratando de níveis diferenciados de escrutínio, é razoável concluir que quando mais exigente for a análise acerca da violação do princípio da igualdade, menos flexível deve ser a interpretação quanto a existência de outros mecanismos igualmente ou mais adequados para a promoção dos fins almejados. Em outras palavras, deve-se somar à proposta de Pulido uma regra segundo a qual, no nível de escrutínio fraco, a necessidade deve ser constatada por um juízo de evidência – ou seja, a inexistência aparente ou a dúvida quanto à existência de outros meios igualmente ou mais idôneos e menos gravosos é suficiente para ultrapassar essa etapa de aferição da necessidade. Em um nível de escrutínio estrito, no entanto, não deve bastar um juízo flexível de evidência, sendo efetivamente necessária a consideração das medidas alternativas existentes e de suas características, com vistas a demonstrar a necessidade da medida adotada.

Não se deve confundir este nível mais elevado de escrutínio, no entanto, com uma exigência de que todas as medidas potencialmente existentes sejam consideradas, ou com a exigência de que o intérprete seja capaz de calcular com precisão o nível de idoneidade de cada medida alternativa. Lembre-se, a este respeito, que o objetivo em se empregar um teste de proporcionalidade integrado é o de potencializar a promoção do princípio da igualdade, de modo que o que se exige, no caso, é o esforço do intérprete no sentido de analisar de maneira séria e efetiva, à luz do caso concreto, se há indícios substanciais da necessidade da medida. Incide aqui, portanto, uma especial exigência de fundamentação e motivação quando da análise da necessidade, visando a levar a sério as promessas constitucionais emancipatórias.

Por fim, na análise da proporcionalidade em sentido estrito, Pulido propõe que o grau de realização dos objetivos – imperativos, relevantes ou não proibidos – seja ao menos equivalente ao grau de afetação do princípio da igualdade.⁶⁵⁹ Para além desta proposta, é relevante trabalhar também com os conceitos empregados no exame de proporcionalidade em sentido estrito de modo a aferir em que medida um nível de escrutínio mais elevado pode influenciar este processo ponderativo. Como já afirmado, a proporcionalidade em sentido estrito demanda a consideração do grau de ingerência sobre os direitos em jogo, do peso concreto dos princípios contrapostos e de seu peso abstrato. Demanda também, no caso de dúvidas ou de “empate” na ponderação, a consideração acerca do nível de certeza quanto às premissas empíricas e normativas aplicáveis.⁶⁶⁰

⁶⁵⁹ PULIDO, C. El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana In: Instrumentos de Tutela y Justicia Constitucional, Ciudad Universitaria: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 73. Disponível em <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/344/5.pdf>>. Acesso em 7 out. 2015

⁶⁶⁰ PEREIRA, J. R. G. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 354-

No que diz respeito ao peso em abstrato dos princípios contrapostos, não se vislumbra a possibilidade de definir aprioristicamente parâmetros diferenciados de quantificação de acordo com os níveis de escrutínio. Isto se dá precisamente porque o que está em jogo, no que se refere a este elemento, não é a realidade concreta – ou seja, não é sequer a discriminação sofrida ou o fato de se tratar de grupos ou pessoas em situação de vulnerabilidade. Pelo contrário, o que se objetiva nessa análise é fixar, à luz do ordenamento jurídico, o peso conferido aos princípios contrapostos. Esta *ratio* é inaplicável, contudo, aos dois outros elementos – o grau de ingerência sobre os direitos em jogo e o peso concreto dos princípios contrapostos. Isto porque, quanto ao primeiro, é inevitável considerar que a ingerência sofrida por grupos vulneráveis nos casos de discriminação indireta tende a ser substancial, não só porque decorre de uma efetiva situação de negação de reconhecimento, como também em razão do impacto diferenciado que estas medidas promovem quanto a estes grupos. O mesmo se pode dizer quanto ao peso concreto dos direitos em jogo – que serão comparativamente mais relevantes em se tratando de minorias sociais que dependem destes direitos para que tenham garantidas sua inclusão e visibilidade sociais. Em uma formulação sintética, portanto, pode-se dizer que quanto maior for o nível de escrutínio aplicado, maior tende a ser o nível de ingerência sobre os direitos das minorias sociais afetadas e maior tende a ser, também, o peso concreto destes direitos.

Quanto à segunda lei da ponderação – ou seja, a necessidade de que, em caso de dúvidas ou de “empate” seja maior a exigência de certeza quanto às premissas empíricas e normativas aplicáveis – é possível igualmente afastar-se, de acordo com o nível de escrutínio, de um juízo de evidência, em favor de um juízo de certeza. Em outras palavras, enquanto em um nível de escrutínio fraco basta uma equiparação entre o nível de certeza quanto às premissas e o grau de restrição aos direitos em jogo; o escrutínio estrito demandará que este nível de certeza sempre supere o grau de ingerência sobre tais direitos.

Destaque-se, por fim, que apesar de ser ainda estranha ao contexto brasileiro, esta análise integrada da proporcionalidade não contradiz o ordenamento constitucional vigente. Pelo contrário, ao se exigir maior rigor na análise da proporcionalidade em casos que tratam da discriminação contra grupos marginalizados, a interpretação constitucional aplicada ao princípio da igualdade torna-se compatível com o objetivo de emancipação social inserido na

358, PULIDO, C. El juicio de la igualdad en la jurisprudência de la Corte Constitucional Colombiana In: Instrumentos de Tutela y Justicia Constitucional, Ciudad Universitaria: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 61. Disponível em <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/344/5.pdf>>. Acesso em 7 out. 2015, ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Malheiros: São Paulo, 2008, p. 612-622.

Constituição, potencializando-se a inclusão e visibilização de minorias sociais historicamente marginalizadas.

4.3.3 A proporcionalidade do ato não afasta a discriminação indireta.

Aplicado o princípio da proporcionalidade à luz de diferentes níveis de escrutínio, conforme analisado no item anterior, dois resultados podem ser verificados: ou o ato gerador da discriminação não será reputado proporcional, sendo excluído do ordenamento jurídico; ou o ato será reputado proporcional. Questão que se coloca é: considerando-se ser proporcional o ato – e, portando, justificado o emprego dos critérios geradores da discriminação indireta – é possível afirmar que se afastou a hipótese de discriminação indireta? Ou seja, deve encerrar a análise do caso de discriminação indireta com o teste de proporcionalidade? Essas duas questões recebem resposta negativa.

Com efeito, é não só possível, como também se pode esperar razoavelmente que medidas geradoras de discriminação indireta sejam plenamente proporcionais. Isto decorre da característica própria desta modalidade de discriminação que decorre do fato de que seus efeitos discriminatórios contra grupos vulneráveis não são desejados, sendo mera consequência da persecução de objetivos em regra legítimos por meio do emprego de critérios aparentemente neutros. Significa dizer que é plenamente possível que medidas submetidas ao exame de proporcionalidade, mesmo em um nível de escrutínio mais elevado, sejam ainda assim reconhecidas como proporcionais.

Exemplo disto é o caso da admissão de estudantes em universidades de ensino superior por meio do vestibular. Sabe-se que o vestibular é um teste que, a princípio, busca selecionar os estudantes que melhor dominem conhecimentos técnicos e científicos obtidos no curso do ensino básica. Trata-se, pois, de uma medida aparentemente neutra que busca garantir um objetivo constitucional não só relevante como imperativo – que é o acesso à educação. Nada obstante, até hoje se verifica a baixa representatividade de determinados grupos sociais vulneráveis nos corpos discentes de universidades de ensino superior – como ainda é o caso de negros, por exemplo.⁶⁶¹ A hipótese, aqui, é de um caso *prima facie* de discriminação indireta – há uma medida aparentemente neutra, um impacto desproporcional e os prejuízos impostos aos

⁶⁶¹ Mesmo tendo aumentado 230% nos últimos 10 anos, o percentual de alunos negros em universidades no Brasil é de ainda aproximadamente 26% - sendo que apenas 2,66% dos alunos formados são negros (PORTAL FÓRUM, *Número de negros em universidades brasileiras cresceu 230% na última década*. Disponível em <<http://www.revistaforum.com.br/blog/2014/11/numero-de-negros-em-universidades-brasileiras-cresceu-230-na-ultima-decada/>>. Acesso em 7 out 2015.

grupos vulneráveis. Não significa dizer que haja, no entanto, desproporcionalidade no vestibular – trata-se, também, de medida adequada ao objetivo de seleção dos alunos mais preparados, que melhor poderão fazer uso do recurso escasso que é, ainda a educação; não se pode pensar, a princípio, em outras medidas igualmente capazes de promover este objetivo e, sob a perspectiva da proporcionalidade em sentido estrito, pode-se arguir legitimamente que a promoção do direito à educação por meio do vestibular excede as restrições sofridas por estes grupos que enfrentam maior dificuldade no acesso à universidade pública. Isso não significa, no entanto, que não se possa falar em uma realidade flagrantemente discriminatória.

Da mesma forma, tome-se, por exemplo, reportagens recentemente publicadas noticiando que uma candidata ao Exame da Ordem dos Advogados do Brasil foi impedida durante horas de fazer a prova porque estava usando um *hijab* – uma espécie de vestimenta religiosa de pessoas muçulmanas que cobre a maior parte da cabeça. A proibição decorreu não de uma discriminação direta contra pessoas muçulmanas, mas do fato de que o regulamento do exame previa expressamente a proibição de uso de bonés, gorros, chapéus e similares.⁶⁶² Considerando que se trata de medida que busca garantir a regularidade do exame e evitar que candidatos usem aparelhos eletrônicos ou outros meios de “cola” para burlar o processo, não é considerar que a medida seja desproporcional – novamente, busca promover um objetivo ao menos relevante, que é a lisura do concurso; pode-se sustentar que não há outras medidas igualmente eficazes para a promoção deste objetivo e é possível sustentar que a restrição pontual ao uso de determinados vestuários religiosos seria compensada pela promoção acentuada da finalidade pretendida com a medida. Tampouco aqui, no entanto, se poderia falar na inexistência de discriminação indireta – neste caso, sob a perspectiva individual.

Sem ignorar a possibilidade de que, em algumas hipóteses, não haverá outra solução senão a manutenção pura e simples do ato gerador da discriminação indireta, é necessário atentar ao fato de que o objetivo constitucional da igualdade não pode se satisfazer com a mera proporcionalidade destas medidas. Pelo contrário, garantir que todos sejam iguais perante a lei impõe buscar mecanismos que permitam superar toda forma de discriminação, mesmo nas hipóteses em que seus atos geradores sejam justificáveis. Neste sentido, a justificação das medidas não serve para afastar a discriminação indireta em si, mas apenas para reconhecer a legitimidade da atuação do agente que elaborou o ato discriminatório, afastando inclusive eventuais responsabilidades que pudessem advir de tal discriminação.

⁶⁶² G1. *Estudante muçulmana é interrompida durante o Exame da OAB por usar véu*. Disponível em <<http://g1.globo.com/educacao/oab/noticia/2015/03/estudante-muculmana-e-interrompida-durante-o-exame-da-oab-por-usar-veu.html>>, Acesso em 11 set. 2015

Nos últimos anos, diversos juristas se debruçaram sobre um dos mais relevantes mecanismos de superação da discriminação indireta enquanto desigualdade institucional e estrutural – as políticas de ação afirmativa. Estas medidas, que variam substancialmente em escopo e finalidades, buscam promover a equiparação efetiva, no campo material, entre indivíduos historicamente situados em situação de desigualdade, garantindo o acesso a direitos e às condições para a participação em sociedade. Trata-se, pois, de um remédio que busca, no longo prazo, promover alterações substanciais nas relações sociais e intersubjetivas, buscando superara as formas de discriminação existentes.⁶⁶³

Neste trabalho, no entanto, pretendo sustentar que independentemente da adoção destas políticas, a análise da discriminação indireta demanda, como uma terceira e última etapa, aferir a possibilidade de se garantir outra forma de superação desta espécie de violação ao princípio da igualdade. Este mecanismo, que é estruturalmente distinto das ações afirmativas em seus fundamentos, conteúdo e finalidades, é o que se convencionou denominar direito à adaptação ou acomodação razoável – cujo estudo encerra a análise em três etapas da discriminação indireta proposta neste trabalho. Passo a tratar sobre este último aspecto, portanto, no item a seguir.

4.4 A possibilidade de acomodação razoável como terceira etapa da análise da discriminação indireta.

4.4.1 O conceito de acomodação razoável e fundamentos para sua aplicação no ordenamento brasileiro.

Como afirmei no item anterior, para que sejam efetivados os ideais emancipatórios da Constituição de 1988 – notadamente, a promoção do princípio da igualdade como não discriminação – não é suficiente encerrar a análise de um caso de discriminação indireta na etapa da proporcionalidade. Diante de um ato que, apesar de gerar discriminação indireta, seja proporcional, é necessário analisar a possibilidade de mitigar os efeitos desproporcionais

⁶⁶³ A exemplo dos seguintes estudos: GOMES, J. B. B. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, passim; IKAWA, D. *Ações afirmativas em universidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, passim; ALMEIDA, L. D. R. D. *Ações afirmativas e a concretização do princípio da igualdade no direito brasileiro*, Belo Horizonte, Fórum, 2011, passim; BRANCO, P. G. G. *Ação afirmativa e Direito Constitucional*, *Direito Público*, n. 1, jul-ago-set. 2003, CLÈVE, C. M. CLÈVE, C. M.; RECK, M. B. *As ações afirmativas e a efetivação do princípio constitucional da igualdade*. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 3, n. 11, jan./fev./mar. 2003, p. 32.

gerados sobre grupos vulneráveis por meio da promoção de medidas que potencializem o direito à igualdade destes grupos ou que flexibilizem a incidência do ato gerador de discriminação nos casos que interessem especificamente a esta parcela da população. Esta percepção decorre diretamente da formulação que apresentei no início deste trabalho acerca do princípio da igualdade perante a lei – que não só deve exigir a aplicação idêntica da lei a todos, mas também considerar a realidade concreta de sujeitos submetidos à uma situação de histórica marginalização e exclusão sociais, de modo a promover seu direito ao reconhecimento e garantir sua inclusão e visibilidade no processo de construção e expansão do Direito.

