

Universidade de Lisboa

Faculdade de Direito



**DO DIREITO DA ANTIDISCRIMINAÇÃO: COMPROMISSO COM A  
FORÇA NORMATIVA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA  
IGUALDADE**

**SAMIRA MERCÊS DOS SANTOS**

DISSERTAÇÃO

MESTRADO CIENTÍFICO EM DIREITO E CIÊNCIAS JURÍDICAS  
ESPECIALIDADE DIREITO CONSTITUCIONAL

LISBOA  
2024

**SAMIRA MERCÊS DOS SANTOS**  
60012

**DO DIREITO DA ANTIDISCRIMINAÇÃO: COMPROMISSO COM A FORÇA  
NORMATIVA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no 2º Ciclo de estudos do Mestrado Científico em Direito e Ciência Jurídica, menção em Direito Constitucional, como requisito parcial à obtenção do título de mestre em Direito na área de Direito Constitucional.

Orientador: Professor Doutor Vitalino José Ferreira Prova Canas

Lisboa  
2024

*“My silences had not protected me. Your silence will not protect you. But for every real word spoken, for every attempt I had ever made to speak those truths for which I am still seeking, I had made contact with other women while we examined the words to fit a world in which we all believed, bridging our differences.”* (Audre Lorde, *The Cancer Journals*).

**Uma pessoa é uma pessoa através de outras pessoas**  
(*Umuntu Ngumuntu Ngabantu*, o princípio da ética Ubuntu dos povos Xhosa e Zulu)

*“Power without love is reckless and abusive... Power at its best is love implementing the demands of justice, and justice at its best is power correcting everything that stands against love.”*  
(Martin Luther King Jr.).

“Se a maioria revoltar-se, o que pode fazer a minoria?”  
(Carolina Maria de Jesus)

*“All the Women Are White; All the Blacks Are Men, But Some of Us are Brave”* (a landmark feminist anthology in *Black Women's Studies*)

“O medo atravessou o tempo e fez parte de nossa história desde sempre. (...) Era o medo de quem foi arrancado do seu chão. Medo de não resistir à travessia por mar e terra. Medo dos castigos, dos trabalhos, do sol escaldante, dos espíritos daquela gente. Medo de andar, medo de desagradar, medo de existir. Medo de que não gostassem de você, do que fazia, que não gostassem do seu cheiro, do seu cabelo, de sua cor. Que não gostassem de seus filhos, das cantigas, da nossa irmandade. Aonde quer que fôssemos, encontrávamos um parente, nunca estávamos sós. Quando não éramos parentes, nos fazíamos parentes. Foi a nossa valência poder se adaptar, poder construir essa irmandade, mesmo sendo alvos da vigilância dos que queriam nos enfraquecer. Por isso espalhavam o medo.”  
(JÚNIOR, Itamar Vieira. *Torto Arado*. São Paulo: Todavia, 2019)

## AGRADECIMENTOS

Completar um ciclo tão exigente quanto o do Mestrado em Direito e Ciências Jurídicas, ênfase em Direito Constitucional, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa não seria possível sem o apoio de outras pessoas que gentilmente me ofereceram palavras de incentivo, compreensão e de muito carinho ao longo dessa travessia. Neste pequeno espaço quero deixar o registro do meu profundo agradecimento a todos os que comigo estiveram e que talvez nem saibam o quanto me auxiliaram.

Às minhas avós, cuja memória honro ao perseverar na continuidade dos estudos pois com pouquíssima instrução encontraram no ato de alimentar, como cozinheiras, os caminhos de autodeterminação e sobrevivência para si e de seus filhos.

Aos meus pais, Antônio Eustáquio e Elza Conceição, agradeço todos os esforços realizados para que eu tivesse os melhores valores de amor, de respeito, de honestidade e a melhor educação que me permitiu ser a primeira filha em uma universidade federal no Brasil e posteriormente exercer o cargo de Promotora de Justiça no Ministério Público do Maranhão, após a aprovação no concurso público.

Aos meus irmãos Sávio e Samara, mesmo à distância, seguimos fraternalmente nos amando e vibrando pelas conquistas um dos outros.

Ao meu amado Igor Almeida companheiro de vida e de desafios acadêmicos (eu no mestrado e ele no doutoramento). Ter sua cumplicidade nesta jornada com paciência e respeitosa escuta, afeto e tantas xicaras de café para motivar-me tornou a travessia menos solitária e árdua.

Ao meu orientador Professor Doutor Vitalino José Ferreira Prova Canas agradeço as críticas e conselhos, paciência e prestatividade sobre a pesquisa e escrita deste trabalho. Aos professores Jorge Miranda, Jorge Reis Novais, Jaime Vale e Isabel Graes cuja acolhida, auxílio e incentivo na escrita dos relatórios acadêmicos tornaram o desafio da experiência do mestrado na Universidade de Lisboa uma acertada escolha pelo alto nível do ensino e pesquisa.

Ao(à)s colegas e amigos(as) que contribuíram para a conclusão desta tese, estimulando-me intelectual e emocionalmente, o meu profundo e sincero agradecimento. Mesmo correndo o risco de esquecer nomes importantes, não poderia deixar de registrar a cumplicidade e colaboração dos(as) amigos(as) Ivo Anselmo Höhn Júnior, Arnaldo Vieira, Thaís Emília de Sousa Viegas, Jéssica Gaspar, Rita de Cássia Gonçalves, Ruan Didier Bruzaca, Heliane Sousa Fernandes, Letícia Teresa Sales Freire, Raquel Madeira Reis, Linda Luz Matos Carvalho, Karla Viera Holanda de Faria, Marcio Thadeu Silva Marques, Alexandre Silva Soares, Carolina Costa Ferreira, Camilla de Magalhães Gomes, Cecília Olliveira, Marcelo Semer, Juliana Maria de Sousa, Tatiana Fernandes dos Anjos, Livia Maria Santana e Sant'Anna Vaz, Irene Cardoso Sousa, Amanda Ribeiro dos Santos, Karla Cristina da Silva Sousa, Chimelly Louise de Resenes Marcon, Ana Teresa Silva de Freitas, Élide Graziane, Andreia Marreiro Barbosa, Sandra Suely Moreira Martins Lurine Guimarães, Camila Franco Henriques, Janaína Sousa, Renato Souza Garcia e Livia Cruz. **Eu não ando só!**

À(o)s funcionária(o)s da biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa agradeço a ajuda e o empenho de sempre, os quais em tempos de Covid-19, foram ainda mais valiosos.

A minha equipe na 1ª Promotoria de Justiça de Pinheiro/Maranhão, Francisco Rangel e Amanda Coimbra muito obrigado pela parceria respeitosamente construída em prol do interesse público.

Dedico a cada menina e adolescente ouvida em depoimento especial, por seus relatos de abuso e exploração sexual e a todas as mulheres vítimas de violência doméstica e feminicídio que marcaram minha trajetória como Promotora de Justiça (magistrada do Ministério Público) ao longo destes 19 (dezenove) anos, dedicados a buscar-lhes a Igualdade, a Justiça, e a reparação.

## Resumo

A presente dissertação objetiva delinear as noções dos fundamentos filosófico e jurídico, do conteúdo, do objetivo do Direito da Antidiscriminação, também chamado Direito Antidiscriminatório, como compromisso, concreto e efetivo da força normativa do princípio constitucional da igualdade. Admite que o princípio da igualdade perante a lei, é um princípio estruturante do Estado Democrático de Direito e admitindo-o como um princípio de não discriminação. Surgida da ausência em literatura portuguesa sobre o Direito da Antidiscriminação e de escassa doutrina brasileira sobre o direito da antidiscriminação e sua imbricação com o princípio da igualdade, no plano interno, não da proteção multinível onde encontra-se em avançada deliberação e prolífica construção legal sobre o tema, justifica-se seu estudo no ramo do Direito Constitucional, já que as Cortes Constitucionais, em qualificado controle das justificativas contidas nas leis, em revisão judicial, verificam a legitimidade de distinções legais que podem resultar em assimetrias ou verdadeiras transformações sociais de status econômicos, culturais e políticos. A metodologia utilizada foi estudo bibliográfico e documental, fundamentado em concepções doutrinárias, privilegiando-se a leitura de autoras, seja no estudo realizado da igualdade como ideal de justiça, que aqui utilizamos o referencial teórico do modelo crítico e social abrangente de Nancy Fraser, da redistribuição, reconhecimento e representação, seja o mesmo cuidado ao longo de todo o estudo evidenciar autoras e a pesquisa escrita por mulheres. A pesquisa serve para questionar como o modelo de Fraser se adequa aos anseios do direito da antidiscriminação, questiona por que a igualdade precisa do Direito da Antidiscriminação seja para influenciar as legislaturas no design de políticas, seja legitimando ou não ações afirmativas e em que medida podemos dizer que uma lei merece ser proscrita por desrespeitar a proibição de discriminação e quando uma distinção é legítima. A pesquisa mostra a compreensão de que a dimensão formal da igualdade e a dimensão material do princípio estruturante não se antagonizam, mas sim se complementam a outras a dimensões, seja a igualdade como direito subjetivo ou como não discriminação direta e indireta. Reconhecer a força normativa à Constituição é ir além do discurso teórico em busca do aperfeiçoamento da sociedade e da garantia de maior participação social, promovendo o bem de todos.

**Palavras-chave:** Redistribuição, Reconhecimento, Representação, Princípio da Igualdade, Direito da Antidiscriminação, Ações afirmativas

## Abstract

The aim of this dissertation is to describe the philosophical and legal basis, content and objective of the Anti-Discrimination Law, as a concrete and effective commitment to the normative force of the principle of constitutional equal protection. It acknowledges that the principle of equality is structural principle of the Democratic Society and recognizes it as a principle of non-discrimination. Because of the lack of Portuguese literature on discrimination law and Brazil's small teaching of discrimination law and the overlap with the principle of equality at the national level, not because it is a multi-level protection where it is a long-term debate and a rich legal construction on the subject, its study in the field of constitutional law is justified because constitutional courts, through qualified monitoring of the justification contained in the law, judicial review, verify the legitimacy of legal distinctions that can lead to asymmetries or genuine social changes. The methodology used was based on a conceptual and systematic bibliographic study that emphasized the author's reading in the study of equality as a justice ideal, or in the study of women's authors, we used the theoretical framework of Nancy Fraser's comprehensive critical and social model of redistribution, recognition and representation, and the same care throughout the study. The study aims to ask whether Fraser's model is appropriate to the aspirations of the law on discrimination, why equality requires a law on discrimination, whether the law should influence legislators in policy formulation, whether positive actions are legitimate, and whether a law should be banned for violating the prohibition of discrimination, and whether a distinction is legitimate. The research shows that the formal dimensions of equality and the material dimensions of structural principles are not antagonistic, but complement each other with other dimensions, whether equality is subjective or direct or indirect non-discrimination. Recognizing the normative powers of the Constitution means transcending theoretical discourse in the search for improvement of society and ensuring greater social participation, for the benefit of all.

**Keywords.** Redistribution, Recognition, Representation, Equal Protection Principle, Anti-Discrimination Law, Affirmative Action

## Résumé

Le but de cette thèse est de décrire la base philosophique et juridique, le contenu et l'objectif de la loi anti-discrimination, en tant qu'engagement concret et efficace envers la force normative du principe d'égalité de protection constitutionnelle. Il reconnaît que le principe d'égalité est un principe structurel de la société démocratique et le reconnaît comme un principe de non-discrimination. En raison du manque de littérature portugaise sur le droit de la discrimination et du peu d'enseignement du droit de la discrimination au Brésil et du chevauchement avec le principe d'égalité au niveau national, non pas parce qu'il s'agit d'une protection à plusieurs niveaux où il s'agit d'un débat à long terme et d'une riche construction juridique sur le sujet, son étude dans le domaine du droit constitutionnel est justifiée parce que les tribunaux constitutionnels, à travers un contrôle qualifié de la justification contenue dans la loi, un contrôle judiciaire, vérifient la légitimité des distinctions juridiques qui peuvent conduire à des asymétries ou à de véritables changements sociaux. La méthodologie utilisée était basée sur une étude bibliographique conceptuelle et systématique qui mettait l'accent sur la lecture de l'auteur dans l'étude de l'égalité comme idéal de justice, ou dans l'étude des auteurs féminins, nous avons utilisé le cadre théorique de la critique globale et du modèle social de redistribution de Nancy Fraser. , reconnaissance et représentation, et le même soin tout au long de l'étude. L'étude vise à déterminer si le modèle de Fraser est adapté aux aspirations de la loi sur la discrimination, pourquoi l'égalité nécessite une loi sur la discrimination, si la loi devrait influencer les législateurs dans la formulation des politiques, si les actions positives sont légitimes et si une loi devrait être interdite. pour violation de l'interdiction de discrimination et si une distinction est légitime. La recherche montre que les dimensions formelles de l'égalité et les dimensions matérielles des principes structurels ne sont pas antagonistes, mais se complètent par d'autres dimensions, que l'égalité soit subjective ou la non-discrimination directe ou indirecte. Reconnaître les pouvoirs normatifs de la Constitution signifie transcender le discours théorique dans la recherche de l'amélioration de la société et assurer une plus grande participation sociale, pour le bénéfice de tous.

**Keywords:** Redistribution, reconnaissance, représentation, principe d'égalité, loi anti-discrimination, actions positives

## SUMÁRIO

|   |            |
|---|------------|
| <b>1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS .....</b>   | <b>3</b>   |
| <b>1.1 Delimitação do tema e questões orientadoras.....</b>   | <b>3</b>   |
| <b>2.A IGUALDADE COMO JUSTIÇA: O DIREITO DA ANTIDISCRIMINAÇÃO EM<br/>NANCY FRASER .....</b>   | <b>9</b>   |
| 2.1. Nancy Fraser: modelo bidimensional de Justiça e Paridade Participativa .....   | 10         |
| 2.2. Teoria Crítica do Direito de Fraser .....  | 24         |
| <b>3.A IGUALDADE NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO</b>  | <b>31</b>  |
| 3.1. Democracia e Igualdade .....   | 31         |
| 3.2. Igualdade como princípio jurídico .....  | 36         |
| 3.2.1. Igualdade de tratamento perante a Lei: igualdade formal.....   | 44         |
| 3.2.2. Igualdade jurídico material .....  | 51         |
| 3.2.3. Igualdade como direito subjetivo .....   | 53         |
| 3.2.4. Igualdade como não discriminação .....   | 54         |
| 3.2.5. Igualdade real: igualdade como não subordinação.....   | 56         |
| <b>4. SENTIDO E ALCANCE DO DIREITO DA ANTIDISCRIMINAÇÃO .....</b>   | <b>60</b>  |
| 4.1. Direito da Antidiscriminação como pilar estruturante do estado democrático de direito  | 60         |
| 4.2. conceito jurídico de discriminação.....  | 64         |
| 4.3 A proteção de minorias nas democracias contemporâneas: o conflito de concepções e o<br>âmbito de proteção do direito da antidiscriminação ..... | 65         |
| 4.3.1. Antidiferenciação, princípio da antidiscriminação e o direito a igual tratamento ..  | 68         |
| 4.3.2. Anti-subordinação e o direito a ser tratado como igual.....  | 72         |
| 4.3.3. Critérios proibidos de discriminação: as classificações suspeitas e investigação das<br>motivações de discriminação.....                     | 75         |
| 4.4. modalidades de discriminação .....   | 93         |
| 4.4.1. discriminação direta ou <i>disparate treatment</i> .....   | 95         |
| 4.4.2. discriminação direta e o exame da motivação da medida.....   | 104        |
| 4.4.3. discriminação indireta ou <i>disparate impact</i> .....  | 110        |
| 4.4.4. discriminação interseccional .....   | 115        |
| 4.4.5. discriminação positiva ou ações afirmativas.....   | 122        |
| <b>CONCLUSÃO .....</b>  | <b>133</b> |

**REFERÊNCIAS.....136**

O presente relatório está escrito em português brasileiro. As normas técnicas que compõem a formatação do trabalho estão de acordo com as recomendações da *American Psychological Association (APA)*, sexta edição, e com suas diretrizes para composição de escritos acadêmicos. Reserva-se a utilização do itálico para palavras ou expressões em língua estrangeira e como recurso de ênfase em termos e/ou expressões pontuais no decorrer do texto.

## 1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

### 1.1 Delimitação do tema e questões orientadoras

A presente dissertação de mestrado em Direito e Ciências Jurídicas concentra-se em Direito Constitucional, e tem por objeto de estudo as noções do direito da antidiscriminação, sua definição, objeto, elementos normativos e modalidades principais como concretização normativa do princípio da igualdade.

Serão explorados os fundamentos da igualdade, o conteúdo deste princípio fundamental, sua relação com a democracia e qual igualdade jurídica é assegurada no âmbito do direito da antidiscriminação.

A igualdade e a não discriminação são princípios que estão presentes na maioria dos textos constitucionais. No entanto, fora dos textos constitucionais vive-se em profunda desigualdade socioeconômica. A pesquisa não discutirá o conceito de minorias, dados os diversos dissensos encontrados.

Para fins da objetividade da pesquisa quando mencionado o termo minoria, estaremos nos referindo a Declaração dos Direitos de Pessoas que Pertencem a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas, adotada pela Assembleia Geral da ONU, em 1992<sup>1</sup>. Os mais atingidos tem sido os chamados vulneráveis, crianças, idosos, mulheres, pessoas com deficiência, negros e indígenas, LGBTIQAP+ (Lésbicas, gays, bissexuais, transexuais ou transgêneros, queer, intersexo, assexual e outros grupos de gênero e de sexualidade), pessoas em desvantagem socioeconômica e no direito de ser quem se é, ou seja, desrespeito à sua identidade<sup>2</sup>.

O interesse do direito sobre o direito das minorias é justamente a marca da subordinação, inferioridade, da opressão, da submissão que as condutas sociais construídas ou mesmo legislações

---

<sup>1</sup> Organização das Nações Unidas ONU (2010). Declaration on the Rights of Persons belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities, acesso em 10 janeiro 2024, de [https://waps.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Minorities/Booklet\\_Minorities\\_English.pdf](https://waps.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Minorities/Booklet_Minorities_English.pdf),

<sup>2</sup> Na exata enumeração feita por Laura Clérico: “en el contexto de América Latina, esas poblaciones en situación de desventaja estructural que padecen cotidianamente las violaciones a sus derechos son las poblaciones desplazadas forzadamente, las personas con discapacidad, las niñas y los niños, las poblaciones migrantes, los pueblos indígenas y afrodescendientes, las mujeres, las personas adultas mayores, y la lista continúa”. Clérico, L. (2018). *Derechos y proporcionalidad: violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión Miradas locales, interamericanas y comparadas*. (P. E. Querétaro, Ed.) Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. p.5.

estabelecem nas relações de poder entre dominantes e minorias, que não necessariamente são os grupos estatisticamente menores numa determinada sociedade.

Embora alguns países, tenham direitos de igualdade constitucionalizados de longa data, é indiscutivelmente, somente após a Segunda Guerra Mundial que esses direitos constitucionais foram interpretados de forma ampla, de modo a reconhecer que todos os cidadãos têm certos direitos à não discriminação. Este é um campo de investigação relativamente jovem, refletindo o fato de que a maioria das leis antidiscriminação são relativamente novas.

Uma das razões para a escolha desse tema foi buscar esclarecer como a igualdade importa para a Democracia, e como a construção de uma sociedade justa também perpassa por uma vida social sem discriminação num ideal de igualdade e respeito à intrínseca dignidade de todas as pessoas.

A segunda razão para a escolha do tema foi questionar se a igualdade tal como formulada nas Constituições dá conta dos desafios de uma sociedade multicultural.

Durante a pesquisa, percebeu-se que, tanto no Direito brasileiro como no Direito português é assaz, na doutrina e na jurisprudência, o entendimento da igualdade se iniciar pela compreensão do conteúdo jurídico do princípio estruturante nas dimensões formal e material. Nos últimos anos, observou-se o surgimento do Direito da Antidiscriminação, um novo ramo do Direito que estuda o princípio isonômico e que acrescentou novos “[...] elementos, princípios, institutos e perspectivas para a compreensão do conteúdo jurídico do princípio da igualdade e de suas consequências”<sup>3</sup>.

A terceira razão que se tenta responder nessa dissertação é quanto a suficiência do escrutínio da razoabilidade e proporcionalidade para aferir as violações ao direito de igualdade ou se aos clássicos critérios novos podem alcançar a almejada igualdade substantiva para todos.

Os desafios trazidos pelo período da pandemia de Covid-19, foram exacerbados pelas já existentes desigualdades, principalmente de classe social, gênero e raça para citar alguns exemplos, episódios como a morte de George Floyd centralizaram o debate sobre racismo, violência policial e quais as vidas impontam. Episódios como a morte de Miguel Otávio Santana da Silva (5 anos), no Brasil, que enquanto a mãe trabalhava de doméstica, caiu do nono andar do prédio dos patrões de sua mãe, na zona nobre da cidade de Recife. No Brasil a primeira morte de covid- 19 foi de uma empregada doméstica negra, no dia 12 de março, o que fez explodir as denúncias de cárcere privado por famílias de classe média e alta de empregadas domésticas e diversos resgates de

---

<sup>3</sup> Rios, R. R. (2008). *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 13.

empregadas domésticas em situação análoga a escravidão. A pandemia nos mostrou a insinceridade da gramática da igualdade: nem todos são iguais.

Como novo campo do direito, busca-se a sistematização do direito da antidiscriminação ou direito antidiscriminatório, estruturando-se a exposição de seus fundamentos filosóficos, jurídicos sua natureza e propósito. Esta dissertação se propõe ao estudo e exposição do estado da arte, do Direito da Antidiscriminação, sua interação com o princípio da igualdade e sua importância na proteção de minorias e, portanto, da própria Democracia.

Por reconhecer a importância do estudo das teorias sociais críticas para esclarecer os desafios e limites do Direito da Antidiscriminação dentro desses paradigmas que propõem a emancipação social e política. Inicia-se a investigação pelo fundamento filosófico do direito da antidiscriminação. A escolha pela teoria crítica e não a tradicional (liberalismo igualitário) está no objetivo prático dessa episteme, de desafiar a opressão ou dominação e melhorar a liberdade em sentido à emancipação humana.

A teoria da justiça é, em suma, uma teoria sobre a justificação da igualdade abstrata/desigualdade concreta em uma organização social, e ao longo do tempo as diferentes perspectivas que a compõem encontraram várias concepções explicativas. Por considerar que os diversos fundamentos filosóficos do direito da antidiscriminação representam um desafio que demanda maior tempo de leitura e sistematização de todos os modelos teóricos de igualdade e justiça, é impossível de se ver bem realizado no estreito tempo de desenvolvimento e amadurecimento como pesquisadora, que é a proposição de uma dissertação de mestrado.

Inicialmente, escolheu-se a filósofa estadunidense Nancy Fraser, porque desenvolveu uma teoria crítica que ao buscar explicar a realidade social contemporânea, propôs um modelo de justiça normativa com potencial de alcançar a transformação da sociedade, sem no entanto, propor uma ruptura drástica com o padrão de sistemas econômico, social ou cultural e político, o que o tempo e o plano prático de reformas não reformistas de redistribuição, reconhecimento e representação – e aqui se inclui o direito da antidiscriminação –; poderão alterar.

Ademais Fraser foi amplamente mencionada nos julgamentos que confirmaram a constitucionalidade de leis e programas de ações afirmativas que reservaram cotas socioraciais para acesso à educação superior nas universidades públicas brasileiras e cotas raciais no serviço

público federal pelo Supremo Tribunal Federal, o que por si já justificaria o interesse pela teoria bidimensional/tridimensional de justiça.<sup>4</sup>

A presente pesquisa não ignora que é preciso fornecer uma base normativa para o direito da antidiscriminação, por reconhecer que os debates em torno dos fundamentos filosóficos contemporâneos sobre igualdade, são por si só insuficientes<sup>5</sup> quando os problemas de aplicação do direito surgem continuamente na revisão judicial, no exame da discriminação direta e da discriminação indireta e do atendimento da razoabilidade e proporcionalidade do princípio da igualdade.

Esse estudo possui certa dimensão histórica, na medida que trata da construção do direito da antidiscriminação através de conceitos que o tempo, e eventos históricos, como as leis de direitos civis, impulsionaram as perspectivas da antidiferenciação e da anti-subordinação como caminhos jurisprudências de análise e correção das discriminações. O estudo também busca ser comparativo, na medida que, contextualizados institutos do direito antidiscriminação surgidos em outros ordenamentos, mas que repercutem na jurisprudência ou nas Constituições brasileira e portuguesa, sem, no entanto, buscar estabelecer diferenças e semelhanças sobre os dois diferentes modelos constitucionais.

Apesar da ambição de profundidade histórica, normativa e jurisprudencial a presente investigação, é limitada a ser uma dissertação, assim a menção as normativas, poderão ser esporádicas, sem pretensão de aprofundamento, apenas para ilustrar as análises necessárias a finalidade do estudo. Assim tenciona-se mencionar as referências normativas brasileira, portuguesa e por vezes a

---

<sup>4</sup> Fraser formulou sua teoria bidimensional, com a paridade participativa como “partícula normativa” capaz de integrar redistribuição e reconhecimento. Em que pese as críticas endereçadas por Zurn, conforme exposto na obra de Corbo (2017) de que a filósofa alterou por pelo menos 4 quatro vezes seu modelo de justiça, utilizaremos o texto apresentado na obra Fraser, N. (2003). *Social justice in the age of identity politics: redistribution, recognition, and participation*. Em N. Fraser, & A. Honneth, *Redistribution or recognition? A political philosophical exchange* (J. Golb, J. Ingram, & C. Wilke, Trads., pp. 7-94). London: Editora Verso, embora mencionemos que a formulação tridimensional da teoria não é do nosso desconhecimento, sendo inclusive mencionado no estudo.

<sup>5</sup> Reconhecemos as críticas endereçadas por Hellman & Moreau (2013) quando apontam a insuficiência das abordagens filosóficas da antidiscriminação: seja porquê primeiramente o escopo da igualdade como um valor para estudiosos da antidiscriminação é mais amplo que o injusto, seja em segundo que a abordagem filosófica preocupa-se com modelos criados como sistemas gerais de princípios para a distribuição de recursos que garantam a orientação de legisladores no desenho de políticas específicas e, terceiro porque as preocupações dos filósofos concentram-se na distribuição de bens, sem preocupar-se com a distribuição justa do poder social e político na maior parte das teorias, ao contrário dos estudiosos do Direito da Antidiscriminação, ao preocupar-se com a disponibilidade desigual de bens públicos e a estigmatização ou marginalização de certos indivíduos ou grupos (Hellman, D., & Moreau, S. (Orgs.). (2013). Copyright Page. Em *Philosophical Foundations of Discrimination Law* (p. 0). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199664313.002.0003> )

americana, sobre a tutela de minorias, que buscaram concretizar a igualdade, de maneira não exaustiva, mas suficiente para o panorama geral e ilustrativo.

Dentre preocupações de perspectiva metodológica, delimita-se que este é um estudo teórico-jurídico, com a apresentação objetiva da doutrina jurídica. A presente investigação usa a produção doutrinária tanto para as questões específicas sobre igualdade, como sobre discriminação e o Direito da Antidiscriminação.

A apresentação de casos, também será ilustrativa, não tenciona a pesquisa, a discussão da igualdade a partir dos precedentes, com exauriente discussão dos casos, tendência predominante no estudo constitucional do direito americano. Os precedentes, quando mencionados, serão para ilustrar, os institutos conformativos do Direito da Antidiscriminação.

Também, esclarece-se que as razões que pesaram para escolha de filósofos e não pelos já conhecidos teóricos comumente estudados sobre o tema, como John Rawls, Ronald Dworkin, Amartya Sen, para citar os mais prestigiados, também advém do compromisso desta pesquisa em evitar uma desvantagem de gênero inconsciente, porém, ainda muito presente no meio acadêmico, consistente na lacuna de citações de produções científicas de mulheres, fato que se deseja não incorrer na escrita da pesquisa.<sup>6</sup> Esta escolha segue os movimentos acadêmicos que prestigiam a escrita e pesquisa de mulheres, a partir da análise feminista do direito ou feminismo jurídico, a exemplo do constitucionalismo feminista, que tem ressignificado os cânones epistemológicos, teóricos, metodológicos e dogmáticos do constitucionalismo na tradição contemporânea, em substanciação do direito constitucional, que desde a modernidade foi construído e projetado para um sujeito abstrato bem definido: o masculino.

---

<sup>6</sup> O trabalho não tem o desiderato de garantir uma bibliografia paritária, o que seria o ideal, entretanto, buscou-se prestigiar teóricas e doutrinadoras ao longo de todos os capítulos. A consciente motivação para essa escolha surgiu a partir da leitura de artigos e pesquisas que denunciaram a lacuna de citação, de gênero, que se deve em grande parcela a uma histórica cultura que subvalorizou gênero e igualmente raça como produções de menor cientificidade. Cf. Yan, V. X., Muenks, K., & Henderson, M. D. (2024). I forgot that you existed: Role of memory accessibility in the gender citation gap. *American Psychologist*. Advance online publication. <https://doi.org/10.1037/amp0001299>, pesquisa que explora as diferenças de gênero na acessibilidade da memória que podem contribuir para diferenças de gênero nas oportunidades e avanço na carreira e possíveis soluções para superar a lacuna de gênero. Também nos preocupa o número de ingressantes mulheres nos cursos de graduação e programas de mestrado. O relatório da Associação Econômica Latino-americana e Caribenha (Lacea, 2023) mostra que no Brasil apenas 36% dos alunos de graduação são mulheres, caindo para 23% em programas de mestrado (LACEA, Latin American and Caribbean Economic Association. The status of the women in the economics profession in Latin America. 2023. Disponível em [https://vox.lacea.org/files/WELAC\\_Report\\_2022.pdf](https://vox.lacea.org/files/WELAC_Report_2022.pdf). Sobre a ausência feminina na prática advocatícia, interessante pesquisa foi apresentada sobre a presença e atuação de advogadas perante a Corte de Apelação do 7º Circuito, nos EUA: [https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/women/how-unappealing-f\\_1.pdf](https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/women/how-unappealing-f_1.pdf).

A estrutura desta dissertação é a seguinte, primeiro explica-se o fundamento filosófico do direito da antidiscriminação, restrito ao estudo da teoria de Nancy Fraser. Em segundo o fundamento jurídico da igualdade e por fim as noções gerais dos aspectos mais relevantes para a compreensão deste emergente ramo do direito, seu conceito, suas dimensões, e modalidades.

Com o presente trabalho, espera-se trazer modesta contribuição ao intrincado tema do Direito da Antidiscriminação.

**2. A IGUALDADE COMO JUSTIÇA: O DIREITO DA ANTIDISCRIMINAÇÃO EM  
NANCY FRASER**

## 2.1. Nancy Fraser: modelo bidimensional de Justiça e Paridade Participativa

A teoria do reconhecimento<sup>7</sup>, como categoria da filosofia de Hegel, propõe compreender o pluralismo da sociedade contemporânea<sup>8</sup>, centrando boa parte dos escritos em definir as lutas sobre identidade e sobre diferença<sup>9</sup>, principalmente de indivíduos e grupos subalternizados<sup>1011</sup>.

<sup>7</sup> Pode se mencionar Georg Wilhelm Friedrich Hegel, como o precursor da Teoria do reconhecimento. Mas seus principais expoentes na filosofia política contemporânea são o filósofo canadense Charles Taylor, a filósofa estadunidense Nancy Fraser, o filósofo alemão Axel Honneth, e o filósofo francês Paul Ricoeur.

<sup>8</sup> Taylor em seu artigo *The politics of recognition*, sem a pretensão de estruturar uma teoria da justiça, afirmou que naquilo que se denomina multiculturalismo, as minorias a exigência do reconhecimento é um imperativo político. A ausência do reconhecimento (*misrecognition*) ou o reconhecimento errôneo, impacta na formação da identidade e traz prejuízos que afetam a estima desses indivíduos ou grupos de pessoas. Garcia (2005) apresenta uma crítica ao multiculturalismo, que apesar de apresentar-se como tentativa de construir pontes, tem fomentado clivagens sociais que têm entretido a igualdade e a liberdade como valores que se apliquem universalmente (Garcia, M. G. F. P. D. (2005). *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina. p. 8). Charles Taylor explica que os fundamentos da igualdade formal encontraram melhor desenvolvimento a partir da queda do Antigo Regime, quando se substituiu a noção de honra, pela noção de igual dignidade de todos. Já a noção de identidade e diferença, na visão de Taylor, se desenvolvem a partir de certas concepções de vida boa (autorrealização) e de respeito aos direitos fundamentais. Nesta última, o filósofo canadense, enaltece como uma segunda classe de cidadania, com programas ou políticas de redistribuição e oportunidades especiais, decorrentes da tensão entre a política da diferença e da igual dignidade, naquilo que as propostas do liberalismo igualitário se mostraram insuficientes em dar conta de uma realidade cada vez mais desigual. ((Taylor, C. (1994). *The politics of recognition*. In C. Taylor, K. A. Appiah, J. Habermas, S. C. Rockefeller, M. Walzer, Susan Wolf, & A. Gutmann (Ed.), *Multiculturalism: examining the politics of recognition* (pp. 25-75). Princeton, NJ: Princeton University Press).

<sup>9</sup> Retorna-se aos escritos de Nancy Fraser e sua teoria de Justiça, anteriormente utilizado nos estudos iniciais do primeiro ciclo do mestrado em Ciência Jurídica e apresentado no relatório da disciplina de Direito Constitucional, já que tanto Charles Taylor (1994) e Fraser (2003) a partir da premissa hegeliana de reconhecimento, constroem um paradigma que supera a proposição dos teóricos da justiça igualitária. Texto também componente de publicação de artigo em obra coletiva, cf. Santos, S. M. (2022). A teoria do reconhecimento de Nancy Fraser: uma ideia de Justiça para além da democracia racial. Em C. L. all., & A. N. Graciano (Ed.), *A defesa dos Direitos Humanos na visão de mulheres do Ministério Público* (1 ed., pp. 321-337). São Paulo: Tirant lo Blanch, p. 327

<sup>10</sup> Utilizaremos a palavra subalternizado ou subalterno no sentido de ser todo e qualquer sujeito marginalizado, “[...] àquele cuja voz não pode ser ouvida” (Almeida, S. R. G. (2010). Prefácio – Apresentando Spivak. In G. C. Spivak, *Pode o subalterno falar?* (pp. 7-18, S. R. G. Almeida, M. P. Feitosa, & A. P. Feitosa, Trads.). Belo Horizonte: Editora UFMG. p. 12). Já Dimoulis (2023) nomeia de tratamento constitucional dos oprimidos ou explorados para reunir sob esses vocábulos os grupos minoritários que a Constituição brasileira tencionou proteger: mulheres, negros, idosos, pessoas com deficiência, trabalhadores rurais, indígenas. Cf. Dimoulis, Dimitri (2023). *Direito de igualdade: antidiscriminação, minorias sociais, remédios constitucionais*. São Paulo: Almedina. p. 18. É também Dimoulis(2023, quem propõe as três características capazes de identificar membros de uma minoria como um conceito social: lhes é atribuídas representações sobre sua identidade e papel social a partir de características biológicas ou culturais, essas representações são negativas e por isso sofrem tratamentos discriminatórios (p.46). No Direito da Antidiscriminação, o termo subordinado, além de ser delimitar quem sofre a discriminação, também remete ao debate das perspectivas da equidade e antissubordinação Ver em Siegel, R. (2004). *Equality Talk: Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles Over Brown*. *Faculty Scholarship Series*. <https://openyls.law.yale.edu/handle/20.500.13051/297> Acesso em 03 de março de 2024.

<sup>11</sup> Segundo Vieira (2017) um dos problemas contemporâneos de igualdade é a demanda por respeito à diferença: “quando indígenas demandam o respeito à sua cultura, às suas tradicionais formas de subsistência; quando grupos religiosos demandam poder expressar sua fé na esfera pública, como as jovens mulçumanas que vão à escola pública num país laico usando véu; ou, ainda quando casais homossexuais exigem respeito à manifestação do seu afeto, não

Fraser foi responsável por uma teoria normativa da justiça que buscou conciliar as exigências de reconhecimento e de redistribuição<sup>12</sup>. A autora, capturou bem os riscos morais de muitos conflitos hodiernos, e, portanto, contrasta com Rawls<sup>13</sup>, por não ignorar as injustiças concretas que afligem a sociedade, em sua análise. (Manus, 2020)<sup>14</sup>.

Canotilho (2017) enfatiza que Fraser tem preocupações tanto relacionadas à justiça distributiva, trabalho, capital e pobreza e preocupações relacionadas às exigências de integração, de respeito à determinada identidade, orientação sexual ou religião.<sup>15</sup>

Fraser não olvida dos problemas de justiça distributiva na formulação de sua teoria normativa. E propõe uma perspectiva dualista de apreciação das duas categorias como dimensões fundamentais e mútuas da ideia de justiça. Propõe nessa perspectiva bidimensional uma teoria normativa de

---

estão querendo ser tratados de forma igual aos demais, mas sim, ver reconhecidas e valorizadas as respectivas expressões de suas identidades.” Vieira, O. V. (2017). Igualdade. Em O. Vieira, F. Scabin, & M. Feferbaum, *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF* (2 ed., pp. 257-271). São Paulo: Editora Malheiros. p.268

<sup>12</sup> Vieira (2017) salienta que Taylor afirma que a demanda pelo reconhecimento do direito à diferença é uma demanda pelo respeito e pela valorização de nossa identidade, já Nancy Fraser elabora uma teoria, que afirma que o não reconhecimento de uma injustiça de natureza cultural e simbólica cria injustiça social e econômica e vice-versa. (Vieira, O. V. (2017). Igualdade. Em O. Vieira, F. Scabin, & M. Feferbaum, *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF* (2 ed., pp. 257-271). São Paulo: Editora Malheiros. p.269-270)

<sup>13</sup> Outra crítica do consensualismo universal de John Rawls é Chantal Mouffe. A cientista política belga alerta para as censuras endereçadas ao universalismo contido na razão universal, no sujeito autônomo racional de Habermas e seus discípulos, as quais se alia, ao afirmar que o marco racionalista e universalista se converteu em um obstáculo para a adequada compreensão da etapa atual da política democrática, que sua alteração é possível sem se abandonar o aspecto político do Iluminismo, como revolução democrática. Mouffe fundamenta sua crítica ao essencialismo na concepção radical da democracia, onde quanto mais democrática for uma sociedade, menor será o poder constitutivo das relações sociais, sem entretanto qualquer pretensão libertária do poder. Ela, coloca ênfase na heterogeneidade, em reconhecimento que certas diferenças são construídas como relações de subordinação. Mouffe busca em Carl Schmitt e sua energia do político vir de diversas fontes e relações sociais, não ignorando o antagonismo, como uma abordagem democrática, propondo uma distinção entre o “político” e a “política”: “*Con la expresión «lo político» me refiero a la dimensión de antagonismo inherente a toda sociedad humana, un antagonismo que, como he dicho, puede adoptar múltiples formas y puede surgir en relaciones sociales muy diversas. La «política», por su parte, se refiere al conjunto de prácticas, discursos e instituciones que intentan establecer un cierto orden y organizar la coexistencia humana en condiciones que siempre son potencialmente conflictivas, ya que se ven afectadas por la dimensión de «lo político».*” (Mouffe, C. (19 y 20 de marzo de 1999). *Por una política de identidad democrática*. (Macba, Ed.) Acesso em 14 de janeiro de 2024, disponível em Antagonismes. casos d'estudi: [https://www.macba.cat/antagonismos/castellano/09\\_04.html](https://www.macba.cat/antagonismos/castellano/09_04.html)). A cientista política então explica que a construção de uma identidade também implica no estabelecimento de uma diferença, e que na construção de uma identidade coletiva, de um ‘nós’ também implica na demarcação de um ‘eles’, que podem se antagonizarem, se o outro que era apenas um diferente questiona nossa identidade e ameaça nossa existência que passa a ser política quando o antagonismo assume uma relação religiosa, étnica, econômica ou outra. A grande questão, para Mouffe é como estabelecer um antagonismo compatível com a democracia pluralista, adversarial e agonista.

<sup>14</sup> Mc Manus, A. R. C. (2020). A Fraserian theory of anti-discrimination law. *International Journal of Discrimination and the Law*, 20(1), 88-109. <https://doi.org/10.1177/1358229120927909>.

<sup>15</sup> Canotilho, M. R. (2017). *El principio de igualdad en el derecho constitucional europeo*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi. p. 64.

justiça capaz de englobar as reivindicações de reconhecimento e distribuição igualitária<sup>16</sup>, sem rechaçar o sistema capitalista e que promova a integração das duas perspectivas como resposta capaz de fornecer a compreensão das relações de desigualdade de classe e status na sociedade contemporânea (Santos, 2022)<sup>17</sup>.

A filósofa estadunidense busca harmonizar aquilo que sempre foi colocado como abertamente contraditório, como demandas dissociadas uma da outra: “ a política cultural da política social, a política da diferença da política da igualdade, tal pensamento, alerta Fraser, está na base de uma polarização que fez alguns teóricos da redistribuição igualitária rejeitar abertamente as políticas de reconhecimento” (Santos, 2022) o que para Fraser é apenas uma falsa antítese, já que nenhuma das políticas – redistribuição ou reconhecimento -; sozinhas são suficientes para a promoção da almejada justiça social.

*As soon as one embraces this thesis, however, the question of how to combine them becomes paramount. I shall argue that the emancipatory aspects of the two problematics should be integrated in a single comprehensive framework. Theoretically, the task is to devise a two-dimensional conception of justice that can accommodate both defensible claims for social equality and defensible claims for the recognition of difference. Practically, the task is to devise a programmatic political orientation that can integrate the best of the politics of redistribution with the best of the politics of recognition.*<sup>18</sup>

No diálogo com Honneth, Fraser (2003) avalia os “*folks paradigms of justice*” em duas questões independentes: a primeira da perspectiva da teoria social e a segunda da perspectiva da filosofia moral.

Na primeira perspectiva (teoria social), a filósofa estadunidense adota três dimensões analíticas de apreciação de fenômenos sociais: redistribuição, reconhecimento e representação ou participação

<sup>16</sup> Daniel Sarmiento tem denunciado o contexto de paradoxo entre o texto constitucional brasileiro que proclama a igualdade e o contexto de realidade cada vez mais desigual: “A desigualdade é o mais grave problema do país. Não se trata de uma desigualdade apenas econômica, ligada à concentração de renda e de riqueza, que atingem entre nós níveis absurdos e inaceitáveis. Cuida-se de desigualdade multidimensional, que se manifesta em vários outros planos, como na submissão à violência estatal – por exemplo, pobres e negros são mortos pela polícia com muito mais frequência do que os ricos e brancos –, no acesso assimétrico a serviços públicos adequados, na sub-representação política, no desprezo às identidades não hegemônicas, na exposição desproporcional a riscos e danos ambientais.” Ver em Sarmiento, D. (2022). Igualdade constitucional: uma leitura. Em A. Cruz, D. Sarmiento, & R. Rios, *Desigualdade: o flagelo do Brasil* (pp. 10-50). Ribeirão Preto: Migalhas. p.10.