A ideia de que é possível, mesmo quando o ato discriminatório seja justificável, exigir que o agente da discriminação adeque as condições de aplicação do ato aos grupos desproporcionalmente encontra guarida na jurisprudência desenvolvida nos ordenamentos jurídicos estudados no Capítulo 3 deste trabalho. Esta adequação tem sido denominada de adaptação, ajustamento ou acomodação razoável⁶⁶⁴. Em uma conceituação sintética, portanto, a adaptação razoável situa-se em uma terceira e última etapa da análise da discriminação indireta em que se busca verificar se existem medidas razoáveis que devam ser adotadas pelo agente da discriminação com o objetivo de mitigar a realidade desigual a que se submetem os grupos ou pessoas afetadas, promovendo ao máximo o princípio da igualdade e da não discriminação.

Como já visto, além de decorrer diretamente do princípio da igualdade e da não discriminação, a adaptação razoável enquanto terceira etapa da análise da discriminação indireta foi internalizada enquanto conceito jurídico-constitucional com a promulgação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, em 2009.⁶⁶⁵ Ela é extraída da parte final da definição de discriminação contida no artigo 2º da Convenção:

“Discriminação por motivo de deficiência” significa qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro. *Abrange todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável* (grifos nossos)

⁶⁶⁴ MARTEL, L. D. C. V. Adaptação Razoável: O Novo Conceito sob as Lentes de Uma Gramática Constitucional Inclusiva. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, 8, n. 14, Junho 2011, passim; FREDMAN, S. *Discrimination Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 214.

⁶⁶⁵ Reitere-se, no entanto, que conforme apresentado anteriormente, a adaptação razoável deve ser compreendida como consequência da concepção de igualdade jurídica aqui adotada e do próprio sentido e estrutura da discriminação indireta. Neste sentido, apesar de a Convenção buscar a proteção dos direitos de pessoas com deficiência, é possível estender a adaptação razoável a todas as searas em que seja possível adotar medidas de acomodação que permitam reduzir os impactos sofridos por minorias.

Significa dizer que o conceito de discriminação adotado pela Convenção – e, portanto, pelo bloco de constitucionalidade vigente – engloba não só a produção dos impactos desproporcionais ou efeitos adversos sobre o grupo marginalizado, como também a recusa de adaptação razoável. Sob esta perspectiva, a adaptação razoável pode ser concebida como um dever imposto ao agente da discriminação indireta, na medida em que não seja possível excluir seu ato do ordenamento jurídico – ou seja, na medida em que o ato seja justificado nos moldes lançados no item anterior. Trata-se, em última análise, de um dever de não discriminar de maneira indireta.⁶⁶⁶ Os contornos do dever de adaptar encontram-se indicados no mesmo artigo 2º:

“Adaptação razoável” significa as modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

De se notar, contudo, que ao dever de adaptar ou de acomodar corresponde também um direito à adaptação razoável por parte dos grupos afetados.⁶⁶⁷ Com efeito, em casos de aplicação do dever de acomodar, o ato gerador da discriminação não é afastado do ordenamento jurídico – pelo contrário, diante de sua proporcionalidade analisada na etapa anterior, ele é mantido, produzindo seus efeitos gerais em relação a todos os indivíduos afetados. No entanto, com relação especificamente aos grupos protegidos afetados negativamente pelo ato, devem ser fornecidos mecanismos – modificações e ajustes “necessários” e “adequados”, que não acarretem “ônus desproporcional” – que mitiguem os impactos adversos do ato, promovendo, dessa forma, o direito à igualdade e, conseqüentemente, o direito ao reconhecimento destes grupos. Sendo a adaptação razoável vinculada, assim, ao direito à igualdade e não discriminação, à recusa a acomodar corresponde um direito à acomodação, que poderá ser pleiteado pelas pessoas ou grupos afetados pela via judicial.

Ainda, assim como a discriminação indireta pode assumir uma natureza coletiva ou individual, também a acomodação razoável poderá ser coletiva ou individual – de acordo com sua capacidade de acomodar um indivíduo especificamente afetado pelo ato discriminatório ou

⁶⁶⁶ WADDINGTON, L. Reasonable accommodation: time to extend the duty to accommodate beyond disability? Disponível em <<http://ssrn.com/abstract:1847623>>. Acesso em 7 out. 2015.

⁶⁶⁷ Neste sentido, Fredman distingue, como farei a seguir, a adaptação razoável de outros deveres de promoção da igualdade, na medida em que sua violação gera um direito individual exigível (FREDMAN, S. *Discrimination Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 217). Também sustentando esta correspondência, MARTEL, L. D. C. V. Adaptação Razoável: O Novo Conceito sob as Lentes de Uma Gramática Constitucional Inclusiva. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, 8, n. 14, Junho 2011, p. 104-105.

todo um grupo que, por compartilhar características de minorias sociais, sofre os efeitos da discriminação. Neste sentido, por exemplo, enquanto uma medida de adaptação razoável empregada no âmbito da acessibilidade a serviços públicos apresentará natureza coletiva – beneficiando toda a pluralidade de pessoas com deficiência que sofrem discriminação em razão das dificuldades que lhes são impostas em razão de sua condição –; uma outra medida adotada em favor de um membro de uma minoria religiosa visando a acomodá-lo ao ambiente de trabalho – por exemplo, compatibilizando o dever de guarda sabática com sua jornada de trabalho – apresentará uma natureza coletiva. Apesar de, do ponto de vista estrutural, a diferença entre a adaptação razoável como direito coletivo e como direito individual ser tênue – de tal modo que uma medida de acomodação individual pode ser estendida para todo o grupo afetado, enquanto uma medida de acomodação coletiva inevitavelmente beneficia os membros individuais do grupo – a percepção desta dupla dimensão da adaptação razoável tem relevância no que diz respeito aos mecanismos de tutela deste direito, sendo possível não só que os indivíduos afetados pleiteiam a adaptação razoável, como também todos aqueles legitimados à tutela de direitos coletivos.

Em última nota, é necessário distinguir a adaptação razoável de outro instituto que também objetiva a superação de situações de discriminação indireta: trata-se das ações afirmativas. Concomitantemente ao desenvolvimento da percepção de que as práticas sociais aparentemente neutras perpetuam discriminações históricas, as ações afirmativas surgem, principalmente no contexto norte-americano, como um mecanismo de atuação estatal ou privado que objetiva corrigir as desigualdades sociais históricas e atual. Segundo a definição de Joaquim B. Barbosa Gomes:

...as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego.⁶⁶⁸

A partir desta definição, é possível extrair como elementos das ações afirmativas: sua natureza de políticas públicas ou privadas; a possibilidade de que sejam compulsórias, facultativas ou voluntárias; e sua finalidade de superação da discriminação histórica por meio da concretização da igualdade no acesso a direitos fundamentais. Pode-se identificar, assim, que adaptação razoável e ações afirmativas apresentam finalidade comum: em ambos os casos

⁶⁶⁸ GOMES, J. B. B. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*: o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 40.

se pretende, em maior ou menor medida, superar a realidade discriminatória estrutural que afeta principalmente minorias sociais. Se distinguem, no entanto, quanto à sua natureza e estrutura.

Em primeiro lugar porque, enquanto as ações afirmativas têm natureza de políticas – públicas ou privadas –, a adaptação razoável se coloca enquanto efetivo direito extraído do princípio da igualdade.⁶⁶⁹ Enquanto políticas, portanto, as ações afirmativas decorrem de uma interpretação do princípio da igualdade que determina objetivos a serem atingidos pela sociedade – cabendo ao Poder Público ou, quando for o caso aos particulares, definirem entre uma plêiade de possibilidades as ações que entendem ser mais adequadas a promoção destes objetivos.⁶⁷⁰ Neste sentido, as ações afirmativas enquanto políticas não geram, a princípio, a possibilidade de adjudicação específica – ou seja, ainda que se reconheça um dever de agir, no sentido de promover estas medidas, não é possível extrair da finalidade de promoção da igualdade uma ou outra fórmula de ação afirmativa determinada.⁶⁷¹ De outro lado, sendo a adaptação razoável concebida enquanto direito – mais especificamente, enquanto um direito subjetivo –, a recusa em acomodar gera para a parte afeta mais que uma mera prerrogativa de exortar a atuação dos agentes da discriminação. Pelo contrário, o indivíduo ou grupo afetados poderão postular diretamente uma medida de adaptação – desde que se demonstra, segundo os parâmetros a serem analisados a seguir, que se trata de uma medida razoável. É também neste

⁶⁶⁹ Como afirma Ana Paula de Barcellos, o conceito de políticas públicas é abrangente, envolvendo a prestação de serviços, o desenvolvimento de atividades executivas diretamente pelo Estado, bem como a atuação normativa, reguladora e de fomento. Assim, “a combinação de um conjunto normativo adequado, uma regulação eficiente, uma política de fomento bem estruturada e ações concretas do Poder Público poderá conduzir os esforços públicos e as iniciativas privadas para o atingimento dos fins considerados valiosos pela Constituição e pela sociedade” (BARCELLOS, A. P. D. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. Disponível em <https://www.academia.edu/7784818/Constitucionaliza%C3%A7%C3%A3o_das_pol%C3%ADticas_p%C3%BAblicas_em_mat%C3%A9ria_de_direitos_fundamentais._O_controle_pol%C3%ADtico-social_e_o_controle_jur%C3%ADdico_no_espa%C3%A7o_democr%C3%A1tico>. Acesso em 7 out. 2015). Esta ideia geral acerca do conceito de políticas públicas é adequada à hipótese das ações afirmativas, que não necessariamente se esgotam em medidas isoladas e individuais, demandando uma série de esforços visando à promoção da igualdade.

⁶⁷⁰ De se notar, a este respeito, que enquanto a adaptação razoável é uma medida de reconhecimento de minorias em um sentido estrito – ou seja, à luz da distinção entre redistribuição e reconhecimento apontada por Nancy Fraser – as ações afirmativas podem adotar formas diversas, inclusive de natureza distributiva, como é o caso das ações afirmativas em universidades (na linha do sustentado em IKAWA, D. *Ações afirmativas em universidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, passim).

⁶⁷¹ Assim, com relação às ações afirmativas, o princípio da igualdade opera em termos programáticos, firmando o objetivo de superação da discriminação que poderá ser efetivado por meios diversos – ditando os rumos a serem adotados pelos poderes constituídos na elaboração e aplicação das políticas públicas que figurem adequadas. Sobre a interpretação e aplicação de princípios programáticos, confira-se BARROSO, L. R. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 57-98. Isto não deve excluir, no entanto, a consideração no sentido de que o princípio da igualdade enquanto direito fundamental gera deveres de proteção em favor dos particulares, não sendo a prevenção e a reparação da discriminação mera faculdade do Poder Público, mas efetivo dever que se impõe aos poderes constituídos. Sobre a eficácia objetiva dos direitos fundamentais e os deveres de proteção, remeto novamente a SARMENTO, D. *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2ª ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006, p. 130.

sentido que não se torna adequado falar na adaptação razoável como um direito voluntário ou facultativo - ao menos não sob a perspectiva do sujeito sobre quem se impõe o dever de acomodar.

Além desta distinção, ambas as medidas diferem no que diz respeito às suas pretensões com relação à promoção da igualdade. Isto porque, enquanto as ações afirmativas pretendem a reversão do quadro de discriminação estrutural por meio da adoção de uma ou mais medidas coordenadas, as pretensões da adaptação razoável são menos exigentes. Como se verá adiante, a adaptação razoável não tem por objetivo propriamente eliminar a desigualdade que decorre do ato – pelo contrário, ela é aplicável precisamente na hipótese em que a classificação geradora da discriminação indireta é justificada e, portanto, mantida no ordenamento jurídico. O que ela objetiva, de outro lado, é acomodar os grupos afetados de modo a reduzir na maior medida possível os impactos sofridos. Isto significa não só que uma medida deverá ser adotada pelo agente da discriminação, como também que alguma cooperação será exigida daqueles atingidos pela situação de desigualdade⁶⁷² – de tal maneira que a adaptação razoável pode ser concebida como um processo bilateral de cooperação entre agentes e sujeitos da discriminação indireta.

Isto não significa dizer que adaptação razoável e políticas de ação afirmativa não possam coexistir. Ambas são, segundo suas próprias estruturas e objetivos, mecanismos que permitem a maior inclusão de grupos vulneráveis, promovendo seu reconhecimento e, assim, o princípio da igualdade jurídica em sua função de expansão do Direito. No entanto, para fins de analisar a discriminação indireta em suas etapas, a existência ou não de políticas de ação afirmativa não atrai, nem afasta sua configuração – apesar de sua adoção ser desejável, principalmente nos contextos em que a acomodação seja inviável. Feitas estas considerações, passo a analisar o direito à adaptação à luz do conceito de “razoável”, de modo a definir os limites da acomodação proposta.

4.4.2 Limites à acomodação: o “razoável” como “proporcional” e o dever de cooperação na acomodação.

⁶⁷² Na linha do que foi afirmado pela jurisprudência canadense, notadamente nos casos *O'Malley e Alberta* [CANADÁ, Suprema Corte, *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears*, (1985) 2 SCR 536; e *CANADÁ, Suprema Corte, Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human rights commission)*, (1990) 2 S.C.R. 489].

O direito à adaptação diante da discriminação indireta não é ilimitado. Segundo o disposto no art. 2º da Convenção, a adaptação que pode ser exigida em razão da realidade desigual deve ser razoável, no sentido de adotar ajustes adequados e necessários à finalidade de promover a inclusão dos grupos marginalizados, não podendo implicar ônus desproporcional ou indevido. Como traduzir esta exigência, do ponto de vista metodológico, para a análise acerca da razoabilidade da acomodação em jogo? Em outras palavras, o que significa dizer que uma determinada proposta de acomodação é razoável? Mantendo a metodologia aplicada neste trabalho, a resposta a esta questão pode ser auxiliada por uma análise comparativa. Letícia Martel, ao tratar do tema acerca dos limites da adaptação razoável, identifica três principais⁶⁷³ entendimentos sustentados do direito comparado: uma primeira posição afirma que o dever de acomodar é limitado pelo critério da razoabilidade e do ônus indevido, este interpretado por um teste de *minimis*; uma segunda posição afirma que o dever de acomodar sofre a restrição apenas do parâmetro do ônus indevido, considerado à luz do princípio da proporcionalidade; uma terceira posição afirma que a acomodação é limitada pelo ônus indevido, que não se confunde com a proporcionalidade.

A primeira posição é extraída da jurisprudência norte-americana. Segundo o entendimento firmado naquele ordenamento, o direito à acomodação só pode ser viabilizado nas hipóteses em que se demonstre sua razoabilidade e, adicionalmente, a ausência de ônus indevido. O conceito de razoabilidade, segundo este entendimento, está relacionado com algo regular ou ordinário⁶⁷⁴ – de tal maneira que virtualmente qualquer medida de acomodação poderia ser considerada como razoável, independentemente de promover ao máximo o objetivo de inclusão do grupo vulnerável. O ônus indevido, por sua vez, tem sido considerado principalmente a partir de um teste de *minimis* – segundo o qual a existência de qualquer ônus sobre aquele que tem o dever de acomodar é suficiente para afastar o direito à adaptação razoável.

A segunda posição foi extraída por Martel da jurisprudência canadense. A autora vislumbrou, nos julgados da Corte do Canadá, proximidade entre a aplicação da adaptação razoável e do teste de proporcionalidade – que, no Canadá, é reconhecido também como teste de *Oakes*, em razão do julgado em que a proporcionalidade foi paradigmaticamente aplicada

⁶⁷³ MARTEL, L. D. C. V. Adaptação Razoável: O Novo Conceito sob as Lentes de Uma Gramática Constitucional Inclusiva. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, 8, n. 14, Junho 2011, passim. Além de sua própria proposta, que será objeto de análise em seguida, a autora também buscou analisar o entendimento dos tribunais europeus, sem delimitar com precisão os significados que vem sendo atribuídos naquelas Cortes à adaptação razoável e seus limites.

⁶⁷⁴ *Ibid.*, p. 105.

pelo Tribunal. Assim, o dever de acomodar seria limitado pela demonstração de que a medida de acomodação seria desproporcional com relação aos ônus impostos ao agente obrigado a efetivá-la.

Por fim, a terceira posição identifica a adaptação razoável como um mecanismo diverso da proporcionalidade. Enquanto esta consistiria em análise aplicável aos atos normativos em geral, a adaptação razoável diria respeito às práticas administrativas públicas ou privadas. Assim, a adaptação razoável decorrente da discriminação indireta imporia exclusivamente a verificação acerca da existência ou não de ônus excessivo – assim, a adaptação razoável implica a máxima acomodação até o limite do ônus excessivo imposto àquele sobre quem recai o dever de acomodar.⁶⁷⁵

A essas correntes, Martel adiciona sua proposta de análise da adaptação razoável à luz do binômio razoabilidade-ônus indevido. Quanto à razoabilidade, a autora sugere que ela seja interpretada à luz do que é “eficaz” para a adaptação – no sentido de que se devem adotar os mecanismos capazes de acomodar com o mínimo de segregação e estigma contra o grupo vulnerável. O ônus indevido, por sua vez, deveria ser analisado sob duas perspectivas: primeiro, poder-se-á falar em ônus indevido quando a finalidade da medida geradora da discriminação for esvaziada e, em segundo lugar, se poderá falar em ônus indevido a partir de uma comparação entre custos e benefícios da medida – não se limitando o conceito de custos à questão econômico-financeira, mas também os benefícios em geral trazidos pela adaptação, tanto às pessoas diretamente afetadas quanto a terceiros.⁶⁷⁶

Consideradas estas distintas alternativas, é necessário voltar a análise para a definição da adaptação razoável contida na Convenção aprovada em 2009. Na forma do art.2º da Convenção, a adaptação razoável “significa as modificações e os ajustes *necessários e adequados* que não acarretem *ônus desproporcional* ou *indevido*”. No que pesem as diversas posições acerca dos limites da adaptação razoável buscarem legitimamente a superação da discriminação indireta – salvo o entendimento adotado nos Estados Unidos, que é excessivamente flexível e, portanto, insuficiente para a promoção da igualdade – não se pode ignorar que o texto normativo que confere os contornos da adaptação razoável no Brasil emprega termos já conhecidos em nossa jurisprudência: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade. É dizer, à luz do ordenamento jurídico pátrio, deve-se entender a adaptação

⁶⁷⁵ MARTEL, L. D. C. V. Adaptação Razoável: O Novo Conceito sob as Lentes de Uma Gramática Constitucional Inclusiva. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, 8, n. 14, Junho 2011, p. 100.

⁶⁷⁶ *Ibid.*, p. 103-108.

razoável como uma adaptação proporcional⁶⁷⁷ – ou seja, a medida que objetiva a acomodação de grupos vulneráveis deve atender aos subprincípios da proporcionalidade, de maneira semelhante à segunda posição apresentada por Martel.

Note-se, contudo, que diferentemente do que ocorre na segunda etapa da análise da discriminação indireta, o ato submetido à proporcionalidade na análise da adaptação razoável não restringe o direito à igualdade de minorias sociais – mas, sim, busca promovê-lo. Nisto reside a diferença entre a proporcionalidade como etapa de justificação da discriminação indireta e a proporcionalidade como requisito da acomodação razoável enquanto última etapa da análise da discriminação indireta. Na primeira, o que se sujeita à proporcionalidade é o próprio ato que promove a discriminação. Na segunda, não se está mais analisando o ato, mas sim as soluções apresentadas como forma de mitigar ou superar a discriminação concretizada – são elas que deverão ser proporcionais, de modo a não gerar um ônus indevido sobre a parte a quem se impõe o dever de acomodar. Por este motivo, a proporcionalidade aplicada nesta etapa assume seu conteúdo tradicional, não se sujeitando a níveis distintos de escrutínio – visto que, nesta situação, a restrição que se impõe não recai primordialmente sobre o grupo vulnerável, mas sobre o responsável pela acomodação.

Diante disto, a análise da proporcionalidade da acomodação deverá considerar os seguintes parâmetros: em primeiro lugar, deve-se analisar se a medida é adequada à promoção da igualdade e à inclusão da pessoa ou grupo afetado pela medida. Caso a medida seja inidônea, não se deve prosseguir à análise, reputando-se irrazoável a acomodação sugerida.

Em caso de se verificar a adequação da medida, passa-se à análise da necessidade – ou seja, da existência de outras medidas aptas a promover em mesmo grau o objetivo de igualdade, com menor restrição sobre o sujeito do dever de acomodar, gerando-lhe menos ônus. Tendo em vista que, aqui, o objetivo da proporcionalidade é efetivamente buscar identificar uma solução ao caso de discriminação indireta, a eventual verificação da existência de outros meios de adaptação menos onerosos e igualmente ou mais capazes de promover a igualdade implica não apenas reputar desproporcional a adaptação pretendida, como também a necessidade de substituí-la pela(s) medida(s) consideradas como mais adequadas e menos onerosas.

Por fim, deve-se analisar a proporcionalidade em sentido estrito da adaptação pretendida – aqui se inserem, também, as considerações acerca do nível de restrição às

⁶⁷⁷ Esta possibilidade é reforçada, ainda, pela posição doutrinária e jurisprudencial no sentido de que a proporcionalidade e a razoabilidade são conceitos que podem ser empregados como sinônimos.

finalidades da medida geradora da discriminação (que Martel identificou como um primeiro aspecto à luz do qual deve ser interpretado o elemento do ônus indevido)⁶⁷⁸.

Deve se destacar, na linha do que tem reconhecido a jurisprudência canadense, que todo o processo de análise da adaptação razoável é permeado por um dever de cooperação entre os partícipes na situação de discriminação indireta⁶⁷⁹. Neste sentido, é não só permitido, como encorajado que as partes apresentem sugestões de adaptação, permitindo que se identifiquem as alternativas mais razoáveis – ou seja, mais adequadas à promoção da igualdade, com a menor onerosidade possível.⁶⁸⁰

A aplicação da proporcionalidade e o dever de cooperação também implicam reconhecer que a acomodação razoável é um processo bilateral de concessões mútuas. De parte do agente da discriminação, esta concessão é identificada na necessidade de adoção de medidas mitigadoras da discriminação que, em regra, gerarão ônus que deverão ser suportados. De outro lado, também os sujeitos afetados pela discriminação estarão sujeitos à necessidade de realizar concessões: nem sempre a acomodação razoável poderá ser uma acomodação total, de tal modo que se impõe à pessoa ou grupo afetados o dever de empreender esforços para acomodar-se à medida ótima, ainda que não seja perfeita⁶⁸¹.

Como última nota, deve-se destacar que a acomodação razoável enquanto solução para os casos de discriminação indireta é, em regra, uma alternativa de segundo-melhor (ou, na expressão em inglês, *second best*). Isto porque, neste caso, há uma efetiva legitimação da medida geradora da discriminação de tal maneira que nem sempre será possível garantir o pleno direito à igualdade e, portanto, à máxima adaptação empírica ou normativa à necessidade de reconhecimento dos grupos vulneráveis⁶⁸². Significa dizer que, em alguma medida, o grupo

⁶⁷⁸ MARTEL, L. D. C. V. Adaptação Razoável: O Novo Conceito sob as Lentes de Uma Gramática Constitucional Inclusiva. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, 8, n. 14, Junho 2011, p. 107.

⁶⁷⁹ A exemplo do caso *O'Malley* [CANADÁ, Suprema Corte, Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears, (1985) 2 SCR 536].

⁶⁸⁰ Neste sentido, afasta-se do modelo norteamericano que prevê a adaptação razoável como uma sugestão que pode ser feita pela parte afetada, mas que, se irrazoável ou apresentando ônus indevido, afastaria o dever de acomodar.

⁶⁸¹ Como afirmado pela Corte Canadense no caso *O'Malley*, a recusa em se acomodar, quando a proposta de acomodação se revele razoável, gera para o titular do direito ao ajustamento o ônus de escolher entre a sujeição ao ato e a renúncia ao direito em jogo [CANADÁ, Suprema Corte, Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears, (1985) 2 SCR 536].

⁶⁸² Esta é a crítica de Day e Brodsky, Segundo a qual a acomodação razoável não atinge a estrutura social desigual, assumindo uma postura assimilacionista que “acomoda” os diferentes sem alterar a realidade de perpetuação das diversas formas de opressão e dominação. Confira-se: “The difficulty with this paradigm is that it does not challenge the imbalances of power, or the discourses of dominance, such as racism, able-bodyism and sexism, which result in a society being designed well for some and not for others. It allows those who consider themselves “normal” to continue to construct institutions and relations in their image, as long as others, when they challenge this construction are “accommodated.” Accommodation, conceived this way, appears to be rooted in the formal model of equality. As a formula, different treatment for “different” people is merely the flip side of like treatment

vulnerável permanecerá em uma posição de relativa desigualdade, ainda que seja uma posição melhor que aquela em que se encontrava antes. Conseqüentemente, a função da igualdade enquanto promoção do reconhecimento é efetivada, por vezes, apenas de maneira parcial. Mas poderia ser diferente? Há argumentos que indicam que não.

Em primeiro lugar, e seguindo a linha do que afirmei neste capítulo, é virtualmente impossível, no contexto de pluralismo, que grupos sociais sejam blindados contra prejuízos no curso da vida cotidiana. É certo que ideia de que não há mundo social sem perda não impede a afirmação de que minorias merecem especial atenção quanto aos efeitos negativos que sofrem. No entanto, de outro lado, ela também impõe reconhecer que não se pode garantir – nem a grupos vulneráveis, nem a qualquer outro grupo social – um direito à estima social (ou seja, ao compartilhamento e valorização de cosmovisões, de modos de vida, de realidades distintas).⁶⁸³

Neste sentido, a legitimação da medida a que conduz a aplicação da adaptação razoável deve ser compreendida como nada mais que o respeito ao fato de que modos de vida, decisões e necessidades distintas e legítimas convivem e conflitam no mundo cotidiano. A perda, decorrente da vida em sociedade, é imposta em maior ou menor grau a todos, não sendo função do direito eliminá-la por completo.

Some-se a isto que a adaptação razoável não exclui outros mecanismos de promoção da igualdade. Sob a perspectiva jurídica, como já afirmado, a adaptação razoável pode coexistir com a adoção de ações afirmativas que objetivem superar discriminações institucionais em um nível estrutural mais amplo. Sob a perspectiva social, a adaptação razoável convive com – e, ao promover as condições para a obtenção de autorrespeito, contribui para – o desenvolvimento das lutas sociais pela expansão do Direito e pela obtenção de estima social em favor de grupos historicamente marginalizados. Não se trata, portanto, de identificar os limites da adaptação razoável como falhas da teoria, mas sim compreender que não é possível

for likes. Accommodation does not go to the heart of the equality question, to the goal of transformation, to an examination of the way institutions and relations must be changed in order to make them available, accessible, meaningful and rewarding for the many diverse groups of which our society is composed. Accommodation seems to mean that we do not change procedures or services, we simply “accommodate” those who do not quite fit. We make some concessions to those who are “different”, rather than abandoning the idea of “normal” and working for genuine inclusiveness. In this way, accommodation seems to allow formal equality to be the dominant paradigm, as long as some adjustments can be made, sometimes, to deal with unequal effects. Accommodation, conceived of in this way does not challenge deep-seated beliefs about the intrinsic superiority of such characteristics as mobility and sightedness. In short, accommodation is assimilationist. Its goal is to try to make “different” people fit into existing systems” (DAY, S.; BRODSKY, G. The Duty to Accommodate: Who Will Benefit? *Canadian Bar Review*, 75, 1996, 433 et seq).

⁶⁸³ Relembre-se, a este respeito, o entendimento de Honneth, para quem a garantia de autorrealização ultrapassaria os limites da esfera do Direito e mesmo da esfera da estima social HONNETH, A. Redistribution as Recognition: A Response to Nancy Fraser. In: FRASER, N.; HONNETH, A. Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange. Tradução de Joel GOLB e James INGRAM. London: Verso, 2004. p. 166-167).

atribuir a um só mecanismo – qualquer que seja – a função de realizar plena e isoladamente os exigentes objetivos emancipatórios constitucionais.