<sup>17</sup> Santos, S. M. (2022). A teoria do reconhecimento de Nancy Fraser: uma ideia de Justiça para além da democracia racial. Em C. L. all., & A. N. Graciano (Ed.), *A defesa dos Direitos Humanos na visão de mulheres do Ministério Público* (1 ed., pp. 321-337). São Paulo: Tirant lo Blanch p. 328

<sup>18</sup> Fraser, N. (2003). Social justice in the age of identity politics: redistribution, recognition, and participation. In N. Fraser, & A. Honneth, *Redistribution or recognition? A political-philosophical exchange* (pp. 7-94, J. Golb, J. Ingram, & C. Wilke, Trans.). London: Verso. p. 9.

paritária e permite que se apliquem a qualquer luta social. Na segunda perspectiva (filosofia moral) Fraser oferece uma estrutura normativa de igual valor moral, onde a justiça requer arranjos sociais que permitam a interação, como pares, de todos os membros da sociedade (Manus, 2020)<sup>19</sup>

O modelo fraseriano ultrapassa o modelo proposto por Taylor que se limitou apenas a apontar as críticas ao igualitarismo, ao buscar inicialmente propor um paradigma conciliador dual e posteriormente tridimensional, como capaz de solucionar a injustiça presente em abrangentes problemas sociais.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> Mc Manus, A. R. C. (2020). A Fraserian theory of anti-discrimination law. *International Journal of Discrimination and the Law*, 20(1), 88-109. <https://doi.org/10.1177/1358229120927909>

<sup>20</sup> Isso não significa que o modelo também não receba ele próprio críticas. Muitas das críticas dirigidas à Fraser, lhe permitiram rever, explicitar claramente os elementos de seu modelo teórico e rebater seus censores. Young (2012) diz que Fraser acerta em não descuidar das questões relacionadas a distribuição de riqueza e recursos e de organização do trabalho como outros teóricos do multiculturalismo como o próprio Charles Taylor, e até mesmo o próprio Rawls, passou a enfatizar diferenças culturais e de valor em detrimento do conflito sobre recursos escassos. Entretanto, Young critica Fraser no que tange ao grau exagerado de afastamento de sua política de reconhecimento das lutas por distribuição. Para Young, a chamada guerra cultural sobre representação em livros e currículos está mais no plano de escolas e universidades, diferentemente, no plano do ativismo o que se vê é que a promoção dos valores culturais importará em auto-organização e solidariedade melhorando a vida material e garantindo empregos a todos do grupo. Young acusa Fraser de esvaziar as lutas por reconhecimento, em dicotomia, com as lutas por redistribuição, transformando os propósitos dos movimentos feministas, antirracista e de libertação de homossexuais em reivindicar um reconhecimento como um fim em si mesmo, e não como movimentos que buscam no reconhecimento cultural um meio de alcançar justiça distributiva e política. Young critica a escolha de Fraser de trabalhar apenas um enfoque dicotômico de injustiças, que se reduz a duas categorias, sem, entretanto, explicar, o porquê de seu uso. Isto porque Young (1990) distinguiu cinco faces de opressão: exploração, marginalização, carência de poder, imperialismo cultural e violência (ver em Young, I. M. (1990). *Justice and the politics of difference*. Princeton, NJ: Princeton University Press. pp 286). Young (2012) também é crítica da proposta de Fraser das categorias de ações afirmativas e ações transformativas que traz em si uma íntima dicotomia entre elas, já que Young (2012) acredita que a adoção de uma estratégia analítica com mais categorias é a mais adequada para lidar com as questões complexas. Apesar de falar da condição que trata do aspecto político da realidade social – a participação paritária - Young também acusa Fraser de tratá-la superficialmente. Cf. Young, I. M. (2012). Categorias desajustadas: uma crítica à teoria dual de sistemas de Nancy Fraser. *Revista Brasileira De Ciência Política*, (2), 193–214. Acesso em 20 de dezembro de 2023, de <https://periodicos.unb.br/index.php/rbcp/article/view/1622>. Em sua réplica Fraser (2012) afirma que Iris Young ignora as antíteses existentes e as “cisões entre política de classe e política de identidade, política socialista ou política social-democrática e política multiculturalista”. Para Nancy Fraser mesmo os próprios movimentos, em suas lutas de gênero, raça e sexo, estão divididos em correntes culturais e correntes sociais – umas voltadas para a redistribuição outras para o reconhecimento e que não apregoa o divisionismo e sim uma política emancipatória de reconhecimento combinada a uma política igualitária de reconhecimento: “Longe de desprezar movimentos contra o sexismo, o racismo, e o heterossexismo, distingui correntes afirmativas de correntes transformativas no interior desses movimentos, com vistas a mostrar como as demandas por redistribuição e por reconhecimento poderiam ser mutuamente integradas em um projeto político compreensivo”. Para Fraser (2012) a crítica de Young confunde os três níveis analíticos propostos: o filosófico, o sócio teórico e o político. E que aquilo que foi rotulado por Iris Young como dicotomia, Fraser explica tratar-se de “dualidade de perspectiva” portanto, Fraser também rejeita as cinco faces da opressão propostos por Young e reafirma seu binômio analítico e normativo. (Fraser, N. (2012). Uma réplica a Iris Young. *Revista Brasileira De Ciência Política*, (2), 215–221. Acesso em 28 de dezembro de 2023, de <https://periodicos.unb.br/index.php/rbcp/article/view/1625> )

Nancy Fraser fornece conceitos e ideias para avaliar qual é o lugar do direito da antidiscriminação em uma era oferecem poucas esperanças de transformação social ou política, por ter desenvolvido uma teoria crítica abrangente de justiça<sup>21</sup>. Para Manus (2020) o objetivo final de sua teoria é fornecer uma estrutura abrangente capaz de entender e esclarecer as diferentes lutas de nossos tempos.<sup>22</sup>

Em digressão, Fraser (2003) apresenta as referências políticas e filosóficas, que mencionam redistribuição e reconhecimento quanto as divergentes origens: a redistribuição advinda da tradição liberal do fim do século XX, de origem principalmente anglo-americana cujos expoentes são os modelos, que coordenam liberdade individual e o Estado do bem-estar social, propostos por John Rawls e Ronald Dworkin,<sup>23</sup>

Fraser alerta que a tradicional associação da redistribuição à luta de classes e, a associação do reconhecimento as lutas e políticas identitárias (questões de gênero, sexualidade, nacionalidade, étnica e raça) é uma falsa antítese porque ignoram os problemas de redistribuição de riqueza que também acompanham os membros desses grupos minoritários, seja pela dificuldades encontradas em ter acesso a emprego formal, melhores salários, direitos sociais de habitação, saneamento, moradia, saúde. Em igual sentido, a síntese de Canotilho (2017):

*La justicia implica una división adecuada de los recursos y de la riqueza; una organización social e institucional que respete las diferencias sin exigir un proceso de asimilación en relación con la mayoría política o cultural y una efectiva representación de distintos colectivos en las esferas de poder y decisión en los ámbitos nacional, supranacional y transnacional. Las tres dimensiones no son antitéticas, sino complementarias. De hecho en la complejidad de cada persona suelen combinarse exigencias y demandas conducibles a cada uno de los conceptos presentados, mesclando los planos socio-económico, cultural e institucional. También en relación con distintos grupos tradicionalmente objeto de subordinación social –*

---

<sup>21</sup> Mc Manus, A. R. C. (2020). A Fraserian theory of anti-discrimination law. *International Journal of Discrimination and the Law*, 20(1), 88-109. <https://doi.org/10.1177/1358229120927909>

<sup>22</sup> Mc Manus, A. R. C. (2020). A Fraserian theory of anti-discrimination law. *International Journal of Discrimination and the Law*, 20(1), 88-109. <https://doi.org/10.1177/1358229120927909>

<sup>23</sup> Fraser destaca uma diferenciação inclusive de matriz filosófica, os primeiros com elemento de justificação de kantiana ou neo-kantiana e o reconhecimento, de matriz existencialista e neo-hegeliana: que designa um ideal de reciprocidade subjetiva, em que cada um vê o outro como seu igual e como um diverso dele, relação esta que é considerada constituinte de subjetividade. O indivíduo passa a ser sujeito quando é reconhecido por outro sujeito.

*por razón, por ejemplo, de género, raza, discapacidad u orientación sexual – encontramos habitualmente una combinación de problemas tanto de orden económico como de naturaleza cultural e institucional.*<sup>24</sup>

No texto seminal, Fraser enumera quatro aspectos em que reconhecimento e redistribuição contrastam: quanto às concepções de injustiça, quanto às soluções para as injustiças, quanto a quem sofre injustiças e quanto às razões para a existência de diferenças entre grupos.

Na primeira divergência a autora destaca que no paradigma da redistribuição centrado na definição socioeconômica tem preocupações que abrangem a exploração dos frutos do trabalho, a marginalização econômica – trabalhadores precários ou não desejados -; e a privação, àqueles que não tem condições materiais adequadas de vida. Já o paradigma da redistribuição centrado na injustiça cultural, aquelas enraizadas em padrões sociais de representação, interpretação e comunicação, como “cultura como estrangeira ou hostil a minha cultura) não reconhecimento (tornar-se invisível por meio das práticas representacionais, comunicativas e interpretativas autorizadas da própria cultura) desrespeito (ser rotineiramente desacreditado em estereótipos culturais de representações ruins, nas interações da vida cotidiana)” (Santos, 2022)<sup>25</sup>.

Não parece correta a afirmativa feita por Sarmiento, que atribuiu a Fraser a construção de um modelo analítico que ora envolva problemas de distribuição ou problemas de reconhecimento, “[...] que normalmente se entrelaçam, mas podem ser analiticamente separados”<sup>26</sup>.

Sob o termo genérico de redistribuição, o foco é a reforma e reestruturação da economia (Fraser, 2010) e inclui a redistribuição de renda ou riqueza, a reorganização da divisão do trabalho, a modificação das formas de aquisição da propriedade ou das decisões sobre investimentos. O segundo paradigma, do reconhecimento, centra-se sobre prestigiar as identidades que antes eram subvalorizadas e seus produtos culturais marginais, ou seja, valorização positiva da diversidade.

A análise compartilhada por Fraser da desigualdade e estima que atinge emigrantes e minorias étnicas, que normalmente encontra postos de trabalhos precarizados e de baixa remuneração, ou

---

<sup>24</sup> Canotilho, M. R. (2017). *El principio de igualdad en el derecho constitucional europeo*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi. p. 65.

<sup>25</sup> Santos, S. M. (2022). A teoria do reconhecimento de Nancy Fraser: uma ideia de Justiça para além da democracia racial. Em C. L. all., & A. N. Graciano (Ed.), *A defesa dos Direitos Humanos na visão de mulheres do Ministério Público* (1 ed., pp. 321-337). São Paulo: Tirant lo Blanch, p. 330

<sup>26</sup> Sarmiento, D. (2006). *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 140.

como subclasse excluída do trabalho formal, como categorias de sujeitos submetidos a injustiças resolvidas sob o prisma da redistribuição e do reconhecimento, já que também nas relações subjetivas são vistos como destinatários de menor estima e respeito. De igual mazela as pessoas LGBTI, que sofrem efeitos da estigmatização assim como pessoas negras, indígenas e mulheres, também recebem agressões e desrespeito, as vezes simultaneamente e interseccional.<sup>27</sup>

Fraser é didática ao destacar problemas que não são resolvidos inteiramente pelos dois paradigmas – redistribuição e reconhecimento – isoladamente. Tais problemas, que a filósofa nominou de formas híbridas, combinam características de exploração de classe e de menosprezo de status e, portanto, precisam de uma abordagem “*two-dimensional*”, já que a reparação adequada vem de ambos os paradigmas e não da escolha de um ou outro, como ocorre nos problemas de gênero.

Nancy Fraser destaca que “gênero é uma diferenciação híbrida com raízes simultâneas na estrutura econômica e na ordem social. A injustiça de gênero, uma vez compreendida, pode ser reparada pelo atendimento dos dois paradigmas: redistribuição e reconhecimento”<sup>28</sup>. Injustiça de gênero na perspectiva distributiva, vem atrelada a diferenciação homem/mulher na organização econômica da sociedade capitalista – a divisão do trabalho produtivo, merecedor de remuneração e o trabalho afetivo não merecedor de justa remuneração ou atividade não bem remunerada como o trabalho doméstico, atribuído às mulheres.

As mulheres também sofrem problemas que estão no espectro do reconhecimento:

---

<sup>27</sup> Sen (2015) afirma que “um sentimento de identidade pode ser uma fonte não só de orgulho e alegria, mas também de força e segurança. Entretanto, a identidade também pode matar – e matar com desembaraço. Um forte – e exclusivo – sentimento de pertencer a um grupo pode, em muitos casos, conter a percepção da distância e da divergência em relação a outros grupos. [...] A violência é fomentada pela imposição de identidades singulares e beligerantes a pessoas crédulas, defendidas por competentes artífices do terror. (Sem, A. (2015) *Identidade e violência: a ilusão do destino.* (I. Cultural, Ed., & J. A. Arantes, Trad.) São Paulo: Iluminuras). Sen alerta que o reconhecimento das pluralidades de nossas identidades também exige avaliação quanto a pertinência de certas identidades, igualmente diversas que não cabem na categorização bem-intencionada porém desastrosa do mero reconhecimento. No cotidiano, “nós também somos membros de vários grupos: a cidadania, a residência, a origem geográfica, o sexo, a classe, a política, a profissão, o emprego, os hábitos alimentares, os interesses esportivos, o gosto musical, os compromissos sociais etc. de uma pessoa são o que a tornam membro de vários grupos. Cada um desses agrupamentos aos quais a pessoa pertence simultaneamente, dá a ela uma identidade específica. Nenhum deles pode ser considerado como uma única identidade da pessoa ou a categoria singular de associação” Sem, A. (2015) *Identidade e violência: a ilusão do destino.* (Sen, A. (2015). *Identidade e violência: a ilusão do destino.* (I. Cultural, Ed., & J. A. Arantes, Trad.) São Paulo: Iluminuras.

<sup>28</sup> Santos, S. M. (2022). A teoria do reconhecimento de Nancy Fraser: uma ideia de Justiça para além da democracia racial. Em C. L. all., & A. N. Graciano (Ed.), *A defesa dos Direitos Humanos na visão de mulheres do Ministério Público* (1 ed., pp. 321-337). São Paulo: Tirant lo Blanch, p. 332

[...] las mujeres son todavía, en la sociedad europea y occidental, víctimas preferentes de tipos particulares de subordinación con origen cultural y, a veces, incluso jurídico-institucional. Es el caso de la acoso y de la violencia doméstica, así como de la subrepresentación crónica en órganos de poder y decisión públicos y privados.<sup>29</sup>

Fraser associa o androcentrismo, que impregna a cultura, a vida social e o próprio Direito como o valor que codifica o feminino como inferiorizado. Como resultado, a autora revela que mulheres sofrem específicas maneiras de subordinação de gênero como a violência doméstica, a agressão sexual, os estereótipos de gênero na mídia, exclusão da esfera pública, negação de direitos sobre o próprio corpo e a igual proteção na sua cidadania.

*The two-dimensional character of gender wreaks havoc on the idea of an either/or choice between the paradigm of redistribution and the paradigm of recognition. That construction assumes that the collective subjects of injustice are either classes or status groups, but not both; that the injustice they suffer is either maldistribution or misrecognition, but not both; that the group differences at issue are either unjust differentials or unjustly devalued variations, but not both; that the remedy for injustice is either redistribution or recognition, but not both. Gender, we can now see, explodes this whole series of false antitheses. Here we have a category that is a compound of economic differentials and institutionalized patterns of cultural value. Here both maldistribution and misrecognition are fundamental. Gender injustice can only be remedied, therefore, by an approach that encompasses both a politics of redistribution and a politics of recognition.<sup>30</sup>*

Raça também é apontado por Fraser (2003) como categoria cujas injustiças reclamam reparação por meio da política de redistribuição e de reconhecimento, já que o colonialismo e a escravização de negros, organizou as estruturas de renda e trabalho por séculos, e que não só, mas contribuiu para que o trabalho braçal e mal remunerado seja destinado a negros e o trabalho não braçal e mais bem remunerado a não negros. Já no status cultural<sup>31</sup>, tudo que pode ser etiquetado como não branco é estigmatizado como inferior, incapaz e não científico.<sup>32</sup>

<sup>29</sup> Canotilho, M. R. (2017). *El principio de igualdad en el derecho constitucional europeo*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi. p. 65.

<sup>30</sup> Fraser, N. (2003). Social justice in the age of identity politics: redistribution, recognition, and participation. In N. Fraser, & A. Honneth, *Redistribution or recognition? A political-philosophical exchange* (pp. 7-94, J. Golb, J. Ingram, & C. Wilke, Trans.). London: Verso. p. 22.

<sup>31</sup> “O racismo não é algo que promove apenas desigualdade de classe, ele também estabelece diferenças de valor cultural entre os diversos grupos sociais. Seus membros são julgados a partir de estereótipos que determinam tanto supostas características que eles possuem e também os lugares sociais que eles podem ocupar” (Moreira, A. J. (2019). *Pensando como um negro: ensaio de hermenêutica jurídica*. São Paulo: Contracorrente. p. 87).

<sup>32</sup> As pesquisas e estudos que contribuem para o entendimento de como o racismo impacta diferentes esferas da vida, tem nos últimos anos estado no centro de atenções, inclusive de agencias oficiais do Estado. No Brasil, Ipea (Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas) IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas) tem nos últimos anos publicado dossiês, índices de vulnerabilidade social, dados econômicos, demográficos e geográficos de como as políticas públicas e direitos sociais são escassos à população afrodescendente. De igual sorte as ações afirmativas promovidas nas universidades públicas brasileiras a partir de 2005 permitiram não só o acesso de jovens negros a educação superior, mas muito contribuiu para o aumento de pesquisas que tentam compreender como o racismo

Os problemas de subordinação também podem ser resolvidos pela perspectiva bidimensional, ainda que não sejam todos bidimensionais da mesma forma e no mesmo grau. Fraser(2010) reconhece que raça, gênero, sexualidade e classe não estão isoladas, e podem se entrecruzar de maneira a afetar interesses e identidades em graus distintos.<sup>33</sup>

---

perpetua desigualdades socioeconômicas e culturais no cenário brasileiro. Cada vez menor são os dados relativos a racismo explícito, que segundo os economistas França & Portela (2023, p.48) “ocorre quando alguém expressa abertamente preconceitos e estereótipos em relação a indivíduos ou grupos com base em sua cor da pele”. Entretanto, a mesma afirmação não pode ser feita, sobre o viés racial implícito, que se “refere a associações inconscientes que influenciaram o comportamento das pessoas em relação aos membros de outros grupos raciais” (p.52), este tipo de conduta, perpetua estereótipos as vezes sem que sejam percebidas pelos indivíduos que as adotam, mas são determinantes para o acesso ao gozo e exercício de direitos e liberdades do alvo da discriminação implícita. Marcadores como renda, emprego, educação, saúde e exposição à violência tem fornecido um panorama das desigualdades baseadas em classificações raciais. sociedade? Dados do IBGE (2021) revelam que negros (pretos e pardos) são maioria entre 20% dos trabalhadores que ganham os menores salários, representando 69%, enquanto brancos representam somente 30% dessa parcela. O oposto se observa entre os 20% que recebem os maiores salários: 64% são brancos e 34% são negros. Entre aqueles que ocupam cargos gerenciais, negros são apenas 29%, ante 69% de brancos. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). (2022). *Desigualdades Sociais por Cor ou Raça no Brasil* (2ª ed.). (IBGE, Ed.) Rio de Janeiro. A educação é amplamente reconhecida como a principal dimensão para acesso às distintas oportunidades nas sociedades democráticas, participando na determinação dos rendimentos do trabalho, do status da ocupação e da mobilidade social. A falta de acesso à educação tem consequências sérias em relação às desigualdades raciais em dimensões como renda, emprego, saúde, encarceramento, entre outros. Dados do IBGE (2021), revelaram como a pandemia do COVID-19, impactou negativamente estudantes pretos e pardos nos diversos níveis de acesso, permanência e qualificação no ensino fundamental, médio e superior. As desanimadoras estatísticas também são encontradas na análise do fenômeno da violência: “Os números encontrados mostram alta desigualdade na taxa de homicídios por cor ou raça, pois em 2020, as pessoas de cor ou raça parda apresentaram taxa de 34,1 mortes por 100 mil habitantes e as de cor ou raça preta de 21,9 mortes, o que representa quase o triplo e o dobro, respectivamente, da taxa observada entre as pessoas de cor ou raça branca, 11,5 mortes por 100 mil habitantes. Ressalta-se que a diferença entre as taxas de homicídios de pardos e brancos aumentou ao longo da série, dado que em 2012 era de 2,4 vezes.” (IBGE, 2021). Sobre a participação política, o IBGE (2021) usou os dados do último pleito de prefeitos e vereadores (2020) para apresentar que “pessoas de cor ou raça preta eram 8,8% da população, 2,0% dos prefeitos e 6,2% dos vereadores. Também em relação a 2020, pessoas de cor ou raça parda eram 47,5% da população, mas apenas 30,0% dos prefeitos e 38,5% dos vereadores. Quanto à população amarela e indígena, pela PNAD Contínua, esses dois grupos representavam cerca de 1% da população, enquanto somavam 0,5% dos prefeitos e 0,7% dos vereadores. A desigualdade foi maior entre os Municípios mais populosos. Naqueles com até 20 mil habitantes, os eleitos distribuíram-se como segue: cor ou raça branca (67,9%), parda (29,0%), preta (2,0%), amarela (0,5%) e indígena (0,2%). Dentre os 48 Municípios com 500 mil ou mais habitantes, houve 39 prefeitos eleitos de cor ou raça branca (81,3%) e 9 de cor ou raça parda (18,8%).” Há ainda expressa sobre-representação de mulheres negras nesse cenário: “Mulheres pretas tiveram a menor participação entre eleitos em 2020, eram apenas 10 prefeitas num total de 5 502 eleições ordinárias<sup>12</sup>, sendo que, além de baixo sucesso eleitoral (0,03), houve barreiras à candidatura, pois foram apenas 132 candidatas para esse cargo. Em relação a vereadoras, foram 491 eleitas em cerca de 58 mil vagas para as Câmaras Municipais. Mulheres de cor ou raça amarela e indígena também tiveram baixa representação, foram 7 prefeitas amarelas eleitas em 2020 e apenas 1 indígena.” (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). (2022). *Desigualdades Sociais por Cor ou Raça no Brasil* (2ª ed.). (IBGE, Ed.) Rio de Janeiro.) Os números demonstram que a população negra enfrenta desvantagens em diversas dimensões no Brasil,

<sup>33</sup> Percebe-se que a filósofa tencionou construir um modelo de justiça para resolver as desigualdades interseccionais, que se entrecruzam ou sobrepõe. Sobre a interseccionalidade será melhor estudada no quarto capítulo onde serão apresentadas as modalidades de discriminação.

O desafio de integrar redistribuição e reconhecimento em um único paradigma normativo não é uma tarefa simples, pois intenta conceber na filosofia moral, um pensamento abrangente de justiça capaz de acomodar reivindicações de justiça social e de respeito às diferenças

*“First, is recognition really a matter of justice, or is it a matter of self-realization? Second, do distributive justice and recognition constitute two distinct, sui generis, normative paradigms, or can either of them be subsumed within the other? Third, how can we distinguish justified from unjustified claims for recognition? And fourth, does justice require the recognition of what is distinctive about individuals or groups, or is recognition of our common humanity sufficient?”* (Fraser, 2010)<sup>34</sup>.

Nancy Fraser não trata do reconhecimento como autorrealização – ao contrário de Taylor e Honneth – ela o concebe como uma questão de justiça: para a filósofa é injusto que seja negado a alguns grupos ou indivíduos toda uma plêiade de interações sociais, como resultado de construções sociais internalizadas, o que chama de padrões institucionalizados de valores culturais, principalmente quando tais valores apontam que algumas indivíduos e grupos possam ser lidos como inferiores, excluídos ou invisíveis. Fraser (2003) destaca que em tais situações, está se diante do modelo de não reconhecimento ou do status de subordinação, para sinalizar quando há uma relação institucionalizada de subordinação e violação de justiça.

É status de subordinação: a exclusão do casamento igualitário ou entre pessoas do mesmo sexo, como legítimo, nomear tal união como perversão, a política de assistência social que estigmatiza mães solo como sexualmente irresponsáveis e as práticas policiais que associam o perfil de pessoas negras a criminalidade. Percebe-se que em cada um desses casos a interação é regulada por um padrão cultural institucionalizado que reservou a alguns atores sociais como norma e outros como hierarquicamente inferior ou desviante.<sup>35</sup> Em todos os exemplos, Fraser destacou que as práticas estigmatizantes realizadas no seio de instituições e seus membros é uma característica do não reconhecimento.

A autora reconhece que uma das vantagens de seu “*status model*” é também um desafio, já que a Fraser reconhece que não existe uma única concepção de vida boa ou de autorrealização: “[...] este

---

<sup>34</sup> Fraser, N. (2003). Social justice in the age of identity politics: redistribution, recognition, and participation. In N. Fraser, & A. Honneth, *Redistribution or recognition? A political-philosophical exchange* (pp. 7-94, J. Golb, J. Ingram, & C. Wilke, Trads.). London: Verso. p.26-27.

<sup>35</sup> Fraser, N. (2003). Social justice in the age of identity politics: redistribution, recognition, and participation. In N. Fraser, & A. Honneth, *Redistribution or recognition? A political-philosophical exchange* (pp. 7-94, J. Golb, J. Ingram, & C. Wilke, Trads.). London: Verso p.28

é o marco da modernidade, pressupõe que cabe a indivíduos e grupos definirem por si próprios o que conta como uma vida boa e conceber para si uma abordagem para persegui-la dentro dos limites que garantam uma liberdade semelhante para os outros”.<sup>36</sup>

Também, por se tratar de uma concepção de justiça, o status model de Nancy Fraser, retira o não reconhecimento da esfera psicológica, pois, seu tratamento é na esfera normativa, principalmente porque impede o gozo de direitos e liberdades. Quando pensado apenas como autorrealização, Nancy Fraser explica que a distorção está na consciência do oprimido e no mero policiamento de crenças do agressor e, portanto, insuficiente para resolver a discriminação institucional.<sup>37</sup> A autora também sugere como vantagem seu modelo teórico bidimensional porque tratar o não reconhecimento como injustiça, o situa no domínio da justiça distributiva.

*“[...] with domain of deontological morality, as is distributive justice. With both categories thus inhabiting a single normative universe, they become commensurable – and potentially subsumable within a common framework. On the self realization view, in contrast, the prospects for their conceptual integration are dim. That approach, as we saw, treats recognition as an ethical question, which makes it incommensurable with distributive justice. As a result, whoever wishes to endorse both redistribution and recognition seems to risk philosophical schizophrenia”* (Fraser, N. (2003). Social justice in the age of identity politics: redistribution, recognition, and participation. In N. Fraser, & A. Honneth, *Redistribution or recognition? A political-philosophical exchange* (pp. 7-94, J. Golb, J. Ingram, & C. Wilke, Trads.). London: Verso. p. 33)

Fraser (2003) sinaliza que tratar a justiça distributiva apenas como solução para divisão de recursos e oportunidades como solução de problemas de reconhecimento é enganoso, já que para a filósofa, todo problema de reconhecimento é produto de má distribuição de recursos e oportunidades, entretanto, o contrário não é verdadeiro.<sup>38</sup> A autora incluí um novo elemento a sua teoria da justiça:

---

<sup>36</sup> Fraser, N. (2003). Social justice in the age of identity politics: redistribution, recognition, and participation. In N. Fraser, & A. Honneth, *Redistribution or recognition? A political-philosophical exchange* (pp. 7-94, J. Golb, J. Ingram, & C. Wilke, Trads.). London: Verso. p. 31, tradução nossa. Citação original: “[...] that is the hallmark of modernity, it assumes that it is up to individual and groups to define for themselves what counts as a good life and to devise for themselves an approach to pursuing it within limits that ensure a like liberty for others.”

<sup>37</sup> Em Fraser a preocupação com o não reconhecimento é sua manifestação externa e pública, que impede que pessoas e grupos possam ser vistos como plenos cidadãos, o que é moralmente indefensável. Fraser, N. (2003). Social justice in the age of identity politics: redistribution, recognition, and participation. In N. Fraser, & A. Honneth, *Redistribution or recognition? A political-philosophical exchange* (pp. 7-94, J. Golb, J. Ingram, & C. Wilke, Trads.). London: Verso. p. 31

<sup>38</sup> Fraser usa o exemplo de um banqueiro afro-americano que não consegue pegar um taxi, para demonstrar que esse impasse não é causado por uma má distribuição, mas sim pelo padrão institucionalizado de valor cultural, os vieses, os estigmas que estão relacionados ao não reconhecimento.

a noção de “*parity of participation*”, a participação paritária, mais tarde chamada apenas de representação<sup>39</sup>.

A autora formula sua noção de participação paritária, com duas condições, uma de caráter objetivo que está caracterizada na exigência de distribuição de recursos materiais para garantir independência e voz (redistribuição). E a segunda condição, de caráter intersubjetivo, que exige a garantia de estima social e respeito para todos os agentes sociais (reconhecimento).<sup>40</sup>

*How, then should recognition claims be judged? What constitutes an adequate criterion for assessing their merits? The approach proposed here appeals to participatory parity as an evaluative standard. As we saw, this norm overarches both dimensions of justice, distribution and recognition. Thus, for both dimensions the same general criterion serves to distinguish warranted from unwarranted claims. Whether the issue is distribution or recognition, claimants must show that current arrangements prevent them from participating on a par with others in social life. Redistribution claimants must show that existing economic arrangements deny them the necessary objective conditions for participatory parity. Recognition claimants must show that the institutionalized patterns of cultural value deny them the necessary intersubjective conditions. In both cases, therefore, the norm of participatory parity is the standard for warranting claims. (Fraser, 2003).<sup>41</sup>*

Essa condição (redistribuição) previne formas e níveis de dependência econômica e desigualdade que obstaculiza a paridade participativa. “Arranjos sociais que institucionalizam privação, exploração e disparidades brutas de riqueza, renda e lazer, negando a algumas pessoas meios e oportunidades de interação com outros como pares, são minimizados por essa condição objetiva”.<sup>42</sup>

Já a condição intersubjetiva (reconhecimento) previne,

a institucionalização normativa que sistematicamente deprecia algumas categorias de pessoas e as qualidades a elas associadas, impedido, portanto, que sejam institucionalizados valores padrões que negam a algumas pessoas *status*, na condição de participantes na interação social, seja por sobrecarregá-los com valores excessivos de diferença, seja por deixar de reconhecer sua distinção<sup>43</sup>

<sup>39</sup> Fraser, N. (2003). Social justice in the age of identity politics: redistribution, recognition, and participation. In N. Fraser, & A. Honneth, *Redistribution or recognition? A political-philosophical exchange* (pp. 7-94, J. Golb, J. Ingram, & C. Wilke, Trans.). London: Verso. p. 36.

<sup>40</sup> Fraser, N. (2003). Social justice in the age of identity politics: redistribution, recognition, and participation. In N. Fraser, & A. Honneth, *Redistribution or recognition? A political-philosophical exchange* (pp. 7-94, J. Golb, J. Ingram, & C. Wilke, Trans.). London: Verso. p. 38.

<sup>41</sup> Fraser, 2003, p.38-39.

<sup>42</sup> Santos, S. M. (2022). A teoria do reconhecimento de Nancy Fraser: uma ideia de Justiça para além da democracia racial. Em C. L. all., & A. N. Graciano (Ed.), *A defesa dos Direitos Humanos na visão de mulheres do Ministério Público* (1 ed., pp. 321-337). São Paulo: Tirant lo Blanch p. 334

<sup>43</sup> Santos, S. M. (2022). A teoria do reconhecimento de Nancy Fraser: uma ideia de Justiça para além da democracia racial. Em C. L. all., & A. N. Graciano (Ed.), *A defesa dos Direitos Humanos na visão de mulheres do Ministério Público* (1 ed., pp. 321-337). São Paulo: Tirant lo Blanch p. 335

É a representação a condição normativa capaz de distinguir quando uma reivindicação é justificável e quando não o é. Para Nancy Fraser verificação adequada do mérito da reivindicação, seja ela uma exigência de redistribuição ou de reconhecimento, advém para solução de injustiças.

Para isso, basta que a reivindicação mostre que a mudança social desejada promoverá de fato paridade de participação sem criar ou acentuar disparidades, tornando a solução justificável<sup>44</sup>. É a paridade participativa, no paradigma fraseriano<sup>45</sup>, o critério normativo que trará a solução de casos difíceis, resolvendo problemas de igualdade tanto entre grupos como intragrupos, principalmente que envolvam práticas interculturais ou religiosas.

Para uma prática religiosa ou cultural ser uma reivindicação injustificável, diz Nancy Fraser, essas normas ou práticas aceitas pela maioria deve negar a representação – participação paritária, e ou de alguns membros do grupo assim como não membros.<sup>46</sup>

A fórmula da representação (*participatory parity*) só funciona em democracia, onde o debate público é valorizado. (Fraser, 2003)

Thus, the norm of participatory parity must be applied dialogically and discursively, through democratic processes of public debate. In such debates, participants argue about whether existing institutionalized patterns of cultural value impeded parity of participation and about whether proposed alternatives would foster it – without unjustifiably introducing or exacerbating other disparities. For the status model, then, participatory parity serves as an idiom of public contestation and deliberation about questions of justice. More strongly, it represents the principal idiom of public reason, the preferred language for conducting democratic political argumentation on issues of both distribution and recognition.<sup>47</sup>

---

<sup>44</sup> Um dos exemplos que Fraser utiliza para demonstrar a vantagem de sua proposta foi o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, que foi, por diferentes soluções, resolvido, seja por lei ou pelo Judiciário que reconheceu o fato de que *gays*, lésbicas e suas uniões não possuíam o mesmo *status* que casais heterossexuais, e assim a solução foi justificável, diante do critério da paridade igualitária, pois não criou ou exacerbou outras linhas de disparidade de maneira a torná-la injustificável. Diversamente, a solução francesa (PACs) e do estado americano de Vermont, que reconheceu apenas a união civil, criou um paralelo legal de parceria doméstica que falha em conferir simbólica e materialmente os benefícios do casamento, enquanto reserva tal privilégio de *status* exclusivamente a casais heterossexuais, mantendo, assim, a injustiça de reconhecimento (Fraser, N. (2003). Social justice in the age of identity politics: redistribution, recognition, and participation. In N. Fraser, & A. Honneth, *Redistribution or recognition? A political-philosophical exchange* (pp. 7-94, J. Golb, J. Ingram, & C. Wilke, Trans.). London: Verso. p. 39).

<sup>45</sup> Expressão obtida em Macmanus, ver em Mc Manus, A. R. C. (2020). A Fraserian theory of anti-discrimination law. *International Journal of Discrimination and the Law*, 20(1), 88-109. <https://doi.org/10.1177/1358229120927909>

<sup>46</sup> Fraser, N. (2003). Social justice in the age of identity politics: redistribution, recognition, and participation. In N. Fraser, & A. Honneth, *Redistribution or recognition? A political-philosophical exchange* (pp. 7-94, J. Golb, J. Ingram, & C. Wilke, Trans.). London: Verso. p. 41.

<sup>47</sup> Fraser, N. (2003). Social justice in the age of identity politics: redistribution, recognition, and participation. In N. Fraser, & A. Honneth, *Redistribution or recognition? A political-philosophical exchange* (pp. 7-94, J. Golb, J. Ingram, & C. Wilke, Trans.). London: Verso. p. 43.

Quem requer reconhecimento, portanto, deve demonstrar no processo público de deliberação democrática que os padrões institucionalizados de valor cultural lhes negam participação paritária. Nesse sentido, que Canotilho (2017) aproxima a teoria conciliatória de Fraser do Direito Constitucional, relacionando justiça distributiva e igualdade e reconhecimento a não discriminação, princípios presentes na maioria das cartas constitucionais: “*demandas de adaptación del cuadro institucional con el fin de tratar a las personas como iguales. Por otra parte, los problemas de redistribución y las preocupaciones inherentes a ellos se reflejan en las normas sobre igualdad substancial*”. Enquanto a paridade participativa assegura a igualdade perante a lei.<sup>48</sup>

A filósofa também se preocupa em avaliar o quão emancipatória pode ser uma política ou ação (lutas nos dizeres de Fraser). Sob o termo “*nonreformist reform*” ela apresenta como “via media” que concilia uma estratégia afirmativa que é politicamente viável porém não substancialmente efetiva em acabar de imediato com as injustiças de reconhecimento e distribuição e a estratégia transformadora que é sólida em consertar injustiças de reconhecimento e distribuição, porém politicamente impraticável sem rupturas.<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> Canotilho, M. R. (2017). *El principio de igualdad en el derecho constitucional europeo*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi. p. 68.

<sup>49</sup> É necessário esclarecer que em sua primeira formulação teórica, Fraser tinha preocupações iniciais com as lutas surgidas no pós-socialismo, principalmente as relativas aos paradigmas de justiça social relativos à redistribuição igualitária e política de identidade. (dualismo perspectivo – teoria bidimensional da justiça).” Esta, pelo menos, é a visão da justiça que eu defendi no passado. E esta compreensão bidimensional da justiça ainda me parece ser adequada até o ponto em que ela se estende. Mas agora eu acredito que ela não vai longe o suficiente.” ( Fraser, N. (2009) Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. Lua Nova: Revista de Cultura e Política [online], n. 77 [Acessado 13 Janeiro 2024], pp. 11-39. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0102-64452009000200001>>. Epub 22 Jan 2010. ISSN 1807-0175.) Mais tarde, Fraser compreendeu a insuficiência do modelo, e aos dois iniciais, ela incorporou o paradigma da política, onde a injustiça de representação ocorre, passando seu modelo crítico a ser chamado de dualismo perspectivo ou teoria tridimensional de justiça: redistribuição, reconhecimento e representação. “A terceira dimensão da justiça é o político. Obviamente, distribuição e reconhecimento são políticos por natureza, no sentido de serem contestados e permeados por poder; e eles, frequentemente, têm sido tratados como elementos que demandam a tomada de decisão do Estado. Mas eu considero o político em um sentido mais específico, constitutivo, que diz respeito à natureza da jurisdição do Estado e das regras de decisão pelas quais ele estrutura as disputas sociais. O político, nesse sentido, fornece o palco em que as lutas por distribuição e reconhecimento são conduzidas. Ao estabelecer o critério de pertencimento social, e, portanto, determinar quem conta como um membro, a dimensão política da justiça especifica o alcance daquelas outras dimensões: ela designa quem está incluído, e quem está excluído, do círculo daqueles que são titulares de uma justa distribuição e de reconhecimento recíproco. Ao estabelecer regras de decisão, a dimensão política também estipula os procedimentos de apresentação e resolução das disputas tanto na dimensão econômica quanto na cultural: ela revela não apenas quem pode fazer reivindicações por redistribuição e reconhecimento, mas também como tais reivindicações devem ser introduzidas no debate e julgadas. Centrada em questões de pertencimento e procedimento, a dimensão política da justiça diz respeito prioritariamente

O que define uma política, medida ou ação, como uma reforma não reformista, para Fraser, é sua dupla face de atender necessidades identitárias das pessoas, e por outro lado, pôr em movimento uma trajetória de mudança para que as reformas mais radicais se tornem possíveis ao longo do tempo. O sucesso de uma medida de reforma não reformista é medido quando muda muito mais do que a característica institucional que desejou atingir quando instituída.

É nesse sentido de reforma não reformista que Mc Manus (2020) enquadra o direito da antidiscriminação:

I will elaborate a Fraserian critical theory of law that allows us to conceive anti-discrimination law as a paradigmatic case of non-reformist reform, that is, as a field of law that opens lines of fragility within current law and legal frameworks and that prepares the path for more structural changes in the future.<sup>50</sup>

A teoria de justiça de Nancy Fraser tem duas tarefas fundamentais, segundo Canotilho (2017), propõem linhas de conformação dos princípios jurídicos que levem em consideração problemas de reconhecimento e questões de justiça distributiva também propõem encontrar soluções normativas concretas para problemas que estejam nas duas dimensões.<sup>51</sup>

## 2.2. Teoria Crítica do Direito de Fraser

Considerando que na seção anterior apresentou-se as principais ideias da teoria conciliatória e crítica de Nancy Fraser de Justiça, busca-se agora correlacioná-la com o Direito, em especial o direito da antidiscriminação, um direito de concretização de igualdade.

---

à *representação*. Em um nível, pertinente ao aspecto do estabelecimento das fronteiras do político, a representação é uma questão de pertencimento social. O que está em jogo aqui é a inclusão ou a exclusão da comunidade formada por aqueles legitimados a fazer reivindicações recíprocas de justiça. Em outro nível, pertinente ao aspecto da regra decisória, a representação diz respeito aos procedimentos que estruturam os processos públicos de contestação. Aqui, o que está em questão são os termos nos quais aqueles incluídos na comunidade política expressam suas reivindicações e decidem suas disputas.” ( Fraser, N. (2009) Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. Lua Nova: Revista de Cultura e Política [online]., n. 77 [Acessado 13 Janeiro 2024], pp. 11-39. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0102-64452009000200001>>. Epub 22 Jan 2010. ISSN 1807-0175.)

<sup>50</sup> Mc Manus, A. R. C. (2020). A Fraserian theory of anti-discrimination law. *International Journal of Discrimination and the Law*, 20(1), 88-109. <https://doi.org/10.1177/1358229120927909>.

<sup>51</sup> Canotilho, M. R. (2017). *El principio de igualdad en el derecho constitucional europeo*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi. p. 66.

Nancy Fraser localiza seu princípio de paridade participativa dentro do valores liberais de igualdade, liberdade e dignidade (Manus, 2020) ainda que em breves passagens ao comentar sobre instituições legais ou discursos legais.<sup>52</sup>

A teoria de Fraser concebe o direito como pertencente a redistribuição, reconhecimento e representação.

*The point about law is worth pursuing, given Honneth's claim that my approach overlooks struggles for legal equality. In fact, perspectival dualism does account for such struggles albeit not by treating law as sphere. Rather, it conceives law as pertaining to both dimensions of justice, distribution and recognition, where it is liable to serve at once as a vehicle of, and a remedy for, subordination. On the recognition side, some legal struggles aim to undo expressly juridified status subordination – witness campaigns to legalize gay marriage; others resort to law to redress nonjuridified status subordination – witness campaigns to outlaw racial profiling or to mandate handicapped access. Far from being localized in a special sphere such struggles target parity-impeding norms wherever they appear, across the whole of the status order, from family occupational practice to the built environment. On the distribution side, meanwhile, efforts to change class-biased tax and inheritance laws seek to mitigate legally sanctioned economic inequality, while struggles to enact new laws that would curtail corporate property rights, control international currency speculation, and establish a universal, unconditional Basic income seek a more fundamental transformation. Aimed at restructuring the political economy, these struggles, too, confound efforts to compartmentalize law. Law aside, the chief conclusion here is this: not only does perspectival dualism situate the recognition dimension of capitalist society vis-à-vis the distribution dimension; it also illuminates the recognition dimension better than Honneth does. Whereas he analyzes misrecognition psychology, my approach foregrounds its social character as a matter of status subordination. Thus, instead of distinguishing kinds of misrecognition according to types of identity injury, I underscore the societal common to them all: the constitution of some classes of persons as less than full member of society in a way that prevents them from participating as peers.<sup>53</sup>*

Mc Manus (2020) enfatiza que em seus escritos Fraser: apoia uma crítica da lei que pode destacar limitações estruturais dos sistemas legais, quando aborda as reivindicações por danos sofridos por

---

<sup>52</sup> Manus, 2020, esclarece que a autora realmente não aborda diretamente o lugar que o direito ocupa nas lutas sociais e políticas. Entretanto, os debates em seus escritos com outros autores, permitem reconstruir os pensamentos jurídicos de Fraser. Neste sentido: “*In this regard, law becomes a crucial object of analysis, as social movements use legal discourse as one of the main avenues to advance their ‘folk paradigms of justice’, either to challenge legally sponsored subordinations or to ‘redress nonjuridified status subordination. [...] Even if her main works do not directly address the central place that law occupies in social and political struggles, her exchanges with several scholars allow us to reconstruct her legal thoughts in a more fruitful way. Her thoughts on law are rooted in her comments to Jacques Derrida’s legal ideas, a brief work that has not been quoted by most of her critics, and that could help us in defending her critical theory approach to law. In contrast to Derrida, who endorsed a metaphysical idea about the force of law as constitutively and inescapably violent, she supported a political understanding of the force of law that locates ‘law’s force in contingent social relations and institutionalizations of power. Moreover, her political approach to the force of law specifies the object of critical theory in ‘forms of masked, structural violence’, because we tend to overlook ‘a range of systemic social processes’ that generate massive harms, and ‘which cannot be easily attributed to identifiable individual agents’[...]*” Mc Manus, A. R. C. (2020). A Fraserian theory of anti-discrimination law. *International Journal of Discrimination and the Law*, 20(1), 88-109. <https://doi.org/10.1177/1358229120927909>

<sup>53</sup> Fraser, N. (2003). *Distorted Beyond All Recognition: A Rejoinder to Axel Honneth*. Em N. Fraser, & A. Honneth, *Redistribution or recognition?: a political-philosophical exchange* (J. Golb, J. Ingram, & C. Wilke, Trads., pp. 198-236). London: Editora Verso. p. 220-221.

ser pertencente a um grupo social e por isso Nancy Fraser também esteve ciente das limitações que uma justiça individualista representa como obstáculo a posição judicial que busque a solução de injustiça sistêmica. Em resumo Mc Manus (2020) conclui que o objetivo da ‘força da lei’ na visão de Fraser, no campo político, é dar visibilidade a violência estrutural e mascarada que permeiam julgamentos jurídicos específicos.<sup>54</sup>

Manus (2020) defende Fraser da acusação de ‘inimiga do legalismo’ afirmando que a filósofa ao tratar da lei em perspectiva – redistribuição, reconhecimento e participação paritária -; ela assevera que se pode invocar a ‘força de lei’ sempre que se enfrentar desafios de paridade.

Although she has not spent too much energy on developing a thoughtful approach to legal issues, her political critique of the force of law acknowledges that law is not just an instrument but constitutes an important insight into the analysis of ‘folk paradigms of justice’; for example, it has allowed feminist movements to display their struggles in legal arenas, recognising their own despised identities in legal discourses (e.g. human rights) and transforming the meaning of legal terms that were previously understood according to dominant positions [...] In this way, Fraser can respond to the instrumentalization critique and advance the possibility of addressing law and legal discourse as sources of social justice in itself. Legal discourses (i.e. an officially recognized idiom, which includes concrete vocabularies, paradigms of argumentation, narrative conventions and modes of subjectification) are readily available means of interpretation and communication (MIC) that constitute ‘the historically and culturally specific ensemble of discursive resources available to members of a given social collectivity in pressing claims against one another’ I think that this idea of law as being both constitutive and instrumental is closer to what Nancy Fraser recognizes as the proper picture of law in her theory.<sup>55</sup>

Manus (2020) afirma que há boas razões para compreender o direito antidiscriminação como um dispositivo antireconhecimento e inscrevê-lo na teoria social crítica de Nancy Fraser, ainda que ela não tenha feito qualquer análise sobre esse ramo do direito.

Sant’Anna Vaz (2022) bem resume que o programa de justiça que melhor se aproxima do escopo do princípio da igualdade em seu sentido substancial, como fundamento filosófico -jurídico de proteção específica de minorias é o que envolve: o reconhecimento, a redistribuição e a participação.<sup>56</sup>

---

<sup>54</sup> Mc Manus, A. R. C. (2020). A Fraserian theory of anti-discrimination law. *International Journal of Discrimination and the Law*, 20(1), 88-109. Acesso em 02 de Janeiro de 2024 <https://doi.org/10.1177/1358229120927909>

<sup>55</sup> Mc Manus, A. R. C. (2020). A Fraserian theory of anti-discrimination law. *International Journal of Discrimination and the Law*, 20(1), 88-109. Acesso em 02 de Janeiro de 2024 <https://doi.org/10.1177/1358229120927909>

<sup>56</sup> Sant’Anna Vaz, L. M. (2022). *Direito Fundamental à Igualdade Racial*. [tese de doutorado não publicada], Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito. Fonte: <http://hdl.handle.net/10451/57015> p. 200.