Mais que isso, significa compreender, também, que para estes grupos situados em uma situação de vulnerabilidade social, mesmo uma mínima garantia de acomodação pode ser capaz de promover mudanças sociais substancialmente efetivas. Isto porque, como visto, ao promover uma inclusão – ainda que menos que ótima – de grupos a quem se previamente negava acesso a determinados direitos, possibilita-se que novas demandas sejam formuladas, permitindo uma expansão progressiva do Direito.⁶⁸⁴

4.5 Alguns breves exemplos de aplicação do modelo.

Antes de concluir a proposta formulada neste trabalho, quero dedicar alguns parágrafos para exemplificar a aplicação do modelo que proponho. Quero analisar, aqui, 4 (quatro) distintas situações, muitas das quais já foram mencionadas no curso deste trabalho e que demonstram os resultados que podem ser alcançados a partir da aplicação do modelo proposto. Destaco, de início, que o que pretendo neste item não é traçar uma análise exaustiva das hipóteses destacadas, mas, sim, apresentar exemplos capazes de demonstrar a aplicação do modelo. Desconsiderarei, assim, todos os argumentos que não digam respeito à violação à igualdade e não discriminação, bem como poderei adotar premissas fáticas meramente hipotéticas de modo a identificar as possíveis soluções para os casos. Senão, vejamos.

4.5.1 Situação 1: ausência de caso de discriminação indireta *prima facie* por falta de um de seus elementos.

Situação 1: o artigo 235 do Código Penal Militar afirma que constitui crime a prática de ato libidinoso, “homossexual ou não”, em lugar sujeito à administração militar. Um militar homossexual incorre na conduta prevista neste artigo e alega sua inconstitucionalidade, em razão de discriminação indireta.⁶⁸⁵

⁶⁸⁴ Na linha do que afirmou Honneth alicerçado, também, na teoria de T. H. Marshall (HONNETH, A. *Luta por reconhecimento*. Tradução de Luiz REPA. São Paulo: 34, 2003, passim).

⁶⁸⁵ A constitucionalidade do artigo 235 do Código Penal Militar foi discutida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 291. No que pese o fato de que, até a data de finalização deste trabalho, o acórdão do mencionado julgado não tenha sido publicado, no julgamento da ação constitucional a maioria do Tribunal posicionou-se em favor da manutenção da norma, promovendo-se tão somente a exclusão dos termos “pederastia” e “homossexual”. Não pretendo, na análise da *Situação 1*, abordar os termos dos votos proferidos pelos ministros

A *Situação 1* evidencia um caso de possível discriminação indireta que pode ser solucionado na primeira ou na segunda etapa do modelo proposto, de acordo com as premissas fáticas que possam ser colhidas na realidade. Como não pretendo, neste trabalho, exaurir a análise empírica acerca da aplicação do art. 235 do Código Penal Militar, firmarei desde já duas hipóteses relevantes para a análise.

Na primeira hipótese, o acusado meramente alega a existência de uma discriminação indireta, deixando de apresentar outros dados que revelem a produção de efeitos adversos sobre um grupo constitucionalmente protegido – além do próprio fato de terem sofrido a incidência da norma. Neste caso, a análise da discriminação indireta deve ser encerrada já em sua primeira fase, diante da ausência de demonstração dos elementos do caso *prima facie* de discriminação indireta.

Com efeito, apesar de estarem presentes o ato aparentemente neutro – na medida em que, em tese, a norma é aplicável a homossexuais e a pessoas que não o sejam –, de haver restrição a direitos – no caso, ao direito de liberdade (e, especificamente, à liberdade sexual) – e de o caso concreto tratar da incidência da norma sobre uma minoria social (os homossexuais), falta ao caso a demonstração dos efeitos substancial e comparativamente adversos da norma sobre o grupo vulnerável. Como visto, esta demonstração poderia se dar de três formas: com a demonstração de que, já em abstrato, os efeitos discriminatórios da norma são perceptíveis (potencial discriminatório da norma); com a demonstração estatística da discriminação; ou com a demonstração da concretização individual da discriminação como consequência necessária do pertencimento ao grupo vulnerável. Nenhuma das três hipóteses estaria presente no caso de mera alegação de discriminação indireta na *Situação 1*.

É que, apesar de empregar o vocábulo “homossexual”, não se pode afirmar, prognosticamente, que a norma contida no art. 235 do Código Penal Militar discrimina contra homossexuais – pelo simples fato de que heterossexuais que pratiquem a mesma conduta também estarão sujeitos, em tese, à sua incidência. Seria necessária, assim, a demonstração estatística de que há de fato uma aplicação substancial da norma contra militares homossexuais – o que não pode ser inferido da mera alegação de que a discriminação indireta existe. Por fim, precisamente porque o simples pertencimento ao grupo de homossexuais não é causa suficiente

(ainda sujeitos a alterações), mas sim considerar a discussão em abstrato e de maneira exclusivamente didática, demonstrando como o modelo proposto pode ser aplicado à espécie.

para sua incidência – sendo plenamente razoável concluir que o não pertencimento ao grupo também não garante seu afastamento – tampouco a última alternativa de verificação dos efeitos adversos é insuficiente.

Portanto, a Situação 1, considerada na hipótese de mera alegação da discriminação indireta, revela um primeiro possível resultado da aplicação do modelo – que é aquele em que o caso de discriminação indireta *prima facie* não é demonstrado.

Destaco que, em uma segunda hipótese, o acusado poderia apresentar dados que comprovam que a norma, apesar de aplicável genericamente, incide substancialmente mais sobre homossexuais do que sobre heterossexuais. Assim, por exemplo, poder-se-ia demonstrar que a maior parte dos condenados na pena do mencionado dispositivo são pessoas homossexuais. Também se poderia alegar, eventualmente, que o convívio entre pessoas de sexo oposto em lugares sujeitos à administração é mínimo, de tal maneira que os atos libidinosos praticados nestes locais quase que necessariamente seriam praticados entre homossexuais.⁶⁸⁶ Emprego aqui, por evidente, um mero esforço de reflexão acerca das possíveis premissas empíricas (que não pretendo, aqui, nem comprovar, nem refutar) que reforçariam a existência de um caso *prima facie* de discriminação indireta. Mantendo este esforço argumentativo, o caso apresentado poderia ser reputado como, de fato, um caso *prima facie*, diante da existência de todos os elementos necessários à sua formação. Neste sentido, passar-se-ia à análise da justificação da medida, aplicando-se o princípio da proporcionalidade segundo os moldes apresentados no item 4.3 deste trabalho.

4.5.2 Situação 2 e o segundo resultado da aplicação do modelo: ausência de justificação da discriminação indireta perpetrada.

Situação 2: o já mencionado artigo 14 da Emenda Constitucional nº 20 estabeleceu o teto de R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais) para os benefícios previdenciários, limitando, em tese, também a licença maternidade.

A *Situação 2*, já analisada pelo Supremo Tribunal Federal, revela um segundo resultado possível a partir da aplicação do modelo proposto. Neste caso, os elementos da discriminação indireta *prima facie* estão presentes – sendo certo que, como visto, os efeitos

⁶⁸⁶ Especialmente considerando-se que o Código Penal Militar foi editado em 1969, no auge da ditadura militar e muito antes dos avanços sociais que permitiram a maior inserção da mulher em diversos espaços dominados tradicionalmente por homens.

adversos são demonstrados a partir da análise do potencial discriminatório da norma contra mulheres, especificamente em seu acesso ao mercado de trabalho.

Segundo o modelo proposto, torna-se necessário, aqui, submeter o ato potencialmente discriminatório à análise da proporcionalidade. Esta análise deverá ser tão mais rígida quanto mais intensa for a desigualdade em jogo e a relevância do direito restringido, considerando o direito ao reconhecimento do grupo atingido. Por certo, o escrutínio neste caso não poderá ser fraco. Tendo em vista, ainda, a histórica desigualdade de gênero no mercado de trabalho, e a relevância do direito ao trabalho para o desenvolvimento do ser humano, posso sustentar que a análise, aqui, deverá considerar um escrutínio estrito na aplicação do princípio da igualdade.⁶⁸⁷

Considerando que o objetivo da norma tenha sido reduzir os gastos governamentais, especificamente aqueles de natureza previdenciária, é possível afirmar, que a adequação lógica é preenchida pelo artigo 14 da Emenda Constitucional nº 20. A análise da necessidade, por sua vez, demandaria a demonstração de que a limitação do artigo 14 seria, sem sombra de dúvidas, o meio mais adequado para atingir este objetivo. Os limites deste trabalho impedem a consideração das diversas alternativas orçamentárias que poderiam conduzir em igual ou maior grau ao mesmo objetivo, como menos ônus para as mulheres. Considere-se, no entanto, e apenas para fins argumentativos, que a necessidade esteja presente. Neste caso, entre em cena o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, aplicado também de acordo com este escrutínio rígido.

Na proporcionalidade em sentido estrito, analisa-se o grau de ingerência sobre os direitos em jogo, o peso concreto dos princípios contrapostos e o seu peso abstrato. Como afirmei, a posição de vulnerabilidade das minorias sociais implica considerar que o grau de ingerência sobre seus direitos é maior do que seria caso se tratasse de outro grupo social. Da mesma forma, o peso concreto dos princípios que militam em seu favor é maior, na medida em que estes grupos dependem destes direitos para que tenham garantidas sua inclusão e visibilidade sociais. Por certo, a análise do artigo 14 não sobreviveria à etapa da proporcionalidade em sentido estrito – de um lado, posiciona-se o direito à igualdade no acesso

⁶⁸⁷ Esta não é uma conclusão necessária. Como afirmado anteriormente, nos Estados Unidos a discriminação baseada em gênero tem sido submetida a um escrutínio intermediário. Considerando, contudo, os efeitos que o art. 14 da Emenda Constitucional nº 20 poderiam ter sobre o direito ao trabalho de mulheres – potencialmente excluindo-as substancialmente do mercado –, me parece mais adequado submeter a medida ao escrutínio estrito do que ao escrutínio intermediário. Fosse caso, no entanto, de analisar eventualmente outros direitos em que a desigualdade de gênero fosse menos acentuada, ou que fossem menos relevante sob a perspectiva do direito ao reconhecimento, esta conclusão poderia ser substancialmente diferente.

ao mercado de trabalho, intensamente restringido pelo artigo 14 e de alto peso concreto, considerando a discriminação histórica que se tem perpetrado contra mulher. De outro, posiciona-se o objetivo de redução de gastos públicos – que, ainda que se considere de grande relevância, não sofreria restrição substancial na hipótese de serem excepcionados os benefícios vinculados aos direitos das gestantes. Da mesma forma, pode-se sustentar que o peso concreto dessa finalidade – mesmo que fosse elevado – não se equipararia àquele referente ao direito ao trabalho.

Neste sentido, a conclusão na *Situação 2* seria pela ausência de justificação do artigo 14 – afastado ao menos no que diz respeito aos benefícios vinculados aos direitos da gestante, como de fato fez o Supremo Tribunal Federal. Note-se, pois, que a ausência de justificação não necessariamente implica a inconstitucionalidade total do ato impugnado, sendo possível que ele seja mantido desde que excepcionadas as situações em que se produz a realidade discriminatória.

4.5.3 Situações 3 e 4: a acomodação irrazoável e a acomodação razoável.

Situação 3: candidatos que professam determinada religião que impõe a guarda sabática requerem judicialmente que o vestibular, a ocorrer em um sábado, lhes seja aplicado em data alternativa.

Situação 4: um determinado concurso público veda o uso de bonés, capacetes ou qualquer peça de vestuário que tape a cabeça. Uma aluna que, por motivos religiosos, deve utilizar o *hijab*, sugere que seja previamente vistoriada por um fiscal e que, após, possa realizar a prova normalmente, utilizando a peça.

As *Situações 3 e 4* aproximam-se sobremodo, na medida em que sua solução posiciona-se na terceira etapa da análise do caso de discriminação indireta. Em ambos os casos, estão presentes os elementos da discriminação indireta, sendo plenamente justificáveis as medidas em jogo. Na primeira situação, a realização das provas nos sábados atende aos relevantíssimos interesses da maioria da população, sendo altamente prejudicial, sob a perspectiva democrática, sua fixação genérica em outro dia da semana (como no Domingo, gerando igual preocupação sob a perspectiva da liberdade religiosa, ou em dias da semana, restringindo substancialmente, por exemplo, a possibilidade de pessoas que trabalham

participarem das provas). Na segunda situação, a restrição ao uso de peças de vestuário que cubram a cabeça busca garantir não só a lisura do certame, como também a igualdade entre todos os participantes – impedindo as chamadas “colas”. É possível sustentar, portanto, que há adequação, necessidade e proporcionalidade nestes casos. Em razão disso, a solução da discriminação, se possível, deve ser buscada na etapa final, da acomodação razoável.

Aqui, é necessário analisar as alternativas sugeridas sob a perspectiva do ônus desproporcional – ou seja, aplica-se a proporcionalidade de modo a verificar se é razoável impor ao sujeito responsável pelo ato o dever de acomodar a parte afetada. Pretendi, com as situações 3 e 4, apresentar dois diferentes resultados: um em que a acomodação apresentada é irrazoável, outro em que a acomodação apresentada é, de fato, razoável, gerando um direito-dever a sua concretização.

A *Situação 3* revela a primeira hipótese. A questão que se põe é: a realização de um exame de vestibular (ou mesmo do ENEM) em *dia alternativo* pode ser considerada como uma acomodação razoável ou, pelo contrário, implica ônus desproporcional e indevido? Sob a perspectiva da adequação, não há qualquer óbice à sua implementação. São a necessidade e, sendo o caso de prosseguir na análise, a proporcionalidade em sentido estrito que impedem a concretização deste pleito. Com efeito, pode-se pensar em diversas medidas igualmente adequadas à garantir a prestação do exame, gerando ônus substancialmente menores em comparação com sua realização em data alternativa (exigindo a elaboração de outras provas, novo gabarito, aluguel de espaço, contratação de fiscais em dia alternativo etc). A solução atualmente adotada pelo Governo Federal na realização do ENEM é um exemplo: candidatos sabatistas realizam o exame em horário alternativo – após o pôr do sol de sábado –, devendo, no entanto, ingressar no local do exame no mesmo horário que os demais candidatos.⁶⁸⁸ Ainda que se supere o exame da necessidade da alternativa proposta, a análise da proporcionalidade em sentido estrito igualmente obstará a pretensão apresentada pelos candidatos na *Situação 3*. Isto se dá não só porque, como mencionado, a realização em data alternativa implica ônus excessivos, como também diante da violação do equilíbrio necessário entre os ônus suportados pelas partes e o seu dever de cooperação – em outras palavras, apenas os responsáveis pelo exame arcarão com os ônus para sua realização em data alternativa, enquanto nenhuma sujeição seria imposta aos candidatos interessados em participar do certame.

⁶⁸⁸ Esta solução revela de maneira pristina o dever de cooperação na acomodação razoável, na medida em que algum ônus é gerado para o Poder Público (que deve, de fato, reservar algumas salas e contratar alguns funcionários por um horário estendido), mas também alguma sujeição é imposta aos candidatos sabatistas (que permaneceram no local de prova por um período estendido, de modo que não estarão em situação perfeitamente idêntica aos demais candidatos).

Neste sentido, a *Situação 4* se diferencia da precedente, na medida em que a inspeção individual da candidata que, por motivos religiosos, veste seu *hijab* implica sujeição mútua, mas proporcional. De um lado, à candidata se garante não só sua liberdade religiosa, como também seu direito a participar no certame. Em contraposição, deverá sujeitar-se à regra de inspeção – retirando, de fato, o *hijab*, em algum local adequado para tanto e no qual ela poderá ser devidamente inspecionada. De outro lado, a instituição responsável pelo certame deverá estar preparada para este procedimento, sem que, contudo, isto impeça o regular desenvolvimento do concurso.

Com o recurso a estes quatro exemplos, busquei esclarecer a aplicação do modelo proposto, revelando que nem sempre ele conduzirá a inconstitucionalidades e nem sempre implica que o grupo vulnerável estará “certo” em seu pleito. Em diversas hipóteses o caso de discriminação indireta poderá ser afastado, assim como em diversas outras ele poderá ser mantido, ensejando o afastamento do ato que o promove ou a concretização de alternativas razoáveis que garantam a igualdade, a não discriminação e o reconhecimento de grupos que até hoje têm estes direitos negados.

4.6 Conclusões parciais.

Este capítulo teve início com duas importantes premissas, quais sejam:

- a) A discriminação indireta não é estranha ao direito brasileiro. No entanto, é necessário esclarecer seu método de aplicação à luz do ordenamento constitucional vigente e considerando as contribuições colhidas no direito comparado.
- b) A aprovação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência na forma do art. 5º, §3º da Constituição da República conduziu à constitucionalização do conceito de discriminação indireta, adaptação razoável e ônus desproporcional ou indevido, o que reforça os fundamentos normativos que permitem conferir à concepção clássica da igualdade perante a lei uma cláusula de exceção por meio do qual o princípio seja concretizado enquanto mandado de não discriminação – ou seja, de incidência efetivamente igualitária da lei aos indivíduos.

Partindo deste panorama, formulei uma proposta de análise da discriminação indireta que se divide em três etapas consecutivas e pode ser assim resumida:

a) Primeira etapa: demonstração do caso de discriminação indireta prima facie.

Nesta etapa, deve ser demonstrada a existência de um ato público ou privado que emprega critérios de classificação aparentemente neutros e que produz determinados efeitos adversos negativos contra uma pessoa ou grupo constitucionalmente protegidos, notadamente com relação à aquisição ou gozo de direitos ou benefícios.

A demonstração dos efeitos adversos no caso concreto pode decorrer da análise dos potenciais discriminatórios do ato; da apresentação de estatísticas que demonstrem o prejuízo a grupos protegidos; ou da demonstração individual e concreta de discriminações existentes.

b) Segunda etapa: justificação do ato com fundamento no princípio da proporcionalidade aplicado em diferentes níveis de escrutínio.

Partindo da premissa de que a vida em sociedade implica necessariamente que a ninguém é garantido viver apenas experiências positivas e que atos neutros geram impactos contra diversos grupos, torna-se necessário possibilitar a justificação do ato de modo a mantê-lo no ordenamento jurídico diante de sua legitimidade jurídica.

Proponho, assim, que o ato gerador do caso *prima facie* de discriminação indireta seja submetido ao princípio da proporcionalidade – devendo-se verificar sua adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A análise de cada etapa da proporcionalidade, no entanto, será tão mais rígida quanto maior for a ingerência sobre o direito à igualdade dos grupos vulneráveis e quanto mais relevante for o direito em jogo para a promoção de seu direito ao reconhecimento. Com isso, pode-se falar em uma aplicação da proporcionalidade em um escrutínio fraco, em um escrutínio intermediário ou um escrutínio estrito de acordo com o caso concreto.

c) *Terceira etapa: acomodação razoável com recurso ao princípio da proporcionalidade.*

Caso o ato seja justificado na segunda etapa, deve-se analisar as alternativas de acomodação apresentadas pelas partes, visando à superação ou máxima mitigação da discriminação concretizada, sem que se imponham ônus desproporcionais sobre o sujeito do dever de acomodar.

Diante do disposto no art. 2º da CDPD, as alternativas apresentadas devem ser submetidas ao princípio da proporcionalidade. Tendo em vista que, nesta última etapa, não mais se analisa a legitimidade de restrições a direitos fundamentais de minorias, não se aplicam aqui os níveis de escrutínio diferenciados que incidem na segunda etapa, sendo suficiente a aplicação da proporcionalidade em sua formulação tradicional.

Assim, deve-se analisar se as alternativas são adequadas à superação ou mitigação da discriminação; se há outras medidas igualmente adequadas à promoção deste objetivo gerando menos ônus aos sujeitos do dever de acomodar e, por fim, se há proporcionalidade em sentido estrito considerando-se os ônus gerados e os benefícios promovidos com a alternativa.

Considerando que as três etapas são consecutivas, é possível pensar em quatro possíveis resultados da aplicação deste esquema:

- a) O caso de discriminação indireta *prima facie* é refutado pela ausência de um de seus elementos;
- b) O caso de discriminação indireta *prima facie* não sobrevive à segunda etapa, reputando-se desproporcional e, portanto, inconstitucional à luz do princípio da igualdade.
- c) O caso de discriminação indireta *prima facie* sobrevive à segunda etapa, reputando-se proporcional. Na terceira etapa, no entanto, é possível identificar uma alternativa que permite a superação ou mitigação da discriminação com relação aos grupos ou indivíduos afetados. Surge, aqui, o direito à acomodação dos afetados e o contraposto dever de acomodar por parte do sujeito que causa da discriminação indireta.

- d) O caso de discriminação indireta *prima facie* sobrevive à segunda etapa, reputando-se proporcional. Na terceira etapa, no entanto, não são identificadas medidas proporcionais – ou seja, que não gerem ônus desproporcional e indevido – que permitam a superação ou mitigação da discriminação indireta. Neste caso, o ato gerador da discriminação indireta é reputado legítimo e caberá aos grupos ou indivíduos afetados submeterem-se aos seus critérios de classificação.

CONCLUSÕES

O objetivo deste trabalho foi, por meio da formulação de uma proposta de análise da discriminação indireta, levar a sério as promessas emancipatórias constitucionais de modo a identificar no princípio jurídico da igualdade um efetivo dever de tratamento igualitário da lei. Isto não se confunde, como se viu, com um tratamento idêntico devido a todos os indivíduos, mas sim com a necessidade de considera-los como mais que meros sujeitos abstratos de direito, abrindo os olhos para suas características concretas quando sejam fundamento para a perpetuação ou concretização de desigualdades reais graves.

Busquei responder, no curso da análise, a objeções diversas. Uma primeira objeção, analisada no início deste trabalho, diz respeito à suposta desnecessidade de se promover uma releitura da igualdade perante a lei. Contra este argumento, propus que não se pode promover um constitucionalismo da efetividade sem que as normas constitucionais sejam interpretadas à luz de seus objetivos – e a igualdade perante a lei não é exceção. Uma segunda objeção, posta pelo princípio democrático, afirmaria que em uma democracia deve-se respeito às decisões e concepções majoritárias ainda quando desfavoráveis a grupos de indivíduos. Em resposta, sustento que as formas de discriminação que são impostas às minorias são prejudiciais à própria democracia, pois implicam exclusão de indivíduos do processo de tomada de decisões coletiva, como também contrariam. Não só isso, inviabiliza-se um empreendimento coletivo plural que permita o desenvolvimento de um horizonte de valores compartilhados que potencialize as chances de autorrealização dos indivíduos em sociedade.

O paradigma do reconhecimento é, assim, ponto comum a toda a análise levada a efeito neste trabalho. Não só a releitura da igualdade perante a lei, como a própria análise da discriminação indireta à luz deste paradigma é permeada pela ideia de que o direito deve expandir-se de modo a garantir a inclusão e a visibilização de todos. Isto significa, assim, reconhecer a insubsistência de práticas sociais que, apesar de aparentemente neutras, excluem e invisibilizam grupos a quem é historicamente negado o reconhecimento. Significa também reconhecer que a discriminação indireta põe em conflito interesses legítimos, que devem ser levados a sério por meio da análise das justificativas contrapostas. Significa, por fim, que mesmo nestas hipóteses o ideal de igualdade deve ser buscado, reconhecendo-se um dever de cooperação social na busca de uma sociedade mais inclusiva e igualitária.

Neste sentido, o objetivo almejado com uma análise da discriminação indireta em três etapas é potencializar o princípio da igualdade e não discriminação, garantindo assim a

inclusão de minorias estigmatizadas e promovendo sua efetiva igualdade perante o ordenamento jurídico, com relação aos demais grupos sociais. Estas três etapas, como já sintetizei anteriormente, são a demonstração do caso de discriminação indireta *prima facie*; a justificação do ato que promove a discriminação indireta por meio do princípio da proporcionalidade – em uma análise sujeita a diferentes graus de escrutínio; e a acomodação razoável, que busca promover algum nível de reconhecimento por meio de um dever de cooperação e de solidariedade no compartilhamento dos ônus do pluralismo social.

Após serem realizadas as três etapas da análise da discriminação indireta, espera-se que a situação de desigualdade gerada pelo ato aparentemente neutro tenha sido superada ou minimizada substancialmente – seja pelo afastamento do ato, por meio da proporcionalidade aplicada na segunda etapa, seja pela garantia de acomodação aos grupos afetados, realizada também à luz da proporcionalidade. Apesar disso, é impossível garantir que esta aplicação gerará uma igualdade plena em favor dos grupos vulneráveis. Esta conclusão, contudo, longe de indicar algum vício na proposta aqui formulada, apenas revela um fato de longa data constatada por diversos autores: o problema da desigualdade, apesar de poder ser trabalhado pelo Direito, foge ao seu controle.

Significa dizer que, mesmo no contexto de um constitucionalismo da efetividade que busque a concretização real das promessas constitucionais, o Direito por si só não é capaz de resolver todos os problemas sociais – para isso, é essencial que os indivíduos e grupos sociais sejam organizados de tal forma a promover as lutas por reconhecimento para além do direito. Ou seja, mesmo que se reconheça – como sustentei no curso deste trabalho – que o princípio jurídico da igualdade pode gerar efeitos para além da esfera dos direitos, garantindo as condições para a busca pela autorrealização, esta apenas pode ser obtida no plano das relações sociais e intersubjetivas. Não há, pois, garantia jurídica de felicidade e realização plena – o que a igualdade como não discriminação pode garantir é que todos os mecanismos possíveis serão aplicados de modo a permitir que esta busca pela felicidade seja possível para todos.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, B. Beyond Carolene Products. **Harvard Law Review**, [S. l], v. 98, n. 4, p. 713-746, fev. 1985.

_____. Más allá de Carolene Products. **Revista Jurídica de la Universidad de Palermo**, [S. l], v. 10, n. 1, p. 125-156, ago. 2009. Disponível em: <<http://dspace.palermo.edu/dspace/bitstream/10226/538/1/10Jurica05.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal, *1 BvR 1164/07*, 07 jul. 2009.

_____. Tribunal Constitucional Federal, *1 BvR 611/07*, *1 BvR 2464/07*, 21 jul. 2010.

_____. Tribunal Constitucional Federal, *2 BvR 1436/02*, 24 set. 2003.

ALEXY, R. On balancing and subsumption. A structural comparison. **Ratio Juris**, [S. l], v. 16, n. 4, p. 433-449, dez. 2003.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Malheiros: São Paulo, 2008

ALMEIDA, L. D. R. D. **Ações afirmativas e a concretização do princípio da igualdade no direito brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2011

ARGENTINA, Corte Suprema de Justiça da Nação, R. 350. XLI, 04 set. 2007.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco; Poética**. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

ÁVILA, H. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 4^a ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BACHOF, O. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Tradução de Manuel M. Cardoso da Costa. Portugal: Livraria Almedina, 1994.

BARAK, A. Hermeneutics and Constitutional Interpretation. **Cardozo Law Review**, [S. l], v. 14, p. 767-774, 1993. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3701>. Acesso em: 25 abr. 2015.

BARBOSA, L. **O jeitinho brasileiro: a arte de ser mais igual que os outros**. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2006.

BARCELLOS, A. P. D. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

_____. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático**. Disponível em: <<https://www.academia.edu/7784818/>>

Constitucionaliza% C3%A7%C3%A3o_das_pol% C3%ADticas_p% C3%BAblicas_em_mat% C3%A9ria_de_direitos_fundamentais._O_controle_pol% C3%ADtico-social_e_o_controle_jur% C3%ADdico_no_espa% C3%A7o_democr% C3%A1tico>. Acesso em: 7 out. 2015

_____. **Papéis do direito constitucional no fomento do controle social democrático: algumas propostas sobre o tema da informação.** Disponível em: <<http://www.bfbm.com.br/shared/download/artigo-papeis-direito-constitucional-fomento-controle-socia-democratico.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2015.

_____. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005

_____. **Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana.** Disponível em: <<http://www.bfbm.com.br/shared/download/artigo-violecia-urbana-condicoes-prisoas-dignidade-humana.pdf>>. Acesso em: 9 nov. 2015.

BARROSO, L. R. A americanização do Direito Constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. In: SARMENTO, D. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo.** Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. A efetividade das normas constitucionais. Por que não uma Constituição para valer? In: BARROSO, L. R. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**, p. 57-98. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. A igualdade perante a lei. Algumas reflexões. In: JANEIRO, U. D. E. D. R. D. **Temas Atuais do Direito Brasileiro**, p. 90-107. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, v. I, 1987.