A teoria social crítica de Fraser nos permite colocar o direito da antidiscriminação dentro da categoria de reformas ou políticas mais amplas para mudança social emancipatória, que atravessa as três dimensões da justiça, o trinômio fraseriano: redistribuição, reconhecimento e representação.

At first glance, Fraser's theory of social justice could favour a reading of anti-discrimination law as a device against every form of injustice. Indeed, anti-discrimination law has been used in every social sphere, from tackling everyday discrimination in the media (culture), to highlighting the absence of women from political positions of power (politics) and addressing poverty in countries that do not have a welfare state (economy). In general, then, anti-discrimination law cuts across the three domains of justice.<sup>57</sup>

De tudo o que se leu, é correto afirmar, que na teoria de Fraser, o desconhecimento ou não reconhecimento (*misrecognition*) não está na esfera psicológica como apregoada por Taylor e Honneth, mas no plano sociológico,<sup>58</sup> onde a violação do modelo de status de reconhecimento, está na perspectiva externa, qual seja: a avaliação da paridade participativa, revela uma injustiça onde padrões institucionalizados de valor cultural constituem alguns atores como inferiores, excluídos ou invisíveis e, portanto, nas palavras de Fraser menos considerados na interação social entre seus pares.

Assim, a partir da compreensão do que resulta a violação do modelo de status de reconhecimento, vê-se que o direito da antidiscriminação,

*To the extent that misrecognition entails institutionalized patterns of cultural value that infringe on agents' participatory parity, anti-discrimination law is never about merely revaluing despised identities but about restoring the possibility to participate on equal terms in the construction of those patterns<sup>59</sup>*

O propósito do Direito da Antidiscriminação percebe-se é recompor a paridade participativa violada e restaurar a possibilidade de representação em termos de igualdade na mudança ou construção dos padrões culturais. Assim, nota-se uma ênfase sobre a proteção de grupos o que é diferente de proteção de identidades, *“the recognition of protected grounds within anti-discrimination legal frameworks does not entail a blind legal recognition of social identities.* (Manus,2020). A distinção analítica de Fraser entre reconhecimento incorreto, má distribuição e

<sup>57</sup> Mc Manus, A. R. C. (2020). A Fraserian theory of anti-discrimination law. *International Journal of Discrimination and the Law*, 20(1), 88-109. Acesso em 02 de Janeiro de 2024 <https://doi.org/10.1177/1358229120927909>

<sup>58</sup> Como também foi visto que Nancy Fraser reafirma essa diferença entre seu modelo teórico no debate que realiza com Honneth Fraser, N. (2003). *Distorted Beyond All Recognition: A Rejoinder to Axel Honneth*. Em N. Fraser, & A. Honneth, *Redistribution or recognition?: a political-philosophical exchange* (J. Golb, J. Ingram, & C. Wilke, Trads., pp. 198-236). London: Editora Verso.

<sup>59</sup> Mc Manus, A. R. C. (2020). A Fraserian theory of anti-discrimination law. *International Journal of Discrimination and the Law*, 20(1), 88-109. Acesso em 02 de Janeiro de 2024 <https://doi.org/10.1177/1358229120927909>

má representação é apropriada para entender os limites de uma ferramenta emancipatória como a lei antidiscriminação.

O fundamento do Direito da Antidiscriminação, diz Manus (2020) é tentar lidar com um fenômeno social que tem suas origens na institucionalização de padrões e valores culturais, que podem ter efeitos em diferentes dimensões, pelos efeitos econômicos ou políticos da discriminação<sup>60</sup>.

Aos olhos de alguns, era suficiente que os cidadãos fossem formalmente iguais perante a lei; para outros, a igualdade de oportunidades era também requerida; para outros, ainda, a justiça demandava que todos os cidadãos tivessem acesso aos recursos e ao respeito de que eles precisavam para serem capazes de participar em paridade com os demais, como membros integrais da comunidade política. Em outras palavras, o argumento concentrava-se precisamente no que deveria ser entendido como uma justa ordenação das relações sociais no interior da sociedade.<sup>61</sup>

O entrelaçamento das três dimensões: redistribuição, reconhecimento e representação, acaba por relacionar economia, cultura e política sob influência recíproca, dada a visão de justiça como paridade participativa:

Da mesma forma que a capacidade de demandar distribuição e reconhecimento depende das relações de representação, também a capacidade de se expressar politicamente depende das relações de classe e de *status*. Em outras palavras, a capacidade de influenciar o debate público e os processos autoritativos de tomada de decisão depende não apenas das regras formais de decisão, mas também das relações de poder enraizadas na estrutura econômica e na ordem de *status*, um fato que é insuficientemente enfatizado na maioria das teorias da democracia deliberativa. Desse modo, a má distribuição e o falso reconhecimento agem conjuntamente na subversão do princípio da igual capacidade de expressão política de todo cidadão, mesmo em comunidades políticas que se afirmam democráticas. Mas, obviamente, o contrário é também verdadeiro. Aqueles que sofrem da má representação estão vulneráveis às injustiças de *status* e de classe. Ausente a possibilidade de expressão política, eles se tornam incapazes de articular e defender seus interesses com respeito à distribuição e ao reconhecimento, o que, por sua vez, exacerba a sua má representação. Em tais casos, o resultado é um círculo vicioso em que as três ordens de injustiça se reforçam mutuamente, negando a algumas pessoas a chance de participar como pares com os demais na vida social. Estando essas três dimensões interligadas, os esforços para superar a injustiça não podem, exceto em raros casos, lidar apenas com uma delas. Ao contrário, lutas contra a má distribuição e o falso reconhecimento não serão bem-sucedidas a menos que se aliem com lutas contra a má representação e vice-versa. A qual delas se confere ênfase, obviamente, é tanto uma decisão tática quanto estratégica. Dada a saliência atual das injustiças do mau enquadramento, minha preferência é pelo lema "Nenhuma redistribuição ou reconhecimento sem representação. Mas, mesmo assim, a política da

---

<sup>60</sup> A própria Nancy Fraser afirmou isso: “De acordo com essa interpretação democrática-radical do princípio do igual valor moral, a justiça requer arranjos sociais que permitam que todos participem como pares na vida social. Superar a injustiça significa dismantlar os obstáculos institucionalizados que impedem alguns sujeitos de participarem, em condições de paridade com os demais, como parceiros integrais da interação social.” (Fraser, N. (2009) Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política [online].*, n. 77 [Acessado 13 Janeiro 2024], pp. 11-39. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0102-64452009000200001>>. Epub 22 Jan 2010. ISSN 1807-0175

<sup>61</sup> Fraser, N. (2009) Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política [online].*, n. 77 [Acessado 13 Janeiro 2024], pp. 11-39. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0102-64452009000200001>>. Epub 22 Jan 2010. ISSN 1807-0175.

representação aparece como uma dentre as três frentes interligadas na luta por justiça social em um mundo globalizado.<sup>62</sup>

Manus (2020) alerta que o Direito da Antidiscriminação não é remédio para toda sorte de injustiça, contudo, constrói uma proposta de remédios para diferentes danos na cultura, na economia e na política.<sup>63</sup>

A força do argumento da igualdade como reconhecimento está sobretudo na sua capacidade de nos oferecer uma nova lente que permita melhor compreender o modo como largos setores da sociedade são alijados do direito mais fundamental de terem sua identidade, constitutiva de sua dignidade, respeitada e valorizada.<sup>64</sup>

Sant'Anna Vaz (2022) reconhece que a adoção de medidas específicas de proteção e promoção de direitos de grupos vulneráveis, é incompatível com o critério jus-filosófico de proteção universal que considera a igualdade apenas em seu viés formal, uma igualdade incompatível com a proteção de grupos. Ao invés, a autora sugere que nos contextos de sociedades regidas por processos históricos aprofundados de exclusão, principalmente àquelas, regidas por um racismo estruturante das relações, é preciso a garantia do mínimo dignificante.<sup>65</sup>

Assim, a negação aos membros dos grupos minoritários de igual participação e de acesso equitativo aos meios para igual participação na interação social, requer políticas de reconhecimento e de igualdade de oportunidades que, associadas à justa redistribuição dos bens e direitos, promovam, enfim, uma paridade participativa autônoma – e não apenas formalmente concebida e heteronomamente concedida –, que decorra de um processo de autodignificação, autodesenvolvimento e auto(co)rresponsabilização das minorias<sup>66</sup>

<sup>62</sup> Fraser, N. (2009) Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política [online]*, n. 77 [Acessado 13 Janeiro 2024], pp. 11-39. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0102-64452009000200001>>. Epub 22 Jan 2010. ISSN 1807-0175.

<sup>63</sup> O mencionado autor constrói uma tabela que evidencia os danos enraizados em uma esfera, com os efeitos que repercutem em danos nas outras esferas. De igual maneira, evidencia os remédios potenciais para atacá-los. Por exemplo, “a natureza de gênero da pobreza, os custos econômicos das atividades de cuidado infantil e trabalho não remunerado e, mais claramente, a disparidade salarial de gênero são danos culturais predominantes com profundos efeitos econômicos. Os remédios, aqui, podem variar desde a aplicação de cláusulas formais de igualdade para preencher as disparidades salariais de gênero até um uso ativo de abordagens de interseccionalidade para lidar com a natureza de gênero da pobreza. Esses remédios, em geral, devem trazer à tona ou destacar a divisão sexual do trabalho, seja usando comparadores ou desafiando os horizontes de valor dominados pelos homens e suas expressões no mercado de trabalho. [...] Por fim, a lei antidiscriminação tem sido usada para desafiar a falta de grupos desfavorecidos em posições de poder de decisão, revelando os obstáculos que um arranjo de democracia representativa dominado pelos homens cria para as mulheres: desde a dureza e as habilidades de barganha que são injustificadamente atribuídas aos homens, até o cronograma de reuniões partidárias que dificultam a presença de mulheres com “turnos duplos”. Cf. Mc Manus, A. R. C. (2020). A Fraserian theory of anti-discrimination law. *International Journal of Discrimination and the Law*, 20(1), 88-109. Acesso em 02 de Janeiro de 2024 <https://doi.org/10.1177/1358229120927909>

<sup>64</sup> Vieira, O. V. (2017). Igualdade. Em O. Vieira, F. Scabin, & M. Feferbaum, *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF* (2 ed., pp. 257-271). São Paulo: Editora Malheiros. p.270.

<sup>65</sup> Sant'Anna Vaz, L. M. (2022). *Direito Fundamental à Igualdade Racial*. [tese de doutorado não publicada], Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito. Fonte: <http://hdl.handle.net/10451/57015> p. 202-204

<sup>66</sup> Sant'Anna Vaz, L. M. (2022). *Direito Fundamental à Igualdade Racial*. [tese de doutorado não publicada], Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito. Fonte: <http://hdl.handle.net/10451/57015> p. 204

A teoria crítica de justiça de Nancy Fraser fornece as ferramentas teóricas filosóficas para identificar o direito da antidiscriminação como instrumento de potencial transformação para a emancipação social.

A seguir, nos deteremos, no fundamento normativo-jurídico do direito da antidiscriminação: o princípio estruturante do Estado Democrático de Direito da igualdade e da não discriminação.

### 3. A IGUALDADE NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

#### 3.1. Democracia e Igualdade

O caráter universal dos direitos fundamentais tem implicação na soberania popular e democracia.<sup>67</sup> Explica Ferrajoli (2023) que o universalismo dos iguais direitos a todos é constitutiva dos valores de uma ordem democrática: o pluralismo político e a unidade política, reflexos de unidade e identidade do povo, isto é, na visão do jurista italiano, que a igualdade é

sobre a igual titularidade de todos e cada um desses direitos universais que são os direitos fundamentais – por um lado, na igualdade formal de todas as diferentes identidades pessoais garantidas pelos direitos da liberdade; por outro lado, a redução de desigualdades substanciais garantidas pelos direitos sociais – que se baseia a percepção dos outros como iguais e, portanto, o sentimento de pertencer a uma mesma comunidade que faz desta um povo.<sup>68</sup>

Ou dito de outra forma é uma decorrência da soberania popular. Tanto no aspecto negativo, de não ser usurpada por quem quer que seja, seja no seu aspecto positivo, de garantia a cada um, contra arbitrariedades aos direitos fundamentais, sejam eles políticos, de liberdade e sociais, dos quais todos os cidadãos são titulares, está intrinsecamente ligado a democracia, já que é uma exigência da própria o igual tratamento entre os cidadãos.<sup>69</sup>

Garcia afirma que “[...] falar do princípio da igualdade no quadro da civilização ocidental em que nos inserimos, significa falar a uma específica de pensar e de estruturar a vida social”<sup>70</sup>. Sobre a tensão liberdade e igualdade, a autora os nomina de valores eminentemente humanos que participam da natureza inacabada do próprio homem e acompanha o seu desejo de aperfeiçoar-se em contínuo, por isso tornaram-se elementos integrantes da sociedade política-estatal, que dessa vontade de concretizá-las – igualdade e liberdade – deu origem as Declarações de Direitos e as

---

<sup>67</sup> Ferrajoli, L. (2023). *Manifesto pela Igualdade*. (S. Cademartori, Trad.) Florianópolis: Emais Editora. p. 18.

<sup>68</sup> Ferrajoli, L. (2023). *Manifesto pela Igualdade*. (S. Cademartori, Trad.) Florianópolis: Emais Editora. p. 18.

<sup>69</sup> Ferreira dos Santos, C. (2022). *O Direito à Igualdade: uma visão geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p. 156.

<sup>70</sup> Garcia, M. G. F. P. D. (2005). *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina. pp. 7-8.

Constituições escritas, “[...] construídas como salvaguardas essenciais de uma certa forma de agir politicamente como a garantia que a igualdade e a liberdade se irão concretizar materialmente”<sup>71</sup>.

De igual maneira, Sant’Anna Vaz (2022) não há democracia sem igualdade, já que para um regime verdadeiramente democrático o igual poder de participação e escolha dos destinatários das decisões políticas é um pressuposto<sup>72</sup>. Talvez isto explique o amor ardente e durável pela igualdade, que Tocqueville compreendeu a nascente democracia americana como regime da liberdade associada a igualdade:<sup>73</sup>

A liberdade manifestou-se aos homens em diferentes ocasiões e sob diferentes forma; nunca se ligou exclusivamente a um estado social e podemos encontrá-la também fora das democracias. Por isso, não poderia formar o caráter distintivo dos séculos democráticos. O fato particular e dominante que singulariza estes séculos é a igualdade de condições; a paixão principal que agita os homens em tais ocasiões é o amor por essa igualdade. Não me perguntem que singular encanto encontram os homens das épocas democráticas em viver iguais, nem as razões particulares que podem ter para apegar-se tão obstinadamente à igualdade, mais que aos outros bens que a sociedade lhes oferece: a igualdade forma o caráter distintivo da época em que vivem, basta isso para explicar porque a preferem a todo o resto. [...]o homem portanto não se apega à liberdade apenas porque lhe é cara; aferra-se a ela ainda porque crê que deve durar para sempre [...]As vantagens da igualdade se fazem sentir desde logo e a cada dia as vemos passar ante nossos olhos. A liberdade política dá, de vez em quando, e a certo número de cidadãos, sublimes prazeres. A igualdade proporciona todos os dias a uma multidão de pequenos prazeres a cada homem. Os encantos da igualdade se sentem em todos os momentos e estão ao alcance de todos; [...] na maior parte das nações modernas, e em particular em todos os povos do continente europeu, o gosto e a ideia de liberdade só começaram a nascer e a se desenvolver no momento em que as condições começaram a igualar-se e em consequência dessa mesma igualdade.”<sup>74</sup>

Já Dahl (2015) mencionando as mudanças realizadas com a promulgação das leis de direitos civis no contexto norte-americano afirma que “as mudanças em direção à igualdade possam ser e, tipicamente, sejam progressivas, uma série de mudanças progressivas pode equivaler, com o

<sup>71</sup> Garcia, M. G. F. P. D. (2005). *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina. p. 8.

<sup>72</sup> Sant’Anna Vaz, L. M. (2022). *Direito Fundamental à Igualdade Racial*. [tese de doutorado não publicada], Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito. Fonte: <http://hdl.handle.net/10451/57015>, p. 232.

<sup>73</sup> Tocqueville, A. d. (1987). *A democracia na América* (3ª ed.). (N. R. Silva, Trad.) Belo Horizonte: Editora Itatiaia. P.383-386

<sup>74</sup> Mesmo que o contexto em que escrito, havia a escravização e a América iniciava seus passos como ex-colônia, as mulheres sequer conheciam a cidadania. É valido a crítica de que a Democracia, como a conhecemos não surgiu em defesa das maioria pobre, mas sim para assegurar as minorias ricas uma limitação ao poder irresponsável do governo. Ver em Tocqueville, A. d. (1987). *A democracia na América* (3ª ed.). (N. R. Silva, Trad.) Belo Horizonte: Editora Itatiaia. P. 384-386

<sup>75</sup> Dahl (2015) afirma que a descrição pela paixão em Tocqueville é correta e que as reivindicações de igualdade passaram nos últimos séculos a serem consolidadas em instituições, práticas e comportamentos. Ver em Dahl, R. A. (2015). *A Constituição Norte-Americana é Democrática?* (V. Ribeiro, Trad.) Rio de Janeiro: FGV Editora, p. 117-118.

tempo, a uma revolução”.<sup>76</sup> Isto para explicar que a despeito da persistência das desigualdades, a igualdade, especialmente a política, a presunção de igualdade intrínseca, garantem direitos, liberdades fundamentais e oportunidades de participação efetiva e igualdade de votos o que para plena democracia, ainda que idealmente. É por isso que a igualdade importa, porque como bem diz Dahl (2015) a “democracia é, necessariamente, um sistema de direitos, liberdades e oportunidades.<sup>77</sup> A partir da criação de normas constitucionais cujo propósito é a proteção de minorias, na jurisdição constitucional, promovendo a inclusão também protege a democracia.<sup>78</sup>

Nesse sentido, Miranda (2018) esclarece que, entre liberdade e igualdade, há uma tensão que, em concreto, a igualdade traduz garantia da liberdade, que nas sociedades plurais da contemporaneidade traduzem a “[...] procura de um equilíbrio entre bem comum e interesse de grupo como entre a igualdade e aquilo a que se vem chamando de direito à diferença”<sup>79</sup>.

Machete (2007) informa que a democracia é limitada pelo Estado de Direito, assim, garantias, direitos, liberdades, as próprias regras de organização do Estado são preceitos a serem observados pela “vontade democrática conformadora”<sup>80</sup>. Já Moreira (2020) assevera a importância do controle de constitucionalidade como mecanismo político que evita que poucos vivessem sob uma normatividade jurídica e outros tantos sob uma situação de exclusão “O controle de constitucionalidade opera, portanto, como um meio de racionalização da vida política por corrigir

---

<sup>76</sup> Dahl (2016) ao explicar que uma das críticas à Declaração da Independência dos Estados Unidos, é que apesar de iguais, os autores da Declaração deixaram de lado em grande medida, a maioria de pessoas, como mulheres, escravos, negros libertos e povos nativos que seguiam privados dos direitos políticos e mais outros direitos essenciais à vida como liberdade e à busca da felicidade. (p.76) para o autor a igualdade é um julgamento moral, do que se tenciona ou deveria ser, esse é o sentido que Dahl afirma existir na Declaração da Independência dos Estados Unidos, “devemos considerar o bem de cada ser humano intrinsecamente igual ao de qualquer um. Empregando as palavras da declaração de Independência, como julgamento moral, insistimos que a vida, a liberdade e a felicidade de uma pessoa não são intrinsecamente superiores ou inferiores às de qualquer outra. Consequentemente, devemos tratar todas as pessoas como se possuíssem igual direito à vida, à liberdade, à felicidade e a outros bens e interesses fundamentais” (p.78) a essa isonomia no plano moral, Dahl (2016) chama de igualdade intrínseca. Além dessa igualdade, o autor fala da necessidade do Estado democraticamente governado, incluir todas as pessoas sujeitas às leis desse Estado (p. 94). Ver em Dahl, R. A. (2016). *Sobre a Democracia* (2ª reimpressão ed.). (B. Sidou, Trad.) Brasília: Editora Universidade de Brasília. Sem uma visão romântica da igualdade entre os homens, mas certo de que é a democracia o regime que garante aos cidadãos os direitos fundamentais, a oportunidade de exercício das liberdades individuais, um grau relativamente alto de igualdade política.

<sup>77</sup> Dahl, R. A. (2015). *A Constituição Norte-Americana é Democrática?* (V. Ribeiro, Trad.) Rio de Janeiro: FGV Editora. p. 121-127.

<sup>78</sup> Moreira, A. J. (2020). *Tratado de Direito Antidiscriminatório*. São Paulo : Editora Contracorrente. p. 237.

<sup>79</sup> Miranda, J. (2018). *Direitos fundamentais* (2ª ed.). Coimbra: Almedina. p. 286.

<sup>80</sup> Machete, P. (2007). *Estado de Direito Democrático e Administração Paritária*. Coimbra : Edições Almedina. p. 405.

vícios do processo político que implicam em uma violação do tratamento igualitário entre os membros da comunidade política democrática.”<sup>81</sup>

Chai (2007) afirma que democracia é um aprendizado, considerando a sociedade de riscos, exige repensar suas instituições, em constante conexão entre o tradicional e o presente, sob o desvelo do próprio controle social, que revela um exercício permanente da cidadania que ultrapassa o direito de escolha eleitoral. Este autor enfatiza que uma “democracia incluyente requer medidas contramajoritarias”<sup>82</sup>

Compreendendo o Estado de Direito como promotor dos direitos fundamentais e fundado na dignidade da pessoa humana e na igual consideração e respeito à todas as pessoas, Novais (2019) esclarece que deve respeitar os princípios estruturantes, sob pena, de inconstitucionalidade reconhecida pela jurisdição constitucional, firme na advertência de Maus (2000) de assumir-se o Judiciário o papel de alter-ego da sociedade.<sup>83</sup>

Ferreira dos Santos (2022) salienta que na democracia os cidadãos detêm a prerrogativa da igualdade política, vale dizer que a democracia fundada na distribuição do poder político entre os cidadãos robustece a igualdade, já que a democracia o regime da igualdade de oportunidades para todos.<sup>84</sup>

Ferrajoli (2023) coloca a igualdade como princípio que opera os sistemas de limites e restrições a qualquer poder de disposição, é a igualdade condição jurídica da própria democracia e assim, há uma causalidade entre igualdade e direitos fundamentais universais,

“correspondentes a garantias ou normas de reconhecimento da democracia: igualdade nos direitos políticos à democracia política ou representativa; igualdade nos direitos civis à democracia civil ou econômica, igualdade nos direitos de liberdade à democracia liberal; e à igualdade nos direitos sociais à democracia social ou socialdemocracia.”<sup>85</sup>

<sup>81</sup> Moreira, A. J. (2020). *Tratado de Direito Antidiscriminatório*. São Paulo : Editora Contracorrente. p. 234-235

<sup>82</sup> Chai, C. G. (2007). *Jurisdição Constitucional Concreta*. São Luís: Ampem Editora.p.175.

<sup>83</sup> Maus, I. (novembro de 2000). Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". *Novos Estudos*(58), pp. 183-202.

<sup>84</sup> Ferreira dos Santos, C. (2022). *O Direito à Igualdade: uma visão geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.p. 158.

<sup>85</sup> Ferrajoli, L. (2023). *Manifesto pela Igualdade*. (S. Cademartori, Trad.) Florianópolis: Emais Editora. p. 19.

A igualdade do princípio democrático é a igualdade de todos perante a lei, é a igualdade jurídica. A prerrogativa de participação política é uma decorrência da igualdade, na democracia.

Lages Lobo (2016) vai além, associa o advento do Estado Democrático de Direito, como o momento que a normatividade adequada do princípio da igualdade, como conhecida no atual estágio do Constitucionalismo se assume, não mais como direito de participação política ou da igualdade jurídica do Estado Liberal, mas como princípio que garante a igualdade jurídica de outrora, substantivada pela concepção de igualdade que atende, os ditames de um direito plural, participativo e aberto, da igualdade de recursos e oportunidades.<sup>86</sup>

A efetiva proteção dos direitos fundamentais consiste em pressuposto da própria democracia constitucional. Entretanto, em regimes constitucionais de baixa efetividade, pelo descumprimento das promessas constitucionais sem a garantia da dignidade humana mínima e, indiferença dos poderes políticos com as expectativas sociais, a mais notável são as desigualdades materiais, culturais e políticas, das chamadas minorias, é neste cenário que a jurisdição constitucional, se mostre, ainda mais necessária no exercício de sua função contramajoritária.<sup>87</sup>

Ommati (2004) assevera, no contexto brasileiro, o papel do Supremo Tribunal Federal (STF) como defensor da Constituição, ao concretizar o princípio da igualdade, firma-se como o local que permite que os cidadãos discutam com liberdade e igualdade seus direitos constitucionais,<sup>88</sup> haja vista que o “conteúdo jurídico da igualdade no paradigma do Estado Democrático de Direito é apenas um: tratar a todos com a mesma consideração e respeito”<sup>89</sup>

É em razão do conteúdo jurídico de igual respeito, que Ommati (2004) chega a conclusão que igualdade e democracia evocam a noção de parceria também encontra respaldo na Constituição

---

<sup>86</sup> Lobo, B. N. (2016). *O Direito à Igualdade na Constituição Brasileira: Comentários ao Estatuto da Igualdade Racial e a Constitucionalidade das ações afirmativas na educação* (2ª rev. e ampliada. ed.). Global South Press. p. 112-115.

<sup>87</sup> Bahia, A., Eisaqui, D., & Barroso, H. (2020). *Democracia e direitos Fundamentais: reflexões críticas a partir da (in)tolerância*. Londrina: Thoth Editora. p.19-37

<sup>88</sup> Ommati, J. E. (2004). *A igualdade no paradigma do Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. p.31

<sup>89</sup> Ommati, J. E. (2004). *A igualdade no paradigma do Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. p.128.

Federal de 1988, já que um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito é a dignidade da pessoa humana, que significa entre outras coisas, o trato com o mesmo respeito e consideração.

Neves (2001) explica que não se deve confundir o princípio da igualdade jurídica, com homogeneidade da sociedade. Este autor concebe a igualdade como o tratamento isonômico que se obtém mediante a integração ou o acesso igualitário às instituições e aos procedimentos jurídicos, neste sentido:

O princípio da igualdade, entretanto não se restringe à integração sistêmica igualitária. A noção de integração procedimental igualitária pode ser lida a partir de duas perspectivas diversas e inseparáveis. Do ponto de vista sistêmico, a questão refere-se à neutralização de desigualdades fáticas na consideração jurídica de indivíduos e grupos. Mas por outro lado, é imprescindível que na esfera pública pluralista tenha-se desenvolvido a idéia de que as diferenças sejam recíprocas e simetricamente respeitadas. Isso exige que os procedimentos constitucionais apresentem-se como sensíveis ao convívio dos diferentes e, dessa maneira, possibilitem-lhes um tratamento jurídico igualitário. É nessa perspectiva que cabe uma releitura da concepção de Dworkin do direito “fundamental” de igual respeito e consideração (Dworkin, 1991<sup>a</sup>:180 ss e 272ss). Este consiste no direito a ser tratado como um igual” [treatment as na equal], distinguindo-se do direito a igual tratamento [equal treatment], que diz respeito a uma distribuição de oportunidades, recursos ou encargos e seria derivado (id. Ibid.: 227). Evidentemente, a fundamentalidade do direito de igual respeito e consideração exige uma esfera pública pluralista onde se assente o respeito recíproco e simétrico às diferenças. Assim sendo, este direito é pressuposto para que os sistemas político e jurídico possam institucionalizar o direito de tratamento igual. Ou seja, o primeiro é construído a partir da esfera pública pluralista, o segundo apresenta-se como uma resposta sistêmica às exigências de integração jurídica igualitária. Dilui-se, porém, aquele caso não esteja sistematicamente assegurado o direito de igual tratamento. Se os sistemas político e jurídico procedem a uma distribuição desigual de oportunidades e encargos (por exemplo, estabelece o voto desigual ou privilégios corporativos), não é mais cabível falar de direito de igual respeito e consideração assentado na esfera pública pluralista. Portanto, em vez de relação de fundamentalidade e derivação, pode-se afirmar que se trata de pressuposição recíproca das duas perspectivas por meio das quais o princípio da igualdade pode ser observado: a perspectiva interna e sistêmica, referente ao tratamento jurídico igual, que envolve a neutralização das desigualdades presentes no meio ambiente; a perspectiva externa da esfera pública pluralista, concernente ao direito a ser tratado como igual ou direito de igual respeito e consideração.<sup>90</sup>

Conforme visto, o princípio da igualdade é fundamental para a cidadania e efetividade do Estado Democrático de Direito, uma sociedade que há exclusão, não é uma sociedade verdadeiramente democrática. Mas que tipo de igualdade satisfaz a democracia?

### 3.2. Igualdade como princípio jurídico<sup>91</sup>

<sup>90</sup> Neves, M. (2001). Justiça e diferença numa Sociedade Global Complexa. Em J. Souza, *Democracia hoje: Novos desafios para a teoria democrática contemporânea* (pp. 329-363). Brasília: Editora Universidade de Brasília. P. 335-336.

<sup>91</sup> Item desenvolvido a partir de tópico do relatório da autora. Cfr. Samira Mercês dos Santos. Apontamentos sobre o princípio da igualdade perante a lei como um princípio de não discriminação: cotas raciais em concursos públicos na lei brasileira 12.990/2014 e o Supremo Tribunal Federal.

Com o desenvolvimento da pesquisa, percebeu-se que o princípio da igualdade, nos ordenamentos brasileiro e português, comumente na doutrina e jurisprudência, sua compreensão inicia-se a partir do conteúdo jurídico e na diferenciação entre igualdade formal e igualdade substancial ou material.

Certamente, o princípio da igualdade representa um dos pilares de toda sociedade organizada<sup>92</sup>, ou representa um dos princípios estruturantes do Estado de Direito<sup>93</sup>, dos mais constantes e longevos nos textos constitucionais. É o princípio que impõe ao Estado o dever de tratar os indivíduos de forma que as vantagens sociais se distribuam equitativamente entre eles<sup>94</sup>.

Pulido (2016) esclarece que o dever de igualdade se satisfaz em quatro preceitos correlatos: primeiro uma exigência de tratamento idêntico a destinatários que se encontram nas mesmas circunstâncias; em segundo a exigência de desigualação ou diferenciação de tratamento entre os destinatários cujas circunstâncias não compartilhem nenhum elemento comum; o terceiro preceito consistente em tratamento paritário aos destinatários cujas situações apresentem similitudes e diferenças – tratamento igual apesar das diferenças e por último, um quarto mandado de tratamento diferenciado aos destinatários que se encontram também uma posição em parte similar e em parte diversa, entretanto, no caso as diferenças são mais relevantes que as similaridades – trato desigual apesar das semelhanças.<sup>95</sup> Estes quatro preceitos tem uma dimensão objetiva, a partir da qual se

---

<sup>92</sup> Pulido, C. B. (2016). El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. Em J. M. Gómez, E. Corzo Sosa, & I. d. Jurídicas (Ed.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional* (pp. 51-74). México: UNAM . Acesso em 01 de setembro de 2024, disponível em <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/344/5.pdf>

<sup>93</sup> Utiliza-se a expressão consagrada na obra de Reis Novais, no sentido de princípios, que independentemente do conteúdo e texto da respectiva Constituição, são estruturantes de qualquer Estado de Direito, até mesmo nos países que não adotam uma Constituição em sentido formal. Compreendendo o Estado de Direito como a organização que persegue a existência do respeito, proteção e promoção de direitos fundamentais. Novais (2019) ainda esclarece que os princípios estruturantes têm importante papel na atuação como limites dos limites das ações estatais restritivas e das omissões que afetem os direitos fundamentais, são os princípios estruturantes que substantivam os atributos dos direitos fundamentais da indisponibilidade, irrenunciabilidade e a imprescritibilidade. Ver em Novais, J. R. (2019). *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*. Coimbra: Edições Almedina.p. 9-12

<sup>94</sup> Pulido, C. B. (2016). El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. Em J. M. Gómez, E. Corzo Sosa, & I. d. Jurídicas (Ed.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional* (pp. 51-74). México: UNAM . Acesso em 01 de setembro de 2024, disponível em <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/344/5.pdf>

<sup>95</sup> Pulido, C. B. (2016). El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. Em J. M. Gómez, E. Corzo Sosa, & I. d. Jurídicas (Ed.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional* (pp. 51-74). México: UNAM . Acesso em 01 de setembro de 2024, disponível em <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/344/5.pdf>

define o princípio da igualdade e uma dimensão subjetiva, a partir da qual se define o direito de igualdade.

Sobre la base de la noción aristotélica de igualdad, que ordena tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, se reconoce el desarrollo de tres concepciones adicionales: la igualdad como protección o distribución de bienes públicos importantes (e.g., derechos fundamentales); la igualdad como no discriminación en razón de factores asociados a la pertenencia a algunos grupos, y la igualdad material o fáctica.<sup>96</sup>

Canotilho<sup>97</sup> afirma que as exigências que derivam da constitucionalização da ideia de igualdade como preceito constitucional dependem de um juízo de realidade, da avaliação de semelhança e diferença de situações da vida antes de as tratar igual ou desigualmente. Decorrencia da concepção do Direito como ciência social e como ciência de cultura, atento a realidade político-econômico e social de cada território em cada momento histórico.<sup>98</sup>

Rocha diz que o direito que iguala para realizar a dignidade humana, “[...] muda estruturas sociais, transforma, pela aplicação do princípio, o aparato estatal e a conduta política do grupo social para que a diversidade iguale em condições e oportunidades a pluralidade humana e a igualação seja a forma de respeito às diferenças”<sup>99</sup>. Já Novais, além de reconhecer a longevidade do princípio estruturante, esclarece que é o controle de igualdade uma garantia da constitucionalidade no Estado de Direito, consagrado na Constituição Portuguesa e aplicável a todos os direitos fundamentais desempenhando a função de interpretação, concretização, limitação ao poder e parâmetro de controle das afetações estatais sob os direitos fundamentais.<sup>100</sup>

É o direito de igualdade o atributo que permite ao indivíduo vindicar do Estado, o cumprimento das exigências que derivam do princípio da igualdade. Pulido (2016) utiliza a semântica da qual o direito de igualdade e o princípio de igualdade, em níveis diversos, entre igualdade perante a lei e igualdade na lei, no original, *la igualdad ante la ley y la igualdad em la ley*. O resultado é que no

<sup>96</sup> Valdés J., J. D. (2015). ¿Qué Clase de Igualdad Reconoce el Tribunal Constitucional? *Revista Ius et Praxis*, 2, p 318.

<sup>97</sup> Canotilho, M. R. (2017). *El principio de igualdad en el derecho constitucional europeo*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi. p.104.

<sup>98</sup> A afirmação de Alexy, quando cita Hesse, é que a “[...] igualdade jurídica sempre faz com que algumas desigualdades fáticas sejam mantidas e, frequentemente acentuadas” (Alexy, R. (2017). *Teoria dos direitos fundamentais* (5ª ed., V. A. Silva, Trad.). São Paulo: Malheiros. p. 417).

<sup>99</sup> Rocha, C. L. A. (1990). *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê. p. 14.

<sup>100</sup> Novais, J. R. (2021). *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição* (3ª ed.). Lisboa: AAFDL p. 799.

primeiro caso – igualdade perante a lei -; a eficácia vinculante dos preceitos da igualdade se aplicam tanto na seara administrativa e jurisdicional quanto nas relações entre os particulares. E no segundo nível, - igualdade na lei – trata-se do direito fundamental de igualdade que vincula e limita as afetações a serem realizadas pelo legislador. Ou como bem destacado por Valdés J. (2015) “*aquella refleja la idea fundamental de que el ordenamiento constitucional considera a los individuos como esencialmente iguales, y por lo mismo, merecedores de un trato igualitario*”.<sup>101</sup>

Dos quatro preceitos apresentados acima, Pulido (2016) assevera que os dois primeiros são aplicáveis aos casos fáceis, pois não geram problemas de interpretação. Já os dois últimos desafiam o intérprete, pois exigem a definição se são as semelhanças, nas situações que afetam os indivíduos, que prevalecerão sobre as diferenças para justificar a igualdade de tratamento, ou se o oposto deve ocorrer, justificando a desigualação.<sup>102</sup>

O debate filosófico, jurídico e político sobre o direito ser um instrumento de transformação social não é novo <sup>103</sup>, de igual maneira o direito de igualdade de todos tem sido um “enunciado peremptório estampado em tantas declarações e textos constitucionais”<sup>104</sup> inobstante ainda ser possível afirmar que há um hiato entre os enunciados de igualdade e a realidade de desigualdade em todo o mundo. Há muita confusão entre o preceito de igualdade e o senso comum que

---

<sup>101</sup> Valdés J., J. D. (2015). ¿Qué Clase de Igualdad Reconoce el Tribunal Constitucional? *Revista Ius et Praxis*, 2, p 319.

<sup>102</sup> Ao analisar as disposições sobre igualdade da Constituição colombiana Pulido (2016) reconhece que o dispositivo que determina a igualdade de tratamento também seja equivalente à proibição de tratar de forma privilegiada certos destinatários, através da proibição de não discriminação também seja em verdade, um dever de promoção e proteção dos desfavorecidos, que é responsabilidade do Estado. Cfr. em Pulido, C. B. (2016). El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. Em J. M. Gómez, E. Corzo Sosa, & I. d. Jurídicas (Ed.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional* (pp. 51-74). México: UNAM . Acesso em 01 de setembro de 2024, disponível em <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/344/5.pdf>

<sup>103</sup> Cesário Alvim Gomes, J., & Fabris, L. (2021). Paradoxos do Direito à Igualdade: Discriminação, Diferença e Identidade sob uma Perspectiva Crítica. *Direito Público*, 18(97). <https://doi.org/10.11117/rdp.v18i97.5412>

<sup>104</sup> Vieira, O. V. (2017). Igualdade. Em O. Vieira, F. Scabin, & M. Feferbaum, *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF* (2 ed., pp. 257-271). São Paulo: Editora Malheiros.

compreende o enunciado como igualdade igualitária<sup>105</sup> ou tratar todos os indivíduos como se fossem idênticos<sup>106</sup>, o que deve ser rechaçado.

A distinção, como sabido, é uma condição natural da vida em sociedade, mas as diferenças que reivindicam a igualdade dos tratados, declarações de direitos e Constituições modernas, foram construídas a partir da história da sociedade e suas instituições, as distinções oriundas de preconceitos<sup>107</sup> que recaiam sobre diferenças naturais, e, portanto, desigualdades socialmente determinadas.<sup>108</sup>

Nesse sentido, mais correto seria dizer que “todos deveriam ser tratados como iguais”. Embora sejamos diferentes, por força da natureza ou sociedade na qual nos inserimos, deveríamos ser objeto do mesmo respeito e da mesma consideração que as demais pessoas, por uma decisão pura e exclusivamente ética. [...]O conceito de dignidade humana, partindo do pressuposto moral que cada pessoa é um fim em si - portanto, um ser dotado de dignidade -, Kant propunha que todas as pessoas deveriam ser tratadas com igual respeito e consideração. A igualdade entra aqui como instrumento pelo qual deverá se distribuir de modo universal a obrigação de respeitar as demais pessoas.<sup>109</sup>

Dimoulis (2023) afirma que a Constituição brasileira de 1988, não menciona explicitamente as minorias<sup>110</sup>, mas o legislador constituinte, cuidou de realizar o tratamento de direitos e garantias especiais aos grupos vulneráveis,

A Constituição de 1988 trata de uma variedade de grupos minoritários sem que seja dada relevância jurídica à nacionalidade, à religião ou à cultura dessas minorias. Certamente, entre os grupos minoritários protegidos pela Constituição incluem-se os índios e os quilombolas, com sua identidade étnica/cultural peculiar. Mas há

<sup>105</sup> Nas valorosas lições de Jorge Miranda é preciso ter em mente que a análise do princípio da igualdade se assente em três inexoráveis postulados: “a) que igualdade não é identidade e igualdade jurídica não é igualdade natural ou naturalística; b) que a igualdade significa intenção de racionalidade e, em último termo, intenção de justiça; c) que a igualdade não é uma “ilha”, encontra-se conexas com outros princípios, tem de ser entendida – também ela – no plano global dos valores, critérios e opções da Constituição material” Ver em Miranda, J. (2018). *Direitos Fundamentais* (2ª ed.). Coimbra: Edições Almedina. p. 299-300.

<sup>106</sup> Saba, R. (2016). *Más allá de la igualdad formal ante la ley: qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?* Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

<sup>107</sup> Um dos exemplos mais vívidos de como o preconceito que recaía sobre uma diferença natural – cor da pele, estabeleceu desigualdades socialmente determinadas para negros no Brasil, cf. Moreira (2024) “A raça tem sido, desde o início da modernidade, um critério fundamental de distinção entre grupos humanos: ele adquiriu esse status a partir da influência de discursos religiosos, de teorias científicas, de representações culturais, de procedimentos políticos e de normas jurídicas”. Moreira, A. J. (2024). *Letramento Racial: uma proposta de reconstrução da democracia brasileira*. São Paulo: Editora Contracorrente.

<sup>108</sup> Vieira, O. V. (2017). Igualdade. Em O. Vieira, F. Scabin, & M. Feferbaum, *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF* (2 ed., pp. 257-271). São Paulo: Editora Malheiros. p.258.

<sup>109</sup> Vieira, O. V. (2017). Igualdade. Em O. Vieira, F. Scabin, & M. Feferbaum, *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF* (2 ed., pp. 257-271). São Paulo: Editora Malheiros. p.258.

<sup>110</sup> Não no sentido utilizado neste trabalho, há duas menções em todo o texto: primeiro, no sentido aritmético, para designar parlamentares (art. 89, IV e V) e minoria de acionistas (art. 173, §1º, IV) ou seja no sentido aritmético.

também regras específicas em relação a muitos grupos minoritários sem referência identitária (mulheres, negros, crianças, idosos, desamparados, pessoas com deficiência, trabalhadores rurais, presos).<sup>111</sup>

A marca da minoria é a inferioridade social e discriminações, sejam elas minorias nacionais, sejam elas minorias identitárias (Dimoulis, 2023).<sup>112</sup>

A igualdade nos campos político, filosófico e econômico é outro tema marcado de dissensos, que diante da complexidade, consequencialmente impõe obstáculos e controvérsias também nos enfoques normativos. Na lição de Laporta (1985), “[...] *la idea de igualdad pasa por ser uno de los parámetros fundamentales del pensamiento social, jurídico y político de nuestro tiempo. Pero, por desgracia, su importancia como idea regulativa básica no va regularmente acompañada ni por la claridad de formulación ni por la precisión de su sentido y límites.*”<sup>113</sup> Rocha afirma que o direito faz o registro dessa angústia em realizar a igualação jurídica, que não há democracia com desigualdade jurídica, e que incumbe a ciência a criação de fórmula normativa para realizar o princípio da igualdade jurídica, já que não se tem um único e mesmo conteúdo sendo mutável de “[...] tempo a tempo e de espaço a espaço”<sup>114</sup>.

No estudo da igualdade em seu sentido jurídico-constitucional, é corriqueiro encontrar dúvidas e incertezas sobre sua configuração como princípio e como direito, em razão do grau inerente de abstração. Garcia<sup>115</sup> denuncia esse paradoxo da igualdade de ser simultaneamente princípio estruturante do direito e como fórmula vazia de conteúdo. Já Rocha<sup>116</sup> enxerga na igualdade jurídica um princípio mutável como o próprio sentido do direito, instrumento do sistema jurídico que acompanha o próprio caminhar histórico do homem. E Novais (2019) chama atenção, para a longevidade constitucional do princípio, talvez em razão de sua

<sup>111</sup> Dimoulis, D. (2023). *Direito de igualdade: antidiscriminação, minorias sociais, remédios constitucionais* (2ª ed.). São Paulo: Almedina. p. 42

<sup>112</sup> Vale a leitura do autor citado em como ele constrói para fins do Direito o conceito de minorias e as desigualdades de trato jurídico. Segundo Dimoulis (2023) para as minorias o trato discriminatório decorreu da ação estatal, principalmente pelo aparato repressivo, decisões da administração pública e judiciário, principalmente pela adoção de normas jurídicas e práticas administrativas discriminatórias (aberta ou velada). O autor também destaca a distinção de tratamento jurídico consistente em direitos especiais, em que é reconhecido o ensino da língua ou distinções para amenizar discriminações passadas e persistentes na atualidade. (cf/ em Dimoulis, D. (2023). *Direito de igualdade: antidiscriminação, minorias sociais, remédios constitucionais* (2ª ed.). São Paulo: Almedina. p. 47-48).

<sup>113</sup> Laporta, F. J. (1985). El principio de igualdad: introducción a su análisis. *Sistema*, (67), 3-31. p. 3

<sup>114</sup> Rocha, C. L. A. (1990). *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê. p. 13

<sup>115</sup> Garcia, M. G. F. P. D. (2005). *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina. p. 7.

<sup>116</sup> Rocha, C. L. A. (1990). *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê. p. 14.

evolução, pari passu, com a própria desenvoltura do Estado de Direito constitucional, por ser um princípio aberto, não estabilizado e indiscutível.<sup>117</sup>

Já Pulido (2016) informa-nos que a proibição de não discriminação e os deveres de promoção e de proteção são normativamente indeterminados<sup>118</sup>, já que a determinação constitucional que os estabelece não é claro, a priori, quando o tratamento é discriminatório e viola o dever de igualdade; e quando uma omissão ou ação do Estado, viola o dever de promoção e proteção. Em suma, a imprecisão surge porque não é claro quando o tratamento diferenciado de vários destinatários é proibido, possível ou obrigatório do ponto de vista constitucional.<sup>119</sup>

De igual maneira, Canotilho(2017)<sup>120</sup> adverte que a determinação do conteúdo material do princípio da igualdade exige uma abertura de consciência de cada comunidade política e a conjugação de leituras de cada intérprete de uma Constituição em uma sociedade aberta, o que resulta em elevado grau de abstração. Além disso, o princípio se aplica a todo o ordenamento jurídico e não se limita a um plano determinado da atividade social.