_____. BARCELLOS, A. P. de. **O começo da história: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro.** Disponível em: <https://www.academia.edu/2359706/O_come%C3%A7o_da_hist%C3%B3ria._A_nova_inte_rpreta%C3%A7%C3%A3o_constitucional_eo_papel_dos_princ%C3%ADpios_no_direito_br asileiro>. Acesso em 7 out. 2015.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo.** 4. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013.

_____. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, [S. 1], v. 16, mai./jun./ago 2007.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 6, set. 2001.

_____. **Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.** São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro:** contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____; MARTEL, L. D. C. V. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. **Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia**, [S. l.], v. 38, p. 235-274, 2010.

BECKER, H. S. **Outsiders:** estudos de sociologia do desvio. Tradução de Maria Luiza X. de Borges. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BICE, S. H. Standards of judicial review under the equal protection and due process clauses. **Southern California Law Review**, [S. l.], vol. 50, n. 4, mai., p. 689-718, 1978,

BOBBIO, N. **Igualdade e liberdade.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

_____. **Teoria da Norma Jurídica.** Bauru: EDIPRO, 2001.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico.** Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. 6.ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BONAVIDES, P. Conferência proferida em São Paulo, no dia 23 mai. 1980, a convite do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado. In: BELMONTE, C.; MELGARÉ, P. **O Direito na sociedade contemporânea - Estudos em homenagem ao Ministro José Néri da Silveira**, p. 508-524. Rio de Janeiro: Forense, 2005..

BONILLA-SILVA, E. **Racism without racists. Color-blind racism and the persistence of racial inequality in the United States.** 2. ed. New York: Rowman & Littlefield, 2006.

BORGES, J. S. M. apud GRAU, E. R. Eros Grau. **Direito Posto e Direito Pressuposto**, p 166-167, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRANCO, P. G. G. Ação afirmativa e Direito Constitucional, **Direito Público**, n. 1, jul-ago-set. 2003.

BRANDÃO, R. **Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais:** a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADI nº 1946/DF, Sydney Sanches, Plenário, 03 abr. 2003.

_____. Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar na ADI nº 1946/DF, Sydney Sanches, Plenário, 29 abr. 1999.

_____. Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência. Decreto nº 6.949 de 25 ago. 2009. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm >. Acesso em 5 out. 2015

_____. Presidência da República. Secretaria Geral. **Mapa do encarceramento: os jovens do Brasil**. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em <http://www.pnud.org.br/arquivos/encarceramento_WEB.pdf>. Acesso em 2 out. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 1315822/RJ, Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, 04 mar. 2015

_____. Supremo Tribunal Federal, ADI nº 4277/DF, Ayres Britto, Plenário, 05 mai. 2011

_____. Supremo Tribunal Federal, AgRg na STA nº 389-MG, Gilmar Mendes, Plenário, 03 dez. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal, RE nº 161.243/DF. Carlos Velloso, 2ª Turma, 29 out. 1996

_____. Tribunal Superior do Trabalho, AIRR - 2720-20.2011.5.02.0471, João Pedro Silvestrin, 19 mai. 2014

BRAUN, E. Adverse Effect Discrimination: Proving the Prima Facie Case. **Review of Constitutional Studies**, [S. l], v. 11, n. 1, p. 119-150, 2006.

CAMPOS, F. Igualdade de todos perante a lei. **Revista de Direito Administrativo - RDA**, Belo Horizonte, n. Edição Comemorativa 2014, dez. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=98310>>. Acesso em: 2 fev. 2015.

CANADÁ. *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, 1977.

_____. *Charter of Rights And Freedoms*, 17 abr. 1982.

_____. Suprema Corte, *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143.

_____. Suprema Corte, *Bhinder & Canadian Human Rights Commission v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561.

_____. Suprema Corte, *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3

_____. Suprema Corte, *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights)*, [1999] 3 S.C.R. 868]

_____. Suprema Corte, *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human rights commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489

_____. Suprema Corte, *Gosselin v. Québec (Attorney General)*, [2002] 4 SCR 429.

_____. Suprema Corte, *Moore v. British Columbia (Education)*, [2012] 3 S.C.R. 360.

_____. Suprema Corte, *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears*, [1985] 2 SCR 536.

_____. Suprema Corte, *Turpin v. the Queen*, [1989] 1 SCR 1296.

- _____. Suprema Corte, *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 SCR 143.
- _____. Suprema Corte, *Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia*, [2004] 3 SCR 657.
- _____. Suprema Corte, *Benner v. Canada*, [1997] 1 S.C.R. 358.
- _____. Suprema Corte, *Central Okanagan School District No 23 v. Renaud*, [1992] 2 S.C.R. 970.
- _____. Suprema Corte, *Egan v. Canada*, [1995] 2 SCR. 513.
- _____. Suprema Corte, *Eldridge v. British Columbia*, [1997] 2 SCR 624.
- _____. Suprema Corte, *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1998] 3 F.C. 175.
- _____. Suprema Corte, *Hydro-Québec v. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec*, [2008] 2 SCR 561.
- _____. Suprema Corte, *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497.
- _____. Suprema Corte, *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears*, [1985] 2 SCR 536.
- _____. Suprema Corte, *R. v. Oakes*, [1986] 1 SCR 103.
- _____. Suprema Corte, *Withler v. Canada*, [2011] 1 SCR 396.
- _____. Canadian Human Rights Commission. **The Effects of the Bhinder Decision on the Canadian Human Rights Commission: A Special Report to Parliament.** Ottawa: Commission, 1986.
- CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional.** 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CARBONELL, M. Los derechos de igualdad em el constitucionalismo contemporaneo. **Direitos Fundamentais e Justiça**, n. 11, abr. jun. 2010
- CARVALHO, J. M. D. **Cidadania no Brasil: o longo caminho.** 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- CASTRO, C. R. D. S. **O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- CLÈVE, C. M. Para uma dogmática constitucional emancipatória. In: CLÈVE, C. M. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**, p. 33-52. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- _____; RECK, M. B. As ações afirmativas e a efetivação do princípio constitucional da igualdade. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, ano 3, [S. 1], n. 11, jan./fev./mar. 2003.

COLLINS, P. H. It's all in the family: intersections of gender, race, and nation. **Hyparia**, vol. 13, n. 13, verão 1998.

COLOMBIA. Tribunal Constitucional, Auto nº A-092/08.

_____. Tribunal Constitucional, Auto nº A-534/05.

_____. Tribunal Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad nº C-371/00.

_____. Tribunal Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad nº C-534/05.

_____. Tribunal Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad C-445/95.

_____. Tribunal Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad nº C-622.

_____. Tribunal Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad nº C-534/05.

_____. Tribunal Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad nº C-804/06.

_____. Tribunal Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad nº C-540/08.

_____. Tribunal Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad nº C-671/14.

_____. Tribunal Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad nº C-093/01.

_____. Tribunal Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad nº C-741/03.

_____. Tribunal Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad nº C-598/11.

_____. Tribunal Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad nº C-741/13.

_____. Tribunal Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad nº C-468/11

_____. Tribunal Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad nº C-93/01.

_____. Tribunal Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad nº C-896/06.

_____. Tribunal Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad nº C-589/12.

_____. Tribunal Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad nº C-624/13.

_____. Tribunal Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad nº C-372/11.

_____. Tribunal Constitucional, Sentencia de Tutela nº T-025.

_____. Tribunal Constitucional, Sentencia de Tutela nº T-026.

_____. Tribunal Constitucional, Sentencia de Tutela nº T-140.

_____. Tribunal Constitucional, Sentencia de Tutela nº T-285.

_____. Tribunal Constitucional, Sentencia de Tutela nº T-291.

_____. Tribunal Constitucional, Sentencia de Tutela nº T-335.

_____. Tribunal Constitucional, Sentencia de Tutela nº T-340.

_____. Tribunal Constitucional, Sentencia de Tutela nº T-371.

_____. Tribunal Constitucional, Sentencia de Tutela nº T-628.

_____. Tribunal Constitucional, Sentencia de Tutela nº T-909.

_____. Tribunal Constitucional, Sentencia de Tutela nº T-969.

_____. Tribunal Constitucional, Sentencia de Tutela T-659/10.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Artavia Murillo e outros (Fecundação in vitro) v. Costa Rica*. Série C. no 257, 28 nov. 2012.

_____. *Atala Riffo e Meninas v. Chile*, Série C No. 239, 24 fev. 2012.

_____. *Caso Comunidad indígena Xákmok Kásek v. Paraguay*, Série C No. 214, 24 ago. 2010.

_____. *Maria de Penha v. Brasil*, Série C No. 251, 24 out. 2012.

_____. *Meninas Yean e Bosico v. República Dominicana*, Série C No. 130, 08 set. 2005.

_____. *Nadege Dorzema e outros v. República Dominicana*, Série C No. 251, 24 out. 2012

_____. Opinião consultiva OC-18/03 de 17 set. 2003.

_____. *Yatama v. Nicarágua*, Série C No. 127, 23 jun. 2005.

COSTA RICA. Corte Suprema de Justiça, Sala Constitucional, Sentença nº 01091, de 05 mar. 1993.

COVER, R. M. The Origins of Judicial Activism in the Protection. **The Yale Law Journal**, [S. 1], v. 91, n. 7, jun. 1982.

DAMATTA, R. **A casa e a Rua**: espaço, cidadania, mulher e a morte no Brasil. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997b.

_____. **Carnavais, malandros e heróis**: para uma sociologia do dilema brasileiro. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997a.

DAY, S.; BRODSKY, G. The Duty to Accommodate: Who Will Benefit? **Canadian Bar Review**, [S. 1], v. 75, 433 et seq., 1996,

DWORKIN, R. Do liberty and equality conflict? In: ATKINSON, A. B., et al. **Living as equals**. Oxford: Oxford University Press, 1996.

_____. **Sovering Virtue: the theory and practice of equality.** Cambridge: Harvard University, 2000.

_____. **Taking Rights Seriously,** Cambridge: Harvard University Press, 1978.

EL PAÍS. **STF investigou 500 parlamentares desde 1988, mas condenou apenas 16.** 22 ago. 2015. Disponível em http://brasil.elpais.com/brasil/2015/08/22/politica/1440198867_786163.html. Acesso em 07 set. 2015.

ELY, J. H. **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review.** 3. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

ESKRIDGE JR., W. N., Some Effects Of Identity-Based Social Movements On Constitutional Law In The Twentieth Century. **Michigan Law Review**, [S. l], n. 8, ago. p. 2062-2407. 2002.

_____. Channeling: identity-based social movements and public law. *University of Pennsylvania Law Review*, 150, p. 419-525, 2001.

ESPANHA. Tribunal Constitucional, *Sentença n° 145/1991*, Sala 2ª, 01 jul. 1991.

_____. Tribunal Constitucional, *Sentença n° 198/1996*, Sala 1ª, 03 dez. 1996.

_____. Tribunal Constitucional, *Sentença n° 286/1994*, Sala 1ª, 27 out. 1994.

_____. Tribunal Constitucional, *Sentença n° 41/1999*, Sala 1ª, 22 mar. 1999.

_____. Tribunal Constitucional, *Sentença n° 70/1991*, Sala 2ª, 08 abr. 1991.

_____. Tribunal Constitucional, *Sentença n° 90/1997*, Sala 1ª, 06 mai. 1997.

ESTADOS UNIDOS, 14ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, 9 jul. 1968.

_____. *Americans With Disabilities Act, Public Law 101-336*, 26 jul. 1990.

_____. *Civil Rights Act, Public Law 102-166*, 21 nov. 1991.

_____. *Civil Rights Act, Public Law 88-352*, 2 jul. 1964.

_____. Suprema Corte, *Board Of Education, New York City v. Harris*, 973 U.S. 78 (1979).

_____. Suprema Corte, *Board Of Trustees Of University Of Alabama v. Garrett*, 531 U.S. 356 (2001).

_____. Suprema Corte, *Bray v. Alexandria Women's Health Clinic*, 506 U.S. 263 (1993).

_____. Suprema Corte, *Connecticut v. Teal*, 457 U.S. 440 (1982).

_____. Suprema Corte, *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976)

- _____. Suprema Corte, *Douglas v. California*, 372 U.S. 353 (1963).
- _____. Suprema Corte, *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990)
- _____. Suprema Corte, *Gaston County v. United States*, 395 U.S. 285 (1969).
- _____. Suprema Corte, *Geduldig v. Aiello*, 417 U. S. 484 (1974)
- _____. Suprema Corte, *Griffin v. Illinois*, 351 U.S. 12 (1956).
- _____. Suprema Corte, *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971).
- _____. Suprema Corte, *Heart of Atlanta Hotel, Inc. v. United States*, 379 U.S. 241, 250 (1964).
- _____. Suprema Corte, *Johnson v. California*, 543 U.S. 499, 506 (2005).
- _____. Suprema Corte, *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944)
- _____. Suprema Corte, *Personnel Administrator Of Massachussets v. Feeney*, 442 U.S. 256 (1979).
- _____. Suprema Corte, *Ricc v. DeStefano*, 557 U.S. 557 (2009).
- _____. Suprema Corte, *Schuette v. Coalition to Defend Affirmative Action*, 572 U.S. (2014)
- _____. Suprema Corte, *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. (2013).
- _____. Suprema Corte, *Smith et al. v. City of Jackson, Mississippi, et al.*, 544 U.S. 228 (2005).
- _____. Suprema Corte, *Tennessee v. Lane*, 541 U.S. 509 (2004).
- _____. Suprema Corte, *United States v. Fordice*, 505 U.S. 717 (1992).
- _____. Suprema Corte, *Wards Cove Packing Co. v. Antonio*, 490 U.S. 642 (1989).
- _____. Suprema Corte, *Washington v. Davis*, 426 U. S. 229, 248 (1976)
- _____. Suprema Corte, *Watson v. Fort Worth Bank & Trust*, 487 U.S. 977 (1988).
- _____. *Voting Rights Act, Public Law 89-110*, 6 ago. 1965.

ETINSKI, R. Indirect Discrimination in the Case-Law of European Court of Human Rights. **Zbornik Radova**, [S. I], v. 47, n. 1, p. 57-70, 2013.

FIORAVANTI, M. **Constitución. De la Antigüedad a nuestros días**. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001.