Essa indeterminação normativa do princípio da igualdade tem por consequência a necessidade de pronunciamento na revisão judicial sobre a constitucionalidade dos atos legislativos e dos atos administrativos e particulares, através da fórmula da proporcionalidade para determinar, na lição de Pulido (2016), se o peso das diferenças existentes entre os grupos envolvidos no caso justifica o tratamento diferenciado de uns em relação aos outros. Chai (2007) justamente posiciona o “exercício da função jurisdicional como o lócus da declaração de validade normativa, da verificação da legitimidade das decisões”<sup>121</sup>. Canas (2014) erige a igualdade, a proporcionalidade e a proteção da confiança como os princípios da constituição *prima facie*, uma vez são as

---

<sup>117</sup> Novais, J. R. (2019). *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*. Coimbra: Edições Almedina p. 67-68.

<sup>118</sup> Iguualmente, Valdés J., J. D. (2015). ¿Qué Clase de Igualdad Reconoce el Tribunal Constitucional? *Revista Ius et Praxis*, 2, pp. 317-372.

<sup>119</sup> Pulido, C. B. (2016). El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. Em J. M. Gómez, E. Corzo Sosa, & I. d. Jurídicas (Ed.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional* (pp. 51-74). México: UNAM . Acesso em 01 de setembro de 2024, disponível em <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/344/5.pdf>, p. 53-54.

<sup>120</sup> Canotilho, M. R. (2017). *El principio de igualdad en el derecho constitucional europeo*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi. p.104.

<sup>121</sup> Chai, C. G. (2007). *Jurisdição Constitucional Concreta*. São Luís: Ampem Editora. p. 175

ferramentas do controle de constitucionalidade, “instrumentos das operações de ponderação e otimização”<sup>122</sup>.

Todas as dimensões da igualdade estão presentes na maior parte dos textos constitucionais<sup>123</sup>, e que as diferenciações, por muito tempo, sofreram a desconfiança do “[...] perigo de uma desigualdade de tratamento”<sup>124</sup>.

O ponto fundamental na compreensão do princípio da igualdade é a definição de seu conteúdo. Importa saber quais as desigualdades pedem um agir positivo do Estado, quais os critérios para igualar ou desigualar são legítimos, diante da ausência de critérios empíricos que permitam concluir quando duas situações são idênticas. O desafio neste relatório não é responder a essas perguntas, mas a resposta do problema investigado depende de disposição para atravessar esse caminho.

Na Constituição da República Portuguesa, o princípio geral de igualdade<sup>125</sup> está assim enunciado:

Artigo 13.º - (Princípio da igualdade)

1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.

2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica ou condição social.<sup>126</sup>

Inicialmente, chama atenção que o enunciado remete ao “princípio da dignidade (dignidade social)”. Adverte Alexandrino<sup>127</sup> que tal associação é especificidade da CRP. Em seus comentários sobre o princípio, assevera o autor que, na fórmula “todos são iguais perante a lei”, o princípio desdobra-se em “igualdade na aplicação do direito e igualdade na criação do Direito”. A primeira

<sup>122</sup> Canas, V. (2014). CONSTITUIÇÃO PRIMA FACIE: IGUALDADE, PROPORCIONALIDADE, CONFIANÇA (APLICADOS AO “CORTE” DE PENSÕES). *e-Pública: Revista Eletrónica de Direito Público*, 1(1), 01–49.

<sup>123</sup> “A Constituição Portuguesa acolhe expressa e eloquentemente todas estas dimensões da igualdade e procura, tanto quanto possível, determinar normativamente a solução das dúvidas jurídicas de igualdade inevitavelmente suscitadas por facto da complexidade que o princípio adquiriu no Estado social.” (Novais, J. R. (2019). *Princípios estruturantes de Estado de direito*. Coimbra: Almedina. p. 72).

<sup>124</sup> Novais, J. R. (2019). *Princípios estruturantes de Estado de direito*. Coimbra: Almedina. p. 73.

<sup>125</sup> De acordo com Amaral, o princípio da igualdade na CRP aparece primeiramente no artigo 9.º, no capítulo relativo às tarefas fundamentais do Estado. A ideia geral de igualdade está no enunciado do artigo 13.º (Amaral, M. L. (2004). O princípio da igualdade na Constituição portuguesa. In J. Miranda (Coord.), *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes* (pp. 35-57). Coimbra: Coimbra Editora. p. 35).

<sup>126</sup> Constituição da República Portuguesa. (1976, 10 de abril). Lisboa. artigo 13.º. Disponível em: <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view>.

<sup>127</sup> Alexandrino, J. M. (2018). *Direitos fundamentais: introdução geral* (2ª ed.). Parede: Príncipeia. p. 79.

expressão é dirigida ao intérprete e sugere que a lei se aplica igualmente a todos sem distinções; já a igualdade na criação do Direito significa o igual dever de proteção da lei a todas as pessoas.

Frequentemente há quatro dimensões que sempre são encontradas nas doutrinas quando o assunto é princípio da igualdade<sup>128</sup>. Igualdade perante a lei, igualdade substancial, a dimensão alexyana da igualdade como direito subjetivo e a dimensão de proibição de discriminação. Acrescenta-se a essas quatro concepções a dimensão da igualdade como não subordinação. O que examinaremos a seguir.

### 3.2.1. Igualdade de tratamento perante a Lei: igualdade formal<sup>129</sup>

A dimensão mais conhecida da igualdade, e a mais antiga, é a concepção da igualdade também nominada de formal ou igualdade perante a lei. Como ensina Carbonell<sup>130</sup>, é o princípio da igualdade em sentido estrito, presente no primeiro artigo da Declaração Francesa de Direitos de 1789. Está presente em quase todos os textos constitucionais promulgadas durante século XX. É a dimensão da igualdade que vincula todos os poderes, e órgãos do Estado no dever de aplicação e na criação do direito<sup>131</sup>.

O princípio da igualdade alheia-se das condições específicas, económicas, sociais, culturais..., dos indivíduos. Torna-se um instrumento de reivindicação de igual tratamento jurídico. E se a igualdade se atinge através da generalidade, esta tem de ser salvaguardada no momento fulcral da vida da própria lei, isto é, o momento da sua aplicação.<sup>132</sup>

É a “[...] raiz histórica mais claramente associada ao Estado de Direito Liberal”<sup>133</sup>. É a igualdade compreendida como realidade natural, neutra e que contradiz os próprios objetivos que o princípio

<sup>128</sup> Há autores que denominam de formas ou modalidades jurídicas de igualdade. Carbonell enumera quatro tipos elementares de normas jurídicas que contêm mandatos de igualdade: o princípio da igualdade em sentido formal, o mandado de não discriminação, a igualdade do homem e da mulher e a igualdade substancial (Carbonell, M. (2003). Estudio preliminar. La igualdad y los Derechos Humanos. In M. Carbonell (Comp.), *El principio constitucional de igualdad: lecturas de introducción* (pp. 9-30). México, DF: Comisión Nacional de los Derechos Humanos. pp. 12-14).

<sup>129</sup> Item desenvolvido a partir de tópico do relatório da autora. Cfr. Samira Mercês dos Santos. Apontamentos sobre o princípio da igualdade perante a lei como um princípio de não discriminação: cotas raciais em concursos públicos na lei brasileira 12.990/2014 e o Supremo Tribunal Federal.

<sup>130</sup> Carbonell, M. (2003). Estudio preliminar. La igualdad y los Derechos Humanos. In M. Carbonell (Comp.), *El principio constitucional de igualdad: lecturas de introducción* (pp. 9-30). México, DF: Comisión Nacional de los Derechos Humanos. p. 12.

<sup>131</sup> Alexy, R. (2017). *Teoria dos direitos fundamentais* (5ª ed., V. A. Silva, Trad.). São Paulo: Malheiros. pp. 393-396.

<sup>132</sup> Garcia, M. G. F. P. D. (2005). *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina. p. 12.

<sup>133</sup> Alexandrino, J. M. (2018). *Direitos fundamentais: introdução geral* (2ª ed.). Parede: Príncipia. p. 80.

pretende atingir, “[...] volve-se em igualdade de todos perante à lei, qualquer que seja o conteúdo da regulamentação ou tratamento jurídico”, e nessa percepção, o princípio foi reduzido na “pura generalidade da lei” e “princípio da prevalência da Lei”<sup>134</sup>.

É a dimensão da igual liberdade, que inspira dois tipos de normas constitucionais fundamentais: igualdade perante a lei e igualdade de direitos. Significa que a lei é a mesma para todos e resulta na imparcialidade em sua aplicação, com a exigência de uma tipificação em termos impessoais e universais, excluídas a aceitação de imunidades ou privilégios<sup>135</sup>. Em interpretação abrangente significa a submissão de todos os cidadãos ao marco da igualdade e a derrogação de leis específicas ou discriminatórias. “*El primer significado del principio no es más que una exigencia de generalidad y abstracción de la norma jurídica*”<sup>136</sup>.

Em uma interpretação contemporânea, a exigência de generalidade da norma resulta uma proibição de arbitrariedade, ou seja, a proibição de criar distinções sem justificação motivada, sem fundamento objetivo e razoável. As constituições contemporâneas, por meio dessa proibição, estabelecem verdadeira “*frontera definidora*”<sup>137</sup> da atuação dos poderes públicos, especialmente Legislativo e Judiciário. Importante a advertência de Reis Novais, sobre a generalidade e abstração serem atributos das leis limitadas ao que se entende como igualdade formal,

Por um lado, a partir do momento em que a igualdade é, hoje, entendida também como igualdade material traduzida na exigência de tratamento igual daquilo que é igual tratamento desigual daquilo que é desigual, fica claro que a generalidade nem é condição suficiente nem necessária de igualdade. Uma lei geral pode ser tão profundamente inigualitária – desde que trate indiferenciadamente situações e pessoas cuja extrema desigualdade fáctica exigiria as correspondentes diferenciações de tratamento – quanto uma lei individual e concreta pode ser uma verdadeira exigência da igualdade, desde que a situação e a pessoa em causa sejam tão particulares e especiais que exijam um tratamento correspondentemente individualizado.<sup>138</sup>

E como dever do Estado, a igualdade se traduz na “[...] necessidade de justificação (ou seja, da presença de um fundamento material bastante) em todas as ações ou intervenções do Estado que se mostrem em contradição (potencial ou real) com a referência da igualdade”<sup>139</sup>. A igualdade

<sup>134</sup> García, M. G. F. P. D. (2005). *Estudios sobre o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina. pp. 11-13.

<sup>135</sup> Pérez Luño, A. R. (2005). *Dimensiones de la Igualdad*. Madrid: Dykinson. p. 22.

<sup>136</sup> Canotilho, M. R. (2017). *El principio de igualdad en el derecho constitucional europeo*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi. pp. 105-106.

<sup>137</sup> Canotilho, M. R. (2017). *El principio de igualdad en el derecho constitucional europeo*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi. p. 106.

<sup>138</sup> Novais, J. R. (2021). *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição* (3ª ed.). Lisboa: AAFDL. P.804.

<sup>139</sup> Alexandrino, J. M. (2018). *Direitos fundamentais: introdução geral* (2ª ed.). Parede: Príncipia. p. 81.

formal é atualmente aceita como igualdade jurídica, em sentido amplo, uma igualdade de direito e dos direitos. Nesta concepção de igualdade também se integra a ideia de igual gozo de direitos fundamentais, uma exigência básica da segurança jurídica<sup>140</sup>.

A ideia de igualdade formal, segundo Ferreira dos Santos (2022) pressupõe uma razão jurídica fundada na universalidade de direito e comum status a todos os membros da comunidade política<sup>141</sup>. Canotilho (2017) afirma que a primeira dimensão da igualdade é a única compatível com o Estado Liberal e significa que cada um tem tanta liberdade desde que compatível com a liberdade do outro.

A garantia de igualdade perante a lei, não implica que todos serão tratados da mesma forma, sendo permitido alguma diferenciação. Em verdade, a igualdade perante a lei garante igual tratamento àqueles que estejam em igualdade de circunstâncias, ou na lição de Ronconi, requer tratamento idêntico entre aqueles que se enquadram na classificação feita pela norma e tratamento desigual em relação aos que estão fora dessa classificação<sup>142</sup>

Ferreira dos Santos (2022) afirma que sob essa concepção a lei é aplicada equivalentemente, sem atribuir benefícios ou prejuízo, já que todos os cidadãos possuem direitos e obrigações, e, portanto, estão sujeitos a igual aplicação da norma. Há exigência que a lei seja dotada de generalidade e abstração<sup>143</sup>

Pérez Luño explica que o princípio da igualdade perante a lei sintetiza as características da igualdade formal, compreende um série de exigências e incide em uma diversidade de planos que nem sempre foram devidamente matizados: este princípio garante a Constituição, na medida que opera em dois planos distintos, de uma parte limita o legislador impedindo que edite normas criando distinções entre pessoas que de todos os pontos de vista legitimamente adotados estejam sob situações idênticas ou como dito pelo próprio autor, impede que se outorgue relevância jurídica a circunstâncias que a própria Constituição proíbe expressamente a distinção, porque não guardam

---

<sup>140</sup> Pérez Luño, A. E. (2005). *Dimensiones de la igualdad*. Madrid: Dykinson. p. 22.

<sup>141</sup> Ferreira dos Santos, C. (2022). *O Direito à Igualdade: uma visão geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p. 171.

<sup>142</sup> Ronconi, L. M. (2019). Repensando el principio de igualdad: alcances de la igualdad real. (Instituto Tecnológico Autónomo de México, Ed.) *Isonomía*(49), p. 106,

<sup>143</sup> Ferreira dos Santos, C. (2022). *O Direito à Igualdade: uma visão geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p. 174-175.

relação alguma com o sentido da lei, tais distinções incorrem em arbitrariedade e portanto, são discriminatórias. Aqui como enunciado, o princípio também satisfaz as exigências de segurança jurídica.<sup>144</sup>

Na perspectiva da antidiferenciação do Direito norte-americano, conceito hostil a tratamentos (prejudiciais ou benéficos) e que está contida nos critérios proibidos de discriminação é, portanto, uma perspectiva contrária a adoção de ações afirmativas, por considerá-las incompatíveis com o dever de igual tratamento, aproxima-se da lógica da igualdade formal, e, segundo Rios, é “[...] eficaz e suficiente no tratamento da discriminação direta”<sup>145</sup>.

Dentre as vantagens de tal perspectiva Rios destaca:

(1) relacionar-se de forma mais direta com vários atributos associados positivamente à dinâmica jurídica (imparcialidade, objetividade, universalidade), (2) harmonizar-se com uma visão de mundo individualista e meritocrática, que sublinha o direito do indivíduo ser tratado conforme suas qualidades e méritos e não em função de estereótipos ou preconceitos e (3) advogar uma aplicação simétrica do princípio da igualdade.<sup>146</sup>

No Direito brasileiro, a perspectiva antidiferenciação se revela principalmente pela compreensão de que o princípio da igualdade<sup>147</sup> proíbe diferenciações e gratifica a neutralidade, estando este contido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “[...] promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”<sup>148</sup>, enumeração esta exemplificativa.

<sup>144</sup> Pérez Luño, A. (2005). *Dimensiones de la Igualdad*. Madrid: Dykinson.p. 21-22.

<sup>145</sup> Rios, R. R. (2008). *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p. 33.

<sup>146</sup> Rios, R. R. (2008). *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p. 33. As vantagens, no entanto, também revelam as limitações da perspectiva da antidiferenciação: um direito antidiscriminação oco, de limitado alcance do princípio da igualdade que somente atua para impedir discriminação direta, individual e intencional, ausente de parâmetro comparativo que permita as distinções justas e tem dificuldades no tratamento das diferenças Para melhor compreensão das críticas, veja: *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas* (Rios, R. R. (2008). *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. pp. 34-37).

<sup>147</sup> Na Constituição da República Portuguesa (CRP), o princípio da igualdade vem expresso “[...] na família, na esfera religiosa, a igualdade de armas no processo penal, a igualdade do sufrágio, a igualdade no acesso à função pública e a igualdade perante os encargos públicos” (Alexandrino, J. M. (2018). *Direitos fundamentais: introdução geral* (2ª ed.). Parede: Princípi. p. 78).

<sup>148</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. (1988, 5 de outubro). Brasília. art. 3º, IV. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm).

A partir da compreensão da igualdade enquanto construída, ela se amolda a realidade social, e pela exigência de respeito ao princípio da liberdade, transmuta a igualdade em relativa, “[...] à medida que a reflexão e a capacidade crítica da realidade circundante se ampliam e intensificam, descobrem-se novas razões materiais, razoáveis e suficientes para justificar alterações legislativas”<sup>149</sup>. Assim, o princípio da igualdade diante das novas exigências sociais:

O princípio da igualdade tinha de alargar seu âmbito de compreensão. A sua ligação à Justiça fazia acreditar que dele algo mais se podia retirar e é essa ligação que lhe vai dar seiva nova. Se é à justiça que ele está ligado, porque não entendê-lo como um limite de justiça à actuação de todos os poderes do Estado? Porque não entendê-lo com um fundamento de toda a actuação do Estado?<sup>150</sup>

É nesse sentido que a regra da igualdade perante a lei permite a fórmula “separados mas iguais” desenvolvida pela Suprema Corte dos EUA no infame caso “*Plessy vs. Ferguson*”. Neste caso e sob esta fórmula, é permitida a diferenciação baseada na raça, brancos de um lado e negros de outro. A cada um dos grupos o tratamento é idêntico, ainda que para os negros, o tratamento idêntico signifique injusto, isso não feria a regra da igualdade formal contido na fórmula.<sup>151</sup> Esta concepção de igualdade apresenta problemas. O primeiro, segundo Ronconi é não questionar a legitimidade das classificações feitas pelo legislador, permitindo tratamento injustificado, já que as razões de distinção não são avaliadas. Um segundo problema é que o Estado é absentéista, uma concepção que implica um não fazer estatal, que remete ao Estado Liberal.<sup>152</sup>

---

<sup>149</sup> Garcia, M. G. F. P. D. (2005). *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina. p. 15. A apreensão da igualdade relativa evidenciou a ausência de neutralidade do princípio da igualdade, sempre fundado em juízo valorativo, igualmente não neutro, “[...] é em grande parte, responsável pelas normas que durante mais de um século, impediram as mulheres de votar, de aceder à magistratura, à carreira diplomática; e é, em grande medida, igualmente responsável pela legislação de segregação racial nos Estados Unidos, manteve durante décadas medidas discriminatórias inaceitáveis para os indivíduos de raça negra” (Garcia, M. G. F. P. D. (2005). *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina. p. 18).

<sup>150</sup> Garcia, M. G. F. P. D. (2005). *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina. p. 40.

<sup>151</sup> Ronconi, L. M. (2019). Repensando el principio de igualdad: alcances de la igualdad real. (Instituto Tecnológico Autónomo de México, Ed.) *Isonomía*(49), p.106.

<sup>152</sup> Ronconi, L. M. (2019). Repensando el principio de igualdad: alcances de la igualdad real. (Instituto Tecnológico Autónomo de México, Ed.) *Isonomía*(49), p.107

Do ponto de vista da revisão judicial das leis, há alta deferência ao legislador já que “*los jueces y las juezas se convierten en meros aplicadores de la ley, solo verifican si el caso cae dentro o fuera de las circunstancias descriptas por las normas*”.<sup>153</sup>

Finalmente, discorre-se sobre a proposta de Corbo (2017) que a partir das considerações relativas ao compromisso emancipatório contido na Constituição Federal de 1988 de seus objetivos de superação de desigualdades e de busca pelo respeito à dignidade da pessoa humana ousadamente formulou interpretação da igualdade perante a lei enquanto um princípio de vedação à discriminação. Diz este autor:

Conferir à igualdade perante a lei um sentido puramente formal é incondizente ou, ao menos, insuficiente, com os objetivos constitucionais. Neste sentido, com auxílio de uma interpretação do princípio da dignidade humana que identifica entre seus elementos não só respeito à autônoma individual, como também a proteção de valores compartilhados entre os diversos grupos sociais, busco no princípio da antidiscriminação inserido no art. 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.<sup>154</sup>

A proposta de revisitar o princípio da igualdade perante a lei, revisitando o próprio conteúdo do princípio, não mais cego às diferenças, de maneira a permitir as perpetuação de exclusões e opressões contra minorias. A proposta é ‘re-conceber’ o princípio da igualdade perante a lei de maneira a possibilitar a inclusão de grupos em desvantagem no âmbito de proteção do Direito, a partir da perspectiva pelo autor concebida, substituindo uma concepção fraca de igualdade perante a lei, de normatividade limitada ao trato igual, para a adoção, do que Corbo chamou de concepção forte da igualdade perante a lei, como “efetivo princípio de não discriminação. A inclusão dos grupos sociais marginalizados, no paradigma proposto por Corbo, permitiria a promoção dos três elementos da dignidade da pessoa humana:

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

---

<sup>153</sup> Ronconi, L. M. (2019). Repensando el principio de igualdad: alcances de la igualdad real. (Instituto Tecnológico Autónomo de México, Ed.) *Isonomía*(49), p.107

<sup>154</sup> Corbo, W. (2017). *Discriminação Indireta: conceito, fundamentos e uma proposta de enfrentamento à luz da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. p.80.

relações incute nestes indivíduos a percepção de que são destituídos de autonomia moral. Considerando, no entanto, que os indivíduos devem ser iguais perante a lei, tais condições essenciais à autonomia moral individual 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.<sup>155</sup>

O ousado modelo certamente merece algumas críticas. A obra deste pesquisador também se inicia pela busca de uma teoria da justiça compatível com as funções que cunhou para o princípio da igualdade, que igualmente a esta investigação é o paradigma do reconhecimento. No entanto, Wallace Corbo, fundamenta sob a necessidade de deslocar da esfera da estima social (de Axel Honneth) para o Direito, para salvaguardar uma concepção de igualdade jurídica que proteja e promova os interesses de grupos em desvantagem social e econômica.

Entretanto, conforme salientado na primeira parte desse estudo, é que o modelo de autorrealização de Honneth e Taylor mostram-se insuficientes ou inadequados para resolver os problemas de redistribuição, reconhecimento e representação que foram apresentados, na teoria da justiça, de cariz fraseriano. Em segundo lugar, já existe um lócus adequado para o tratamento da igualdade como não discriminação, que é o da igualdade jurídico material, como sugerem Ronconi<sup>156</sup>, Ferreira dos Santos<sup>157</sup>.

Finalmente, a proposta elimina a dicotomia entre igualdade formal e material, mas também elimina a complementaridade existente entre igualdade formal e material, como faces de uma mesma moeda, e como o princípio da igualdade tem experimentado uma evolução pronunciada e multifacetada que também refletem as transformações do próprio Estado de Direito (liberal, social ou do bem-estar e democrático), como tipo histórico de Estado.<sup>158</sup>

O próprio Corbo admite os riscos que sua formulação apresenta no contexto histórico e social brasileiro, de patrimonialismo e avesso a formulação clássica da igualdade formal, compreende

---

<sup>155</sup> Corbo, W. (2017). *Discriminação Indireta: conceito, fundamentos e uma proposta de enfrentamento à luz da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.95-96.

<sup>156</sup> É preciso esclarecer que Ronconi (2019) identifica a igualdade material com a igualdade como não discriminação. Cfr. Ronconi, L. M. (2019). Repensando el principio de igualdad: alcances de la igualdad real. (Instituto Tecnológico Autónomo de México, Ed.) *Isonomía*(49), p. 107.

<sup>157</sup> Ferreira dos Santos, C. (2022). *O Direito à Igualdade: uma visão geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p.177.

<sup>158</sup> Novais, J. R. (2019). *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*. Coimbra: Edições Almedina, p. 67.

que é preciso cautela quando da formulação de exceções à aplicação idêntica da lei à todos, como a proposta da igualdade perante a lei como não discriminação de grupos em desvantagem pode resultar em privilégios indevidos. Entretanto, o autor apesar dos riscos não a altera.

Voltaremos a tratar da igualdade como não discriminação, mas na perspectiva mais disseminada na doutrina e jurisprudência, tanto do Brasil quanto em Portugal, que é a igualdade material.

### 3.2.2. Igualdade jurídico material

À fórmula do tratar os iguais igualmente é acrescido a segunda parte do aforismo aristotélico de tratar os desiguais, desigualmente. Surge assim, uma nova concepção de igualdade, insatisfeita com os tratamentos injustos, inicia-se o questionamento da razoabilidade da diferenciação, da validade da distinção feita pelo legislador.

É preciso esclarecer que Ronconi (2019) unifica a igualdade material com a igualdade como não discriminação<sup>159</sup>. Também Amaral (2004) menciona apenas duas dimensões da igualdade.<sup>160</sup>

O princípio da igualdade compreendido em seu sentido substancial ou material, contém um mandato constitucional que determina aos Estado a eliminação dos obstáculos à igualdade de oportunidades<sup>161</sup>, seja pela adoção de medidas de ação afirmativa ou de discriminação inversa, ou

<sup>159</sup> A autora apresenta uma concepção tripartida de dimensões do princípio da igualdade.

<sup>160</sup> “A forma mais precisa de explicitar esta construção gradual “por camadas” das várias dimensões atribuídas ao conteúdo do princípio parece ser aquela que distingue nele antes do mais, duas facetas essenciais: por um lado, a exigência de que todas as pessoas sejam tratadas pelo Direito de modo igual; por outro lado a exigência de que todas as pessoas sejam tratadas pelo Direito, não e modo igual, mas como iguais. À primeira faceta podemos conferir a designação de [entendimento] da igualdade como universalidade. A segunda podemos atribuir a designação de [entendimento] da igualdade como diferença fundamentada ou razoável” Amaral, M. L. (2004). O princípio da igualdade na Constituição portuguesa. In J. Miranda (Coord.), *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes* (pp. 35-57). Coimbra: Coimbra Editora. p. 38

<sup>161</sup> Ferreira dos Santos retira das lições de Norberto Bobbio para conceituar a igualdade de oportunidades como a aplicação de uma regra de justiça relativa a concorrência para a obtenção de bens escassos. Tal concepção pede duas elementares a saber: “a) na existência de que a igualdade dos pontos de partida seja aplicada a todos os membros do grupo social, sem nenhuma distinção [...]b) na inclusão, onde a regra deve ser aplicada, de situações econômica e socialmente bem mais importantes do que a dos jogos ou concursos.” (Ver em Ferreira dos Santos, C. (2022). *O Direito à Igualdade: uma visão geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.p.160) objetiva o princípio do nivelamento de oportunidades permitir igual acesso à diversas vantagens sociais, corresponde que as mesmas chances iniciais estejam disponíveis a todas as pessoas, através dos mesmos meios para competir pelo alcance dos seus objetivos de vida. Assim, Moreira (2020) assevera que “uma sociedade democrática cria meios para que os indivíduos sejam livres para alcançar seus objetivos, mas eles precisam ter as mesmas condições para competir pela busca deles. Uma comunidade política democraticamente organizada está construída sobre a noção de que posições estão abertas às pessoas a partir do mérito que possuem; as oportunidades não são atribuídas a elas em função de status social, mas

a atribuição de prestações sociais através das quais sejam combatidas as desvantagens resultantes de redistribuição de recursos, de reconhecimento ou de redistribuição, como proposto por Nancy Fraser.<sup>162</sup>

A partir do constitucionalismo social e adoção de normas programáticas nos textos constitucionais e posituação da igualdade substantiva como valor central da ordem constitucional do pós guerra, o surgimento dos direitos sociais como direitos fundamentais, a incorporação das noções de dignidade humana, de justiça social e da igualdade material convola o Estado absentista do período liberal em Estado promotor de direitos, as liberdades negativas cedem aos direitos prestacionais<sup>163</sup>, de segunda geração<sup>164</sup> com o fim de garantir uma igualdade que permita o livre desenvolvimento da personalidade e das capacidades de cada cidadão.<sup>165</sup>

A representação do indivíduo racional não aparece mais como o parâmetro único para a interpretação da igualdade. A igualdade material torna-se um objetivo a ser alcançado porque os indivíduos pertencem a uma coletividade que lhes deve garantir condições materiais para a realização da liberdade individual. A socialização da liberdade e da igualdade no paradigma do constitucionalismo social implica o direito dos indivíduos de exigirem prestações positivas das instituições estatais para que a liberdade possa ser realmente alcançada. Os direitos individuais, no constitucionalismo liberal, eram entendidos como liberdades que deveriam ser protegidas pelo Estado, liberdades de caráter negativo baseadas na compreensão do ser humano como portador de uma racionalidade universal. No constitucionalismo social, os direitos não são mais apenas garantias do indivíduo contra o Estado, mas sim instrumentos que devem ser utilizados para a exigência de prestações positivas, pois a realização ética do ser humano está diretamente ligada à sua existência dentro de uma estrutura social.<sup>166</sup>

---

sim a partir da competência que que demonstram.”, ver em Moreira, A. J. (2020). *Tratado de Direito Antidiscriminatório*. São Paulo : Editora Contracorrente.p.144. Denunciando a falácia da meritocracia e o discurso de que todos possuem as mesmas oportunidades, Sarmiento (2022), “Na atualidade, ao lado da compreensão pré-moderna e estamental das relações sociais, do racismo, do patriarcado, da heteronormatividade e do capacitismo, um outro discurso de justificação das desigualdades – fortemente encampado pelo neoliberalismo – é o da “meritocracia”.5 De acordo com esse discurso, diferenças abissais de riqueza, poder, bem-estar e reconhecimento entre grupos e classes sociais seriam justificáveis com base no suposto merecimento maior das pessoas situadas nas posições privilegiadas – que se esforçariam mais, seriam mais empreendedoras ou mais capazes. Trata-se, evidentemente, de um discurso absolutamente enganoso, que presume uma igualdade de oportunidades inexistente, especialmente em sociedade marcada por tantas assimetrias, com tão baixa mobilidade social, na qual a pobreza e a vulnerabilidade tendem a ser transmitidas através das gerações. Mais do que isso, esse discurso gera humilhação social adicional para os integrantes das classes e grupos subalternizados da população, na medida em que os culpa pelo infortúnio que vivenciam, enquanto anestesia a consciência dos integrantes da elite, tidos como “vencedores” pelos próprios méritos.” Cfr. Sarmiento, D. (2022). Igualdade constitucional: uma leitura. Em A. Cruz, D. Sarmiento, & R. Rios, *Desigualdade: o flagelo do Brasil* (pp. 10-50). Ribeirão Preto: Migalhas p. 11-12.

<sup>162</sup> Canotilho, M. R. (2017). *El principio de Igualdad en el Derecho Constitucional Europeo*. Navarra: Editora Thomson Reuters Aranzadi p. 107.

<sup>163</sup> Surgem os direitos econômicos, sociais e culturais.

<sup>164</sup> Moreira, A. J. (2020). *Tratado de Direito Antidiscriminatório*. São Paulo : Editora Contracorrente.

<sup>165</sup> A dimensão material está positivada na Constituição brasileira de 1988, através da consagração dos direitos sociais, inclusive trabalhistas, no artigo 6º da CF/88.

<sup>166</sup> Moreira, A. J. (2020). *Tratado de Direito Antidiscriminatório*. São Paulo : Editora Contracorrente.p. 214-215.

O princípio da igualdade substancial tem por referência não mais categorias de indivíduos, mas grupos sociais. Lages Lobo atribui a igualdade material tem caráter bidimensional de justiça, já que visa atender ditames de redistribuição e de reconhecimento de identidades.<sup>167</sup> Já Pérez Luño enfatiza a complementariedade entre igualdade formal e material:

Em definitiva, la distinción entre igualdad formal e igualdad material, más que una alternativa implica un proceso de ampliación del principio de igualdad en las sociedades pluralistas y democráticas. En dicha concepción material-formal de la igualdad [...] su dimensión jurídica no puede desconectarse de las condiciones políticas, económicas y sociales que gravitan sobre su realización; al tiempo que su dimensión material no puede abordar su programa de equilibrio en la distribución de oportunidades y bienes sin contar con los cauces formales que, en el Estado de Derecho, garantizan a los ciudadanos de los abusos de quienes desempeñan el poder.<sup>168</sup>

### 3.2.3. Igualdade como direito subjetivo

Atribui-se a obra *Teoria dos Direitos Fundamentais* de Robert Alexy, a melhor explicitação da estrutura da igualdade como direito subjetivo, que pode ser visto como um feixe de direitos subjetivos. Alexy distingue três tipos de direitos que derivam do enunciado geral de igualdade: direitos de igualdade definitivos abstratos, direitos de igualdade definitivos concretos e os direitos de igualdade *prima facie* abstratos.<sup>169</sup>

Sobre os primeiros, direitos definitivos e abstratos de igualdade, se traduzem no direito ao igual tratamento, desde que não exista uma adequada razão para atuar de maneira diversa. Também se traduz no tratamento diferenciador, desde que justificadamente objetivo e razoável. Assim percebe-se que nada mais é que a concepção clássica de igualdade. Uma vez transpostos para situações concretas, resultam em direitos definitivos concretos de igualdade.<sup>170</sup>

Ambos os direitos de igualdade definitivos (abstratos e concretos), como explica Canotilho, não são simples direitos negativos,

---

<sup>167</sup> Lobo, B. N. (2016). *O Direito à Igualdade na Constituição Brasileira: Comentários ao Estatuto da Igualdade Racial e a Constitucionalidade das ações afirmativas na educação* (2ª rev. e ampliada. ed.). Global South Press, posição 82, ebook.

<sup>168</sup> Pérez Luño, A. (2005). *Dimensiones de la Igualdad*. Madrid: Dykinson. p. 38.

<sup>169</sup> Alexy, R. (2017). *Teoria dos Direitos Fundamentais* (2ª ed.). (V. A. Silva, Trad.) São Paulo: Malheiros Editores. p. 429.

<sup>170</sup> Alexy, R. (2017). *Teoria dos Direitos Fundamentais* (2ª ed.). (V. A. Silva, Trad.) São Paulo: Malheiros Editores. p. 431.

[...] pueden implicar tanto una abstención de discriminación por parte de los poderes públicos, como la atribución de una prestación antes denegada en violación de la igualdad e incluso el reconocimiento del derecho de participación activa en determinado proceso de decisión.<sup>171</sup>

Já os direitos de igualdade prima facie abstratos, são de dois tipos: o primeiro é correspondente ao princípio da igualdade jurídica e pode ser formulado como direito de não receber tratamento desigual. O segundo é o que Alexy chama de igualdade fática e exige uma ação positiva estatal. A igualdade fática é um enunciado do Estado Social.

### 3.2.4. Igualdade como não discriminação

Existe um debate sobre a autonomia da proibição de discriminação. De um lado, há autores que lhe atribuem certo grau de autonomia<sup>172</sup> e outros que o definem como uma das dimensões do princípio da igualdade<sup>173</sup>. A proibição de discriminação relaciona-se com a dimensão da igualdade formal, no sentido negativo, de vedar privilégios e discriminações. Também se relaciona em sentido positivo com a igualdade substancial. Canotilho (2017) afirma que a igualdade como não discriminação é “ao mesmo tempo um objetivo constitucional e um elemento funcional para a realização efetiva da igualdade substancial<sup>174</sup>”

É uma dimensão que expõe os critérios válidos ou injustos, odiosos de diferenciação tanto entre pessoas como entre situações jurídicas. Como preceito constitucional de não discriminação impõem a todos os poderes do estado a adoção ações e políticas de promoção de igualdade material.

É preciso enfatizar que diante das teorias da justiça contemporâneas, que buscam dar conta das exigências de igualdade, em sociedades plurais, heterogêneas por vezes multiculturais, que privilegiem o equilíbrio entre o bem comum e o interesse de grupo, respeitando-se o direito à

<sup>171</sup> Canotilho, M. R. (2017). *El principio de igualdad en el derecho constitucional europeo*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi. pp. 108-109.

<sup>172</sup> Atribuindo-lhe autonomia inclusive tratando o como ramo autônomo, cfr. Martínez, F. R., Neto, L., Leão, A., Carvalho, A., Ibañez, J. G., & Pedro, R. T. (2021). *Direito Antidiscriminatório*. Lisboa: AAFDL Editora. p.13

<sup>173</sup> Canotilho, M. R. (2017). *El principio de Igualdad en el Derecho Constitucional Europeo*. Navarra: Editora Thomson Reuters Aranzadi.p.110, também visto em Dray, G. M. (2016). *A Influência dos Estados Unidos da América na Afirmação do Princípio da Igualdade no Emprego nos Países da Lusofonia: a propósito dos 50 anos do Civil Rights Act of 1964* (reimpressão ed.). Coimbra: Edições Almedina, que inclusive usa o termo “igualdade e não discriminação” ao longo de toda a escrita.

<sup>174</sup> Canotilho, M. R. (2017). *El principio de Igualdad en el Derecho Constitucional Europeo*. Navarra: Editora Thomson Reuters Aranzadi.

diferença<sup>175</sup>, a proibição de não discriminação se reconfigurou para alcançar o conceito de desvantagem de grupo<sup>176</sup>

Las desventajas originadas por las diferencias entre personas son, en general, una construcción del sistema social y económico con eco en el ordenamiento jurídico. Así pues, en buena parte de los casos de trato discriminatorio se está ante un acontecimiento aislado, sino ante una práctica sistemática y generalizada que resulta de un modelo implícito de conducta social y de estereotipos persistentes (como la falta de capacidad de la mujer para ciertos cargos o de su especial aptitud para determinadas tareas, o las características asociadas a una raza o religión).<sup>177</sup>

A concepção da igualdade como não discriminação implica que não deve haver tratamento diferente injustificado. A justificativa dependerá do teste aplicado e do grau de argumentação exigida (escrutínio).

A seguinte regra formulada por Dimoulis, permite um enunciado geral de discriminação:

A discriminação é um processo complexo, dinâmico e incerto, sem clareza sobre o que é examinado e com quais critérios. Não é sinônimo da desigualdade ilegal ou inconstitucional, havendo incessantes lutas para definir o que é discriminatório (e não livre decisão, mérito, casualidade, incentivo para concorrência, direito adquirido).<sup>178</sup>

Dimoulis, Dimitri. *Direito de Igualdade 2ed: Antidiscriminação, minorias sociais, remédios constitucionais* (FGV) (Portuguese Edition) (p. 96). Almedina Brasil. Edição do Kindle.

Ronconi (2019) acusa a insuficiência desta concepção de igualdade em razão do tratamento neutro previsto na norma, em grande parte, permite um impacto negativo em determinados grupos:

*Son casos en donde quizá no existe en el legislador el ánimo de discriminar, pero sin embargo las condiciones estructurales lo permiten. En caso de que desde el derecho no se tomen en cuenta esas circunstancias de hecho, el mismo orden jurídico se convierte en un instrumento de opresión que refuerza las desigualdades. El establecimiento de criterios neutrales para definir la concepción de igualdad tiene efectos muy graves sobre ciertos grupos*

<sup>175</sup> Miranda, J. (2018). *Direitos Fundamentais* (2ª ed.). Coimbra: Edições Almedina. p. 286.

<sup>176</sup> Fiss, O. M. (1977). Groups and The Equal Protection Clause. Em M. Cohen, T. Nagel, & T. Scanlon, *Equality and Preferential treatment* (pp. 84-154). New Jersey: Princeton University Press.

<sup>177</sup> Canotilho, M. R. (2017). *El principio de Igualdad en el Derecho Constitucional Europeo*. Navarra: Editora Thomson Reuters Aranzadi. P.111.

<sup>178</sup> Dimoulis, D. (2023). *Direito de igualdade: antidiscriminação, minorias sociais, remédios constitucionais* (2ª ed.). São Paulo: Almedina. p. 96.

A autora argentina advierte que a concepção de igualdade como não discriminação não questiona as desigualdades estruturais ou sistêmicas de grupos, centrada em desigualdade individual, não questiona sobre exclusão que padecem certos grupos por falta ou falha no acesso a diferentes bens, seja aos canais de participação e representação política, direitos sociais, condições de vida digna.<sup>179</sup>

É realidade aceita na atualidade que a igualdade e não discriminação estão consignadas nos atributos das características do Estado Democrático de Direito. Considerados o pluralismo e a diversidade étnica, religiosa e cultural cada vez mais presente nos países as tensões pelo reconhecimento das diferenças e as exigências de respeito, proteção e promoção de direitos fundamentais, o direito multinível em uma sociedade global e aberta, faz-se necessário considerar uma nova dimensão da igualdade, capaz de melhor conformar ações transformativas não somente visando a redução das desigualdades dos grupos estigmatizados, porém com o propósito de reduzir as próprias razões que causaram as desvantagens e subordinação desses grupos marginalizados.

### 3.2.5. Igualdade real: igualdade como não subordinação

Ronconi (2019) explica que o que é característico nesta dimensão ou concepção de igualdade é que se tem a consideração tanto da situação fática, como também a situação do grupo antes da classificação ou diferenciação realizada pela norma distintiva. Não se trata de uma concepção aplicável a situação individual da pessoa, mas sim ao grupo de pertença do indivíduo cuja identidade sofre estigmatização ou uma situação de submissão ou subordinação.<sup>180</sup> No mesmo sentido Saba:

En suma, dos concepciones están en debate: una asocia igualdad con no arbitrariedad –igualdad como no discriminación–, otra la entiende como contraria a la creación o perpetuación de grupos en situación de subordinación –igualdad como no sometimiento–. La idea de igualdad como no discriminación responde al ideal básico de igualdad de trato ante la ley, libre de caprichos, arbitrariedades o prejuicios por parte del Estado. Es lo menos que podemos exigir como trato igualitario. Sin embargo, esta perspectiva acerca de la igualdad parece desatender aquellas situaciones en que la desigualdad de trato no se funda sobre la arbitrariedad o el prejuicio, sino que es consecuencia de situaciones de inequidad estructural a las que están sometidos algunos grupos de la sociedad. El primer enfoque nos protege del capricho y la irrazonabilidad, el otro pretende revertir prácticas sociales de exclusión y perpetuación de situaciones de subordinación.<sup>181</sup>

<sup>179</sup> Ronconi, L. M. (2019). Repensando el principio de igualdad: alcances de la igualdad real. (Instituto Tecnológico Autónomo de México, Ed.) *Isonomía*(49), p.124.

<sup>180</sup> Ronconi, L. M. (2019). Repensando el principio de igualdad: alcances de la igualdad real. (Instituto Tecnológico Autónomo de México, Ed.) *Isonomía*(49), p. 127

<sup>181</sup> Saba, R. (2016). *Más allá de la igualdad formal ante la ley: qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?* Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

Nesta concepção de igualdade há exigência de que a igualdade deve ser promovida pelo Estado aos grupos que apresentam desvantagem estrutural. A igualdade será satisfeita pela não discriminação (igualdade como não discriminação) e pela eliminação de barreiras estruturais que impedem o livre e pleno gozo dos direitos em condições de igualdade real:” *El giro transformador de la igualdad como no dominación está en poner en tela de juicio la ficción de un status quo igualitario de partida —ficción en la que descansa el examen de igualdad como no-discriminación arbitraria*”<sup>182</sup>. Ronconi esclarece que é preciso estabelecer o âmbito de aplicação que a concepção da igualdade como não subordinação alcança. A questão é determinar quem são os grupos desfavorecidos ou em desvantagem merecedores das medidas de igualdade como não subordinação.

Aproveitando as lições de Owen Fiss e sua teoria de desvantagem de grupo, Ronconi estabelece os seguintes critérios: que inicialmente uma distribuição errônea de bens ou que a ausência de reconhecimento, das características do grupo ou suas identidades e, que conseqüentemente, cause uma representação política errônea ou insuficiente, ou seja, grupos que tem negados ou limitados seus direitos ou gozo efetivo de bens e direitos, seja por questões de distribuição de oportunidades, bens ou recursos, seja em decorrência da má distribuição de oportunidades, bens ou recursos, o que caracteriza em injustiça socioeconômica. Ou, as ações estatais são insuficientes ou inadequadas e permitem a permanência da desigualdade estrutural, porque o grupo em desvantagem também não tem o reconhecimento de seu status, advindo assim uma injustiça social ou simbólica ante a ausência ou falha no reconhecimento e valorização de identidades.<sup>183</sup>

Como visto na primeira parte desta investigação, Ronconi, também utiliza as conclusões de Fraser para explicitar as injustiças que caracterizam a desvantagem estrutural de grupos e que merecem a promoção estatal do direito de igualdade para correção de injustiças tanto de redistribuição quanto de reconhecimento.

*La injusticia cultural o simbólica se origina (o está arraigada) en los patrones sociales dominantes desde los que se interpreta con pretensión de “uniformidad”, por ejemplo, cuál es la forma de matrimonio que debe ser reconocida, sin que la voz concreta de quienes tienen una orientación sexual diferente y diversa sea escuchada en el proceso de decisión (Clérico y Aldao, 2011, p. 160); qué implica la educación intercultural*

<sup>182</sup> Ronconi, L. M. (2019). Repensando el principio de igualdad: alcances de la igualdad real. (Instituto Tecnológico Autónomo de México, Ed.) *Isonomía*(49), p. 128

<sup>183</sup> Ronconi, L. M. (2019). Repensando el principio de igualdad: alcances de la igualdad real. (Instituto Tecnológico Autónomo de México, Ed.) *Isonomía*(49), p. 129-130

*cuando las personas que pertenecen a diferentes etnias o culturas no son escuchadas ni forman parte del proceso de toma de decisión; qué implica la inclusión educativa y cómo debería alcanzarse cuando es definida y diseñada por quienes siempre han estado dentro del sistema, entre otras. Así, las demandas de igualdad giran alrededor de reclamos vinculados con la situación de falta de acceso a bienes económicos y sociales que padecen muchas personas como también por la falta de reconocimiento de las identidades que no responden a las dominantes. Esta perspectiva propone que la igualdad requiere la transformación de los patrones de representación cultural dominantes. Son necesarios la reevaluación de las subjetividades no respetadas y de sus producciones culturales, el reconocimiento y valoración de la diversidad cultural, entre otros (Fraser, 2006).<sup>184</sup>*

Ronconi alerta que para adecuado tratamento do mandado de igualdade como antissubordinação, ou seja, em termos de redistribuição e reconhecimento, é preciso que a deliberação seja participativa, permitindo ao grupo em desvantagem estar incluso na tomada de decisão, saciado assim a participação paritária e a vinculação a representação política que ela vindica.