FISS, O. M. Groups and the Equal Protection Clause. **Philosophy and Public Affairs**, [S. I], n. 5, 107-177, 1976.

FIX-ZAMUDIO, H. El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Revista Latinoamericana de Derecho**, [S. l], v. 1, n. 1, p. 141-180, jan./jun. 2004. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/1/art/art5.pdf>>.

FLEISCHACKER, S. **A short history of distributive justice**. Cambridge: Harvard University, 2004.

FORST, R. Radical Justice: On Iris Marion Young's Critique of the "Distributive Paradigm". **Constellations**, [S. l], v. 14, n. 2, p. 260-265, 2007.

FRANÇA. Corte de Cassação Civil, *05-43.962*, Sala Social, 9 jan. 2007.

_____. Corte de Cassação Civil, *10-18.341*, Sala Social, 23 mai. 2012.

_____. Corte de Cassação Civil, *10-23.013*, Sala Social, 3 jul. 2012.

FRASER, N. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista. In: SOUZA, J. **Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea**. Tradução de Márcia PRATES, p. 245-282, Brasília: UnB, 2001..

_____. Reconhecimento sem ética? In: SOUZA, J.; MATTOS, P. **Teoria crítica no século XXI**. p. 113-139, São Paulo: Annablume, 2007.

_____. Rethinking The Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy. In: CALHOUN, C. **Habermas and The Public Sphere**, p. 109-142, Cambridge: MIT Press, 1992.

_____. Social exclusion, global poverty, and scales of (in)justice: rethinking law and poverty in a globalizing world. **Stellenbosch Law Review**, [S. l], v. 22, p. 452-462, 2011.

_____. Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition, and Participation. In: FRASER, N.; HONNETH, A. **Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange**. Londres: Verso, p. 7-109, 2004.

FREDMAN, S. **Discrimination Law**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.

FREYRE, G. **Casa-grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal**. 48. ed. São Paulo: Global, 2003.

G1. **Estudante muçulmana é interrompida durante o Exame da OAB por usar véu**. Disponível em <<http://g1.globo.com/educacao/oab/noticia/2015/03/estudante-muculmana-e-interrompida-durante-o-exame-da-oab-por-usar-veu.html>>. Acesso em 11 set. 2015

_____. **PM do Rio faz operação de abordagem e revista em Copacabana**. 30 ago. 2015. Disponível em <<http://g1.globo.com/rio-de-jan./noticia/2015/08/pm-do-rio-faz-operacao-de-abordagem-e-revista-em-copacabana.html>>.

GARDBAUM, S. The structure and scope of constitutional rights. **Comparative Constitutional Law**. Ed. GINSBURG, Tom. & DIXON, Rosalind. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Inc., p. 387-406, 2011.

GARGARELLA, R. **La justicia frente al gobierno**: sobre el carácter contramayoritário del poder judicial. Barcelona: Ariel, 1996.

_____. **Latin American Constitutionalism, 1810-2010**: The engine room of the Constitution. Nova Iorque: Oxford University Press, 2013.

GOFFMAN, E. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4a. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2013.

GOMES, J. B. B. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade**: o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GUNTHER, G. The Supreme Court, 1971 - Foreword: In search of evolving doctrine on a changing court: A model of for a newer equal protection. **Harvard Law Review**, [S. 1], v. 86, 1972.

HABERMAS, J. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, vol 1, Tradução: Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997

_____. **Entre naturalismo e religião**: estudos filosóficos. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

_____. **The inclusion of the other**. Cambridge: MIT Press, 2000.

HENRARD, K. Duties of Reasonable Accommodation in relation to religion and the European Court of Human Rights: a closer look at the prohibition of discrimination, the freedom of religion and related duties of state neutrality. **Erasmus Law Review**, [S. 1], v. 5, n. 1, p. 59-77, 2012.

HESSE, K. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

_____. La fuerza normativa de la constitución. In: HESSE, K. **Escritos de derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 61-84, 1983.

HONNETH, A. **Luta por reconhecimento**. Tradução de Luiz REPA. São Paulo: 34, 2003.

_____. Reconhecimento ou redistribuição? A mudança de perspectivas na ordem moral da sociedade. In: SOUZA, J.; MATTOS, P. **Teoria crítica no século XXI**. São Paulo: Annablume, 2007.

_____. Redistribution as Recognition: A Response to Nancy Fraser. In: FRASER, N.;

_____. **Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange**. Tradução de Joel GOLB e James INGRAM. London: Verso, p. 110-197, 2004.

_____. **The Fragmented World of the Social**: essays in social and political philosophy. Albany: State University of New York, 1995.

HOUAISS, A. **Dicionário inglês-português**, 15ª ed., Rio de Janeiro: Record, 2005.

HUNTER, R. C.; SHOBEN, E. W. Disparate Impact Discrimination: American Oddity or Internationally Accepted Concept? **Berkeley Journal of Employment and Labor Law**, 19, n. 1, 108-152, 1998.

IKAWA, D. **Ações afirmativas em universidades**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. Direito às ações afirmativas em Universidades Brasileiras. In: SARMENTO, D.; _____; PIOVESAN, F. **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 365-410, 2010.

INESC, **Eleições 2014**: Congresso Nacional permanecerá desigual nos próximos 4 anos. Disponível em < <http://www.inesc.org.br/noticias/noticias-do-inesc/2014/out./eleicoes-2014-congresso-nacional-permanecera-desigual-nos-proximos-4-anos>>. Acesso em 7 out. 2015

ITÁLIA. Corte Constitucional, *Sentença n° 163*, 15 abr. 1993.

_____. Corte Constitucional, *Sentença n° 264*, 13 nov. 2013.

JACOBSON, G. J., **Constitutional Identity**. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

KANT, I. Fundamentação da metafísica dos costumes. Segunda seção: transição da filosofia moral popular para a metafísica dos costumes. In: KANT, I. **Textos selecionados**. Tradução de Paulo Quintela, Rubens Rodrigues Torres Filho Tania Maria Bernkopf. São Paulo: abr. Cultural, p. 119-148, 1980.

KELSEN, H. **A justiça e o direito natural**. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KRECKEL, Reinhardt, Politische Soziologie der sozialen Ungleichheit, Frankfurt, Campus, 1992 *apud* SOUZA, J. (Não) reconhecimento e subcidadania, ou o que é “ser gente”? **Lua Nova**, [S. 1], v. 54, p. 51-73, 2004.

KRELL, A. J. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

LASSALLE, F. **A essência da Constituição**. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LEAL, V. N. **Coronelismo, exada e voto**: o município e o regime representativo no Brasil, 7ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LEMMENS, T.; THIERY, Y. Insurance and Human Rights: What Can Europe Learn from Canadian Anti-Discrimination Law? In: COUSY, H.; VAN SCHOUBROECK, C. **Discrimination in Insurance**. [S.l.]: Maklu / Academia-Bruylant, 2007.

LEPOFSKY, M. D. The Canadian Judicial Approach to Equality Rights: Freedom Ride or Roller Coaster. **Law and Contemporary Problems**, [S. 1], v. 55, p. 167-200, 1992.

LOCKE, J. **Two treatises of Government and A Letter Concerning Toleration**. New Haven: Yale University Press, 2003.

LOEWENSTEIN, K. **Teoría de la Constitución**. 2ª. ed. Barcelona: Ariel, 1979.

MADISON, J.; HAMILTON, A.; JAY, J. **The Federalist**. [S.l.]: [s.n.], 1788. Disponível em: <<http://www.constitution.org/fed/federa00.htm>>. Acesso em: 19 set. 2014.

MARTEL, L. D. C. V. Adaptação Razoável: O Novo Conceito sob as Lentes de Uma Gramática Constitucional Inclusiva. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, [S. l.], v. 8, n. 14, jun. 2011.

MARTINS, I. G. D. S. Cota racial é forma de discriminação imposta pela lei e autoridade. **Consultor Jurídico**, 11 mar. 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-mar-11/cota_racial_forma_discriminacao_imposta_lei>. Acesso em: 25 abr. 2015.

MARX, K. **Crítica ao programa de Gotha**. [S.l.]: [s.n.], 1875. Disponível em <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/gotha.pdf>>. Acesso em 3 out. 2015.

MATTOS, P. **A sociologia política do Reconhecimento**: As contribuições de Charles Taylor, Axel Honneth e Nancy Fraser. São Paulo: Annablemu, 2006.

MCCORMICK, M. L. Disparate impact and equal protection after Ricci v. DeStefano. **Saint Louis U. Legal Studies Research Paper**, 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2132639>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

MCCRUIDEN, C. Human dignity and judicial interpretation of human rights. **The European Journal of International Law**, [S. l.], v. 19, n. 4, p. 655-724, 2008.

_____. In pursuit of Human Dignity: an introduction to current debates. In: MCCRUDDEN, C. **Understanding human dignity**. Oxford: Oxford University Press, p. 1-58, 2013.

_____. Institutional Discrimination. **Oxford Journal of Legal Studies**, [S. l.], v. 2, n. 3, p. 303-367, 1982.

MELLO, C. A. B. D. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

NINO, C. S. **La constitución de la democracia deliberativa**. Tradução de Roberto P. Saba. Barcelona: Gedisa, 1997.

NOZICK, R. **Anarquia, Estado e Utopia**. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

NUSSBAUM, M. C. **Creating Capabilities**: the human development approach. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. Disponível em <

http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em 1 out. 2015.

PARÉ, M. Refining the Test for Discrimination in the Context of Special Education: Moore v British Columbia. **Journal of Law & Equality**, [S. l], v. 10, p. 71-84, 2013.

PEDROTTI, I. A. **Concubinato União Estável**. São Paulo: Universitária de Direito, 1999.

PEREIRA, J. R. G. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERRY, P. L. Two Faces of Disparate Impact Discrimination. **Fordham Law Review**, [S. l], v. 59, p. 523-595, 1991.

PERU. Tribunal Constitucional, Sala 1, Ação de Amparo, Sentença n° 02317-2010, de 10 jul. 2007.

_____. Tribunal Constitucional, Sala 2, Ação de Amparo, Sentença n° 05652-2007, 06 nov. 2008.

PIOVESAN, F. A estrutura normativa do sistema regional de proteção dos direitos humanos – O sistema interamericano. In: **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, 14^a ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Flávia Piovesan diz que não há liberdade sem igualdade. **OAB Distrito Federal**, Distrito Federal. Disponível em <<http://www.oabdf.org.br/noticias/flavia-piovesan-diz-que-nao-ha-liberdade-sem-igualdade/>>. Acesso em 2 out. 2015.

_____. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional. In: SARMENTO, D.; IKAWA, D.; PIOVESAN, F. **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 47-76, 2010.

_____; PIOVESAN, L.; SATO, P. K. Implementação do direito à igualdade. In: _____. **Temas de direitos humanos**. 5^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

POJMAN, L. P.; WESTMORELAND, R. **Equality: Selected Readings**. New York: Oxford University, 1997.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional, *Acórdão n° 306/03*, 13 mai. 2003.

POST, R.; SIEGEL, R. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, [S. l], 2007.

POWEL JR., L. F. Carolene Products Revisited. **Columbia Law Review**, [S. l], 82, n. 6, p. 1087-1092, out. 1982.

PRIMUS, R. The future of disparate impact. **Michigan Law Review**, [S. l], p. 1341-1387, jun. 2010.

PULIDO, C. El juicio de la igualdad em la jurisprudência de la Corte Constitucional Colombiana In: **Instrumentos de Tutela y Justicia Constitucional**, Ciudad Universitaria: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 61. Disponível em <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/344/5.pdf>>. Acesso em 7 out. 2015.

RANGEL, R. R. O dever de adaptação razoável e a discriminação por motivo religioso nas relações de trabalho. **Revista LTr**, [S. l], v. 77, n. 09, set. 2013.

RAWLS, J. **A Theory of Justice**: Revised Edition. Cambridge: Belknap, 1999.

_____. **O Liberalismo Político**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo e Álvaro de Vita. 2ª. ed. São Paulo: Ática, 2000.

RAZ, J. **The authority of Law**: essays on law and morality. Oxford: Oxford University, 2009.

REAUME, D. G. Harm and Fault in Discrimination Law: The Transition from Intentional to Adverse Effect Discrimination. **Theoretical Inquiries in Law**, [S. l], v. 2, n. 1, p. 349-386, jan. 2001.

RIBEIRO, A. C. Teoria democrática entre a perspectiva elitista e a teoria crítica. **Interseções**. [S. l], v. 12, n. 2, p. 408-425, dez. 2010,

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

ROCHA, C. L. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Lê, 1990.

RODRIGUES, S. **Direito Civil**. 27ª. ed. São Paulo: [s.n.], v. 6, 2002.

ROSENFELD, M. **The identity of the constitutional subject**: selfhood, citizenship, culture, and community. Nova Iorque: Routledge, 2010.

ROSENTHAL, L. Saving Disparate Impact. **Chapman University School Legal Studies Research Paper Series**, 2013. 2158-2209. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2045688>>. Acesso em: 5 jul. 2015.

ROUSSEAU, J.-J. **O contrato social**. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. 3ª Edição. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SAHLINS, M. **Cultura e Razão Prática**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

SANDEL, M. J. The Procedural Republic and the Unencumbered Self. **Political Theory**, [S. l], v. 12, n. 1, p. 81-96, fev. 1984.

SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Art 1º, III. In: CANOTILHO, J. J. G., et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 1ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 121-127.

SARMENTO, D. A Igualdade Étnico-Racial no Direito Constitucional Brasileiro: Discriminação "De Facto", Teoria do Impacto Desproporcional E Ação Afimativa. In: SARMENTO, D. **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 139-166.

_____. Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais. In: SARMENTO, D.; IKAWA, D.; PIOVESAN, F. **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 619-660, 2010.

_____. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Legalização do aborto e Constituição. In: SARMENTO, D. **Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 95-138, 2006.

SCHMIDT, C. J. Analyzing the text of the equal protection clause. **Cornell Journal of Law and Public Policy**. [S. 1], v. 12, p. 85-143, 2002.

SCHWARTZ, R. **Ao vencedor as batatas: forma literária e processo social nos inícios do romance brasileiro**. São Paulo: 34, 2001.