La igualdad real requiere entonces poner el foco en los tres reclamos: redistribución, reconocimiento y paridad participativa. Estas son formas de injusticia que se retroalimentan y refuerzan. La mejora de alguno de estos reclamos permite la mejora en los otros, pero muchas veces estas acciones concretas se tornan insuficientes requiriendo de políticas más generales que atiendan a los otros factores también. La respuesta es entonces la multidimensionalidad, es decir, acciones que incluyan los tres componentes.<sup>185</sup>

Para analisar uma norma ou ato à luz da concepção da igualdade como não subordinação, é preciso que a lei seja capaz de reconhecer as estruturas sociais da opressão, subordinação ou marginalização, através da discriminação estrutural ou da perspectiva da discriminação interseccional.<sup>186</sup> Assim, Ronconi desenvolve as duas etapas para a realização do exame da igualdade, na primeira etapa consiste em especificar o padrão de discriminação existente através dos seguintes critérios:

a) Identificación del grupo y de la causa/causas de su vulnerabilidad; b) Identificación de la norma o acto atacado, del tipos de perjuicios que causa la norma y sobre qué sujetos, e investigar los efectos, de todo tipo, que produce la norma. c) Averiguar si el grupo ha sido excluido del acceso o del ejercicio de uno o varios derechos en el pasado, o si existe relación entre la regulación actual del derecho y las normas y prácticas del pasado; d) La prueba de que el grupo se encuentre en una situación de subordinación por una mala distribución de recursos o por falta o insuficiente reconocimiento o por falta de paridad participativa. El grupo deberá probar esta especial situación de desventaja; para esto, resulta interesante el examen del contexto histórico ya que evidencia que la gravedad de los patrones de dominación, los prejuicios o estereotipos dependen en amplia medida del entorno social en el que se producen

<sup>184</sup> Ronconi, L. M. (2019). Repensando el principio de igualdad: alcances de la igualdad real. (Instituto Tecnológico Autónomo de México, Ed.) *Isonomía*(49), p. 129.

<sup>185</sup> Ronconi, L. M. (2019). Repensando el principio de igualdad: alcances de la igualdad real. (Instituto Tecnológico Autónomo de México, Ed.) *Isonomía*(49), p. 132.

<sup>186</sup> Ronconi, L. M. (2019). Repensando el principio de igualdad: alcances de la igualdad real. (Instituto Tecnológico Autónomo de México, Ed.) *Isonomía*(49), p. 136

Já a segunda etapa consiste na determinação do escrutínio correspondente<sup>187</sup>.

Dimoulis bem esclarece que do ponto de vista normativo prescrutar uma violação de igualdade é mais simples, do que investigar uma violação normativa de conduta discriminatória:

as alegações de violação da igualdade utilizam como parâmetro normas simples. São normas do tipo “todos têm o direito de igualdade”, “devemos tratar igualmente os iguais” ou “todos são iguais em direitos e obrigações”. Cabe ao Judiciário estabelecer uma jurisprudência de igualdade para decidir de maneira coerente e convincente sobre eventual violação dessas normas por outra. Já o conceito de antidiscriminação está no centro de um complexo edifício normativo que tipifica condutas discriminatórias, estabelece os critérios de classificação proibidos ou suspeitos, os meios e ônus de prova, assim como as sanções, inclusive as com intuito preventivo. Isso fez surgir um novo campo de regulação jurídica no qual a mera alegação de violação de igualdade não permite oferecer respostas<sup>188</sup>

Já Saba explica todas as implicações da dimensão proposta:

la noción de igualdad entendida como no sometimiento impacta sobre el modo en que concebimos y entendemos otros derechos reconocidos en las Constituciones y los tratados internacionales, así como sobre las obligaciones estatales surgidas a partir del compromiso constitucional del Estado de proteger a las personas contra la desigualdad estructural. La noción de igualdad como no sometimiento obliga a redefinir la concepción de categorías sospechosas, como asimismo a trazar los límites al ejercicio de derechos fundamentales asociados con la libertad personal, como la libertad de contratar y la de asociarse. Esta visión de la igualdad también operaría como guía para el diseño de políticas públicas que, por un lado, no deberían contribuir a perpetuar la situación de subordinación de grupos y, por el otro, deberían tender a dismantelar las estructuras sociales que producen esa subordinación. Por último, la igualdad como no sometimiento obliga a reformular el rol de los tribunales y sus posibles respuestas cuando, en ejercicio de su facultad de proteger la igualdad ante la ley como derecho constitucional, afrontan demandas de personas pertenecientes a grupos sojuzgados que esperan del Estado una postura enérgica contra esos atropellos.<sup>189</sup>

Feitas as considerações necessárias sobre o princípio da igualdade, passaremos a uma apresentação geral sobre a discriminação direta, discriminação indireta e tratamentos diferenciados positivos (dos quais ações afirmativas é uma das soluções de tratamento), a fim facilitar a compreensão do conceito jurídico de discriminação e sua análise para a solução concreta do conteúdo normativo do princípio estruturante da igualdade.

---

<sup>187</sup> Será estudado no próximo capítulo, quando tratado dos critérios proibidos. Entretanto, cabe contextualizar que a autora fala do escrutínio aplicado no modelo colombiano.

<sup>188</sup> Dimoulis, D. (2023). *Direito de igualdade: antidiscriminação, minorias sociais, remédios constitucionais* (2ª ed.). São Paulo: Almedina. p. 96.

<sup>189</sup> Saba, R. (2016). *Más allá de la igualdad formal ante la ley: qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?* Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

#### 4. SENTIDO E ALCANCE DO DIREITO DA ANTIDISCRIMINAÇÃO

##### 4.1. Direito da Antidiscriminação como pilar estruturante do estado democrático de direito

Na fundamentação do Direito da Antidiscriminação diz Martinez (2021) que existe uma dimensão subjetiva-individual ligada a concepção de dignidade pessoal e outra dimensão objetiva-institucional centrado na situação social do grupo a que pertence as pessoas discriminadas.<sup>190</sup>

Para o catedrático espanhol a dignidade pessoal foi enriquecida pelas dimensões do respeito e da autonomia da própria existência, dotadas as pessoas de certas condições sociais e econômicas, de dignidade social e familiar com a igualdade real para concluir que todos os direitos fundamentais são concretizações ou manifestações do reconhecimento jurídico da dignidade que lhes confere unidade de sentido, de valor e de aplicação, cumprindo a dignidade a função hermenêutica e integradora.

Martinez (2021) usa a sentença da Corte Constitucional Colombiana, a sentença T-881/02, de 17 de outubro de 2002, que estabelece na análise do caso de pessoas que viviam em uma zona de Cartagena das Índias, privados de serviços públicos, principalmente o fornecimento de energia elétrica para explicar como se define o objeto da dignidade em três aspectos que terminam por conectar a dignidade da pessoa humana e o Direito da Antidiscriminação:

“(1º) La dignidad como autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital propio (vivir como se quiera). Esta dimensión evoca la idea kantiana de dignidad inicialmente mencionada, y conecta con el derecho al libre desarrollo de la personalidad. (2º) La dignidad como exigencia de ciertas condiciones materiales concretas de la existencia (vivir bien). Esta idea de dignidad social, que está emparentada con el derecho a la igualdad real y efectiva, ha ido siendo acuñada, en origen, por la doctrina y jurisprudencia alemana e italiana, sobre todo, pero conoce un gran desarrollo en el constitucionalismo latino. (3º) La dignidad como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, de la integridad física y moral (vivir sin humillaciones).<sup>191</sup>

Assim, visto apenas no aspecto individual, aparentemente, qualquer discriminação supõe uma lesão grave e injusta a dignidade humana.

---

<sup>190</sup> Martinez, Fernando Rey; Neto, Luísa. (2021) Direito Antidiscriminatório. AAFDL. Martinez (2021) Parte Geral. p.32

<sup>191</sup> Martinez, Fernando Rey; Neto, Luísa. (2021) Direito Antidiscriminatório. AAFDL. Martinez (2021) Parte Geral. p.36

O surgimento do Direito da Antidiscriminação é construção teórica norte-americana, não a partir do princípio da dignidade, mas principalmente de aspectos de grupos subordinados ou subalternos, porque vítimas de estereótipos e discriminação<sup>192</sup>. Trata-se de “campo do direito objetivo que analisa as variadas e mutáveis formas de tratamento das minorias por ordenamentos jurídicos”<sup>193</sup>. Desenvolve-se principalmente a partir da perspectiva anti-subordinação que exige que leis não agravem, perpetuem a posição/ status de subordinação de um grupo vulnerável ou lhes cause prejuízo os membros de grupos marginalizados, segundo (Martinez, 2021) “*esta teoria que comprende la cláusula constitucional de igual protección de La XIV Enmienda como un principio de antisubordinación, ha sido desarrollada posteriormente también como principio anti-castas, antisubyugación o anti-estima*”<sup>194</sup>

A discriminação é a negação da democracia porque viola o Estado de Direito na medida que desrespeita o princípio da generalidade da lei, seja no seu estabelecimento, seja na sua aplicação, seja porque também considera a existência de uma cidadania de segunda classe, quando não permite a participação de grupos sociais e viola o princípio democrático. Também a discriminação acossa o Estado social ao criar ou perpetuar as desigualdades entre cidadãos livres e iguais.

A jurisprudência e a doutrina do Direito da Antidiscriminação, por seus conceitos e práticas jurídicas, permitem a defesa de ações afirmativas às minorias sem parecer uma aberração jurídica, dado a transformação de sentido que o vocábulo igualdade conheceu no decorrer de dois séculos.<sup>195</sup>

---

<sup>192</sup> Martinez (2021) distingue entre estereótipo, prejuízo e discriminação. Segundo o catedrático espanhol, a discriminação é um ato final precedido do estereótipo (“*un modo de conocer la realidad*”) e do preconceito por ele causado (“*un elemento axiológico, valorativo o ideológico*”). A discriminação é uma manifestação de preconceitos e prejulgamentos e, portanto, a mudança do quadro discriminatório ocorre, quando trabalhamos os efeitos e também as causas desses preconceitos. “*el estereotipo social es un esquema cognitivo sobre las características que supuestamente posee un conjunto de personas por su simple pertenencia a ese grupo. Es una generalización que se aplica a todos los miembros del grupo. Es una imagen mental general y simple, muy arraigada sobre grupos que se proyecta sobre las personas que pertenecen a ese grupo [...] Los estereotipos se aprenden, mantienen y modifican mediante el proceso de socialización y su transmisión se produce a través de diferentes fuentes (o agentes socializadores: familia, escuela, pares, medios) esto es, la cultura.[...] los estereotipos convertidos en prejuicios sirven para categorizar, para defender el sistema de valores personal y también para generar diferencias en la valoración de unos grupos respecto de otros*”. Martinez, Fernando Rey; Neto, Luísa. (2021) Direito Antidiscriminatório. AAFDL. Martinez (2021) Parte Geral. p.46-49

<sup>193</sup> Dimoulis, D. (2023). *Direito de igualdade: antidiscriminação, minorias sociais, remédios constitucionais* (2ª ed.). São Paulo: Almedina. p. 33.

<sup>194</sup> Martinez, Fernando Rey; Neto, Luísa. (2021) Direito Antidiscriminatório. AAFDL. Martinez (2021) Parte Geral. p.38

<sup>195</sup> Dimoulis, D. (2023). *Direito de igualdade: antidiscriminação, minorias sociais, remédios constitucionais* (2ª ed.). São Paulo: Almedina. p. 19

Assim, o direito da antidiscriminação ou Direito da Antidiscriminação tem a relevante aplicação prática de surgir como justificção das medidas de igualdade que importam em tratamento jurídico positivo ou diferenciação positiva (discriminação positiva) ou simplesmente ação afirmativa que possibilita a nivelção social de grupos e minorias em desvantagem ou vulneráveis.

Fiss (1977) sobre proteção de minorias argumenta, quando apresenta sua proposição teórica mais tarde identificada como uma perspectiva anti-subordinação (*the group-disadvantaging principle*), que a discriminação compromete a dignidade e direitos individuais, perpetuando desigualdades e injustiças. O autor defende que a legislação antidiscriminatória não apenas busque corrigir desigualdades históricas, mas promover uma sociedade mais inclusiva e justa.<sup>196</sup>

When the product of a political process is a law that hurts blacks, the usual contermajoritarian objection to judicial invalidation – the objection that denies those “nine men” the right to substitute their view for that of “the people” – has little force. For the judiciary could be viewed as amplifying the voice of the powerless minority, the judiciary is attempting to rectify the injustice of the political process as a method of adjusting competing claims. The need for this rectification turns on whether the law is deemed one that harms blacks – a judgment that is admittedly hard to make when the perspective becomes a group one, for that requires the aggregation of interests and viewpoints, many of which are in conflict. It is important to emphasize, however, that the need for this rectification does not turn on whether the law embodies as a classification, racial or otherwise; it is sufficient if the state law simply has the effect of hurting blacks. Nor should the rectification, once triggered by a harmful law, be confined to questions of fit-the judicial responsibility is more extensive than simply one of guarding against the risk of imprecise classifications by the political agencies. The relative powerlessness of blacks also requires that the judiciary strictly scrutinize the choice of ends; for it is just as likely that the interests of blacks as a group will not be adequately taken into account in choosing ends or goals. (...) The injustice of the political process must be corrected, and perhaps as a last resort, that task falls to the judiciary. But this claim does not yield any basis for specifying what the corrected process would look like, or what the court should say when it amplifies the voice of the powerless minority.<sup>197</sup>

Dorf (2002) enfatiza tal posição de Owen Fiss afirmando que a doutrina de ação estatal, seja por leis e políticas, com impacto negativamente díspar em uma minoria racial tradicionalmente desfavorecida, são *ipso facto* inconstitucionais, mesmo na ausência de uma demonstração de discriminação intencional<sup>198</sup>. Em Martinez (2021)) encontramos a afirmação que a proteção das minorias é uma função adequadamente desempenhada pelo princípio da igualdade através do direito da antidiscriminação.

<sup>196</sup> Fiss, O. M. (1977). Groups and the Equal Protection Clause. Em Cohen, Marshall; Nagel, Thomas; Scanlon, Thomas. *Equality and Preferential Treatment*. (pp.84-154). New Jersey: Princeton University Press p. 130

<sup>197</sup> Fiss, O. M. (1977). Groups and the Equal Protection Clause. Em Cohen, Marshall; Nagel, Thomas; Scanlon, Thomas. *Equality and Preferential Treatment*. (pp.84-154). New Jersey: Princeton University Press p. 130-131

<sup>198</sup> Dorf, M. C. (2002). A Partial Defense of an Anti-Discrimination Principle. *Issues in Legal Scholarship*,2(1). <https://scholarship.law.cornell.edu/facpub/116>

Neste sentido é que Fredman (2016)<sup>199</sup> propõe uma abordagem da igualdade material/substancial em quatro dimensões:

*Firstly, the right to substantive equality should aim to redress disadvantage. Second, it should counter prejudice, stigma, stereotyping, humiliation and violence based on a protected characteristic. Third, it should enhance voice and participation, countering both political and social exclusion. Finally, it should accommodate difference and achieve structural change.*<sup>200</sup>

<sup>199</sup> Fredman, S. (2016). Substantive equality revisited. *International Journal of Constitutional Law*, 14(3), 712-738. <https://doi.org/10.1093/icon/mow043>, p. 727, acesso em 25/07/2023.

<sup>200</sup> Sandra Fredman propõe re-conceitualizar o direito à igualdade estipulando uma estrutura quadridimensional de metas e objetivos. E, para tanto, o primeiro objetivo da igualdade substantiva, deve ser a reparação de desvantagens. A autora sul-africana assevera que a maior vantagem da igualdade substantiva sobre a igualdade formal consiste no fato da primeira ser essencialmente assimétrica e, portanto, um modelo de tratamento igualitário que se concentra no grupo que sofreu a desvantagem, mas não sobre a identidade de grupo ou o status de um indivíduo, mas sim sobre as consequências prejudiciais associadas a esse status. Para a autora a igualdade substantiva ser assimétrica é uma vantagem também por poder reconciliar a ação afirmativa com o direito a igualdade: “*Although apparently breaching the principle of equal treatment, affirmative action in reality advances substantive equality by taking steps to redress the disadvantage. This is a sounder basis for supporting affirmative action than equality of results. It does not require results to be numerically equal in order to lessen disadvantage. Instead, it leaves open the question as to when disadvantage has been redressed. Indeed, it is compatible with a prioritarian theory.*”. Já o segundo objetivo é reparar o estigma, os estereótipos e a humilhação. A autora aponta que estigma, estereótipos, humilhação, violência de gênero, raça, deficiência, orientação ou outro status podem ser vivenciados e atinge a dimensão da igualdade que fala à humanidade comum a todas as pessoas: os indivíduos não devem ser humilhados ou degradados por meio do racismo, sexismo, violência ou outro preconceito baseado no status e não somente no discurso da dignidade humana a autora busca aqui aproximação do paradigma da ideia de igualdade como reconhecimento, que como visto no primeiro capítulo, tem por expoente a escrita de Nancy Fraser. É no sentido do paradigma do reconhecimento que Fredman destaca a importância da consagração da perspectiva substantiva da igualdade em *Brown v. Board Education* (347 U.S. 428 (1954)) onde os juízes da Suprema Corte responderam que a “doutrina dos separados mas iguais” baseada em raça priva as crianças do grupo minoritário de oportunidades iguais e gera nas crianças um sentimento de inferioridade quanto ao seu status na comunidade. Quanto a terceira meta, dimensão ou objetivo da igualdade substancial Fredman aponta a dimensão participativa de inclusão social e voz política. Segundo essa dimensão o direito à igualdade está relacionado a dois aspectos da participação: um político e outro comunitário. Quanto ao primeiro aspecto relaciona-se a compreensão que a discriminação impede a participação política de minorias específicas, que por falta de poder político são vulneráveis e tem seus interesses ignorados e seus direitos de igual consideração violados, sendo necessárias a edição de leis de igualdade tanto com finalidades compensatórias da ausência de voz política quanto para abrir canais que permitam maior participação política no futuro: tais como as cotas no parlamento ou outras medidas explícitas para atingir paridade de gênero. Já o segundo aspecto, relaciona-se com a importância da comunidade na vida dos indivíduos, e inclui a capacidade de participar em igualdade na comunidade e na sociedade. Sandra Fredman sem recusar a participação paritária de Nancy Fraser, abraça a concepção de inclusão social, do ideário de todos devem participar plenamente da sociedade ou a noção de solidariedade de que não basta a remoção dos obstáculos à participação, a igualdade impõe a adoção de medidas ativas de integração de indivíduos na sociedade e isto é coerente com os objetivos do Direito da Antidiscriminação. Por fim, na última dimensão da proposta de Fredman, a igualdade substantiva, ao contrário da igualdade formal ou da antidiferenciação, acomoda as identidades e características de gênero, raça, etnia, orientação sexual ou de identidade de gênero ou outro status para respeitar e acomodar a diferença, removendo o prejuízo, mas não a diferença em si. Em outras palavras a autora sustenta que as estruturas sociais existentes devem se modificar para acomodar a diferença. Fredman explica que uma abordagem multidimensional da igualdade é vantajosa em três questões: pois, primeiro, resolve a desvantagem ao considerá-la como parte de um padrão de estigma e preconceito, barreiras estruturais e exclusão e não apenas como um problema de distribuição ou mera desvantagem socioeconômica. Em segundo, resolve a discriminação indireta, quando o igual tratamento reforça a desvantagem e por último resolve as questões de sub-representação na tomada de decisões. Finalmente a autora assevera que sua proposta teórica elimina conflitos ou dilemas difíceis: “Em que ponto é irracional

Essa abordagem quadrimensional proposta pela autora, busca construir uma estrutura analítica que permite avaliar e auxiliar no aperfeiçoamento de políticas e práticas e garantir concretização à igualdade substantiva a fim de garantir que leis, políticas ou programas possam ser formulados para promover igualdade substancial.<sup>201</sup>

Dray encadeia os principais institutos que estão presentes no Direito da Antidiscriminação

O conceito de *disparate treatment* está na origem do conceito de discriminação direta; o de *disparate impact* na origem do conceito de discriminação indireta; o conceito de *bona fide occupational qualification* está na base do conceito de distinções autorizadas; e o conceito de affirmative action, por fim, está na base das medidas de ação positiva acolhidas nos textos constitucionais dos países lusófonos ou, como se diz no Brasil, numa tradução à letra do conceito americano, das ações afirmativas.<sup>202</sup>

#### 4.2. conceito jurídico de discriminação

No ensejo de formular um conceito jurídico constitucional Rios (2008) parafraseia a definição da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial<sup>203</sup>, para afirmar que os termos distinção, exclusão, restrição ou preferência compreendem todas as formas de prejuízo a indivíduos ou grupos através de diferenciações ilegítimas no gozo e exercício de

---

ou mesmo errado acomodar a diferença ou tolerar culturas minoritárias? Muitos desses dilemas surgem em relação à religião. A poligamia deve ser acomodada? As objeções religiosas à igualdade de direitos para LGBT ou mulheres devem ser toleradas? As burcas devem ser permitidas? A mutilação genital feminina? Como isso se compara as abordagens minoritárias a festivais religiosos, leis alimentares, abate ritual de animais? Aqui, novamente, a resolução desses dilemas difíceis é facilitada pela abordagem multifacetada à igualdade. Assim, a dimensão transformadora deve coexistir com a segunda dimensão, que aborda o estigma, o preconceito, os estereótipos e a violência. Práticas que comprometem a dignidade básica e a humanidade dos indivíduos não podem ser aceitáveis para acomodar a diferença. Sexismo, racismo e homofobia não seriam, portanto, capazes de acomodação.” Fredman, S. (2016). Substantive equality revisited. *International Journal of Constitutional Law*, 14(3), 712-738. <https://doi.org/10.1093/icon/mow043>, p. 727-736, acesso em 25/07/2023.”

<sup>201</sup> Fredman, S. (2016). Substantive equality revisited. *International Journal of Constitutional Law*, 14(3), 712-738. <https://doi.org/10.1093/icon/mow043>, p. 727, acesso em 25/07/2023.”

<sup>202</sup> Dray, G. M. (2016). *A Influência dos Estados Unidos da América na Afirmação do Princípio da Igualdade no Emprego nos Países da Lusofonia: a propósito dos 50 anos do Civil Rights Act of 1964* (reimpressão ed.). Coimbra: Edições Almedina p. 71

<sup>203</sup> Diz a Convenção, Art. 1º, I: “Qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha o propósito ou efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, o gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública.” Rios (2008, p 20) conceitua como discriminação “qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha o propósito ou efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômico, social, cultural ou em qualquer campo da vida pública”.

direitos<sup>204</sup>. Já Silva (2016) destaca que a Convenção das Pessoas com Deficiência apresenta a melhor conceituação de discriminação a saber<sup>205</sup>:

[...] qualquer diferenciação, exclusão ou restrição, com 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[...]<sup>206</sup>

Inicialmente, a menção a “propósito” ou “efeito” são alusões a discriminação direta e discriminação indireta, subespécies de diferenciação, que serão mais bem compreendidas no capítulo específico das modalidades de discriminação. Também em ambas as concepções a comunidade internacional buscou enfatizar todas as condutas ilegítimas tendentes a causar prejuízo a indivíduos ou grupos.

Moreira (2017) assevera que atos discriminatórios “utilizam uma característica ou um status que se tornou uma categoria legalmente relevante em função do seu papel nos processos de exclusão social.”<sup>207</sup> Para este autor atos discriminatórios são parâmetros para diferentes tipos de discriminação. Já Martinez (2021) tem a opinião de que o direito fundamental de não sofrer discriminação tem dúplice conteúdo: a igualdade de tratamento e a igualdade de oportunidades (ou o mandato de otimização do princípio da igualdade de oportunidades, as chamadas ações afirmativas).<sup>208</sup>

#### 4.3 A proteção de minorias nas democracias contemporâneas: o conflito de concepções e o âmbito de proteção do direito da antidiscriminação

Como ramo do direito direcionado a analisar o tratamento dado a cada minoria e os problemas na aplicação das normas que recaem sobre esse conjunto de indivíduos, pessoas ou grupos é de compreensão recente, historicamente,

<sup>204</sup> Rios, R.R. (2008). *Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Livraria do Advogado Editora. p.20.

<sup>205</sup> Silva, R. d. (2016). *Discriminação múltipla como discriminação interseccional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. p.12.

<sup>206</sup> Decreto nº 6949. (25 de agosto de 2009).de [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm) Acesso em 03 de março de 2024.

<sup>207</sup> Moreira, J.A (2017). O que é discriminação? Letramento: Casa do Direito: Justificando, p. 30

<sup>208</sup> Martinez, Fernando Rey; Neto, Luísa. (2021) *Direito Antidiscriminatório*. AAFDL. Martinez (2021) Parte Geral. p.50.

O direito atribuiu por longos períodos, significado negativo a certas características biológicas e ou culturais, confirmando e fortalecendo a marginalização das minorias. A seguir ocorreu em muitos ordenamentos equiparação formal dos nacionais. A mais recente tendência é a garantia de tratamento jurídico especial, com o objetivo de amenizar (idealmente: eliminar) a discriminação.<sup>209</sup>

Embora o princípio da igualdade seja um princípio estruturante do Estado Democrático de Direito os textos constitucionais não determinam como o princípio deve ser interpretado e aplicado, foi necessário que os tribunais criassem métodos, modelos ou perspectivas que verificassem a congruência de uma norma, medida ou prática com o preceito da igualdade (Moreira, 2020).

Dorf (2002) ao buscar questionar qual é a melhor interpretação da cláusula de proteção igualitária, no contexto norte-americano, ou seja, na interpretação da *Equal Protection Clause* da XIV Emenda, enfatiza a semelhança dos significados de proteção igualitária e igualdade ou que a proteção igualitária é parte substancial do conceito geral de igualdade.<sup>210</sup> Por ser o princípio da igualdade um conceito aberto, Dorf (2002) sustenta que sua invocação em questões divisivas não encontra solução apenas no conceito de igualdade, sendo necessário o uso de ferramentas ou concepções que possam suficientemente garantir a proteção constitucional contra práticas discriminatórias<sup>211</sup>.

---

<sup>209</sup> Dimoulis, D. (2023). *Direito de igualdade: antidiscriminação, minorias sociais, remédios constitucionais* (2ª ed.). São Paulo: Almedina. p. 48.

<sup>210</sup> Dorf, M. C. (2002). A Partial Defense of an Anti-Discrimination Principle. *Issues in Legal Scholarship*,2(1). <https://scholarship.law.cornell.edu/facpub/116>

<sup>211</sup> O artigo de Michael C. Dorf traz uma crítica a seminal teoria da anti-subordinação (princípio da desvantagem de grupo) como oposta ou mais abrangente que a perspectiva da antidiscriminação na proposição de Owen Fiss no texto de 1977, *Groups and the Equal Protection Clause*. Como será visto, Fiss propôs que o princípio constitucional de proteção igualitária deveria ser interpretado para proibir leis ou práticas oficiais que agravem ou perpetuem a subordinação de grupos especialmente desfavorecidos. Propôs que o princípio anti-subordinação permitiria aos tribunais invalidarem legislações aparentemente neutras, que de fato, prejudicam uma minoria desfavorecida, além de possibilitar a manutenção de leis que contivessem distinções explicitamente destinadas a melhorar a condição de um grupo subordinado. Dorf (2002) critica a proposta teórica de Fiss afirmando que o autor exagera a medida que a perspectiva antidiscriminação leva a uma concepção de igualdade meramente formal. Dorf sustenta que tanto a antidiscriminação como a anti-subordinação são concepções abertas de igualdade capazes de produzir resultados moralmente atraentes e não tão atraentes, não devendo ser atribuído a antidiscriminação a culpa de ser uma perspectiva que permite a adoção de um formalismo excessivo na visão da Corte Suprema, no contexto norte-americano de avaliação da violação do princípio da igualdade. Dorf enumerou ao longo do artigo as diversas decisões que a Suprema Corte americana optou pela rejeição da proposição teórica de Owen Fiss, principalmente a que submete a um rigoroso escrutínio as classificações raciais feitas ainda que programas de ação afirmativa. Dorf problematiza que talvez a Suprema Corte não tenha errado pela preferência ao princípio da antidiferenciação em detrimento do princípio da desvantagem de grupo, porque afinal não exista teoria da igual proteção que tenha uniforme aceitação por todos os juízes da Suprema Corte, o que explicaria a opção por uma ou outra teoria/perspectiva na jurisprudência do Tribunal. E esclarece, que essa variação nos resultados, é característica de instituições multi-membros, como legislativo e tribunais, que devem chegar a consensos entre pessoas com diferentes convicções. Os autores que defendem a concepção de igualdade como um princípio político podem dizer que a interpretação judicialmente executável da

Assim, antidiferenciação(antidiscriminação) e anti-subordinação são modelos ou perspectivas que tornam possível a compreensão e elaboração dogmática do direito da antidiscriminação. Como perspectivas que visam o desenvolvimento de uma disciplina jurídica dogmática de caráter geral são úteis para auxiliar nas respostas dos problemas decorrentes das múltiplas manifestações da discriminação.<sup>212</sup>

Colker (1986) os nomina de princípios conflitantes, antidiferenciação e anti-subordinação que aparecem subjacentes à jurisprudência de proteção igualitária no direito estadunidense.<sup>213</sup> Já no texto de Fiss (1977) identificados como princípios de controle da interpretação da cláusula de igual proteção, identificando a antidiferenciação como princípio antidiscriminação (*the antidiscrimination principle*) já que o via como limitação ao poder do governo de distinguir indivíduos. Já a perspectiva da anti-subordinação, foi identificado de princípio da desvantagem de grupo (*group-disadvantaging principle*).<sup>214</sup>

---

Cláusula de Proteção Igualitária não deverá ser estendida além do consenso. Dorf afirma que em tal visão, “*racially neutral laws that have a disparate impact would be valid absent an illicit subjective purpose, but so too would most forms of affirmative action – a complete victory for neither the anti-discrimination principle nor the group-disadvantage principle. The competing conceptions would battle it out in the political domain*”. Destaca-se que a crítica de Dorf sobre a proposição de Fiss, ganha interessante contorno quando trata do princípio da antidiscriminação e escrutínio. Fiss critica o apelo à antidiscriminação, cuja racionalidade do escrutínio é restrita a meios e fins. Já Dorf sustenta a crítica afirmando que tal escrutínio na atual doutrina da proteção igualitária, o escrutínio de meio-fins não pode ser apenas sobre adequação, mas se as classificações são estreitamente adaptadas para servir a interesses convincentes. O teste de interesse convincente é apenas um meio de distinguir propósitos legítimos e ilegítimos. Dorf afirma que alternativamente, pode-se entender o teste de interesse convincente como um limite na análise de custo-benefício comum. Nessa visão, a lei permite algum uso de classificações presumivelmente inválidas, mas, por causa dos perigos de tais classificações, ela o faz somente quando os benefícios superam claramente os custos. É possível concluir que alguma ponderação se faz necessária e pensa-se que o limite para quais os legítimos interesses são convincentes deve advir das escolhas constitucionais, algo muito mais simples, aos interpretes nos países tradicionalmente de constituições escritas onde os objetivos e direitos fundamentais estão explícitos, sendo a Constituição, a justificação e o limite da ponderação dos motivos convincentemente legítimos. Cf. Dorf, M. C. (2002). A Partial Defense of an Anti-Discrimination Principle. *Issues in Legal Scholarship*,2(1). <https://scholarship.law.cornell.edu/facpub/116> , lido como proposto por Dorf, o teste de interesse convincente nada mais é do que a igualdade, dos europeus, como elemento de objetificação e racionalização da própria ponderação dos bens, em matéria de limitação dos direitos fundamentais, é a justa medida, da proibição do excesso, das diferenciações de tratamento justificadas ou impostas pela desigualdade de posições que delimitam a margem de conformação estabelecida na legislação Veja-se em Novais, J. R. (2021). *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição* (3ª ed.). Lisboa: AAFDL.p. 800.

<sup>212</sup> Rios, R.R. (2008). *Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Livraria do Advogado Editora. p.32

<sup>213</sup> Colker, Ruth (1986). Anti-Subordination above all: Sex, Race, and Equal Protection. *New York University Law Review*, vol. 61, p. 1003.

<sup>214</sup> Fiss, O. M. (1977). Groups and the Equal Protection Clause. Em Cohen, Marshall; Nagel, Thomas; Scanlon, Thomas. *Equality and Preferential Treatment*. (pp.84-154). New Jersey: Princeton University Press.

Driver (2024) assevera que já dura uma longa temporada os argumentos dos estudiosos de direito constitucional sobre se a Cláusula de Proteção Igualitária da Décima Quarta Emenda, na Constituição Americana como perspectivas concorrentes.<sup>215</sup>

Tem-se que as perspectivas antidiferenciação e anti-subordinação foram invocadas amplamente para descrever quanto para defender certas leituras do direito da antidiscriminação e tem especial destaque na jurisprudência da proteção igualitária, principalmente estadunidense.

#### 4.3.1. Antidiferenciação, princípio da antidiscriminação e o direito a igual tratamento

Rios (2008) afirma que a perspectiva da antidiferenciação “reprova tratamentos diferenciados (prejudiciais ou benéficos) em favor de quem quer que seja considerados os critérios proibidos de discriminação.”<sup>216</sup> Assim, é possível afirmar que nessa perspectiva o objetivo das medidas adotadas volta-se para a neutralidade de indivíduos e instituições, adotando a perspectiva do autor da discriminação e a correção da conduta discriminatória, orientada para a proteção de indivíduos vítimas de discriminação intencional.

Trata-se de perspectiva que visa correção de discriminação direta, que rechaça o estabelecimento de políticas afirmativas ou discriminações positivas e pode ser entendida como uma decorrência da igualdade formal ou da igual dignidade de todas as pessoas.

Decorrente da proibição da instituição de qualquer distinção fundada nos critérios proibidos de diferenciação, pode ser encontrada na maior parte dos textos constitucionais<sup>217</sup>.

---

<sup>215</sup> Driver, J. (2024). The Strange Career of Antisubordination. *The University of Chicago Law Review*, 91, pp. 651-731. Acesso em 20 de maio de 2024, disponível em <https://lawreview.uchicago.edu/print-archive/strange-career-antisubordination>. Embora o principal escopo do artigo, seja analisar a trajetória complexa e multifacetada da teoria da anti-subordinação no Direito Constitucional dos Estados Unidos, Driver admite que no estado da arte, as concepções de anticlassificação(antidiferenciação) e antissubordinação são vistas como conflitantes.

<sup>216</sup> Rios, R.R. (2008). *Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Livraria do Advogado Editora. p.33.

<sup>217</sup> Na carta constitucional brasileira podemos destacar como decorrência da perspectiva da antidiferenciação o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil expresso no art. 3º, IV de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” enquanto se reconhece como direito fundamental a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º, caput, Constituição Federal, 1988). No constitucionalismo português, a perspectiva vem expressa no Artigo 13º: “1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei. 2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado,

Moreira (2020) aponta a perspectiva da antidiferenciação, por ele chamada de antidiscriminação, como um modelo de inspiração liberal-individualista, baseado no “preceito do tratamento igualitário entre indivíduos igualmente situados” e que atua racionalmente em identificar meios lícitos e finalidades legítimas, excluindo condutas que violem o dever de igual tratamento.<sup>218</sup>

Essa perspectiva está em consonância com a igualdade formal e, portanto,

A simetria de tratamento exige então uma posição de neutralidade moral e política em relação a traços que não guardam uma relação adequada com fins estatais. Ela permite a proteção de grupos minoritários no processo decisório ao impor a neutralidade estatal em relação a traços que não podem ser utilizados para discriminação negativa. Os que defendem essa perspectiva também apontam sua objetividade como um elemento de grande importância porque permite a análise precisa das relações de racionalidade que uma norma pode ter com interesses reconhecidos como válidos para a ordem estatal. É importante também mencionar o fato de que essa perspectiva possui grande apelo entre operadores do Direito porque está direcionada à proteção de indivíduos, uma vez que pretende eliminar aquelas classificações que impedem o tratamento simétrico entre eles. Dessa forma, a perspectiva da antidiscriminação pode ser vista como uma forma de interpretação ideal da igualdade quando consideramos a uniformidade social como uma característica da ordem política de uma sociedade.<sup>219</sup>

Fiss (1977) propôs que o princípio constitucional da igual proteção deve ser interpretado no sentido de proibir leis ou práticas institucionais que agravem ou perpetuem a subordinação de grupos especialmente desfavorecidos. Entretanto, também destaca que a antidiferenciação tem sido o método interpretativo predominante na análise da cláusula da igual proteção (*Equal Protection Clause*)<sup>220</sup> enquanto sugere sua insuficiência para resolver leis aparentemente neutras que de fato prejudicam um grupo subordinado (*disparated impact*).

Fiss (2004) afirma que a antidiscriminação se concentra no fardo imposto ao indivíduo, preocupa-se com uma lista finita de critérios desfavoráveis, proíbe qualquer decisão baseada nestes critérios, e se expressa em termos de motivo ou intencionalidade do tomador de decisão, deve ser vista como “uma expressão da racionalidade instrumental, pois a permissibilidade de uma prática não depende

---

prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação econômica, condição social ou orientação sexual.”

<sup>218</sup> Moreira, A. J. (2020). *Tratado de Direito Antidiscriminatório*. São Paulo. Editora Contracorrente, p. 286.

<sup>219</sup> Moreira, A. J. (2020). *Tratado de Direito Antidiscriminatório*. São Paulo. Editora Contracorrente, p. 287-288.

<sup>220</sup> Fiss, O. M. (1977). Groups and the Equal Protection Clause. Em Cohen, Marshall; Nagel, Thomas; Scanlon, Thomas. *Equality and Preferential Treatment*. (pp.84-154). New Jersey: Princeton University Press.p. 95

do mérito, do fim perseguido ou da gravidade do dano causado, mas sim da relação entre meios e fins”<sup>221</sup>

Ao questionamento de quais normas deve o intérprete contemporâneo, no contexto do constitucionalismo norte-americano, escolher como concepção apropriada de igualdade Dorf (2002) conclui que, ao contrário do que Owen Fiss sugere, o princípio da antidiferenciação/antidiscriminação é suficientemente flexível para acomodar preocupações anti-subordinação, integrando-as na análise dos interesses considerados válidos em um teste de escrutínio rigoroso. Dorf (2002) defende que a perspectiva antidiferenciadora é válida para alcançar o objetivo igualitário.<sup>222</sup>

Fiss(2004) repisa a insuficiência da antidiscriminação/antidiferenciação para responder os principais desafios de discriminação a grupos, principalmente quando, o critério proibido, de raça é associado a um critério semelhante como ascendência ou origem<sup>223</sup>.

Antisubordination resolves many of the puzzles of antidiscrimination law and fills many of the explanatory gaps. Antisubordination helps explain why certain classifications or criteria (race) are strongly disfavored, while others are somewhat disfavored (sex) and others not disfavored at all (eye color). Even within the domain of race, it helps explain the asymmetry introduced by affirmative action – why a policy that disadvantages whites is less disfavored than one that disadvantages blacks. Antisubordination explains why one practice is labeled “reverse discrimination” (or in the European tradition, “positive discrimination”) while the other is labeled simply “discrimination.” Antisubordination also explains why certain racial groups (blacks and Hispanics) receive preferential treatment and others (Asians) typically do not.

Entretanto, dentre as críticas, endereçadas a perspectivas da antidiferenciação ou *anticlassification*, Post (2001) afirma que a lógica antidiferenciadora contribuiu para o desenvolvimento de uma doutrina arbitrária, inarticulada e profundamente insensível às desigualdades arraigadas e uma infeliz demonização das ações afirmativas.<sup>224</sup>

<sup>221</sup> Fiss, O. (2004). Another Equality. *Issues in Legal Scholarship*, 2(1). <https://doi.org/10.2202/1539-8323.1051>

<sup>222</sup> Dorf, M. C. (2002). A Partial Defense of an Anti-Discrimination Principle. *Issues in Legal Scholarship*, 2(1). <https://scholarship.law.cornell.edu/facpub/116>

<sup>223</sup> No exemplo, Fiss sugere o caso United States v. Martinez Fuerte, que permitia os oficiais da imigração ficarem ao longo da rodovia entre San Diego e Los Angeles e abordar motoristas com aparente ascendência mexicana para questioná-los sobre a legalidade de seu ingresso no país. Para Fiss é impossível que a racionalidade da dimensão antidiferenciadora possa dar conta do dano substancial, que o grupo sofre, de pessoas de “aparente ascendência mexicana” como não cidadãos, que só pode ser resolvido através da anti-subordinação.

<sup>224</sup> Post, R. C. (2001). Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law. Em R. C. Post, K. A. Appiah, J. Butler, T. C. Grey, & R. B. Siegel, *Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law* (pp. 1- 53). Durham: Duke University Press, p. 2.

Já Rios (2008) adverte que é uma perspectiva insuficiente e vazia de conteúdo uma vez que o resultado entre a manutenção de ato discriminatório resulta o mesmo que a supressão de um direito sob o argumento de que a supressão para todos, seria igualitário. Ou ainda a dificuldade de encontrar um parâmetro comparativo visto que pressupõe indivíduos abstratamente considerados para normas universalmente dirigidas, inclusive sendo insuficiente para resolver os dilemas de diferenças religiosas e culturais que necessitem de um direito especial como acomodação apropriada ao exercício de prática religiosa sob o influxo de uma medida neutra, abstrata e para todos.<sup>225</sup>

---

<sup>225</sup> Rios, R.R. (2008). *Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Livraria do Advogado Editora. p.34. A despeito do exemplo citado na obra de Rios (2008) de permissão concedida a candidato adventista de realizar prova de concurso público em dia diverso, em razão do respeito ao livre exercício de sua prática religiosa, seria impossível na perspectiva diferenciadora. Sobre o tema, em contrário sentido da perspectiva diferenciadora, a adoção de perspectiva anti-subordinação pelo Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de alteração de etapas de concurso público, bem como de estabelecimento de critérios alternativos para exercício de deveres funcionais durante o estágio probatório, em razão de crença religiosa. Ver em DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PRETENDIDA AUTORIZAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DE ETAPA DE CONCURSO PÚBLICO EM HORÁRIO DIVERSO DAQUELE DETERMINADO PELA COMISSÃO ORGANIZADORA DO CERTAME POR FORÇA DE CRENÇA RELIGIOSA. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EM CONFLITO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. MÉRITO. VIOLAÇÃO AO DIREITO DE IGUALDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A tessitura constitucional deve se afastar da ideia de que a laicidade estatal, compreendida como sua não-confessionalidade, implica abstenção diante de questões religiosas. Afinal, constranger a pessoa de modo a levá-la à renúncia de sua fé representa desrespeito à diversidade de ideias e à própria diversidade espiritual. 2. No debate acerca da adequação de atividades administrativas a horários alternativos em respeito a convicções religiosas, deve o Estado implementar prestações positivas que assegurem a plena vivência da liberdade religiosa, que não são apenas compatíveis, como também recomendadas pela Constituição da República, a teor do inciso VII do art. 5º, CRFB, que assegura a “prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva”, bem como do art. 210, §1º, CRFB, o qual dispõe que o “ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental. 3. A separação entre Igreja e Estado não pode implicar o isolamento daqueles que guardam uma religião à sua esfera privada. O princípio da laicidade não se confunde com laicismo. O Estado deve proteger a diversidade, em sua mais ampla dimensão, dentre as quais incluo a liberdade religiosa e o direito de culto. O limite ao exercício de tal direito está no próprio texto constitucional, nos termos do inciso VI do art. 5º. 4. A fixação, por motivos de crença religiosa do candidato em concurso público, de data e/ou horário alternativos para realização de etapas do certame deve ser permitida, dentro de limites de adaptação razoável, após manifestação prévia e fundamentada de objeção de consciência por motivos religiosos. Trata-se de prática a ser adotada pelo Estado, na medida em que representa concretização do exercício da liberdade religiosa sem prejuízo de outros direitos fundamentais. 5. Recurso extraordinário não provido, fixando-se a seguinte tese: “Nos termos do art. 5º, VIII, da CF, é possível a realização de etapas de concurso público em datas e horários distintos dos previstos em edital por candidato que invoca a escusa de consciência por motivo de crença religiosa, desde que presente a razoabilidade da alteração, a preservação da igualdade entre todos os candidatos e que não acarrete ônus desproporcional à Administração pública, que deverá decidir de maneira fundamentada.” (RE 611874, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 26-11-2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-068 DIVULG 09-04-2021 PUBLIC 12-04-2021) Também visto em EMENTA: CONSTITUCIONAL. DIREITO FUNDAMENTAL. LIBERDADE RELIGIOSA. OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA. DEVER DO ADMINISTRADOR DE OFERECER OBRIGAÇÃO ALTERNATIVA PARA CUMPRIMENTO DE DEVERES FUNCIONAIS. RECURSO PROVIDO. 1. O princípio da laicidade não se confunde com laicismo. A separação entre Igreja e Estado

Moreira (2020) atribui a perspectiva da antidiferenciação um modelo interpretativo insuficiente para a proteção de grupos sociais, principalmente quando diante de medidas que promovem inclusão de minorias, pois o uso dos critérios de proporcionalidade e razoabilidade é estrategicamente utilizado de maneira procedimental e contrário a qualquer tratamento diferenciado das categorias suspeitas, ainda que por meio de uma discriminação positiva que possibilite o alcance de uma igualdade substancial.<sup>226</sup>

#### 4.3.2. Anti-subordinação e o direito a ser tratado como igual

Já a perspectiva da anti-subordinação, explica Rios (2008) não aprova tratamentos que criem ou mantenham situações de subordinação: “ela admite tratamentos diferenciados, desde que estes objetivem superar situações de discriminação, assim como considera discriminatórios tratamentos neutros que reforcem a subordinação de quem quer que seja”<sup>227</sup>.

Assim, é uma perspectiva que centra suas preocupações nos efeitos sofridos por pessoas e grupos submissos decorrentes de práticas prejudiciais ainda que não intencionais. E, portanto, é uma

---

não pode, portanto, implicar o isolamento daqueles que guardam uma religião à sua esfera privada. A neutralidade estatal não se confunde com indiferença religiosa. A indiferença gera posição antirreligiosa contrária à posição do pluralismo religioso típica de um Estado Laico. 2. O princípio da laicidade estatal deve ser interpretado de forma a coadunar-se com o dispositivo constitucional que assegura a liberdade religiosa, constante do art. 5º, VI, da Constituição Federal. 3. O direito à liberdade religiosa e o princípio da laicidade estatal são efetivados na medida em que seu âmbito de proteção abarque a realização da objeção de consciência. A privação de direito por motivos religiosos é vedada por previsão expressa na constituição. Diante da impossibilidade de cumprir obrigação legal imposta a todos, a restrição de direitos só é autorizada pela Carta diante de recusa ao cumprimento de obrigação alternativa. 4. A não existência de lei que preveja obrigações alternativas não exime o administrador da obrigação de ofertá-las quando necessário para o exercício da liberdade religiosa, pois, caso contrário, estaria configurado o cerceamento de direito fundamental, em virtude de uma omissão legislativa inconstitucional. 5. Tese aprovada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal: “Nos termos do art. 5º, VIII, da CRFB, é possível a Administração Pública, inclusive em estágio probatório, estabelecer critérios alternativos para o regular exercício dos deveres funcionais inerentes aos cargos públicos, em face de servidores que invocam escusa de consciência por motivos de crença religiosa, desde que presente a razoabilidade da alteração, não se caracterize o desvirtuamento no exercício de suas funções e não acarrete ônus desproporcional à Administração Pública, que deverá decidir de maneira fundamentada”. 6. Recurso extraordinário provido para conceder a segurança. (ARE 1099099, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 26-11-2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-068 DIVULG 09-04-2021 PUBLIC 12-04-2021) No âmbito do Tribunal Constitucional português, também tem-se uma perspectiva de anti-subordinação adotada para assegurar o exercício da liberdade religiosa de uma magistrada do Ministério Público português e membro da Igreja Adventista do Sétimo Dia ao dispensa-la da realização dos turnos de serviço urgente quando coincidentes com os dias de sábado. (**Tribunal Constitucional, Acórdão nº 545/2014, 3ª Secção, Relator Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha, Lisboa, 15 de julho de 2014**)

<sup>226</sup> Moreira, A. J. (2020). *Tratado de Direito Antidiscriminatório*. São Paulo. Editora Contracorrente, p. 287-288.

<sup>227</sup> Rios, R.R. (2008). *Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Livraria do Advogado Editora. p.36.

perspectiva que admite a adoção de ações afirmativas ou discriminação positiva. E isto porque de acordo com Moreira (2020) ao formularem uma alternativa a concepção procedimental da antidiferenciação/antidiscriminação, os teóricos passaram a argumentar que o “princípio da igualdade guarda relação próxima com outros preceitos constitucionais, como as ideias de cidadania e de dignidade, princípios estruturantes da ordem constitucional”<sup>228</sup>

Assim a perspectiva anti-subordinação encontra consonância com a igualdade substancial<sup>229</sup> pois interessada nos danos/efeitos que práticas, medidas e legislações podem ter no status/posições de grupos que estão em situação de desvantagem.

É uma perspectiva que se concentra nos efeitos e permite considerar as práticas que são inicialmente neutras, mas que causam desproporcional efeitos em grupos que estão em situação de desvantagem, portanto de interesse no reparo da discriminação indireta, ou o que Moreira (2020) chama de “princípio da proibição de imposição de desvantagem a grupos sociais”.<sup>230</sup>

A ideia subjacente da antissubordinação é que certas práticas sociais, incluída, mas não restritas apenas a discriminação, devem receber a censura judicial não por causa da prática de injustiças

---

<sup>228</sup> Moreira, A. J. (2020). *Tratado de Direito Antidiscriminatório*. São Paulo. Editora Contracorrente, p. 289.

<sup>229</sup> Assevera Moreira (2020) que “essa perspectiva interpretativa institui a consideração da condição social efetiva de um grupo como elemento central para a análise da compatibilidade de normas com o sistema constitucional. Uma ordem jurídica comprometida com a emancipação social deve então considerar a situação social no qual eles vivem; ela deve levar em conta se essa prática contribui ou não para aumentar a situação de desvantagem de membros de grupos vulneráveis. Ao integrar a análise da situação de desvantagem na consideração da constitucionalidade de uma norma, esses autores pretendem afirmar a necessidade de analisarmos o contexto social e histórico no qual se encontram os membros de um grupo designado por um critério de classificação. Para eles, a relação de interdependência entre o indivíduo e o grupo ao qual o primeiro pertence significa que ele não pode ser visto apenas como um indivíduo específico, porque sua existência está diretamente relacionada com a do grupo ao qual pertence. A ênfase na questão do grupo indica então que o processo de interpretação da igualdade deve procurar promover a igualdade de status” conferir em Moreira, A. J. (2020). *Tratado de Direito Antidiscriminatório*. São Paulo. Editora Contracorrente, p. 289-290.

<sup>230</sup> “O princípio da igualdade está fundamentado na noção da igualdade moral de todos os seres humanos. Isso significa que eles merecem ser tratados de forma igual em situações iguais, mas também que eles devem ser reconhecidos como atores sociais competentes por todos os outros membros da comunidade política. Práticas sociais que sistematicamente contribuem para exclusão de membros de grupos minoritários permitem a criação de castas sociais, de grupos minoritários permitem a criação de castas sociais de grupos de pessoas que são vistos como inferiores em todas as situações e incapazes para atuar de forma competente no espaço público. Dessa forma, a existência de castas sociais não pode ocorrer dentro de um regime democrático, algo que contraria a ideia de que a sociedade política existe para garantir a integração social e o bem-estar de todas as pessoas.” A. J. (2020) *Tratado de Direito Antidiscriminatório*. São Paulo. Editora Contracorrente, p. 291-292.

atribuídas ao ajuste de meios e fins, mas sim porque tais práticas criam ou perpetuam a subordinação do grupo do qual o indivíduo excluído ou rejeitado é um membro.<sup>231</sup>

Pode-se afirmar que a perspectiva da anti-subordinação mais consentânea no constitucionalismo contemporâneo cujos textos constitucionais englobam princípios centrais para garantia da cidadania como dignidade humana, justiça social e respeito ao pluralismo. Uma sociedade democrática deve garantir a todas as pessoas a possibilidade de desenvolver suas potencialidades de bem viver por meio do acesso a direitos fundamentais e participação paritária<sup>232</sup>.

Como dito alhures, Owen Fiss na tentativa de cessar o apelo ao princípio da antidiscriminação na jurisprudência americana, formula a sua teoria da desvantagem de grupo, como tentativa de apresentar outra teoria da proteção igualitária.<sup>233</sup>

---

<sup>231</sup> Fiss, O. (2004). Another Equality. *Issues in Legal Scholarship*, 2(1). <https://doi.org/10.2202/1539-8323.1051>

<sup>232</sup> Nancy Fraser e seu modelo de justiça, denominado reconhecimento, busca a superação da subordinação a subordinação, com a mudança de instituições e de práticas sociais, por meio da desinstitucionalização dos antigos padrões de valor e de cultura que impediam a paridade de participação pública via substituição por padrões e por valores que fomentam a equivalência de pessoas e de grupos, e isto é sua força normativa. Fraser enfatiza que o *status model* evita a visão de que a estima social é um direito de todos. Em verdade, a formulação da autora implica em todos terem igual direito de perseguir a estima social sob condições justas de igual oportunidade. Fraser, N. (2003). Social justice in the age of identity politics: redistribution, recognition, and participation. In N. Fraser, & A. Honneth, *Redistribution or recognition? A political-philosophical exchange* (pp. 7-94, J. Golb, J. Ingram, & C. Wilke, Trans.). London: Verso. p. 33

<sup>233</sup> No artigo, Fiss (1977) direciona suas preocupações as distinções raciais, primeiro porque foi o cerne do surgimento da 14ª Emenda, como proteção aos escravizados libertos e, segundo porque não somente pela intenção original, mas pelo grau de proteção que de fato tem sido dada aos negros, recebendo maior proteção que outros grupos (p.124). Ademais, negros têm sido vistos como grupo, vêm a si mesmos como grupo, suas identidades são em parte determinadas como membro deste grupo, seu status social é ligado ao status do grupo e muitas de suas ações, institucionais e pessoais é baseada nessa perspectiva assim Fiss rejeita a proposta de Tussman e tenBroek de rejeição de negros como uma classe natural que para eles são grupos que tem uma identidade e existência totalmente separada e contestada pelos estatutos e práticas estatais (p.125), para Fiss o termo “group” refere-se a grupo social e em sua noção, grupo social reflete mais que um coletivo de indivíduos: “*A social group, as I use the Term, has two Other characteristics. (1) It is an entity (though not one that has a physical body). This means that the group has a distinct existence apart from its members, and also that it has an identity. It makes sense to talk about the group (at various points of time) and know that you are talking about the same group. You can talk about the group without reference to the particular individuals who happen to be its members at any one moment. (2) There is also a condition of interdependence. The identity and well-being of the members of the group and the identity and well-being of the group are linked. Members of the group identify themselves -explain who they are-by reference to their membership in the group; and their well-being or status is in part determined by well-being or status of the group.*” O próprio autor admite que trabalhar com o conceito de grupo é problemático, mas necessária a construção de negros como grupo social como primeiro passo de construção de seu princípio mediador (p. 127):” *We must also realize they are a very special type of social group. They have two other characteristics as a group that are critical in understanding the function and reach of the Equal Protection Clause. One is that blacks are very badly off, probably our worst-off class (in terms of material well-being second only to the American Indians), and in addition they have occupied the lowest rung for several centuries. In a sense, they are America’s perpetual underclass*”

#### 4.3.3. Critérios proibidos de discriminação: as classificações suspeitas e investigação das motivações de discriminação

Para o Direito da Antidiscriminação, os critérios proibidos de discriminação advêm da eleição de determinados fatores do cenário social com âmbito de aplicação normativa para a proteção de Direitos Humanos, positivados nos ordenamentos jurídicos nacionais como direitos fundamentais. (Silva, 2016)<sup>234</sup>

A definição das proibições de discriminação influencia decisivamente os conteúdos do Direito da Antidiscriminação, assim como as perspectivas da antidiferenciação e da anti-subordinação, já vistas anteriormente neste trabalho, “a proibição de discriminação é norma de natureza relacional” (Ronconi, 2019)<sup>235</sup> e cada ordenamento adota alguma técnica (Rios, 2008<sup>236</sup>; Silva, 2016<sup>237</sup>) ou fórmula hábil (Mello, 2021<sup>238</sup>) que impactará sobre a quem compete decidir sobre tais critérios.<sup>239</sup> Em função do sucesso de muitas lutas pela afirmação e expansão da democracia, várias jurisdições começaram a declarar a ilegalidade de atos discriminatórios baseados em certos critérios, sendo que essas proibições adquiriram status constitucional. (Moreira, 2020<sup>240</sup>; Fredman, 2022)<sup>241</sup>

No direito constitucional americano, Rios (2008) informa que a previsão do princípio da *equal protection*, “prevê a proibição de negar a qualquer pessoa a igual proteção pelo direito”<sup>242</sup>., embora raça e cor apareçam no texto constitucional expressamente como vedação de discriminação do

<sup>234</sup> Silva, R. d. (2016). *Discriminação múltipla como discriminação interseccional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. p.16.

<sup>235</sup> Ronconi, Liliانا Mabel; Repensando el principio de igualdad: alcances de la igualdad real; Instituto Tecnológico Autónomo de México; Isonomía; 49; 10-2018; 103-140, p. 105.

<sup>236</sup> Rios, R. R. (2008). *Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. p. 50

<sup>237</sup> Silva, R. d. (2016). *Discriminação múltipla como discriminação interseccional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. p.17.

<sup>238</sup> Mello, C. A. (2021). *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade* (4ª ed.). São Paulo: Editora Malheiros. p.15-18.

<sup>239</sup> Ronconi (2019) tentando aclarar porque algumas categorias são suspeitas e se há possibilidade de expandir as classes de pessoas suspeitas, admite não ser uma enumeração taxativa, e traz a seguinte regra: quando verificadas em grupo as condições que tornam aplicáveis as categorias suspeitas, será possível aplicar um padrão estrito de razoabilidade, basta que esteja presente a prova da discriminação direcionada a determinado grupo, sistematicamente em desvantagem e que essa desvantagem seja persistente., pode se falar estar diante de uma classificação suspeita. (Ronconi, 2019, p.119)

<sup>240</sup> Moreira, A. J. (2020). *Tratado de Direito Antidiscriminatório*. São Paulo : Editora Contracorrente. p.384.

<sup>241</sup> Fredman, S. (2022). *Discrimination Law* (3ª ed.). New York: Oxford University Press, p. 166-167

<sup>242</sup> Rios, R. R. (2008). *Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. p. 52.

direito ao voto<sup>243</sup>, neste caso a decisão sobre quem decide quais são os critérios é construída pelos tribunais.

Já no sistema britânico a técnica legislativa escolhida, enumera taxativamente os tipos de discriminação através de decisão do legislativo, definidos em seu *Equality Act* pelo Parlamento: idade, redesignação de gênero, gravidez e maternidade, casamento ou união civil, raça, cor, nacionalidade, origem étnica ou nacional, religião ou crença, sexo e orientação sexual (*protected characteristics*)<sup>244</sup>. A técnica mais disseminada é àquela que adota um modelo misto que consiste na enumeração exemplificativa dos critérios proibidos, feita tanto pelo legislador como pelos tribunais. Esta é a técnica encontrada pela Carta de Direitos e Liberdades do Canadá (*The*

---

<sup>243</sup> AMENDMENT XV Passed by Congress February 26, 1869. Ratified February 3, 1870. Section 1. *The right of citizens of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of race, color, or previous condition of servitude (The Constitution: Amendments 11-27. (2015, novembro 4). National Archives. <https://www.archives.gov/founding-docs/amendments-11-27>). Os critérios proibidos de discriminação estão explícitos na Civil Rights Act of 1964, Equal Employment Opportunity Act, Age Discrimination Act, Americans with Disabilities Act.*

<sup>244</sup> O *Equality Act* (2010) trata-se de texto legislativo extenso que contempla não somente os tipos de discriminação, as categorias protegidas, as condutas proibidas e os meios de prevenção e correção de discriminações incluídas as ações e remédios, bem como das exceções, confira-se em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/contents> .

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*<sup>245</sup>), também a carta constitucional sul-africana<sup>246</sup> e nas Constituições brasileira<sup>247</sup> e portuguesa<sup>248</sup>.

Rios (2008) aponta a existência dos problemas relacionados à enumeração dos critérios e o reconhecimento de novos critérios, sem, entretanto, enfrentá-los, também explica que existem os problemas relacionados a aplicação de diversos critérios proibidos de discriminação nos casos de discriminação interseccional<sup>249</sup>, não os aprofundando. Mas vê-se que a definição dos critérios proibidos de discriminação mais do que fornecer uma lista de categorias, revela-se como técnica

---

<sup>245</sup> “*Equality Rights. Equality before and under law and equal protection and benefit of law. 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. Affirmative action programs (2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.*” (Branch, L. S. (2024, abril 9). *Consolidated federal laws of Canada, THE CONSTITUTION ACTS 1867 to 1982*. <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/const/FullText.html>)

<sup>246</sup> *Constitution of Republic of South Africa* (1996), traz no segundo capítulo, a enumeração de seus direitos fundamentais, possibilidade de restrições através de lei dos direitos fundamentais (36), a previsão de que cabe ao Parlamento a decretação de estado de emergência quando a vida da nação esteja ameaçada por guerra, invasão, insurreição, desordem, desastre natural ou outra emergência pública, permitida apenas para restaurar a paz e ordem (37), a aplicação dos direitos fundamentais bem como a observância pelos tribunais de na interpretação dos direitos fundamentais, adotem a promoção de valores de uma sociedade aberta e democrática, baseada na dignidade humana, na igualdade e na liberdade, considerem o direito internacional ou legislação estrangeira, ainda que no direito comum ou consuetudinário promover o espírito, o propósito e objetivos da Declaração de Direitos, também podem os tribunais reconhecerem outros direitos e liberdades desde que consistentes com a Declaração(39). Os critérios proibidos de discriminação estão previstos no tratamento da igualdade, trazendo expressa vedação ao Estado de discriminar injustamente direta ou indiretamente (subseção 3), ou pessoas (subseção 4) com base em um ou mais critérios (discriminação multimotivada) por raça, gênero, sexo gravidez, estado civil, origem étnica ou social, cor, orientação sexual, idade, deficiência, religião, consciência, crença, cultura, idioma e nascimento, qualquer discriminação com base nesses critérios é injusta, salvo se estabelecido que a discriminação é justa (subseção 5): “*Equality .1. Everyone is equal before the law and has the right to equal protection and benefit of the law. 2. Equality includes the full and equal enjoyment of all rights and freedoms. To promote the achievement of equality, legislative and other measures designed to protect or advance persons, or categories of persons, disadvantaged by unfair discrimination may be taken. 3. The state may not unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds, including race, gender, sex, pregnancy, marital status, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture, language and birth. 4. No person may unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds in terms of subsection (3). National legislation must be enacted to prevent or prohibit unfair discrimination. 5. Discrimination on one or more of the grounds listed in subsection (3) is unfair unless it is established that the discrimination is fair.*” *Constitution of the Republic of South Africa, 1996 - Chapter 2: Bill of Rights | South African Government*, [s.d.]: <https://www.gov.za/documents/constitution/chapter-2-bill-rights#9>.

<sup>247</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. (1988, 5 de outubro). Brasília. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)

<sup>248</sup>Comentando que o art. 13º/2 da CRP é aberto, Martinez, F. R., Neto, L., Leão, A., Carvalho, A., Ibañez, J. G., & Pedro, R. T. (2021). *Direito Antidiscriminatório*. Lisboa: AAFDL Editora.p. 42. Cf. Constituição da República Portuguesa. (1976, 10 de abril). Lisboa. Disponível em: <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view>

<sup>249</sup> Considerada uma modalidade de discriminação que será mais bem explicada na próxima seção deste trabalho.

de proteção desenvolvida no Direito da Antidiscriminação, sujeitos a interpretação, exceções e afetações de graus diversos pelos tribunais.<sup>250</sup>

Saba, que assume como visto, a perspectiva da igualdade como não subordinação como igualdade material ou igualdade real defende que o tratamento preferencial seja um interesse estatal urgente:

Es necesario enfatizar, entonces, que la categoría sospechosa como manifestación del principio de no sometimiento no puede ser señalada a priori y en abstracto, pues sólo será sospechosa si resulta funcional en un caso concreto a la perpetuación del sometimiento de un grupo. Es verdad que esto abre un debate sobre quién está mejor posicionado para determinar cuáles son esos grupos sometidos o excluidos, si el Congreso o el juez, pero esta sería una cuestión de carácter epistémico (quién es capaz de identificar a esos grupos) y no un debate sobre cuáles son las categorías sospechosas. Mientras lo primero se funda sobre el principio de igualdad como no sometimiento, afirmar esto último supone ver a las categorías sospechosas como tributarias del principio de no discriminación.<sup>251</sup>

A importância, dos critérios proibidos de discriminação está relacionada à dogmática constitucional do princípio da igualdade, a judicial review da interpretação do princípio da igualdade e o próprio âmbito de proteção do emergente direito da antidiscriminação.

As classificações suspeitas, em última análise, protegem contra discriminação seja em razão de situação pessoal (raça, cor, idade, gênero, deficiência, entre outras) seja em razão de escolhas e condutas (crença, orientação e identidade de gênero, convicção filosófica ou religiosa). Uma discriminação em sentido estrito é uma lesão a igualdade geral e causa prejuízos sociais graves como machismo, racismo, homofobia, xenofobia<sup>252</sup>. (Rios, 2008; Dimoulis, 2023)

Comumente, diz Mello (2021), a violação a igualdade recaí na escolha de “fatores diferenciais existentes nas pessoas, mas que não poderiam ter sido eleitos como matriz do *discrímén*”, para o autor, a diferenciação que utilize um desses fatores, eiva de ilegalidade ou ilegitimidade, a escolha legislativa<sup>253</sup> quando fundada em motivos ou vieses preconceituosos.

---

<sup>250</sup> Silva, R. d. (2016). *Discriminação múltipla como discriminação interseccional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.p.17.

<sup>251</sup> Saba, R. (2016). *Más allá de la igualdad formal ante la ley: qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?* Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

<sup>252</sup> Cfr. Rios, R. R. (2008). *Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. p. . No mesmo sentido, Dimoulis, D. (2023). *Direito de igualdade: antidiscriminação, minorias sociais, remédios constitucionais* (2ª ed.). São Paulo: Almedina. p.

<sup>253</sup> Mello, C. A. (2021). *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade* (4ª ed.). São Paulo: Editora Malheiros. p.15-18.

Martinez (2021) assevera que a Constituição protege em intensidade as características suspeitas que a igualdade em geral. Ou seja, o comando normativo de não discriminação em razão de raça, cor, gênero entre outros não é à toa ser também denominado de características protegidas porque identifica o grupo social em desvantagem, merecedor da proteção do Direito da Antidiscriminação.:

La prohibición de discriminación especial, a diferencia de la discriminación general, se refiere sólo a aquellos supuestos en los que el criterio o rasgo de diferenciación de trato jurídico es el género, la raza, el origen étnico, la religión, la ideología, el nacimiento o cualquier otro que la experiencia histórica evidencie como proclives para configurar una diferencia peyorativa entre las personas, basada en prejuicios gravemente odiosos para la dignidad de la persona capaces de crear una situación de subordinación social de ciertos grupos.<sup>254</sup>

Como visto, a violação direito de igualdade geral se satisfaz pelo exame de razoabilidade do tratamento diferenciado, já a violação da cláusula de não discriminação especial, o controle do ato de discriminação precisa ser mais rigoroso, portanto, o raciocínio do tratamento razoável é insuficiente, sujeito ao controle do princípio da proporcionalidade.

Proibição de discriminação em sentido amplo está para a igualdade geral (direito de igualdade) assim como proibição de discriminação em sentido estrito, está para a cláusula de proibição de discriminação com fundamento em classificações suspeitas. No primeiro, direito de igualdade, está contida a teoria da classificação razoável. No segundo, identifica-se a teoria das classificações suspeitas. Em Ely (2010)<sup>255</sup> encontramos que a teoria das classificações suspeitas é um mecanismo que serve à investigação das motivações do ato discriminatório, artifício refutado pelo Justice Black<sup>256</sup>.

A tarefa de responder quando algum tipo de distinção feita pelo legislador é válida surge com a concepção de igualdade substancial. Ronconi (2019) concorda com Alexy que é uma necessidade, estabelecer uma razoabilidade de diferenciação, diante dos ditames de concepção material do

---

<sup>254</sup> , Martinez, F. R., Neto, L., Leão, A., Carvalho, A., Ibañez, J. G., & Pedro, R. T. (2021). *Direito Antidiscriminatório*. Lisboa: AAFDL Editora.p. 43.

<sup>255</sup> A maioria dos autores atribuem a Ely a formulação da teoria das classificações suspeitas, entretanto, foi da leitura de Martinez (2021) que encontramos as origens das teorias, tanto da teoria das classificações razoáveis e da teoria da classificação suspeita. Leia-se Martinez, F. R., Neto, L., Leão, A., Carvalho, A., Ibañez, J. G., & Pedro, R. T. (2021). *Direito Antidiscriminatório*. Lisboa: AAFDL Editora.p. 44-46.

<sup>256</sup> As motivações de Black para a não investigação dos motivos do legislador na atividade legislativa serão explicitados no próximo tópico. Ely, J. H. (2010). *Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle de constitucionalidade*. (J. Lemos, & A. R. Freire, Trads.) São Paulo: WMF Martins Fontes. p. 196

princípio da igualdade. Já Mello (2021) propõe uma avaliação em três etapas, para saber quando se está diante de uma quebra da isonomia, por ilegítima diferenciação.<sup>257</sup>

Ronconi (2019) afirma que há três modelos de investigação da razoabilidade das escolhas de diferenciação do legislador: o modelo americano, o modelo europeu e o modelo da razoabilidade integrada.

No direito norte-americano, os critérios proibidos de diferenciação incidem em duas categorias de aplicação: as classificações suspeitas (total, parcial e escolhas e condutas) e os direitos fundamentais, sob três parâmetros de controle: escrutínio estrito (*strict scrutiny*) escrutínio intermediário (*intermediate scrutiny*) e a razoabilidade (*rational review*).<sup>258</sup>

Neste modelo a intensidade do controle dependerá da modalidade de discriminação feita na norma<sup>259</sup>, o que se examina com maior ou menor rigor é a adequação dos meios utilizados pela

---

<sup>257</sup> O autor propõe o seguinte quadro analítico: “(a) A primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação. (b) A segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discriminação e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado. (c) A terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional”. A leitura atenta da proposta de Mello sinaliza que o prestigioso autor remete apenas a violação da proibição de discriminação em sentido amplo, aquela que como mencionado, viola o direito de igualdade (formal), satisfeito pelo exame de razoabilidade do tratamento. O que é uma concepção não errônea, mas incompleta, já que perante uma discriminação fundada em classificações suspeitas, viola-se um especial dever de não discriminação. Ver em Mello, C. A. (2021). *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade* (4ª ed.). São Paulo: Editora Malheiros. p. 21.

<sup>258</sup> Rios, R. R. (2008). *Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. p. 53. Explicação que também foi encontrada em Martinez (2021), p. 45-46, porém, o autor espanhol diverge do juiz federal brasileiro, afirmando que em verdade se tratam de dois critérios: “*el de simple racionalidad (rational relationship test) para los casos de igualdad general y el escrutinio estricto (strict scrutiny test) equivalente a lo que en nuestro ordenamento llamamos principio o juicio de proporcionalidade, para los de prohibición de discriminación por alguno de los rasgos sospechosos. También há modulado ambos critérios com algún estándar intermedio (intermediate test)*.” Afirmando a ausência de previsão do princípio da proporcionalidade no direito americano, Canas, 2019, p.128. Válidas as censuras feitas por Vitalino Canas direcionadas ao modelo americano, em razão de contornos imprecisos, por vezes com conflitos argumentativos não solucionados cf. Canas, V. (2019). *O princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controle de Atos Legislativos* (Reimpressão ed.). Coimbra: Edições Almedina

<sup>259</sup> As modalidades de discriminação serão apresentadas no próximo tópico deste trabalho, entretanto, consideramos a necessidade de topograficamente apresentar os critérios de proibição e a análise das justificativas de distinção neste tópico, âmbito de proteção e elaboração dogmática deste novo ramo. Porque acreditamos que neste tópico o tema encontra melhor sistematização para uma compreensão geral dos critérios de avaliação pelo intérprete de quando é constitucionalmente justo e quando não é justo discriminar. Temática de extrema relevância para a revisão judicial de leis que envolvam o princípio da igualdade. Também sabemos que este não é um estudo de investigação do princípio da proporcionalidade, entretanto, ele é a ferramenta central do modelo europeu de avaliação dos critérios de afetação de medidas legislativas de direitos fundamentais, principalmente de normas de carga principiológica, como o princípio da igualdade, e, em síntese, não fugiremos de sua abordagem na apresentação do modelo, mas sem aprofundamentos teóricos ou práticos. Será apresentado na medida de marcar a diferença dos outros modelos de escrutínio de razões do controle de constitucionalidade de atos que importam em intervenção

norma, a finalidade pretendida, a ponderação das razões que justificam a restrição e a existência de alternativas à distinção/restrrição escolhida e por isso, enfatiza Ronconi (2019) existem 3 (três) tipos de escrutínio: da mera racionalidade (*rational review*), o intermediário (*intermediate scrutiny*) e o estrito (*strict scrutiny*)<sup>260</sup> que determinarão, por fim, o grau de deferência ao legislador.

O parâmetro da mera racionalidade (*rational review*) analisa a adequação entre meio e fim, considerando justa a distinção que esteja razoavelmente vinculada a uma finalidade legítima do Estado. “*Ese fin buscado por la norma debe ser tan solo legítimo, no imperioso o importante como sucede en los restantes escrutínios*” (Ronconi, 2019, p. 112). No que concerne a prova da discriminação, quem alega o prejuízo da distinção deve demonstrar o dano. Neste controle de legalidade, esclarece-nos Ronconi (2019) há quase total deferência ao legislador e dificilmente uma lei que faça uma diferenciação, ainda que calcada em uma característica pessoal, será invalidada.

No parâmetro intermediário, ao controle de meios e fins da medida, adiciona-se que além de legítima, a finalidade buscada pelo Estado deve ser importante. (Ronconi, 2019, p.115):

*En este supuesto no alcanza con que el medio fomenta de alguna manera el fin perseguido, sino que el mismo debe guardar una relación sustancial con un fin estatal importante. La relación de medios-fines debe ser más estrecha que en el anterior examen. Se requiere, entonces, que el medio fomenta en mayor medida el fin perseguido, y que, además, sea caracterizado y justificado como “importante”*

A deferência ao legislador é mediana e os casos de invalidação legislativa que construíram a história da Suprema Corte Americana na proteção da *equal protection clause*, situam-se nesse parâmetro em sua maior medida. Segundo Canas (2019) trata-se de uma categoria supletiva.<sup>261</sup>

Já no terceiro parâmetro do modelo norte americano, o estrito escrutínio (*strict scrutiny*) é o que estabelece uma quase nula deferência ao legislador, isto porque as razões em que fundadas a motivação para as diferenciações feitas em uma lei, estão baseadas na vinculação de estereótipos e prejuízos sobre certos grupos de pessoas. Ely (2010) nomeia de *special scrutiny*. Canas (2019)

<sup>260</sup> Ronconi, Liliana Mabel; Repensando el principio de igualdad: alcances de la igualdad real; Instituto Tecnológico Autónomo de México; Isonomía; 49; 10-2018; 112

<sup>261</sup> Canas, V. (2019). *O princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controle de Atos Legislativos* (Reimpressão ed.). Coimbra: Edições Almedina, p. 159

assevera que as normas interpretadas sob esse critério contêm limites imanentes ou implícitas em situações de preservação de direitos

A origem deste critério está na decisão proferida no caso *United States v. Carolene Products Co.* (1938)<sup>262</sup> no trecho a saber:

*There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth [...] It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation. On restrictions upon the right to vote, on restraints upon the dissemination of information, on interferences with political organizations, as to prohibition of peaceable assembly. Nor need we enquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious, or national, or racial minorities, whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry. [...] I concur in the result. Prima facie, the facts alleged in the indictment are sufficient to constitute a violation of the statute. But they are not sufficient conclusively to establish guilt of the accused. At the trial, it may introduce evidence to show that the declaration of the Act that the described product is injurious to public health and that the sale of it is a fraud upon the public are without any substantial foundation<sup>263</sup>*

A famosa quarta nota de rodapé, do Justice Harlan F. Stone, é posteriormente mencionada em algumas decisões da Corte Warren e Burger, como afirmado em Ely (2010), dentre outras palavras afirma que “o preconceito contra minorias separadas e isoladas pode ser uma condição especial que tende a reduzir drasticamente o funcionamento dos processos políticos em que costumamos nos basear para proteger as minorias”<sup>264</sup>.

<sup>262</sup> *United States v. Carolene Products Co.*, [304 U.S. 144](#) (1938)

<sup>263</sup> O caso questionou o chamado *Filled Milk Act* (1923) que considerava que a adição de óleo ou gordura, resulta em produto que é uma imitação ou aparente semelhança ao leite, leite condensado ou desnatado ou seco, trata-se de alimento adulterado e portanto, prejudicial à saúde pública, tendo sido considerado sua venda uma fraude a economia popular, estando proibido o comércio interestadual do produto. A empresa se insurgiu contra a legislação afirmando que a lei viola a 5ª Emenda da Constituição Americana (institui garantias contra o abuso do Estado) e transcendeu o poder do Congresso de regular o comércio interestadual. Cf. *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938). ([s.d.]). Justia Law. Acesso em 21 de agosto de 2024, de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/304/144/>. Embora o critério de decisão tenha sido o já mencionado critério da razoabilidade, a nota de rodapé 4, do Justice Stone, é apontada na doutrina, como a origem do *restrict scrutiny*. Ely inclusive afirma que indica uma decisão da corte de que as minorias, mesmo na doutrina criada em *Plessy v. Ferguson* (*separated but equal*) tem direito a uma proteção constitucional especial que as resguarde do processo político. Veja-se em Ely, J. H. (2010). *Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle de constitucionalidade*. (J. Lemos, & A. R. Freire, Trans.) São Paulo: WMF Martins Fontes. p. 199.

<sup>264</sup> Ely, J. H. (2010). *Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle de constitucionalidade*. (J. Lemos, & A. R. Freire, Trans.) São Paulo: WMF Martins Fontes. p. 205

O estudo das categorias suspeitas importa como teoria que permite ao intérprete indiretamente investigar a motivação, verifica-se por metódica em duas etapas de verificação concomitantes. A primeira busca responder a indagação de que se está diante de uma classificação suspeita e, caso positivo, se parte para a operação analítica de averiguar a relevância, a pertinência e a plausibilidade do objetivo do legislador.<sup>265</sup> (Ely, 2010), é o que nas palavras de Novais (2021) ocorre quando da aprovação das chamadas leis-medidas e de leis só aplicáveis a grupos precisos de destinatários, sujeitam-se a requisitos e controles mais exigentes, para evitar-se o extremo da arbitrariedade<sup>266</sup>.

Apesar de ser um caso de referência pela doutrina constitucional norte americana das restrições às liberdades públicas em tempos de guerra,<sup>267</sup> foi na apreciação de *Korematsu v. United States*<sup>268</sup> que a Corte passou a considerar que todas as disposições legais que limitem os direitos civis de um único grupo racial estão automaticamente sob suspeita, conforme esclarece Ronconi (2019), a autora assim afirma talvez erroneamente influenciada pela análise inicial de Justice Black:

It should be noted, to begin with, that all legal restrictions which curtail the civil rights of a single racial group are immediately suspect. That is not to say that all such restrictions are unconstitutional. It is to say that courts must subject them to the most rigid scrutiny. Pressing public necessity may sometimes justify the existence of such restrictions; racial antagonism never can.

que conduz o voto da maioria da Corte, entretanto, para confirmar a constitucionalidade das restrições impostas, fundadas na ascendência e origem japonesa, dos que sofreram violação de suas liberdades civis.

---

<sup>265</sup> Ely, J. H. (2010) *Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*, Trad. Lemos, L.; Freire. A. R. WMF Martins Fontes.p.195-199.

<sup>266</sup> Novais, J. R. (2021). *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição* (3ª ed.). Lisboa: AAFDL. P. 803-804.

<sup>267</sup> Souto, 2019, p.380.

<sup>268</sup> 323 Us 214. O caso apreciado pela Suprema Corte foi sobre um cidadão americano de ascendência japonesa, condenado em um tribunal distrital federal por permanecer em San Leandro, Califórnia, uma "Área Militar", contrariando a Ordem de Exclusão Civil nº 34 do Comandante Geral. que determinou que, após 9 de maio de 1942, em plena Segunda Guerra Mundial, já após o ataque da base naval de Pearl Harbor (1941), todas as pessoas de ascendência japonesa deveriam ser excluídas daquela área. Nenhuma questão foi levantada quanto à lealdade do petionário aos Estados Unidos. Havia ainda a acusação do descumprimento da permanência de todos os descendentes japoneses de permanecerem em "centros de reunião" cuja finalidade era garantir a evacuação e reassentamento dos americanos de ascendência japonesa. Cf. em *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944). ([s.d.]). Justia Law. Acesso em 21 de agosto de 2024, de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/323/214/>. O resultado foi a confirmação da constitucionalidade das medidas legais adotadas no período de excepcionalidade, por maioria. (Souto, 2019, p. 263).

A importância dos casos mencionados foi estabelecer o conceito da teoria das categorias suspeitas, ou seja, categorias ou classes que implicam distinções que *prima facie* são inconstitucionais porque implicam discriminação injustificada. Desta forma, quando a norma utiliza uma “categoria suspeita” como critério de distinção, a análise de constitucionalidade deve ser muito rigorosa e deve ser o Estado quem justifica a constitucionalidade dessa diferenciação.

Ronconi (2019) afirma que no âmbito da avaliação da constitucionalidade pela Suprema Corte, nesses casos que a distinção utiliza categorias suspeitas, cai a presunção de constitucionalidade e,

*se produce una inversión de la carga justificatoria. Rige sobre dicha clasificación una presunción de inconstitucionalidad, y para que caiga la presunción de inconstitucionalidad el Estado debe demostrar que existe un interés apremiante (compelling interest) Por esto, las posibilidades de que la norma no sea tachada definitivamente de inconstitucional son muy escasas, pues la carga de la argumentación que recae sobre el Estado es muy fuerte; no pueden ser meros argumentos sino razones “de peso” a favor de un fin estatal imperioso. Las consecuencias de que una norma se base en una categoría sospechosa para establecer una distinción son las siguientes: a) cae la presunción de constitucionalidad de la norma, b) es el Estado quien debe probar que la distinción es estrictamente necesaria para alcanzar un fin estatal imperioso, c) se aplica un análisis estricto de constitucionalidad.*<sup>269</sup>

O segundo modelo, chamado modelo europeu de razoabilidade, é feito através do juízo de proporcionalidade em sentido estrito. Segundo Ronconi (2019) o princípio é critério adequado para determinar o conteúdo dos direitos fundamentais vinculativo a promoção, proteção e respeito ao Estado.<sup>270</sup> Sobre o princípio da proporcionalidade, princípio geral de limitação da atividade Estatal, Canotilho (2021) enumera três vantagens de ordem prática, que causaram a primazia deste princípio no debate jurídico-constitucional acadêmico e no exercício da revisão judicial já que ele permite a articulação de direitos e valores constitucionalmente relevantes, mas em conflito, o sopesamento desses princípios e a solução consensuada que garante a densificação adequada de direitos, potestades e pretensões jurídicas.<sup>271</sup>

<sup>269</sup> Ronconi, Liliana Mabel; Repensando el principio de igualdad: alcances de la igualdad real; Instituto Tecnológico Autónomo de México; Isonomía; 49; 10-2018; 116-117.

<sup>270</sup> Ciente da complexidade do estudo do princípio da proporcionalidade, que opera num vasto panorama, aqui será apresentado, sucintamente e somente para explicação do modelo europeu e sua correlação com o tema da investigação.

<sup>271</sup> Canotilho, M. (2021). O Princípio Constitucional da Proporcionalidade e o seu Lugar na Metodica Constitucional: Breves apontamentos a propósito da metáfora da balança. Em D. Lopes, F. Pereira Coutinho, & C. Santos Botelho, *Princípio da Proporcionalidade—Textos do XIII Encontro de Professores de Direito Público* (p. 11–24). Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. [https://doi.org/10.47907/clq2021\\_2a1](https://doi.org/10.47907/clq2021_2a1). As críticas da mencionada autora que aponta para o paradoxo do recurso ao princípio da proporcionalidade como razão decisória pela inconstitucionalidade cada vez mais frequente, sem entretanto, embasa-lo correspondentemente na teoria dos direitos fundamentais, ou ainda, na teoria da Constituição: “supremacia paramétrica – ainda que não em termos

la determinación del contenido de los derechos fundamentales es un problema de carácter interpretativo, inescindiblemente ligado a un segundo problema de índole metodológica: la correcta fundamentación de las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes que intervienen en la órbita de tales derechos, En la práctica constitucional vigente se acepta de forma generalizada que los derechos fundamentales están dotados de validez jurídica y que uno de los efectos de dicha validez, acaso el más significativo, consiste en que el Legislador se encuentra vinculado por su contenido, o en otros términos, que su contenido de los derechos fundamentales está garantizada por el sistema de control de constitucionalidad [...]Si el tribunal Constitucional, al culmen de un procedimiento de control, llega a la convicción de que cierta ley ha transgredido el contenido de algún derecho fundamental, debe declararla inconstitucional.<sup>272</sup>

Canas (2019) alerta que princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso é princípio constitucional e, portanto, princípio vinculativo ao legislador como diretiva de legislar proporcionalmente e, vinculativo no momento do controle da norma legislativa, sendo assim, o princípio da proibição do excesso se reflete também na atividade do juiz constitucional<sup>273</sup>

Antes de apresentar as noções gerais deste modelo, esclarece-se que se concorda com a lúcida lição de Canotilho (2021), quando afirma que a inconstitucionalidade de determinadas medidas e leis não precisam do juízo ponderativo do princípio da proporcionalidade, principalmente nos casos que a Constituição estabeleceu regras explícitas e absolutas sobre quais direitos e valores prevalecem em determinados conflitos. Ou seja, o legislador originário fez as ponderações necessárias e decidiu erigir um direito ou interesse fundamental de forma definitiva.

Por outras palavras, para quem entenda que as constituições contêm específicos cadernos de encargos para o poder político constituído, há opções legislativas cuja inconstitucionalidade deve ser reconhecida antes mesmo de se recorrer ao princípio da proporcionalidade. Isto acontecerá sempre que se prefigure que o legislador

---

hierárquicos, mas simplesmente práticos – do princípio da proporcionalidade serve bem uma teoria da constituição mínima, reduzida a instrumento de governo (ou documento definidor do que R. Gargarella chamou a sala de máquinas da constituição, referindo-se ao desenho dos órgãos de soberania e respetivas competências e relações de interdependência, ou seja, à forma de organização do poder político), conjugado com a garantia de respeito por um conjunto relativamente reduzido de princípios estruturantes (como a igualdade, a separação de poderes, ou a proporcionalidade) e por um catálogo de direitos fundamentais de densificação aberta. Na expressiva descrição de G. Almeida Ribeiro, “a principal missão do poder constituinte, resignado à precariedade da sua força e legitimidade, é a de instituir as condições orgânicas e procedimentais de auto-determinação coletiva. (...) Em suma, só uma constituição mínima pode traduzir, na língua própria da pós-modernidade, o projecto de vida comum do constitucionalismo”. Nestes termos, a proporcionalidade surge como mecanismo racionalizador de uma ponderação operada pelos titulares do poder – maxime, pelos juízes constitucionais – entre princípios, valores e direitos de natureza constitucional, sempre, a priori, de idêntico valor e necessariamente abertos a juízos de equilíbrio e concordância prática.” Canotilho, M. (2021). O Princípio Constitucional da Proporcionalidade e o seu Lugar na Metódica Constitucional: Breves apontamentos a propósito da metáfora da balança. Em D. Lopes, F. Pereira Coutinho, & C. Santos Botelho, *Princípio da Proporcionalidade—Textos do XIII Encontro de Professores de Direito Público* (p. 11–24). Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. [https://doi.org/10.47907/clq2021\\_2a1](https://doi.org/10.47907/clq2021_2a1)

<sup>272</sup> Bernal Pulido, C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante ara el Legislador* (4ª ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia. p.75-76

<sup>273</sup>. Canas, V. (2019). *O princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos* (Reimpressão ed.). Coimbra: Edições Almedina.

constituinte consagrou uma regra constitucional expressa, que cristaliza uma opção, a priori, de concordância prática entre potenciais valores ou direitos em conflito numa determinada situação, (por exemplo, proibindo certas restrições a um direito fundamental, ou limitando-as a casos pré-definidos no texto constitucional); resumindo, quando, por via interpretativa, se entenda estarmos perante “situações em que a própria Constituição garante uma faculdade, uma garantia, uma pretensão ou uma faceta particular do direito, mas já a título definitivo, absoluto, ou seja, o legislador constituinte fez logo ali, ele mesmo, todas as ponderações que havia a fazer e decidiu-se intencionalmente pela garantia, a título definitivo, do interesse jusfundamental em questão<sup>274</sup>

Descabível portanto qualquer reavaliação dessa escolha pelo princípio da proporcionalidade, seja pelo legislador constituinte derivado ou pela Corte constitucional, nesses casos.<sup>275</sup>

As dificuldades surgem quando o conteúdo normativo dos direitos fundamentais, não aparece completamente determinado no texto constitucional, explicitando os desafios de sua aplicação, e a tarefa que recai sobre os Tribunais Constitucionais de explicitarem o conteúdo normativo do direito fundamental, e pela pretensão de correção, dotar tais direitos de concretude. (Pulido, 2014). Também é propósito do controle de constitucionalidade das leis, como explica Ronconi (2019) o exame de restrições razoáveis aos direitos fundamentais, evitando os excessivamente impostos (*Übermaßverbot*) e tampouco, permitindo a permanência de deficiente ou omissa proteção (*Untermaßverbot*).

O exame do “critério de parametrização das operações de harmonização e ponderação realizadas na atividade legislativa” (Canas, 2019) divide-se em três subcritérios ou subprincípios: o exame da adequação ou idoneidade, o exame dos meios alternativos ou necessidade e o exame da proporcionalidade em sentido estrito<sup>276</sup>.