SEINER, J. A.; GUTMAN, B. N. Does Ricci herald a new disparate impact? **Boston University Law Review**, [S. 1], v. 90, p. 2182-2222, 2010.

SEN, A. **Inequality Reexamined**. New York: Oxford University, 1992.

SIEGEL, R. From Colorblindness to Antibalkanization: An Emerging Ground of Decision in Race Equality Cases. **The Yale Law Journal**, [S. 1], v. 120, p. 1278-1366, 2011.

_____. Why equal protection no longer protects: the evolving forms of status-enforcing state action. **Stanford Law Review**, [S. 1], v. 49, p. 1111-1148, 1997.

SILVA, F. D. L. L. D. **Princípio Constitucional da Igualdade**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SILVA, J. A. D. **Comentário contextual à Constituição**. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33a. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, V. A. D. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, [S. 1], n. 798, p. 23-50, 2002.

SOUZA NETO, C. P. D. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa**. Renovar: Rio de Janeiro, 2006.

_____; SARMENTO, D. **Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho**. 1ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SOUZA, J. (Não) reconhecimento e subcidadania, ou o que é "ser gente"? **Lua Nova**, [S. 1], v. 54, p. 51-73, 2004.

_____. A sociologia dual^[1] de Roberto DaMatta: descobrindo nossos mistérios ou sistematizando nossos auto-enganos? **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, [S. l], vol. 16, n. 44, p. 47-97, 2001.

_____. Pierre Bourdieu, pensador da periferia? In: SOUZA, J.; MATTOS, P. **Teoria crítica no século XXI**. São Paulo: Annablume, p. 55-78, 2007.

SUK, J. Disparate Impact Abroad. **Cardozo Legal Studies Research Paper No. 425**, 12 mar. 2014. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2408143>>. Acesso em: 1 ago. 2015.

SUNSTEIN, C. Second-Order Perfectionism, dez. 2006. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=948788>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

SWEET, A. S.; MATHEWS, J. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism, **Columbia Journal of Transnational Law**, [S. l], n. 47, p. 72-164, 2008-2009.

TAYLOR, C. **Hegel: sistema, método e estrutura**. São Paulo: É Realizações, 2014.

_____. The Politics of Recognition. In: TAYLOR, C. **Multiculturalism**. New Jersey: Princeton University Press, 1994.

TEPEDINO, G. Normas Constitucionais e Direito Civil na construção unitária do ordenamento. **Revista de Direito do Estado - RDE**, [S. l], n. 7, p. 69-80, jul./set. 2007.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho da União Europeia, Diretiva nº 2000/43/EC de 29 jun. 2000.

_____. Conselho da _____. Diretiva nº 2000/78/EC de 27 nov. 2000.

_____. Conselho da _____. Diretiva nº 2004/113/EC de 13 dez. 2004.

_____. Conselho da _____. Diretiva nº 2006/54/EC de 5 jul. 2006.

_____. Diretiva 97/80/CE do Conselho, 15 dez. 1997.

_____. Tribunal de Justiça, acting on behalf of Jette Ring v Dansk almennyttigt Boligselskab (C-335/11) and HK Danmark, acting on behalf of Lone Skouboe Werge v Dansk Arbejdsgiverforening acting on behalf of Pro Display A/S (C-337/11), Caso 335/11 e Caso 337/11 [2013], 11 abr. 2013.

_____. Tribunal de Justiça, AG Leopold Schmitzer v Bundesministerin für Inneres, Caso 530/13 [2014], 11 nov. 2014.

_____. Tribunal de Justiça, *Arbeiterwohlfahrt der Stadt Berlin e.V. v. Monika Bötzel*, Caso 360/90 [1992], Colect. 246, 4 jun. 1992.

_____. Tribunal de Justiça, Asociația ACCEPT v Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării Frédéric Hay v Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres, Caso 81/12 [2015], 25 abr. 2013.

_____. Tribunal de Justiça, *Bernard Leplat v. Territory of French Polynesia*, Caso 260/90 [1992], Colect. 643, 12 fev. 1992.

- _____. Tribunal de Justiça, *Bilka - Kaufhaus GmbH v Karin Weber von Hartz*, Caso 170/84 [1986], Colect. 1607, 13 mai. 1986.
- _____. Tribunal de Justiça, *Caisse régionale d'assurance maladie de Lille (CRAM) v Diamante Palermo, née Toia*, Caso 237/78 [1979] Colect. 2645, 12 jul. 1979.
- _____. Tribunal de Justiça, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD v. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, Caso 83/14 [2015], Colect. 480, 16 jul. 2015.
- _____. Tribunal de Justiça, *Commission of the European Communities v Ireland*, Caso 61/77 [1978], Colect. 417, 16 fev. 1978.
- _____. Tribunal de Justiça, *Commission of the European Communities v. Ireland*, Caso 61/77 [1978], Colect. 595, 22 mar. 1977.
- _____. Tribunal de Justiça, *Commission of the European Communities v. Italian Republic*, Caso 163/82 [1983], Colect. 3273, 26 out. 1983.
- _____. Tribunal de Justiça, *Commission of the European Communities v. Kingdom of Belgium*, Caso 132/82 [1983], Colect. 1649, 17 mai. 1983.
- _____. Tribunal de Justiça, *Commission of the European Union v Kingdom of Belgium*, Caso C-170/98 [1999] ECR I-5493.
- _____. Tribunal de Justiça, *David Hütter v Technische Universität Graz*, Caso 88/08 [2009], 18 jun. 2009.
- _____. Tribunal de Justiça, *Edeltraud Elsner-Lakeberg v. Land Nordrhein-Westfalen*, Caso 285/02 [2004], Colect. 5861, 27 mai. 2004.
- _____. Tribunal de Justiça, *Edith Freers and Hannelore Speckmann v. Deutsche Bundespost*, Caso 278/93 [1996], Colect. 1165, 7 mar. 1996.
- _____. Tribunal de Justiça, *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v Stichting Vormingscentrum voor Jong. Volwassenen (VJV- Centrum) Plus*, C-177/88 [1991].
- _____. Tribunal de Justiça, *Erika Steinicke v. Bundesanstalt für Arbeit*, Caso C-77/02, 11 set, [2003] ECR I-9027.
- _____. Tribunal de Justiça, *European Commission v Hungary*, Caso 286/12 [2012], 6 dez. 2012.
- _____. Tribunal de Justiça, *Fag og Arbejde (FOA) v Kommunernes Landsforening (KL)*, Caso 354/13 [2014], 18 dez. 2014.
- _____. Tribunal de Justiça, *Gabrielle Defrenne v. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, Caso 149/77 [1978], Colect. 1365, 15 jun. 1978.
- _____. Tribunal de Justiça, *Georg Felber v Bundesministerin für Unterricht, Kunst und Kultur*, Caso 529/13 [2015], 21 jan. 2015.

_____. Tribunal de Justiça, *Giovanni Maria Sotgiu v Deutsche Bundespost*, Caso 152/73 [1974], Colect. 153, 12 fev. 1974.

_____. Tribunal de Justiça, *Gisela Rummler v. Dato-Druck GmbH*, Caso 237/85 (1986) ECR 2102.

_____. Tribunal de Justiça, *H. Hansen jun. & O. C. Balle GmbH & Co. v. Hauptzollamt de Flensburg.*, Caso 148/77 [1978], Colect. 1787, 10 out. 1978.

_____. Tribunal de Justiça, *Helga Kutz-Bauer v Freie und Hansestadt Hamburg*, Caso C-187/00 [2003] ECR 2741.

_____. Tribunal de Justiça, *Helga Nimz v. Freie und Hansestadt Hamburg*, Caso 194/89 [1991], Colect. 297, 7 fev. 1991.

_____. Tribunal de Justiça, *Hellen Gerster v. Freistaat Bayern*, Caso 1/95 [1997], Colect. 5253, 2 out. 1977.

_____. Tribunal de Justiça, *HK Danmark v Experian A/S*, Caso 476/11 [2013], 26 set. 2013.

_____. Tribunal de Justiça, *Inge Nolte v. Landesversicherungsanstalt Hannover*, Caso C-317/93 [1995] ECR I-4925.

_____. Tribunal de Justiça, *Ingeniørforeningen i Danmark v Region Syddanmark*, Caso 499/08 [2010], 13 dez. 2010.

_____. Tribunal de Justiça, *Ingeniørforeningen i Danmark v Tekniq*, Caso 515/13 [2015], 27 fev. 2015.

_____. Tribunal de Justiça, *Ingrid Rinner-Kühn v FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG.*, Caso 171/88 [1989] Colect. 2743, 13 jul. 1989.

_____. Tribunal de Justiça, *J.P. Jenkins v Kingsgate (Clothing Productions) Ltd.*, Caso 96/80 [1981], collect 911, 31 mar. 1981.

_____. Tribunal de Justiça, *Jan Molenbroek v. Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank*, Caso 226/91 [1992], Colect. 5943, 19 nov. 1992.

_____. Tribunal de Justiça, *Johann Odar v Baxter Deutschland GmbH HK Danmark*, Caso 152/11 [2011], 28 mar. 2011.

_____. Tribunal de Justiça, *Julia Schnorbus v. Land Hessen*, Caso 79/99 [2000], Colect. 10997, 7 dez. 2000.

_____. Tribunal de Justiça, *Katharina Rinke v Ärztekammer Hamburg* Caso C-25/02 [2003] E.C.R. I -8349.

_____. Tribunal de Justiça, *Kuratorium für Dialyse und Nierentransplantation e.V. v. Johanna Lewark*, Caso 457/93 [1996], Colect. 243, 6 fev. 1996.

_____. Tribunal de Justiça, *M. L. Ruzius-Wilbrink vs. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Overheidsdiensten*, Caso C-102/88, 13 dez. 1989

_____. Tribunal de Justiça, *Maria Kowalska v. Freie und Hansestadt Hamburg*, Caso 33/89 [1990], Colect. 265, 27 jun. 1990.

_____. Tribunal de Justiça, *Mario Vital Pérez v Ayuntamiento de Oviedo*, Caso 416/13 [2014], 13 nov. 2014.

_____. Tribunal de Justiça, *Nicole Wippel v. Peek & Cloppenburg GmbH & Co. KG*, Caso 313/02 [2004], Colect. 607, 12 out. 2004.

_____. Tribunal de Justiça, *ÖBB Personenverkehr AG v Gotthard Starjakob*, Caso 417/13 [2015], 28 jan. 2015.

_____. Tribunal de Justiça, *Office national de l'emploi v. Ioannis Ioannidis.*, Caso 258/04 [2005], Colect. 559, 15 set. 2005.

_____. Tribunal de Justiça, *Petra Kirsammer Hack v. Nurhan Sidal*, Caso C-189/91 [1993] ECR I- 6185.

_____. Tribunal de Justiça, *Rita Grau-Hupka v. Stadtgemeinde Bremen Brigitte Kording v Senator für Finanzen*, Caso 297/93 [1994], Colect. 5535, 13 dez. 1994.

_____. Tribunal de Justiça, *Siegfried Pohl v ÖBB Infrastruktur*, Caso 429/12 [2014], 16 jan. 2014.

_____. Tribunal de Justiça, *Steinike & Weinlig v. Federal Republic of Germany*, Caso 78/76 [1977], Colect. 417, 16 fev. 1978.

_____. Tribunal de Justiça, *Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt Gesellschaft mbH v Betriebsrat Bord der Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt Gesellschaft mbH*, Caso 132/11 [2012], 7 jun. 2012.

_____. Tribunal de Justiça, *Union de Recouvrement des Cotisations de Sécurité Sociale et d'Allocations Familiales de la Savoie (URSSAF) v. Hostellerie Le Manoir SARL.*, Caso 27/91 [1991], Colect. 5531, 21 nov. 1991.

_____. Tribunal de Justiça, *Ursula Megner and Hildegard Scheffel v. Innungskrankenkasse Vorderpfalz, now Innungskrankenkasse Rheinhessen- Pfalz*, Caso C-444/93 [1995] ECR I- 4741.

_____. Tribunal de Justiça, *Ursula Voß v. Land Berlin*, Caso 300/06 [2007], Colect. 757, 6 de dez. de 2007.

_____. Tribunal de Justiça, *Vasiliki Nikoloudi v. Organismos Tilepikoinonion Ellados AE*, Caso 196/02 [2005], Colect. 141, 10 de mar. de 2005.

_____. Tribunal de Justiça, *Vera Hoeckx v. Openbaar Centrum voor Maatschappelijk Welzijn, Kalmthout*, Caso 249/83 [1985], Colect. 973, 25 de mar. de 1985.

_____. Tribunal Europeu de Direitos Humanos, *D.H. e Outros v. República Checa*, App. n.º 57325/00, 13 de nov. 2007

_____. Tribunal Europeu de Direitos Humanos, *Opuz v. Turquia*, App. n.º 33401/02, 9 de jun. de 2009

_____. Tribunal Europeu de Direitos Humanos, *Zarb Adami v. Malta*, App. n.º 17209/02, 20 de jun. de 2006.

VENOSA, S. D. S. **Direito Civil: direito de família**. 7ª. ed. São Paulo: Atlas, v. 6, 2007.

VIEIRA, O. V. A Desigualdade e a Subversão do Estado de Direito. In: SARMENTO, D.; IKAWA, D.; PIOVESAN, F. **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 191-216.

WALZER, M. **Spheres of Justice: In Defense of Pluralism and Equality**. New York: Basic Books, 1983.

WOOD, G. S. **The Creation of the American Republic: 1776-1787**. Williamsburg: University of North Carolina Press, 1998.

YOSHINO, K. **Covering: The Hidden Assault on Our Civil Rights**. New York: Random House, 2006

YOUNG, I. M. **Justice and the Politics of Difference**. New Jersey: Princeton University Press, 1990.

ZURN, C. F. Anthropology and normativity: a critique of Axel Honneth's "formal conception of ethical life". **Philosophy Social Criticism**, [S. l], v. 26, n. 1, p. 115-124, 2000.

_____. Group Balkanization or Societal Homogenization: is there a dilemma between recognition and distribution struggles? **Public Affairs Quarterly**, [S. l], v. 18, n. 2, p. 159-186, 2004.

_____. Identity or Status? Struggles over 'Recognition' in Fraser, Honneth, and Taylor. **Constellations**, Oxford, [S. l], v. 10, n. 4, 2003.