No subcritério de adequação ou idoneidade técnica, em primeira ordem, o fim perseguido pela medida ou lei que estabeleça uma diferenciação deve ser legítimo, ou seja deve ser

---

<sup>274</sup> Canotilho, M. (2021). O Princípio Constitucional da Proporcionalidade e o seu Lugar na Metodica Constitucional: Breves apontamentos a propósito da metáfora da balança. Em D. Lopes, F. Pereira Coutinho, & C. Santos Botelho, *Princípio da Proporcionalidade—Textos do XIII Encontro de Professores de Direito Público* (p. 11–24). Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. [https://doi.org/10.47907/clq2021\\_2a1](https://doi.org/10.47907/clq2021_2a1)

<sup>275</sup> O art. 25. 2. da Constituição Portuguesa por exemplo ou no mesmo sentido o art. 5º, III da Constituição Brasileira., dispositivos que trouxeram a vedação do tratamento cruel, degradante e da tortura.

<sup>276</sup> Canas (2019) atribui alcance mais abrangente e utiliza a locução “princípio da proibição do excesso” para evitar confusão de sentido da expressão proporcionalidade (“proporcionalidade clássica ou princípio clássico da proporcionalidade, proporcionalidade moderna ou princípio moderno da proporcionalidade, proporcionalidade da lei penal e das penas, proporcionalidade equitativa, proporcionalidade quantitativa, proporcionalidade em sentido estrito” (Canas, 2019, 45). Canas explicita que a proibição de excesso, é parâmetro integrado por três elementos internos: idoneidade, proporcionalidade em sentido próprio e necessidade. (Canas, 2019, 46).

constitucionalmente adequado. Ronconi (2019) explica que deve haver correspondência entre o meio selecionado e o fim desejado, o que pode ter um resultado de meios que promovam o fim, ou não. Ou dito de outra forma, este subprincípio preceitua a regra de que toda intervenção nos direitos fundamentais deve ser adequada a obtenção de uma finalidade constitucionalmente legítima<sup>277</sup> (não é implicitamente ou explicitamente proibida na Constituição<sup>278</sup>) (Pulido, 2014). É importante asseverar que o juízo envolvido na metódica que envolve sua avaliação desborda de “ponderações de bens, interesses e valores” (Canas, 2019) seja como ação, onde o centro de suas preocupações está nas decorrências fático- jurídicas da aplicação da medida; ou como meio de controle, verdadeira potestade ao juiz de examinar se a norma é hábil ou inábil a atingir o propósito legislativo que lhe serviu de fundamento<sup>279</sup>.

O segundo elemento do princípio da proporcionalidade ou proibição do excesso é o exame de meios alternativos ou necessidade. A questão que se coloca a verificação deste subprincípio é se a restrição do direito fundamental é a menos onerosa entre outros meios alternativos<sup>280</sup>.

Implica la comparación del medio seleccionado con los medios alternativos [...] respecto de 1) la idoneidad en la satisfacción del fin estatal y 2) la afectación o limitación de derechos fundamentales. A fin de superar esta etapa se requiere, por lo tanto, que no exista otra forma de fomentar el fin y que, a su vez, limite en menor medida los derechos fundamentales respecto de la limitación que resulta la distinción efectuada por la norma<sup>281</sup>

<sup>277</sup> Bernal Pulido, C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante ara el Legislador* (4ª ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia. p. 875

<sup>278</sup> Cf. Ob. Cit. p. 878. Carlos Bernal assevera que um fim somente pode ser etiquetado como uma finalidade ilegítima quando está explicitamente proibida pela Constituição. No caso de dúvida sobre a finalidade da medida legislativa, diante da existencia de uma proibição prima facie deste propósito, deve ser aplicada a presunção de constitucionalidade da lei. “De este modo, el fin legislativo de cuya legitimidad se duda debe ser considerado como un fin prima facie legítimo y, correlativamente, la ponderación de los principios constitucionales que jueguen a favory contra de su legitimidad debe despazarse y difererise hasta la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto” Pulido, C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador* (4ª ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia. p.888-889

<sup>279</sup> Canas, V. (2019). *O princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos* (Reimpressão ed.). Coimbra: Edições Almedina p. 577-580.

<sup>280</sup> Como destaca Carlos Bernal Pulido a exigência deste elemento do princípio da proporcionalidade, de que a medida interventiva seja a mais benéfica entre todas as possíveis para alcançar o fim proposto. O autor o denomina de subprincípio da necessidade, mas esclarece que outras denominações podem ser encontradas: subprincípio da indispensabilidade, do meio mais benigno, ou da intervenção mais restrita possível. Pulido, 2014, p. 933.

<sup>281</sup> <sup>281</sup> Ronconi, Liliana Mabel; Repensando el principio de igualdad: alcances de la igualdad real; Instituto Tecnológico Autónomo de México; Isonomía; 49; 10-2018; p. 110

É evidente que o subprincípio em exame implica a comparação entre a medida que foi escolhida pelo legislador com outros meios alternativos (Pulido, 2014)<sup>282</sup>. Uma lei ou medida pode ser idônea, e ainda assim desproporcionada se no exame dos meios existir outra medida alternativa menos lesiva (Clérico, 2018)<sup>283</sup>

Nesta comparação se observa se há algum meio que alternativamente, se reveste do mesmo grau de idoneidade que a medida adotada na consecução do propósito legislativo e, em segundo lugar se a afetação (intervenção ou restrição) sobre o direito fundamental se dá em menor grau.

Empresta-se a definição de meio necessário encontrada em Canas (2014) como sendo “o meio menos interferente entre os disponíveis que tenham a intensidade de satisfação pretendida pelo legislador”<sup>284</sup>. A existência de meio alternativo igualmente idôneo e mais benéfico a restrição do direito, causa a invalidação da medida legislativa escolhida, por não ser a mais benéfica entre todas as possíveis, deste modo, desproporcionada e inconstitucional.

O último elemento interno da análise da proibição do excesso é a proporcionalidade em sentido estrito. Neste crivo é exigido que o legislador haja feito uma escolha com os atributos da adequação de uma medida idônea, mais benéfica entre todas as possíveis e, ponderada igualmente todas as razões que motivaram o ato legislativo. Melhor explicado,

*las ventajas que se obtienen mediante la intervención legislativa en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que esta implica para sus titulares y para la sociedad en general. Se trata de una comparación entre la importancia de la intervención en el derecho fundamental y la importancia de la realización del fin legislativo, con el objetivo de fundamentar una relación de precedencia entre aquel derecho y este fin. Si el derecho fundamental adquiere prioridad en esta relación de precedencia, la norma iusfundamental adscrita prima facie a su ámbito normativo adquirirá a su vez una validez definitiva y la norma legal deberá ser declarada inconstitucional. Si, por el contrario, la prioridad se atribuye al fin del Legislador, la norma iusfundamental adscrita prima facie perderá todo tipo de validez y la norma legal deberá ser declarada conforme con la Constitución. Como ya tuvimos oportunidad de aclarar, el principio de proporcionalidad en sentido estricto también se conoce con el nombre de ponderación y, en la doctrina alemana tradicional. Las normas legales que deben ser sometidas al examen de proporcionalidad en sentido estricto son aquellas*

---

<sup>282</sup> Ob. Cit. p. 934.

<sup>283</sup> Clérico, L. (2018). *Derechos y proporcionalidad: violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión Miradas locales, interamericanas y comparadas*. (P. E. Querétaro, Ed.) Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. p.30

<sup>284</sup> Canas, V. (2019). *O princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos* (Reimpressão ed.). Coimbra: Edições Almedina, p. 606.

*que tengan el carácter de intervenciones legislativas en las normas o posiciones iusfundamentales adscritas prima facie, y que además hayan superado los exámenes de idoneidad y de necesidad.*<sup>285</sup>

Para Clérico (2018) em síntese, o centro do exame do subprincípio é a relação de peso dos argumentos favoráveis e contrários à restrição ao direito afetado. Mesmo uma medida estatal idônea e necessária poderá ser excessiva, se os argumentos favoráveis a medida a ser promovida não ultrapassam o peso dos argumentos contrários, aderentes a evitar a restrição ao direito, esta será uma medida desproporcionada.<sup>286</sup>

Diferentemente, Canas (2014) aponta os desafios da abrangência da máxima ponderativa na perspectiva da proporcionalidade em sentido estrito, não é restrita ao peso argumentativo entre prós e contras. Os desafios do intérprete, na ponderação já começam na determinação de seu objeto (razões e argumentos, meios e fins, custos e benefícios, normas ou interesses). O catedrático, assume posição que objeto do juízo valorativo na proporcionalidade em sentido estrito recai sobre os efeitos positivos e negativos da norma.<sup>287</sup>

Já o terceiro modelo é o critério de parametrização da razoabilidade integrado (Corbo, 2017), misto ou também chamado de modelo colombiano de proporcionalidade (é o desenvolvido no âmbito do Tribunal Constitucional da Colômbia).

Corbo (2017) afirma que o modelo adotado pela Corte colombiana tem adotado dois parâmetros distintos, denominados *de juicios de igualdad*:

O primeiro consiste no juízo da igualdade como juízo da proporcionalidade [...] quando aplica esse juízo a Corte analisa se há um objetivo constitucionalmente legítimo para o tratamento desigual e, em caso positivo, aplica a regra da proporcionalidade em três etapas, Nesta formulação, a Corte colombiana sustenta que o princípio da proporcionalidade seria aplicado sempre com a mesma intensidade a todos os casos de violação da igualdade.<sup>288</sup>

<sup>285</sup> Pulido, C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador* (4ª ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia. p.962-963

<sup>286</sup> Clérico, L. (2018). *Derechos y proporcionalidad: violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión Miradas locales, interamericanas y comparadas*. (P. E. Querétaro, Ed.) Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. p.32

<sup>287</sup> Para o mencionado constitucionalista, nos primeiros crivos detém-se o intérprete sobre os efeitos da interferência da norma sobre o direito afetado e a interferência da satisfação da medida sobre o direito afetado. Cfr. Em Canas, V. (2019). *O princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controle de Atos Legislativos* (Reimpressão ed.). Coimbra: Edições Almedina p. 796.

<sup>288</sup> Corbo, 2017, p. 227.

Neste modelo o teste de proporcionalidade sofre gradações (leve, intermediário e rigoroso) a depender do afetado pela medida (quem) Ronconi (2019) e Corbo (2017) concordam que a presença de um grupo desfavorecido identificado como uma categoria suspeita ou quando houver demonstrada uma situação de vulnerabilidade o escrutínio aplicável ao exame da proporcionalidade será rigoroso.

Em rápida explicação, visto não estar no escopo da investigação o estudo em detalhamento da razoabilidade na restrição do princípio da igualdade, cada nível de escrutínio, passa por três avaliações de subcritérios (a verificação da adequação da medida, a existência dos meios alternativos para obtenção dos objetivos estatais sem gravame do direito restringido e o exame da proporcionalidade em sentido estrito).

No escrutínio leve segundo este modelo, Ronconi (2019) esclarece ser aplicável nos casos em que a norma estabelece restrições adequadas pelo meio ideal para o alcance do fim proposto (adequação) que a restrição não possui outra alternativa para a obtenção dos fins que a limitação proposta na medida trouxe (meios alternativos) e finalmente, examina-se se o objetivo que determinou a norma restritiva é legítimo (proporcionalidade em sentido estrito). A autora ainda destaca que a dúvida ou o empate na consideração da proporcionalidade militam favoravelmente em favor da constitucionalidade da norma restritiva.

No exame intermediário, o escrutínio pede um exame de suficiência do meio escolhido para realizar uma finalidade estatal importante e plausivelmente justificada (proporcionalidade em sentido estrito), segundo Ronconi (2019), aqui como no primeiro parâmetro, a dúvida e o empate na consideração da proporcionalidade confirmam a restrição imposta pela lei como constitucional: *“el grado de satisfacción del fin importante buscado por el Estado debe ser igual o mayor a la afectación del derecho a la igualdad. No alcanza con que las razones que sustentan la promoción del fin sean atendibles, se requiere que la justificación sea más que plausible”*<sup>289</sup>

No parâmetro restrito, o modelo colombiano, já não pede mais uma adequação de meio e fim e sim um exame da idoneidade da medida adotada para o alcance da finalidade, presume-se a

---

<sup>289</sup> Ronconi, Liliana Mabel; Repensando el principio de igualdad: alcances de la igualdad real; Instituto Tecnológico Autónomo de México; Isonomía; 49; 10-2018; 121

existência de meios alternativos menos lesivos e na verificação da proporcionalidade em sentido estrito, há uma exigência que o objetivo estatal seja imperioso e o grau de satisfação alcançado pela medida seja maior que a afetação da igualdade sofre com a restrição, e mais uma vez recorremos a sucinta lição de Ronconi, (2019)<sup>290</sup>.

Este modelo propõe combinar os outros dois modelos vistos (europeu e americano) na compreensão das restrições impostas ao princípio da igualdade. De acordo com Corbo (2017) apresenta a vantagem de sujeitar o princípio da igualdade e não discriminação a um duplo controle, “*juicio de igualdad dúctil*”, também conhecido como juízo integrado de proporcionalidade ou juízo integrado de igualdade<sup>291</sup>,

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”.<sup>292</sup>

Em outras diversas sentenças a Corte Constitucional colombiana reforçou a sua dupla análise da igualdade em casos que tratam de restrição ao princípio fundamental da igualdade<sup>293</sup>.

<sup>290</sup> Ronconi, Liliana Mabel; Repensando el principio de igualdad: alcances de la igualdad real; Instituto Tecnológico Autónomo de México; Isonomía; 49; 10-2018; 121

<sup>291</sup> Ao comentar a sentença que em controle de constitucionalidade se instituiu o duplo juízo de igualdade (C-93/01), Pulido (2016) destaca a errônea compreensão da Corte colombiana de que no modelo europeu, o rigor da metódica da proporcionalidade se aplica igualmente para todos os casos. Pulido, C. B. (2016). El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. Em J. M. Gómez, E. Corzo Sosa, & I. d. Jurídicas (Ed.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional* (pp. 51-74). México: UNAM . Acesso em 01 de setembro de 2024, disponível em <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/344/5.pdf>

<sup>292</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad C-93/01. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-093-01.htm> .

<sup>293</sup> Destaque-se a sentença da Corte ao decidir o tema do matrimônio igualitário e aplicou um escrutínio restrito para concluir que a existência de dois tipos de união – uma para casais do mesmo sexo, outra para casais heterossexuais é desproporcionada não justificada por razões válidas pelo Estado, e assim constitui-se em violação dos princípios da igualdade, da dignidade humana e da liberdade: “*La jurisprudencia constitucional ha diseñado una metodología específica para abordar los casos relacionados con la supuesta infracción del principio-derecho fundamental a la igualdad: el juicio integrado de igualdad, cuyas fases constitutivas fueron descritas en las sentencias C-093 y C-673 de 2001. Este juicio parte de un examen del régimen jurídico de los sujetos en comparación, con el objeto de determinar si hay lugar a plantear un problema de trato diferenciado por tratarse de sujetos que presentan rasgos comunes que, en principio, obligarían a un trato igualitario por parte del legislador. Seguidamente se establece si en los planos fáctico y jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales. Por último, se determina la intensidad del test de igualdad de conformidad con los derechos constitucionales afectados por el trato*”

Dentre as deficiências do modelo colombiano, Pulido (2016) evoca que não há um exaustivo desenvolvimento das etapas dos elementos do princípio da proporcionalidade, o que se está a fazer é uma reprodução do modelo norte-americano, mas com outro nome, toma o efeito pela causa, ao dizer que a ampliação do âmbito de apreciação do legislador envolve um escrutínio rigoroso, e que um âmbito menor de liberdade legislativa importa em um escrutínio mais fraco. Em verdade o que existe, segundo Pulido (2016) é uma correlação inversa: quanto mais fraco o escrutínio maior será o âmbito de apreciação do legislativo e quanto mais rigoroso (categorias suspeitas) maior a restrição e menor o âmbito de apreciação terá o legislador, a administração e o particular.<sup>294</sup>

Pulido (2016) explica os crivos ou etapas do modelo integrado:

*Determinación del tipo de escrutinio. El primer paso consiste en determinar “según la naturaleza del caso”, “el nivel o grado de intensidad con el cual se va a realizar el estudio de la igualdad”.<sup>53</sup> Esta determinación es un paso previo a la aplicación de los subprincipios de la proporcionalidad. Cuando la Corte Constitucional se refiere a la naturaleza del caso, alude a la materia o el ámbito en que se incluya la medida sub examine. Si en el caso concreto está en juego una materia que depare al legislador un ámbito de apreciación amplio, entonces el escrutinio de la igualdad deberá ser débil. Lo contrario ocurrirá, si el ámbito del legislador es restringido. Juicio de adecuación. Cuando el juicio de igualdad es estricto, en el juicio de adecuación o de idoneidad “no bastará que la medida tenga la virtud de materializar, así sea en forma parcial, el objetivo propuesto”. Será necesario que la medida “sea realmente útil para alcanzar propósitos constitucionales de cierta envergadura”. En cambio, cuando se trata de un escrutinio débil, únicamente se exige que la medida sub examine tenga alguna relación de idoneidad con el fin legítimo que se proponga. Juicio de indispensabilidad. Cuando el juicio de igualdad es estricto, en el juicio de indispensabilidad, “la diferencia de trato debe ser necesaria e indispensable y, ante la presencia de restricciones menos gravosas,*

*diferenciado, para finalmente realizar un juicio de proporcionalidad con sus distintas etapas –adecuación, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto- sobre el trato diferenciado. Ante la diversidad de materias sobre las que puede recaer la actuación del Estado, se ha encontrado oportuno incluir en el estudio de la igualdad por parte del juez constitucional, herramientas hermenéuticas que hacen posible realizar escrutinios con diferentes grados de intensidad. Se ha dicho entonces que, por regla general, se aplica un control **débil o flexible**, en el cual el estudio se limita a determinar si la medida adoptada por el legislador es potencialmente adecuada o idónea para alcanzar un fin que no se encuentra prohibido por la Constitución. Un juicio **intermedio** se aplica a escenarios en los que la autoridad ha adoptado medidas de diferenciación positiva (acciones afirmativas). En este análisis el examen consiste en determinar que el sacrificio de parte de la población resulte proporcional al beneficio esperado por la medida frente al grupo que se pretende promover. Por último, el **examen estricto** que se efectúa cuando el legislador, al establecer un trato discriminatorio, parte de categorías sospechosas, como la raza, la **orientación sexual** o la filiación política. En tal caso, el legislador debe perseguir un fin imperioso, y la medida debe mostrarse como la única adecuada para lograrlo. En el caso concreto, establecer un trato diferente entre las parejas heterosexuales y aquellas del mismo sexo, en el sentido de que mientras las primeras pueden conformar una familia, sea por una unión marital de hecho o un matrimonio civil, en tanto que las segundas pueden hacerlo únicamente por medio de la primera opción, configura una categoría sospechosa (fundada en la orientación sexual), que no lograr superar un test estricto de igualdad, como quiera que no persigue ninguna finalidad constitucionalmente admisible” (Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad. SU.214/16, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/SU214-16.htm>)*

<sup>294</sup> Pulido, C. B. (2016). El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. Em J. M. Gómez, E. Corzo Sosa, & I. d. Jurídicas (Ed.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional* (pp. 51-74). México: UNAM . Acesso em 01 de setembro de 2024, disponível em <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/344/5.pdf>

*la limitación quedaría sin respaldo constitucional”. Por el contrario, cuando el juicio de igualdad es débil, “basta que la medida no sea manifiesta y groseramente innecesaria”.*<sup>295</sup>

Corbo (2017) sinaliza que apesar da metódica ser estranha quando comparada à adotada pelo direito brasileiro (que utiliza o modelo europeu), entretanto, Corbo enxerga que há compatibilidade entre o grau de exigência maior da metódica colombiana ao ordenamento brasileiro para a consecução de emancipação social previsto na Constituição Brasileira<sup>296</sup>

O princípio da proporcionalidade apresenta-se como procedimento de argumentação preocupado em compreender o problema da razoabilidade da distinção, uma ferramenta poderosa, para avaliar os argumentos a favor e as objeções ou censuras contra as medidas restritivas do princípio da igualdade e sínteses mais racionais.<sup>297</sup>

Apresentados os modelos, é possível perceber um traço comum entre eles, no sentido que garantem gradações de controle sobre leis que trazem distinções, fundadas nas características protegidas e exigem justificativas mais robustas do poder legislativo, para essas diferenciações.

#### 4.4. modalidades de discriminação

Rios, (2008) assevera que no conceito geral de discriminação a menção a propósito e a efeito amplia o alcance do direito da antidiscriminação para abranger não somente as práticas discriminatórias intencionais e conscientes, denominada discriminação direta, mas principalmente, para alcançar medidas aparentemente neutras perpetuadoras de realidades discriminatórias, nominada discriminação indireta.<sup>298</sup>

Tratamentos positivos diferenciados requeridos pelo próprio princípio da igualdade também são alcançados pelo direito da antidiscriminação (Rios, 2008), entretanto, diversamente da

<sup>295</sup> Pulido, C. B. (2016). El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. Em J. M. Gómez, E. Corzo Sosa, & I. d. Jurídicas (Ed.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional* (pp. 51-74). México: UNAM . Acesso em 01 de setembro de 2024, disponível em <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/344/5.pdf> p. 67

<sup>296</sup> Corbo, W. (2017) Discriminação Indireta: conceitos, fundamentos e uma proposta à luz da Constituição de 1988. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 320 p. p. 237.

<sup>297</sup> Ronconi, L. M. (2019). Repensando el principio de igualdad: alcances de la igualdad real. (Instituto Tecnológico Autonomo de México, Ed.) *Isonomía*(49), pp. 122.

<sup>298</sup> No direito estadunidense usa-se as expressões *disparate treatment* para referir-se à discriminação direta e *disparate impact* como equivalente a discriminação indireta.

discriminação direta e indireta não são considerados pelos instrumentos internacionais de direitos humanos<sup>299</sup> e tampouco pelos textos constitucionais, uma modalidade contrária ao direito.

Adilson Moreira (2015) afirma que o conceito de discriminação possui duas dimensões. Uma dimensão neutra referente ao fato das leis e normas prescreverem distinções entre as pessoas. “o verbo discriminar, nesse contexto, apenas indica que as instituições estatais tratam classes de indivíduos de forma diferente tendo em vista objetivos jurídicos”<sup>300</sup>.

A segunda dimensão do conceito de discriminação é uma dimensão moral, conforme explica Deborah Hellman (2011) que é habitual a realização de distinções entre pessoas com base em características que elas possuem ou não possuem, o que a autora nomina apenas de classificações, quando benignas. Embora algumas distinções sejam benignas, muitas das diferenciações são moralmente preocupantes, porque parte de um *discrímén* ou tratamento diferenciado que não considera o igual valor e respeito de todas as pessoas<sup>301</sup>.

---

<sup>299</sup> Convenção Internacional sobre todas as formas de discriminação racial, art. 4 – “Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados seus objetivos”

<sup>300</sup> Moreira, J.A (2017). O que é discriminação? Letramento: Casa do Direito: Justificando, p. 30.

<sup>301</sup> Hellman, Deborah. (2011) *When is discrimination wrong?* Cambridge: Harvard University Press, p. 13 A autora busca apresentar uma teoria geral da discriminação. Para a autora a garantia da proteção igualitária é vaga e aberta à interpretação, permitindo o debate jurídico e no aspecto moral. Embora as pessoas possam ter uma sensação bastante estabelecida de que em certos casos, estabelecer distinções entre pessoas, com base em características específicas em contextos específicos é errado, é mais difícil do que se poderia explicar o que torna esses casos errados de uma forma que também funcione para explicar outros casos de discriminação injusta e permissível. Distinguir e tratar as pessoas de forma diferente pode negar algum benefício importante ou oportunidade, e ainda assim parecerem perfeitamente admissíveis. A autora isenta a ideia de mérito como justificativa capaz de responder quando uma discriminação é injusta. A jurista estadunidense parte do princípio moral fundamental do igual valor de todas as pessoas e do subprincípio de que as pessoas têm igual dignidade e merecem igual respeito, aí reside, segundo Hellman, o limite moral. A autora diz que a discriminação injusta possui uma natureza convencional e social: “*It is important to emphasize here the conventional and social nature of wrongful discrimination. We all have many traits: race, age, sex, appearance, abilities, height, weight, voice tone, our names, religion, and so on. As simply traits, they are inert. What matters about them is their social significance in particular contexts. Drawing distinctions on the basis of certain traits in certain contexts has meaning that distinguishing on the basis of other traits would not.*” (ob. Cit. p.7). Uma discriminação injusta e, portanto, moralmente errada é aquela que distingue pessoas com base num determinado atributo, quando o atributo é usado para humilhar pessoas e grupos afetados na nossa cultura, independentemente da pessoa afetada sentir-se estigmatizada ou prejudicada, já que a humilhação que envolve uma injusta discriminação nega o igual valor moral de pessoas e grupos. A autora nomina discriminação injusta, quando as diferenciações entre indivíduos são inadequadas por não estarem relacionadas com um interesse legítimo ou por falharem em reconhecer a igualdade moral das pessoas.

Moreira (2017) nomeia a discriminação negativa como aquela que “designa um tratamento que viola o princípio segundo o qual todos os membros de uma comunidade política devem ser igualmente respeitados. Ela acontece quando um agente público ou privado trata uma pessoa de forma arbitrária, o que é frequentemente motivado por estigmas culturais”<sup>302</sup>

#### 4.4.1. discriminação direta ou *disparate treatment*

Em linhas gerais a discriminação direta se revela por um tratamento desfavorável, revelado pela adoção de medidas, prática de atos ou tomada de decisão, direcionados a indivíduos ou grupos, calcados em critérios proibidos de discriminação, tanto pelos fins da medida, ato ou decisão, seja pelos meios empregados para atingir a intenção subjacente da medida, ato ou decisão igualmente censuráveis<sup>303</sup>. Moreira (2020) chama discriminação direta e indireta de primeira geração de teorias de discriminação.

Este autor identifica que a discriminação direta está relacionada ao controle de constitucionalidade<sup>304</sup>, isto porque, deve ser reconhecido a inconstitucionalidade de uma norma que viole o dever posto de igualdade formal de tratamento, “Leis ou práticas que intencionalmente impõem tratamentos desvantajosos a determinados grupos, tratamentos que não podem ser racionalmente justificados, serão consideradas como um tipo de discriminação direta.”<sup>305</sup>

Rios (2008) esclarece que a discriminação direta

ocorre quando qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, fundada em origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação proibidas, têm o propósito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais, nos campos econômico, social, cultural ou em qualquer campo da vida pública<sup>306</sup>

<sup>302</sup> Moreira, J.A (2017). O que é discriminação? Letramento: Casa do Direito: Justificando, p. 31

<sup>303</sup> Schnapper, E. Two categories of discriminatory intent, *Havard Civil Rights- Civil Liberties Law Review*, 1982, vol 17, p.31-59.

<sup>304</sup> Mas como já visto, a igualdade é um princípio normativo, vazio de sentido, sendo a atividade legislativa e de interpretação jurisdicional através da proporcionalidade, lhe dá a densificação necessária e impede diferenciações injustas ou desarrazoadas. Assim, não somente a discriminação direta interessa ao controle de constitucionalidade, mas todas as modalidades de discriminação, até mesmo, as que interessam a reparação de desvantagens do passado e as que tem propósitos válidos para a proteção de minorias, também devem passar pelo crivo da revisão judicial.

<sup>305</sup> Moreira, A. J. (2020). *Tratado de Direito Antidiscriminatório*. São Paulo : Editora Contracorrente. p. 391.

<sup>306</sup> Rios, R.R. (2008). *Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Livraria do Advogado Editora. p.89

O combate a essa modalidade de discriminação, no direito norte-americano, criou a teoria do *disparate treatment*. Fredman (2022) sinaliza que se as partes forem tratadas da mesma forma em igual tratamento, ainda que um mal tratamento, não há violação da igualdade pela via da discriminação direta. A autora fala em um tratamento consistente (*consistente treatment*) também pode ser alcançado através da remoção de uma vantagem da parte em melhor situação ou um nivelamento por baixo.<sup>307</sup>

Ronconi (2019) afirma que a discriminação direta ocorre quando a norma é explícita em realizar uma distinção não justificada e sem razão objetiva que sustente essa diferenciação.<sup>308</sup>

Em Moreira (2020) a discriminação direta é compreendida como ato diferenciador que corresponda a intencionalidade e arbitrariedade, que possui uma formulação teórica mais complexa, que somente o violar do tratamento igual.<sup>309</sup>

A saber que a discriminação direta se aplica tanto ao tratamento desigual que promove desvantagem quanto ao tratamento desigual que visa compensar a desvantagem, ainda que passada. E por isso, que a ação afirmativa ou discriminação positiva é presumivelmente proibida.<sup>310</sup> Sant'Anna Vaz (2022) apresenta em resumo que uma discriminação,

de natureza direta consiste em tratamento desfavorável conferido a uma pessoa ou grupo, em razão de suas características protegidas. Para que se configure, não é imprescindível que o motivo do tratamento discriminatório seja expressamente declarado, mas, ao menos, demonstrado por meio de comparação. Desse modo, para se constatar a discriminação direta, compara-se o tratamento atribuído ao indivíduo supostamente discriminado com aquele que seria dado, em situação semelhante, a pessoas não portadoras das mesmas características ditas protegidas. Nas hipóteses de discriminação direta, em geral, as chamadas leis antidiscriminatórias estabelecem punição – de natureza administrativa, cível e criminal, alternativa ou cumulativamente – para o ofensor, funcionando, portanto, e prioritariamente, como mecanismos de repressão.<sup>311</sup>

A discriminação direta é uma forma de distinção que atinge fracamente as dimensões de redistribuição, reconhecimento ou representação, como visto em Nancy Fraser, ou quadrimensional como visto em Sandra Fredman. Moreira (2020) explica que na discriminação

---

<sup>307</sup> Fredman, S. (2022). *Discrimination Law* (3ª ed.). New York: Oxford University Press.p.251.

<sup>308</sup> Ronconi, L. M. (2019). Repensando el principio de igualdad: alcances de la igualdad real. (Instituto Tecnológico Autonomo de México, Ed.) *Isonomía*(49), pp. 125

<sup>309</sup> Moreira, A. J. (2020). *Tratado de Direito Antidiscriminatório*. São Paulo : Editora Contracorrente. p. 384.

<sup>310</sup> Fredman, S. (2022) *Discrimination Law* (3ª ed ) New York: Oxford University Press, p. 251.

<sup>311</sup> Sant'Anna Vaz, L. M. (2022). *Direito Fundamental à Igualdade Racial*. [tese de doutorado não publicada], Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito. Fonte: <http://hdl.handle.net/10451/57015>, p. 212.

direta há a intencionalidade, o motivo da medida fundado em estereótipos ou preconceitos é adotado conscientemente.<sup>312</sup>

No direito estadunidense, a teoria do *disparate treatment* surgiu para apontar que tomada de decisão legislativa ou administrativa, “seja por discriminação explícita (*facial discrimination*), seja por discriminação na elaboração da medida, programa, ação (*discrimination by design*), seja por discriminação na aplicação da lei ou execução da medida (*discriminadora application*), desencadeia a censura constitucional.<sup>313</sup>

No direito europeu, o Manual sobre a legislação europeia antidiscriminação<sup>314</sup> esclarece que tanto a legislação da União Europeia<sup>315</sup>, como a CEDH a discriminação direta é definida quando: “uma pessoa é tratada de forma menos favorável; em comparação com a forma como outros, que se encontram numa situação semelhante, foram ou seriam tratados; e essa diferença de tratamento se deve à pessoa em causa possuir uma determinada característica que constitui uma «característica protegida»<sup>316</sup>

Martinez (2021) resume os três elementos que compõem o conceito de discriminação direta: o tratamento menos favorável, o elemento de comparação e uma característica protegida: “*una discriminación favorable se produce cuando una persona es tratada de modo menos favorable que otra en una situación análoga a causa de su género, raza etc.*” Já Moreira (2020) resume os seguintes elementos: a arbitrariedade, a intencionalidade, o tratamento desvantajoso e a utilização de um critério proibido na lei.<sup>317</sup>

---

<sup>312</sup> Ob. Cit. p. 384.

<sup>313</sup> Caso Washington v. Davis (426 U.S.229, 1976) Ver o caso Strauder v. West Virginia (100 U.S.303, 1879). Rios, R.R. (2008). *Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Livraria do Advogado Editora. p.91.

<sup>314</sup> AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA e CONSELHO DA EUROPA: Manual sobre a legislação europeia antidiscriminação. Luxemburgo, 2021, 330p.

<sup>315</sup> Diretiva relativa à igualdade racial, artigo 2º, nº 2, do mesmo modo: Diretiva relativa à igualdade no emprego, art. 2º, nº 2, al. a); Diretiva relativa à igualdade de género (reformulação), art. 2º, nº 1, al. a); Diretiva relativa à igualdade de género no acesso aos bens e serviços, art. 2º, al. a).

<sup>316</sup> AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA e CONSELHO DA EUROPA (2021): Manual sobre a legislação europeia antidiscriminação. Luxemburgo, p.43.

<sup>317</sup> Pelos elementos apresentados em Moreira(2020) o elemento desvantajoso, como elemento do ato discriminatório direto impede que a discriminação direta possa servir a consecução de propósitos afirmativos ou positivos como dá a entender Fredman(2022) que afirma ser possível justificar uma discriminação direta, para correção de desvantagens passadas.

O tratamento desfavorável é o elemento central da discriminação direta e de fácil constatação, o Manual sobre a Legislação europeia antidiscriminação oferece alguns exemplos:

ver recusada a entrada num restaurante ou num estabelecimento comercial, receber uma pensão ou um salário de montante inferior, ser alvo de violência verbal ou de agressão, recusa de acesso a um território aquando da passagem num posto de controlo, acesso à reforma com uma idade superior ou inferior à idade legal para a reforma, ter o acesso vedado a uma determinada profissão, impossibilidade de reclamar direitos sucessórios, exclusão do sistema de ensino geral, expulsão, proibição de envergar símbolos religiosos, ver recusados ou anulados os pagamentos da segurança social.<sup>318</sup>

Também pode ser exemplificado a discriminação de gênero no ingresso de mulheres no serviço militar brasileiro. O número reduzido de mulheres nos quadros da polícia militar reflete um padrão nacional nos órgãos de segurança pública brasileiros<sup>319</sup>, que tem desafiado a revisão judicial de leis

---

<sup>318</sup> AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA e CONSELHO DA EUROPA (2021): Manual sobre a legislação europeia antidiscriminação. Luxemburgo, p.46.

<sup>319</sup> Sobre o déficit da participação feminina em concursos públicos de ingresso da polícia militar da Bahia, cf. Silva, A. N. da, & Neves, I. F. (2024). AÇÕES AFIRMATIVAS E DIREITO À IGUALDADE DE GÊNERO: A RESERVA DE VAGAS PARA MULHERES EM CONCURSOS PÚBLICOS DA POLÍCIA MILITAR DA BAHIA . *Revista Ibero-Americana De Humanidades, Ciências E Educação*, 10(5), 6425–6451. <https://doi.org/10.51891/rease.v10i5.14377>

estaduais no Supremo Tribunal Federal (STF).<sup>320</sup> Ou a restrição de doação de sangue por pessoas LGBTQIAP+<sup>321</sup>, discriminação que em Portugal já foi abolida pela Assembleia da República<sup>322</sup>.

---

<sup>320</sup> Em pelo menos três ações diretas de inconstitucionalidade, das 17 (dezesete) ADI propostas pela Procuradoria Geral da República, o STF reconheceu que Estados tem mantido legislações que estabelecem uma discriminação injustificável contra mulheres ao determinar as regras de um concurso público. Nesse sentido as ementas: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. NORMAS DO ESTADO DO CEARÁ. LIMITAÇÃO DE CANDIDATAS DO GÊNERO FEMININO EM CONCURSOS PÚBLICOS NA ÁREA DE SEGURANÇA PÚBLICA. PROSSEGUIMENTO DOS CERTAMES CONDICIONADO À SUPRESSÃO DA RESTRIÇÃO, COM O REFAZIMENTO E A UNIFICAÇÃO DAS LISTAGENS CLASSIFICATÓRIAS, VEDADA QUALQUER LIMITAÇÃO DE GÊNERO NA CONCORRÊNCIA PARA A TOTALIDADE DE VAGAS. MEDIDA CAUTELAR REFERENDADA. 1. As legislações que restringem a ampla participação de candidatas do sexo feminino em concursos públicos na área de segurança pública caracterizam afrontam o princípio da igualdade (CF, art. 5º). Precedentes específicos desta SUPREMA CORTE. 2. Evidente indicativo de restrições ao acesso de candidatas do sexo feminino à totalidade das vagas ofertadas. Risco de continuidade dos certames, que resultaria na concretização da ofensa à Constituição Federal. 3. Medida cautelar referendada para autorizar o prosseguimento dos concursos com o refazimento e a unificação das listagens classificatórias, desde o resultado da 1ª Etapa do Certame, com o ajuste nas convocações fase por fase, vedada qualquer restrição de gênero na concorrência para a totalidade de vagas.(ADI 7491 MC-Ref, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 14-02-2024, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 08-04-2024 PUBLIC 09-04-2024) AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. ART. 2º, § 2º, DA LEI 3.498, DE 19 DE ABRIL DE 2010, DO ESTADO DO AMAZONAS, NA REDAÇÃO QUE LHE FOI CONFERIDA PELA LEI ESTADUAL 5.671, DE 8 DE NOVEMBRO DE 2021. PARTICIPAÇÃO DE MULHERES NOS QUADROS DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DO AMAZONAS. CONCURSO PÚBLICO. DESVIO DA FINALIDADE DA LEI COMO POLÍTICA DE AÇÃO AFIRMATIVA. EXEGESE QUE POSSIBILITA A LIMITAÇÃO DE CANDIDATAS DO SEXO FEMININO A 10% DAS VAGAS. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA IGUALDADE (ART. 5º, CAPUT E I, CF). DISCRIMINAÇÃO EM RAZÃO DO SEXO (ART. 3º, IV, CF/1988). OFENSA AO POSTULADO DE PROTEÇÃO AO MERCADO DE TRABALHO DA MULHER (ART. 7º, XX, CF). AFRONTA AO PRINCÍPIO DA UNIVERSALIDADE DO CONCURSO PÚBLICO (ART. 37, I, CF). INEXISTÊNCIA, NO CASO CONCRETO, DE JUSTIFICATIVA RAZOÁVEL E FUNDAMENTADA PARA ESTABELECIMENTO DE CRITÉRIO DESIGUAL ENTRE HOMENS E MULHERES NO INGRESSO NA CARREIRA DA POLÍCIA MILITAR (ART. 39, §3º, CF). AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE CONHECIDA, JULGADA PROCEDENTE PARA SE CONFERIR INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. I - As forças policiais se incumbem do exercício da força, empreendida pela Polícia Militar que realiza o policiamento ostensivo frente à população e, com isso, representa o rosto do Estado. O debate sobre sua composição - e eventuais limites -, portanto, não pode olvidar a importância da ampliação de representatividade de mulheres na Corporação, já que compõem a maioria da população brasileira. II - A exegese do art. 2º, § 2º, da Lei 3.498, de 19 de abril de 2010, do Estado do Amazonas, na redação que lhe foi conferida pela Lei estadual 5.671, de 8 de novembro de 2021, que permite restrição de vagas, ainda que parcial, para candidatas do sexo feminino e/ou vagas exclusivas para candidatos do sexo masculino viola os direitos à isonomia e à igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, caput e I, da CF), à não discriminação em razão de sexo (art. 3º, IV, da CF), à proteção do mercado de trabalho da mulher (art. 7º, XX, da CF), à não adoção de critério discriminatório por motivo de sexo, quando da admissão em ocupações públicas (art. 7, XXX, da CF), de acesso a cargos, empregos e funções públicas a todas e todos que cumprirem os requisitos legais (art. 37, I, da CF), além de reserva à lei para o estabelecimento de requisitos diferenciadores na admissão de servidores públicos, quando exigido pela natureza do cargo (art. 39, § 3º, da CF). III - A igualdade é um direito fundamental e humano, bem como princípio que deve fundamentar a elaboração, a interpretação e a aplicação de todas as leis. Trata-se de valor indissociável à proteção da dignidade humana e intrínseco à própria noção de democracia e justiça. Nessa linha, a Constituição Federal prevê expressamente que mulheres e homens são iguais em direitos e obrigações, o que resume décadas de lutas das mulheres contra discriminações. IV- Não há justificativas razoáveis aptas a fundamentar o tratamento desigual para o ingresso na carreira de policial militar. Conforme orientação do Supremo Tribunal Federal, o Texto Constitucional jamais pode ser fundamento para ato discriminatório. Precedentes. V - Ação Direta de Inconstitucionalidade conhecida e julgada

procedente para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 2º, § 2º, da Lei 3.498, de 19 de abril de 2010, do Estado do Amazonas, na redação que lhe foi conferida pela Lei estadual 5.671, de 8 de novembro de 2021, a fim de se afastar qualquer exegese que admita restrição à participação de candidatas do sexo feminino nos concursos públicos para combatentes da corporação militar, sendo-lhes assegurado o direito de concorrer à totalidade das vagas oferecidas nos certames, para além da reserva de 10% (dez por cento) de vagas exclusivas, estabelecida pelo dispositivo que deve ser reconhecido como política de ação afirmativa. (ADI 7492, Relator(a): CRISTIANO ZANIN, Tribunal Pleno, julgado em 14-02-2024, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 05-04-2024 PUBLIC 08-04-2024). Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ART. 1º, §1º, DA LEI 7.823/2014, DO ESTADO DE SERGIPE. LIMITAÇÃO DE CANDIDATAS DO GÊNERO FEMININO EM CONCURSOS PÚBLICOS NA ÁREA DE SEGURANÇA PÚBLICA. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA. OFENSA À IGUALDADE DE GÊNERO. 1. As legislações que restringem a ampla participação de candidatas do sexo feminino, sem previsão legal e legitimamente justificadas, caracterizam afronta à igualdade de gênero. 2. A norma impugnada possibilita a exclusão da participação de mulheres na concorrência pelo total das vagas oferecidas nos concursos públicos para as carreiras da área de segurança pública do Estado de Sergipe. 3. As legislações que restringem a ampla participação de candidatas do sexo feminino em concursos públicos caracterizam afrontam o princípio da igualdade (CF, art. 5º). Precedentes específicos desta SUPREMA CORTE. 4. A lei não poderá estabelecer critérios de distinção entre homens e mulheres para acesso a cargos, empregos ou funções públicas, inclusive os da área de segurança pública, exceto quando a natureza do cargo assim o exigir, diante da real e efetiva necessidade. 5. A participação feminina na formação do efetivo das áreas de segurança pública deve ser incentivada mediante ações afirmativa. 6. A norma impugnada confere espaço interpretativo que permite restrição ao acesso de candidatas do sexo feminino à totalidade das vagas ofertadas, sem qualquer justificativa real e tecnicamente demonstrada. É vedada a interpretação que legitime a imposição de qualquer limitação à participação de candidatas do sexo feminino nos certames da área de segurança pública estadual. 7. Ação Direta julgada procedente para conferir interpretação conforme à Constituição, a fim de afastar qualquer exegese que admita restrição à participação de candidatas do sexo feminino. Modulação de efeitos. (ADI 7480, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 13-05-2024, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 17-05-2024 PUBLIC 20-05-2024).

<sup>321</sup> EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. ART. 64, IV, DA PORTARIA N. 158/2016 DO MINISTÉRIO DA SAÚDE E ART. 25, XXX, “D”, DA RESOLUÇÃO DA DIRETORIA COLEGIADA – RDC N. 34/2014 DA ANVISA. RESTRIÇÃO DE DOAÇÃO DE SANGUE A GRUPOS E NÃO CONDUTAS DE RISCO. DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL. INCONSTITUCIONALIDADE. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. 1. A responsabilidade com o Outro demanda realizar uma desconstrução do Direito posto para tornar a Justiça possível e inculcar, na interpretação do Direito, o compromisso com um tratamento igual e digno a essas pessoas que desejam exercer a alteridade e doar sangue. 2. O estabelecimento de grupos – e não de condutas – de risco incorre em discriminação e viola a dignidade humana e o direito à igualdade, pois lança mão de uma interpretação consequencialista desmedida que concebe especialmente que homens homossexuais ou bissexuais são, apenas em razão da orientação sexual que vivenciam, possíveis vetores de transmissão de variadas enfermidades. Orientação sexual não contamina ninguém, condutas de risco sim. 2. O princípio da dignidade da pessoa humana busca proteger de forma integral o sujeito na qualidade de pessoa vivente em sua existência concreta. A restrição à doação de sangue por homossexuais afronta a sua autonomia privada, pois se impede que elas exerçam plenamente suas escolhas de vida, com quem se relacionar, com que frequência, ainda que de maneira sexualmente segura e saudável; e a sua autonomia pública, pois se veda a possibilidade de auxiliarem àqueles que necessitam, por qualquer razão, de transfusão de sangue. 3. A política restritiva prevista na Portaria e na Resolução da Diretoria Colegiada, ainda que de forma desintencional, viola a igualdade, pois impacta desproporcionalmente sobre os homens homossexuais e bissexuais e/ou seus parceiros ou parceiras ao injungir-lhes a proibição da fruição livre e segura da própria sexualidade para exercício do ato empático de doar sangue. Trata-se de discriminação injustificável, tanto do ponto de vista do direito interno, quanto do ponto de vista da proteção internacional dos direitos humanos, à medida que pressupõem serem os homens homossexuais e bissexuais, por si só, um grupo de risco, sem se debruçar sobre as condutas que verdadeiramente os expõem a uma maior probabilidade de contágio de AIDS ou outras enfermidades a impossibilitar a doação de sangue. 4. Não se pode tratar os homens que fazem sexo com outros homens e/ou suas parceiras como sujeitos perigosos, inferiores, restringido deles a possibilidade de serem como são, de serem solidários, de participarem de sua comunidade política. Não se pode deixar de reconhecê-los como membros e partícipes de sua própria comunidade. 5. Ação direta julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade do inciso IV do art. 64 da Portaria n. 158/2016 do Ministério da Saúde e da alínea “d” do inciso XXX do art. 25 da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC n. 34/2014 da Agência

O segundo elemento, nominado elemento de comparação, remete à comparação relacional de alguém sob situação semelhante para apuração do tratamento menos favorável:

“Por conseguinte, para determinar se uma pessoa foi tratada de forma menos favorável, é necessário identificar um «elemento de comparação» adequado: ou seja, uma pessoa em circunstâncias materialmente semelhantes, sendo a principal diferença entre as duas a «característica protegida».”<sup>323</sup>

Assim, provar que uma situação é comparável a outra é ponto chave, porque se as situações são diversas não há que se falar em discriminação (Martinez, 2021, 52). Sandra Fredman também assinala o elemento de comparação<sup>324</sup> entre duas situações similares como atributo do que chama de princípio da discriminação direta “*which prohibits less favourable treatment of two similarly situated individuals on grounds of a protected characteristic.*”<sup>325</sup> Já para Moreira (2020) o elemento comparativo não está dissociado do tratamento desvantajoso<sup>326</sup>:

A discriminação direta ocorre quando um agente trata outro de maneira desvantajosa a partir de um determinado critério. Esse tratamento se dirige a pessoas que pertencem a grupos vulneráveis ou minoritários, motivo pelo qual a legislação protege esses indivíduos dessa forma de tratamento. Um aspecto importante caracteriza a discriminação direta de acordo com os doutrinadores: ela envolve um caráter comparativo. As pessoas tratam outras de forma discriminatória a partir de julgamentos morais negativos, julgamentos baseados na ideia de que as segundas não têm as mesmas qualidades dos membros de grupos majoritários. Isso significa que os agentes não tratariam esses indivíduos de maneira desvantajosa se estes fossem membros de próprio grupo.<sup>327</sup>

---

Nacional de Vigilância Sanitária. (ADI 5543, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 11-05-2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-211 DIVULG 25-08-2020 PUBLIC 26-08-2020)

<sup>322</sup> Lei nº 85/2021 de 15 de dezembro, que proíbe a discriminação em razão da identidade de gênero ou orientação sexual na elegibilidade para dar sangue, alterando a Lei n.º 37/2012, de 27 de agosto, que aprova o Estatuto do Dador de Sangue.

<sup>323</sup> AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA e CONSELHO DA EUROPA (2021): Manual sobre a legislação europeia antidiscriminação. Luxemburgo, p.47.

<sup>324</sup> Fredman (2022) apresenta os problemas quanto a escolha do comparador, essa escolha pode aprofundar, no contexto social, desvantagem que merece proteção jurídica. A autora exemplifica o caso de um restaurante que recuse cães, e por essa regra termine por recusar a entrada de uma pessoa com deficiência visual e seu cão-guia e uma pessoa sem qualquer deficiência e seu cão. O mesmo tratamento não seria, pela discriminação direta, uma violação da igualdade. Entretanto, no contexto da realidade, o papel do cão guia para a pessoa com deficiência é totalmente diferente daquele de um cão pertencente a um não deficiente visual. O problema do comparador é ter sido considerado uma pessoa fisicamente capaz como no caso decidido no Reino Unido e mencionado pela autora. A autora enfatiza como é problemático a escolha do padrão de comparação recair sobre um homem, branco, fisicamente capaz, cristão, porque o padrão criou excessivas pressões conformadoras. A abordagem do padrão de comparação também dificulta o estabelecimento de discriminação interseccional. Assim, as cortes têm se aproximado de uma abordagem que enxergue o contexto geral, incluindo a avaliação se a lei perpetua desvantagem, preconceito ou estereótipo negativo. Cfr. Fredman, S. (2022). *Discrimination Law* (3ª ed.). New York: Oxford University Press. p. 254-25.

<sup>325</sup> Fredman, S. (2022). *Discrimination Law* (3ª ed.). New York: Oxford University Press. p. 248.

<sup>326</sup> Moreira (2020) inclui o elemento interpessoal como característica da discriminação direta, diz este autor, é que o tratamento de uma pessoa em relação a outra é baseado em estereótipos sociais sobre os membros de determinado grupo, advindo as vezes, de falsas generalizações que motivam a distinção ilegítima, que pode ser por ação ou por omissão.

<sup>327</sup> Moreira, A. J. (2020). *Tratado de Direito Antidiscriminatório*. São Paulo : Editora Contracorrente. p. 385

De empréstimo de Fredman (2022), Moreira (2020) utiliza o conceito de comparador adequado. O comparador adequado segundo os autores citados, é uma ferramenta para revelar as situações de tratamento desvantajoso e, pode ser real ou hipotético.

Por fim, o terceiro elemento: o nexo de causalidade. Ou seja, é necessário existir um nexo de causalidade entre o tratamento menos favorável<sup>328</sup> e as características protegidas (classificações suspeitas). Melhor explicado a causalidade exige que aquelas pessoas que alegam discriminação direta precisam comprovar uma relação causal entre aquele tratamento discriminatório e algum tipo de dano causado a elas.<sup>329</sup> Assim,

para determinar se este nexo existe, deve colocar-se a seguinte questão: a pessoa em causa teria sido tratada de forma menos favorável se fosse de sexo diferente ou de raça diferente, se tivesse uma idade diferente, ou se estivesse em posição inversa em relação a qualquer uma das outras características protegidas? Se a resposta for afirmativa, o tratamento menos favorável está claramente associado às características em questão. A regra ou prática aplicada não tem necessariamente de mencionar explicitamente a «característica protegida», desde que faça referência a outro fator indissociável dessa característica. Essencialmente, para saber se houve discriminação direta, é necessário determinar se o tratamento menos favorável se deve a uma «característica protegida» que não pode ser separada do fator específico objeto da queixa.<sup>330</sup>

A seguir examinaremos as formas de discriminação direta, melhor explicitadas na obra de Rios (2008).

#### 4.4.1.1. discriminação explícita,

Também conhecida por *facial discrimination*, é a mais evidente hipótese de discriminação direta, pode manifestar-se hipoteticamente no texto instituidor da medida, ou nas palavras de Rios (2008)

---

<sup>328</sup> Sobre o tratamento desfavorável, José Adilson Moreira, utiliza a lição de Debora Hellman sobre o termo, a expressão desfavorável é o ato de desprezo, desrespeito, ocorrida em razão de estereótipos negativos, relações assimétricas de poder, o tratamento desfavorável é também um tratamento de subordinação, que reproduz padrões de estratificação presentes na sociedade: “A discriminação direta pode assumir algumas formas. Ela pode ser um tipo de discriminação explícita por estar baseada em uma forma de discriminação negativa a partir de algum critério de tratamento diferenciado. Uma prática que impede que negros possam ascender a cargos de chefia configura então essa possibilidade. Ela pode ocorrer na aplicação da norma jurídica na medida em que beneficia algumas pessoas e prejudica outras: o caso do policial que dispensa pessoas brancas com posse de drogas, mas prende pessoas negras na mesma situação. Ela também pode ocorrer na própria elaboração da lei porque viola abertamente o princípio do tratamento igualitário entre as pessoas. Todos esses casos configuram então tratamento desigual entre indivíduos por uma norma ou prática jurídica que viola o dever de tratamento simétrico estabelecido pelo princípio da igualdade.” Moreira, Adilson José. Tratado de Direito Antidiscriminatório (Portuguese Edition) (pp. 390-391). Editora Contracorrente. Edição do Kindle. Moreira, A. J. (2020). *Tratado de Direito Antidiscriminatório*. São Paulo : Editora Contracorrente.p.391.

<sup>329</sup> Moreira, A. J. (2020). *Tratado de Direito Antidiscriminatório*. São Paulo : Editora Contracorrente. p. 392

<sup>330</sup> AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA e CONSELHO DA EUROPA (2021): Manual sobre a legislação europeia antidiscriminação. Luxemburgo, p.53

“decorrer de um resultado imediatamente inferido do texto da medida, ainda que o critério de diferenciação proibido não tenha sido literalmente empregado”<sup>331</sup>

#### 4.4.1.2. discriminação na elaboração da lei

Denominada também de *discrimination by design*, ocorre na presença de concepção da legislação ou medida, ainda que no texto, não esteja explícita a diferenciação ilegal.

Rios (2008) esclarece que a medida ou norma “adotam exigências, que aparentemente neutras, foram concebidas, de modo intencional, para causar prejuízo a certo indivíduo ou grupo”<sup>332</sup> ou seja, os motivos do ato administrativo, a motivação do legislador, visam causar prejuízo a indivíduos ou grupos, ações vistas principalmente, no direito norte-americano, após as ordens judiciais para dessegregação racial nos serviços públicos.<sup>333</sup>

#### 4.4.1.3 discriminação na aplicação do direito

---

<sup>331</sup> Rios, R.R. (2008). *Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Livraria do Advogado Editora. p.91.

<sup>332</sup> Rios, R.R. (2008). *Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Livraria do Advogado Editora. p.96

<sup>333</sup> 377 U.S.318 *Griffin v. County School*, após ordem judicial de dessegregação do sistema escolar, o Condado de Prince Edward (Virginia) decretou o fechamento de todo o sistema público de educação e criou incentivos fiscais e sociais para garantir a matrícula em escolas privadas segregacionistas na região. Já em *Palmer v. Thompson* (403 U.S. 217(1971), na cidade de Jackson (Mississippi), após dessegregação racial dos serviços públicos ser determinada por ordem judicial, surgiu a motivação para o fechamento do serviço de piscinas públicas, entretanto, a Suprema Corte em sede de controle de constitucionalidade não tenha invalidado o ato do poder público. Em ambos os casos, não havia alusão a qualquer elemento racial no texto das legislações, mas foram estabelecidas sob a motivação de manter a segregação em estabelecimentos de ensino- ainda que escolas particulares e no direito ao lazer e prática esportiva de acesso a piscinas públicas. Ely (2010) cita o caso 364 U.S. 339, 347 (1960) *Gomillion vs. Lightfoot*, restou declarada nula pela Suprema Corte americana, a Lei do Estado do Alabama (lei nº 140) que criava limites a um distrito eleitoral (Tuskegee) para privar negros de direitos políticos: “A state violates the Fifteenth Amendment when it constructs boundary lines between electoral districts for the purpose of denying equal representation to African Americans. The unanimous Court held that the Alabama legislature violated the Fifteenth Amendment. Justice Frankfurter admitted that states are insulated from judicial review when they exercise power “wholly within the domain of state interest.” However, in this case, Alabama’s representatives were unable to identify “any countervailing municipal function” the act was designed to serve. The Court believed that the irregularly shaped district was drawn with only one purpose in mind: to deprive blacks of political power.” ver em Ely, J. H. (2010) *Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*, Trad. Lemos, L. Freire. A. R. WMF Martins Fontes.p.187 e Douglas, W. O. & Supreme Court of The United States. (1960) U.S. Reports: *Gomillion v. Lightfoot*, 364 U.S. 339. [Periodical] retrieved from the Library of Congress, <http://www.loc.gov/item/usresp364339/>.

*Discriminatory Application* acontece “independentemente das intenções do instituidor da medida a diferenciação ocorre, de modo intencional, no momento da execução da medida ou da lei”<sup>334</sup> Ainda que o legislador não tenha intencionalmente o propósito de através de uma lei criar distinções censuráveis, o aplicador da lei, no momento de sua execução, intencionalmente cria uma distinção motivada em critérios proibidos em prejuízo de pessoas e grupos no gozo e fruição de direitos e liberdades.

#### 4.4.2. discriminação direta e o exame da motivação da medida

Em todas as três modalidades de discriminação direta apresentadas acima, requer-se a demonstração da intenção discriminatória, na concepção e ou na aplicação da medida. Assim, surge o desafio ao intérprete do escrutínio dos propósitos do ato ou medida<sup>335</sup>. Fredmam (2022) aponta como tem sido particularmente controverso, nos EUA e no Reino Unido, o papel do motivo ou intenção de discriminar, embora possa ser inferida pela simples desigualdade de tratamento.<sup>336</sup>

O Justice Hugo Black, da Suprema Corte dos Estados Unidos, apresentou argumentos significativos para justificar porque o tribunal constitucional não deveria se envolver na análise da motivação dos atos discriminatórios sob o argumento de preservação da neutralidade judicial, pois ao tentar determinar a intenção subjetiva por trás de uma ação, medida ou lei, a Corte se arriscaria a entrar em uma área altamente especulativa, subjetiva e política.

Black também argumentou que a determinação da motivação é complexa, pois ela envolve tentar compreender a mente de legisladores e funcionários públicos, o que muitas vezes é impossível. Ademais, a investigação dos motivos também poderia resultar em uma judicialização excessiva da política. Justice Black temia que ao investigar as motivações subjacentes a atos legislativos ou

---

<sup>334</sup> Rios, R.R. (2008). *Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Livraria do Advogado Editora. p.92

<sup>335</sup> Verificar os propósitos de atos, especialmente legislativos, merece estudo detalhado, que vai além do objetivo desta pesquisa. A inserção breve do tema deve-se a necessidade de pontuar a mudança da Suprema Corte americana na consideração dos propósitos diante dos casos de discriminações diretas em todas as suas modalidades.

<sup>336</sup> Igualmente controverso é se há motivos que justificam uma discriminação direta, entretanto, para Sandra Fredman, no etarismo/*ageism* seria justificável. Algumas jurisdições admitem a defesa de justificação, mas calibram o padrão de escrutínio, como visto no capítulo anterior, cfr. Fredman, S. (2022). *Discrimination Law* (3ª ed.). New York: Oxford University Press.p.250.

executivos a Suprema Corte Americana estivesse ultrapassando seus limites constitucionais e interferindo em assuntos que deveriam encontrar solução apenas no processo democrático.

Como Ely (2010) destaca:

As razões que costumam ser aduzidas para a recusa do exame das motivações foram resumidas no voto redigido pelo juiz Black e aceito pela Corte no caso das piscinas de Jackson: Em primeiro é extremamente difícil para qualquer tribunal determinar a motivação, ou as várias motivações, que estão por trás de um ato legislativo qualquer (...). É difícil ou impossível para qualquer tribunal determinar a motivação “única” ou “dominante” por trás das escolhas de um grupo de legisladores. Além disso, há um elemento de futilidade na tentativa judicial de invalidar uma lei devido às más intenções dos que a apoiam. Se a lei é declarada nula por essa razão, e não devido a seus efeitos ou seu conteúdo imediato, ela supostamente seria válida tão logo o Legislativo ou o corpo governante de eu se trata a aprovasse novamente por um motivo diferente do original.<sup>337</sup>

John Hart Ely (2010) sustenta a legitimidade da avaliação dos propósitos do legislador ou do aplicador da medida. Em resumo, o autor salienta que a distribuição de vantagens, direitos, bens e isenções não explicitamente garantidas no texto constitucional, ainda que de enorme relevância social, poderão advir problemas de distribuição cuja origem está no processo de escolhas que as efetivou e, portanto, passíveis de invalidação no controle de constitucionalidade procedimental.<sup>338</sup>

Ely (2010) explica que por muitos anos a Suprema Corte americana oscilou entre não reconhecer a nulidade porque o ato do poder público foi efetuado por motivos inconstitucionais e, mais tarde, pelo rumo oposto, invalidando os atos quando constatada a flagrante motivação inconstitucional<sup>339</sup>: “o mesmo ato do Estado pode ser constitucional ou inconstitucional dependendo dos motivos pelos quais foi efetuado”.<sup>340</sup>

---

<sup>337</sup> Ely, J. H. (2010) *Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*, Trad. Lemos, L.; Freire. A. R. WMF Martins Fontes.p.185.

<sup>338</sup> Ely, J. H. (2010) *Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*, Trad. Lemos, L.; Freire. A. R. WMF Martins Fontes.p.181-183.

<sup>339</sup> E chama atenção que a mudança ocorreu em curto espaço temporal, Ely menciona a decisão de 1971, que a Suprema Corte dos Estados Unidos validou o ocorrido em Jackson (Mississippi) no caso o fechamento das piscinas públicas e a mudança pelo reconhecimento em dois casos em 1976 (*Washington vs. Davis*, 426 U.S. 229) e 1977 (*Village of Arlington Heights vs. Metropolitan Housing Development Corp.*, 429 U.S. 252, 265) ver em Ely, J. H. (2010) *Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*, Trad. Lemos, L. Freire . A. R. WMF Martins Fontes.p.183.

<sup>340</sup> Ely, J. H. (2010) *Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*, Trad. Lemos, L. Freire. A. R. WMF Martins Fontes.p.184. Se raça, religião, política ou a seleção é determinada por escolha atinente ao gosto da autoridade, há um mau funcionamento no sistema e não se poderá dizer que a seleção que determinou que pessoas fossem privadas de um direito foi realizada em observância ao devido processo. Ely confronta os argumentos contrários da recusa da análise judicial das motivações contidas no voto do Justice Black no caso das piscinas de

Rios (2008) elenca os modos de investigação dos propósitos no direito da antidiscriminação:

outras ponderações também apontam para a necessidade, em muitos casos, da consideração do propósito da medida. Com efeito, em algumas circunstâncias, o conhecimento público do propósito da medida, por si só, já apresenta o efeito imediato e específico de fragilizar a consciência e o exercício de direitos, como acontece quando um ato legislativo é adotado com um propósito hostil a certos direitos, inclusive incentivando o grupo de pessoas beneficiadas a ignorar e desrespeitar os direitos daqueles prejudicados. Noutras hipóteses, a consideração dos propósitos pode evitar que danos futuros, muitas vezes irreparáveis ou de difícil reparação, venham a ocorrer. Outro modo da investigação dos propósitos no direito da antidiscriminação é a avaliação dos efeitos já produzidos pela aplicação da legislação, a fim de inquirir sua compatibilidade com o mandamento da igualdade. De fato, diante de medidas que apresentem uma complexidade muito grande de efeitos, a ponderação dos propósitos pode ser valioso instrumento para a tomada de decisão.”<sup>341</sup>

Também é necessário esclarecer algum dos fatores capazes de indicar como realizar a análise dos propósitos no direito da antidiscriminação, no caso americano. Surgidos a partir dos precedentes construídos pela própria Suprema Corte estadunidense, caso a caso. Fatores como: o momento histórico em que adotada a medida e os eventos que a desencadearam, bem como o processo legislativo que resultou no ato normativo ou medida administrativa sob escrutínio.<sup>342</sup>

Esses fatores podem ser observados na decisão surpresa<sup>343</sup> da Corte americana de *Rogers v. Lodge*, quando em 1980, oito residentes negros do condado de Burke, na Geórgia, desafiaram um sistema geral de representação em que cinco membros do condado, o Conselho de Comissários, foi selecionado por meio de eleições para todo o condado.<sup>344</sup> Assim em *Rogers v. Lodge*<sup>345</sup>,

---

Jackson. Em seu voto Black rejeita que os juízes precisem debruçar-se sobre as várias motivações ou motivações únicas ou dominantes por trás das escolhas de um grupo de legisladores. Já para Ely (2010) a pergunta a ser respondida é se a motivação inconstitucional influenciou de modo significativo a escolha do legislador, onde a resposta afirmativa tornará ilegítimo o devido processo legislativo que produziu a norma ou medida, naqueles casos em que for possível perceber essa influência. Ely concorda com o argumento geral de Black de que é difícil para os tribunais analisarem as motivações para um ato legislativo, não para recusarem-se a fazê-lo como advoga Black, mas sim, esse escrutínio deve ser feito para verificar se há uma explicação alternativa legítima para o ato praticado, na lição de Ely. Ou seja, Ely esclarece que há duas situações: os casos concretos em que os motivos do legislador são viciados e podem ser constatados e, os casos concretos em que o ato que parece inconstitucional, só se revela a partir da teoria da motivação dos atos administrativos.

<sup>341</sup> Rios, R.R. (2008). *Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Livraria do Advogado Editora. p.104-105.

<sup>342</sup> Rios, R. R. (2008). *Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Livraria do Advogado Editora. p.105.

<sup>343</sup> Ross, Bertrall L. II. (2012). *The representative equality principle: disaggregating the equal protection intent standard*. *Fordham Law Review*, 81(1), 175-240. P. 177

<sup>344</sup> Ross, Bertrall L. II. (2012). *The representative equality principle: disaggregating the equal protection intent standard*. *Fordham Law Review*, 81(1), 175-240. P. 176.

<sup>345</sup> 458 U.S.613,618(1982).

questionou-se um sistema geral cujo efeito <sup>346</sup> não permitia que houvesse um negro eleito porque os cidadãos negros eram minoria dos eleitores registrados.

Foi proposta ação coletiva, sob o argumento de violação da Décima Quarta e Décima Quinta Emenda e o Tribunal Distrital reconheceu que apesar da política estatal que motivava o sistema eleitoral fosse de origem neutra, a política estava a ser mantida para fins odiosos, reconhecendo o propósito discriminatório da medida, para determinar a mudança do sistema geral para o sistema de votação por distritos.

O caso foi apreciado na Suprema Corte e Justice White emitiu a opinião dominante<sup>347</sup>:

*Arlington Heights e Washington v. Davis* rejeitaram a noção de que uma lei é inválida sob a Cláusula de Proteção Igualitária simplesmente porque pode afetar uma proporção maior de uma raça do que de outra. *Arlington Heights; Washington v. Davis*, contudo, ambos os casos reconheceram que a intenção discriminatória não precisa de ser provada por provas diretas. Necessariamente, um propósito discriminatório odioso pode muitas vezes ser inferido da totalidade dos factos relevantes, incluindo o facto, se for verdade, de que a lei pesa mais sobre uma raça do que sobre outra. Assim, determinar a existência de um propósito discriminatório exige uma investigação sensível sobre as evidências circunstanciais e diretas de intenção que possam estar disponíveis 458 U.S.613,618(1982).

Assim, vê-se o Tribunal tomou a sua decisão apesar da ausência de qualquer evidência direta de intenção discriminatória na adoção das estruturas eleitorais ao perceber que o sistema de diluição de votos privava afro-americanos de representação efetiva no processo político.<sup>348</sup>

---

<sup>346</sup> O Conselho de Comissários do Condado de Burke governa o condado. Foi criado em 1911 e consiste em cinco membros eleitos livremente para mandatos simultâneos de quatro anos por todos os eleitores qualificados do condado. Também é preciso esclarecer a ausência de competição entre partidos políticos. Ross (2012) afirma que essa combinação de fatores privou os negros da oportunidade de influenciar o resultado das eleições e os deixou politicamente marginalizados: “*Consequently, the Burke County Board of Commissioners was generally unresponsive to the needs of the black community—from the seemingly mundane issues of road paving in predominantly black neighborhoods, to the more consequential failure to remedy black complaints about school and grand jury segregation. The result was a disproportionately poor, undereducated, and underserved black community with limited ability to effectively influence political affairs in the county* (Ob. Cit. p.177)”.

<sup>347</sup> WHITE, J., emitiu o parecer da Corte, ao qual se juntaram BURGER, CJ, e BRENNAN, MARSHALL, BLACKMUN, e O’CONNOR, JJ. Divergentes POWELL, J., REHNQUIST, J. e STEVENS, J. 458 U.S.613, 618(1982).

<sup>348</sup> Ross, Bertrall L. II. (2012). The representative equality principle: disaggregating the equal protection intent standard. *Fordham Law Review*, 81(1),175-240. O autor comenta que a decisão da Corte Suprema foi uma surpresa e que não se encaixa na abordagem até então dominante da igual proteção e invalidação de leis motivadas por discriminação intencional direta, já observado pelo menos em decisões anteriores da Corte: *Washington v. Davis*,( 426 U.S. 229 (1976)), *Village of Arlington Heights v. Metropolitan Housing Development Corp.*,( 429 U.S. 252 (1977)) and *Personnel Administrator of Massachusetts v. Feeney* (442 U.S. 256 (1979)).

Por outro lado, a doutrina aponta o caso *Personnel Administrator of Mass.v. Feeney*<sup>349</sup> como o precedente precursor do desenvolvimento da definição da motivação discriminatória passível de reprimenda constitucional (Rios, 2008, p.107). No caso, Tribunal decidiu que a lei foi promulgada para servir a "propósitos legítimos e dignos" e não para discriminar com base no sexo:

"propósito discriminatório" implica mais do que intenção como volição ou intenção como consciência das consequências; implica que o tomador de decisão selecionou ou reafirmou um curso de ação particular pelo menos em parte "por causa de", não meramente "apesar de", seus efeitos adversos sobre um grupo identificável.<sup>350</sup> (tradução nossa)

Em cada um dos casos apresentados, verifica-se que a Suprema Corte foi relutante em reconhecer a intenção discriminatória ou o propósito discriminatório,<sup>351</sup> entretanto, nem sempre por unanimidade. Inegável conflito dentro da Corte sobre como provar a intenção discriminatória merecedora de censura constitucional.

Finalmente, sem de todo exaurir as noções aqui tecidas sobre esta modalidade de discriminação, discorre-se sobre a discriminação direta e tratamentos diferenciados legítimos. Fredman (2022) afirma haver resistência a uma permissão ou justificativa, já que o pensamento comum é que o tratamento desigual se relaciona a uma característica pessoal, consistindo em uma afronta a dignidade do indivíduo.

Entretanto, é possível que outra concepção de igualdade exija o tratamento desigual, podendo a diferença de trato ser justificável se visa corrigir desvantagens anteriores, como nos casos de ação afirmativa

---

<sup>349</sup> 442. U.S. 256 (1979). Neste caso a Suprema Corte Americana se deteve a responder se a lei do Estado do Massachussets, que criou uma preferência para contratação de veteranos dispensados com honra, que se candidatassem a cargos no serviço público estadual discriminou em razão do gênero uma candidata (Feeney) que obteve alta pontuação nos exames competitivos do serviço público e foi classificada abaixo dos veteranos homens que tiveram pontuações mais baixas: "Durante seus 12 anos de mandato como funcionária pública, a apelada, que não é veterana, passou por uma série de exames públicos abertos e competitivos para empregos melhores, mas por causa do estatuto de preferência dos veteranos de Massachusetts, ela foi classificada em cada instância abaixo dos veteranos do sexo masculino que obtiveram pontuações mais baixas em testes do que a apelada" (Personnel Administrator of Massachusetts v. Feeney. (n.d.). *Oyez*. Retrieved mai 3, 2024, from <https://www.oyez.org/cases/1978/78-233> )

<sup>350</sup> No original: "'discriminatory purpose' implies more than intent as volition or intent as awareness of consequences; it implies that the decisionmaker selected or reaffirmed a particular course of action at least in part "because of," not merely "in spite of," its adverse effects upon an identifiable group."( (Personnel Administrator of Massachusetts v. Feeney. (n.d.). *Oyez*. Retrieved mai 3, 2024, from <https://www.oyez.org/cases/1978/78-233> )

<sup>351</sup> Schnapper, E. (1982). Two categories of discriminatory intent. *Havard Civil Rights - Civil Liberties Law Review*, 17, pp. 31-59.

but instead the criterion used is ‘intrinsicly’ discriminatory, or ‘indissociable’, from the protected characteristic. In such situations, permitting justification would make it possible to situate a policy, criterion, or practice within its context and test its purpose and function against the seriousness of its discriminatory consequences. (Fredman, 2022,)<sup>352</sup>:

Para a mencionada autora, a chave é fornecer uma defesa de justificação que possa diferenciar entre promover uma compreensão substancial da igualdade por um lado ou subordinar a igualdade ao custo ou perpetuar estereótipos, por outro. De mesma opinião Moreira (2020) para quem a justificação é um dever que a pessoa ou instituição acusada de discriminação tem em demonstrar que o comportamento contrário à legislação pode ser racionalmente válida, e consentânea com os propósitos que a Constituição considera como apropriados.<sup>353</sup>

A defesa da justificação da discriminação direta só é possível quando abordado o grau ou padrão de escrutínio das razões da distinção. Fredman (2022) explica que sob a *Equal Protection clause*, e a gradação do escrutínio (estrito aplicável à raça, intermediário se aplica a gênero e, de base racional se aplica a idade ou pessoa com deficiência).

Em outras palavras, nem toda discriminação é ilegítima ou ilegal, nem toda discriminação viola a igualdade de trato se essa distinção é justificável objetiva e razoável. O grande desafio alerta Fredman (2022) é o intérprete conseguir através da gradação do escrutínio, calibrar de maneira a discernir entre a discriminação odiosa e a discriminação constitucionalmente apropriada.<sup>354</sup>

A verdadeira chave no tratamento da discriminação é o requisito de proporcionalidade. A outra justificativa, na perspectiva de Fredman (2022), defensora da concepção de igualdade quadrimensional, seria além de uma justificativa instrumental ou utilitária de custos; uma segunda, intrínseca, com foco no reconhecimento, redistribuição ou transformativa dimensões da igualdade, como proteção contra estigma, estereótipos e preconceitos, para correção de desvantagens ou acomodação das diferenças e obtenção de mudança estrutural.<sup>355</sup>

---

<sup>352</sup> Ob.cit, p.271.

<sup>353</sup> Moreira, A. J. (2020). *Tratado de Direito Antidiscriminatório*. São Paulo : Editora Contracorrente. p.391-392

<sup>354</sup> Fredman, S. (2022). *Discrimination Law* (3ª ed.). New York: Oxford University Press. p.273.

<sup>355</sup> Fredman, S. (2022). *Discrimination Law* (3ª ed.). New York: Oxford University Press. p.274.

ou justificação a discriminação direta principalmente quando envolve a igualdade salarial ou a idade ou a deficiência.

Como visto a discriminação direta resolve apenas uma parcela dos casos de situações de diferenciação ilegítima. Da insuficiência das respostas dessa modalidade para os casos de uma legislação neutra, cujos efeitos ou impactos mostravam-se desproporcionais e cujos efeitos reforçavam discriminações cuja origem estava além de uma discriminação intencional. Para garantir a eficácia do princípio igualitário foi necessário substantivar a interpretação da 14ª Emenda, para não comprometer a força normativa do princípio da igualdade.

#### 4.4.3. discriminação indireta ou *disparate impact*

É possível se afirmar que na contemporaneidade quase não são encontradas medidas, decisões e práticas discriminatórias que se revelam explicitamente.

O escondimento do propósito discriminatório, cuja descoberta suscita tantos desafios, aponta claramente para a continuidade da discriminação, mesmo diante da crescente consciência e adesão aos valores da igualdade, diversidade e respeito às diferenças. A discriminação, com efeito, é um fenômeno objetivo e difuso. Seu enfrentamento exige, muito além da censura às suas manifestações intencionais (explícitas ou encobertas), o cuidado diante de sua reprodução involuntária. Mesmo quando não há vontade de discriminar, distinções ilegítimas nascem, crescem e se reproduzem, insuflando força e vigor em estruturas sociais perpetuadoras de realidades discriminatórias.<sup>356</sup>

Ao buscar a formulação de uma definição encontramos na doutrina, que uma discriminação indireta sempre importará em um impacto desproporcional sobre indivíduos e grupos vulneráveis que anule ou embarace o reconhecimento, gozo ou exercício, em igual medida dos seus direitos fundamentais social, econômico, cultural, entre outros.

A discriminação indireta surge como proposta de superar as formas de discriminação não expressas, aquelas que a intenção discriminatória não é facilmente detectável, mas cujos efeitos são substancialmente negativos sobre minorias sociais, que criam ou perpetuem “exclusão e invisibilização, a opressão e dominação que se impõe sobre determinados indivíduos, impedindo seu reconhecimento pleno enquanto membros participantes da vida social”<sup>357</sup> como dito por

<sup>356</sup> Rios, R.R. (2008). *Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Livraria do Advogado Editora. p.117

<sup>357</sup> Corbo, W. (2017) *Discriminação Indireta: conceitos, fundamentos e uma proposta à luz da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 320 p. p. 111.

Moreira (2020) a “discriminação indireta designa uma norma ou prática institucional que tem um impacto desproporcionalmente negativo sobre um grupo vulnerável.”<sup>358</sup> A marca da discriminação indireta é a ausência de intencionalidade explícita de discriminar alguém. Trata-se de conceito normativo associado à concepção de igualdade proporcional, que procura garantir aos grupos sociais, vulneráveis, meios de atingir a segurança social apropriada, ou seja, Moreira (2022) associa a concepção da discriminação indireta a proteção substantiva da igualdade, no combate a práticas sociais que agravem a situação de grupos, principalmente pelos seus efeitos. É um reflexo da igualdade material, em outras palavras.<sup>359</sup>

Essa norma ou prática pode ser neutra porque a pessoa ou instituição responsável não tinha intenção de prejudicar um grupo específico, mas que, mesmo diante da ausência de intencionalidade aberta, causa um impacto desproporcional sobre um grupo<sup>360</sup>. Segundo Sandra Fredman, *where equal treatment disproportionately disadvantages a group which already suffers from a history of discrimination, then it, too, can be unlawful, unless there is a good reason*<sup>361</sup>. Também Sant’Anna Vaz (2022) destaca que são os efeitos desfavoráveis que incidem sobre detentores de uma característica protegida o elemento mais evidente de que se está diante de uma discriminação indireta.<sup>362</sup>

Já Ronconi (2019) afirma que nesta perspectiva discriminatória o tratamento é aparentemente neutro mas são as consequências particularmente adversas para o grupo, que tem o efeito de excluí-lo dada sua singular a situação de desvantagem.<sup>363</sup> A ênfase não deve ser colocada na intenção de discriminar, mas no efeito alcançado. Contudo, o efeito alcançado não deve ser um dano real que deva ser comprovado, basta que seja potencialmente danoso ou latente pela norma ou ação atacada. E uma vez comprovado, caberá ao Estado o ônus de demonstrar o interesse estatal urgente ou

---

<sup>358</sup> Moreira, A. J. (2020). *Tratado de Direito Antidiscriminatório*. São Paulo : Editora Contracorrente. p. 396.

<sup>359</sup> Moreira, A. J. (2020). *Tratado de Direito Antidiscriminatório*. São Paulo : Editora Contracorrente. p. 398.

<sup>360</sup> Moreira, A. J. (2020). *Tratado de Direito Antidiscriminatório*. São Paulo : Editora Contracorrente. p. 396.

<sup>361</sup> Fredman, S. (2022). *Discrimination Law* (3ª ed.). New York: Oxford University Press.p. 248.

<sup>362</sup> Sant’Anna Vaz, L. M. (2022). *Direito Fundamental à Igualdade Racial*. [tese de doutorado não publicada], Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito. Fonte: <http://hdl.handle.net/10451/57015> p. 213.

<sup>363</sup> Ronconi, L. M. (2019). Repensando el principio de igualdad: alcances de la igualdad real. (Instituto Tecnológico Autonomo de México, Ed.) *Isonomía*(49), pp. 125.

imperioso para manter a validade da norma. Já na comprovação do impacto desproporcionado a utilização de dados estatísticos e orçamentais, é conveniente.<sup>364</sup>

Também é importante destacar-se os avanços da teoria da discriminação indireta em relação à primeira modalidade. A primeira é que a discriminação indireta se afasta do aspecto procedimental da discriminação direta no quesito da racionalidade entre adequação entre meios e fins. Segundo a discriminação indireta permite maior questionamento sobre práticas sociais e normas jurídicas,<sup>365</sup> pois busca favorecer uma igualdade proporcional aos grupos de pessoas. Terceiro, a discriminação indireta por buscar a remoção de desigualdades estruturais, está para a perspectiva da anti-subordinação enquanto a discriminação direta de proteção da igualdade formal, está para a perspectiva da antidiferenciação.

Assim discriminação indireta e discriminação direta são facetas de uma mesma moeda:

Se a discriminação direta cria padrões de discriminação que promovem a estratificação de certos grupos, a discriminação indireta os reproduz quando essa mesma sociedade permite o tratamento desvantajoso de grupos minoritários. Assim, normas facialmente neutras podem acentuar a exclusão social em função das assimetrias de poder que persistem dentro de uma sociedade.<sup>366</sup>

Em termos gerais, tem três elementos: igualdade de tratamento, um impacto desproporcionalmente excludente sobre aqueles que compartilham uma característica protegida<sup>367</sup> e a ausência de uma justificativa aceitável.<sup>368</sup>

Inicialmente adotado no direito britânico, teve no direito americano sua consolidação e expansão, pode-se encontrar o desenvolvimento dos contornos da definição de *disparate impact*, nos

---

<sup>364</sup> Ronconi, L. M. (2019). Repensando el principio de igualdad: alcances de la igualdad real. (Instituto Tecnológico Autónomo de México, Ed.) *Isonomía*(49), p. 126.

<sup>365</sup> Diz Moreira (2020), que “noção de discriminação indireta pressupõe então uma consideração dos efeitos que uma norma ou prática pode ter no status social de grupos sociais, o que implica uma concepção substantiva de igualdade. A discriminação indireta atinge grupos de pessoas vítimas de sistemas de discriminação que possuem um aspecto estrutural porque estão presentes no espaço público e no espaço privado, impedindo que minorias possam ter um maior nível de mobilidade social.” (ob. Cit. p. 398).

<sup>366</sup> Moreira, A. J. (2020). *Tratado de Direito Antidiscriminatório*. São Paulo : Editora Contracorrente. p. 401

<sup>367</sup> Moreira (2022) inclui também um elemento comparativo para análise da desproporcionalidade do impacto da medida entre o grupo vulnerável e o grupo que não tem desvantagem em razão de não pertencer ao grupo subordinado. Aqui ao contrário da discriminação direta, que compara indivíduos em situações semelhantes, a comparação recai sobre grupos.

<sup>368</sup> Um conceito semelhante, conhecido como discriminação por efeitos adversos, foi desenvolvido pela Suprema Corte do Canadá em relação à garantia de igualdade na seção 15 da Carta Canadense. Cfr. Fredman, S. (2022). *Discrimination Law* (3ª ed.). New York: Oxford University Press. p. 2

juízos dos precedentes *International Brotherhood of Texas v. United States*<sup>369</sup>, *Griggs v. Duke Power Co.*<sup>370</sup>.

Já Corbo (2017) atribui o desenvolvimento da teoria do impacto desproporcional, entre o constitucionalismo estadunidense, no contexto da revisão judicial com Civil Right Act de 1964 e as alegadas violações da XIV Emenda, principalmente na seara trabalhista e de habitação. Em *Teamsters v. Estados Unidos*, 431 US 324 (1977), a Suprema Corte americana, enfatiza:

Claims of disparate treatment may be distinguished from claims that stress "disparate impact." The latter involve employment practices that are facially neutral in their treatment of different groups, but that, in fact, fall more harshly on one group than another, and cannot be justified by business necessity. Proof of discriminatory motive, we have held, is not required under a disparate impact theory. Either theory may, of course, be applied to a particular set of facts.<sup>371</sup>

---

<sup>369</sup> 431 U.S. 324 (1977). Neste caso os Estados Unidos instituíram o litígio com empresa de transportes nacional e o sindicato que representava o grupo de funcionários da empresa. Segundo o governo americano a empresa havia se envolvido em um padrão ou prática de discriminação, que perpetuava os efeitos de discriminação racial e étnica passada, contra seus funcionários negros ou de sobrenome latino (membros minoritários, motoristas locais) contratados para cargos de menor remuneração, enquanto os cargos de maior remuneração (motoristas de linha) eram destinados a pessoas brancas. Na ação também se insurgia contrário ao sistema de antiguidade, oriundo dos acordos de negociação coletiva, já que um motorista local ao ser promovido a motorista de linha, perdia os benefícios daquela categoria anterior, para iniciar a antiguidade competitiva no novo cargo de motoristas de linha. O Governo buscou uma medida liminar geral e uma medida específica de "reparação integral" para discriminados individuais, o que lhes daria uma oportunidade de transferência para empregos de motorista de linha com antiguidade total na empresa. o Governo suportou o ônus inicial de elaborar um caso *prima facie* de discriminação, que se tratava de uma prática sistêmica, que impedia o pleno gozo dos direitos, provando mais do que a mera ocorrência de atos discriminatórios isolados ou acidentais, e estabelecer através da demonstração de evidências preponderantes que havia uma discriminação racial como procedimento operacional padrão da empresa. A disparidade no tratamento supostamente envolvia a recusa em recrutar, contratar, transferir ou promover membros de grupos minoritários em igualdade de condições com pessoas brancas, particularmente com relação a posições de direção de linha. Reconhecendo a presença da intenção discriminatória a Corte Distrital e, posteriormente o Tribunal de Apelações, divergiram apenas quanto a maneira de garantir as reparações devidas tanto individualmente, como à classe afetada dos motoristas locais. Rejeitando a tentativa do Tribunal Distrital de trissecionar a classe afetada, o Tribunal de Apelações decidiu que todos os funcionários negros e de sobrenome espanhol tinham o direito de concorrer a futuros empregos de motorista de linha com base em sua antiguidade na empresa e que, uma vez que um membro da classe preenchesse um emprego, ele poderia usar sua antiguidade total na empresa. (*Teamsters v. United States*, 431 U.S. 324 (1977). ([s.d.]). Justia Law. Acesso em 20 de maio de 2024, de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/431/324/>)

<sup>370</sup> *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971). ([s.d.]). Justia Law. Acesso em 20 de maio de 2024, de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/401/424/>

<sup>371</sup> “As alegações de tratamento desigual podem ser distinguidas das alegações que enfatizam "impacto desigual". As últimas envolvem práticas de emprego que são aparentemente neutras em seu tratamento de grupos diferentes, mas que, na verdade, recaem mais duramente sobre um grupo do que sobre outro, e não podem ser justificadas por necessidade empresarial. A prova de motivo discriminatório, sustentamos, não é necessária sob uma teoria de impacto desigual. Qualquer uma das teorias pode, é claro, ser aplicada a um conjunto particular de fatos.” (tradução nossa) Conferir em *Teamsters v. United States*, 431 U.S. 324 (1977). ([s.d.]). Justia Law. Acesso em 20 de maio de 2024, de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/431/324/>

Em *Griggs v. Duke Power , Co*, a Corte, a unanimidade afastou os critérios neutros criados pelo empregador, que camuflavam intenção discriminatória, não aferiam a capacidade para o trabalho e desfavoreciam certos grupos (funcionários negros).<sup>372</sup>

“1. The Act requires the elimination of artificial, arbitrary, and unnecessary barriers to employment that operate invidiously to discriminate on the basis of race, and if, as here, an employment practice that operates to exclude Negroes cannot be shown to be related to job performance, it is prohibited, notwithstanding the employer's lack of discriminatory intent. 2. The Act does not preclude the use of testing or measuring procedures, but it does proscribe giving them controlling force unless they are demonstrably a reasonable measure of job performance.”<sup>373</sup>

A Suprema Corte compreendeu que nas circunstâncias do caso, para além da discriminação intencional, o impacto das medidas exigidas pelo empregador, ainda que não intencionais, diferenciavam a raça dos trabalhadores, causando-lhes prejuízo no acesso e permanência no direito social ao trabalho, também estavam alcançadas no conceito de discriminação (Rios, 2008, p.121). Reconheceu que o impacto desproporcional é um dano em si mesmo e passível de reparação (Corbo, 2017, p. 119).

Três são os elementos da discriminação indireta: primeiro a presença de uma regra, critério ou prática neutra, segundo, que essa neutralidade da norma ou medida afete expressivamente e de maneira negativa um grupo definido por uma categoria proibida na expressão de Ely (2010), terceiro que esse prejuízo esteja intensificado quando em comparação a outros, na mesma situação.<sup>374</sup>

Em sentido semelhante, Corbo (2017), enumera como elementos, o critério de classificação neutro, ausente intuito discriminatório, e a produção de efeitos diferenciados e desproporcionados sobre determinados indivíduos e grupos sociais quando comparado aos demais estamentos sociais.<sup>375</sup>

---

<sup>372</sup> Enquanto o § 703(a) da Lei (Titulo VII da Lei dos Direitos Civis de 1964) torna uma prática de emprego ilegal para um empregador limitar, segregar ou classificar funcionários para privá-los de oportunidades de emprego ou afetar adversamente seu status por causa de raça, cor, religião, sexo ou nacionalidade, o § 703(h) autoriza o uso de qualquer teste de capacidade desenvolvido profissionalmente, desde que não seja projetado, pretendido ou usado para discriminar.

<sup>373</sup> *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971). ([s.d.]). Justia Law. Acesso em 20 de maio de 2024, de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/401/424/>

<sup>374</sup> Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia, C. d. (2021). *Manual sobre a legislação antidiscriminação*. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia.

<sup>375</sup> Corbo, W. (2017) *Discriminação Indireta: conceitos, fundamentos e uma proposta à luz da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 320 p. p. 111

#### 4.4.4. discriminação interseccional

A base desta teoria da discriminação está dos diversos vetores de desigualdade sobre pessoas, por vezes, dentro dos próprios movimentos sociais, que importa na subordinação de grupos, dentro da construção de uma agenda de justiça social mais eficaz<sup>376</sup>. Surge das limitações das teorias de discriminação de primeira geração de acordo com Moreira (2022)<sup>377</sup>, principalmente da ênfase do carácter comparativo e da melhoria da compreensão das relações de poder na sociedade, da crítica da insuficiência do discurso jurídico liberal e procedimental da igualdade<sup>378</sup>.

A teoria da discriminação interseccional está baseada na premissa de que a luta requer a consideração das diferentes formas de discriminação a que muitos sujeitos sociais estão submetidos. A consideração de possíveis violações da igualdade a partir de um único parâmetro de comparação encobre a experiência de grupos sociais que sofrem as consequências da convergência de mecanismos discriminatórios.<sup>379</sup>

Tal teoria<sup>380</sup> parte do pressuposto que os efeitos cumulativos de discriminação advindas de diferentes formas de opressão, contribui para a permanência de hierarquias sociais existentes e a invisibilidade que o direito sempre pensou em homogeneidade de grupos e identidades<sup>381</sup>, quando em verdade, uma mesma pessoa pode estar situada em vários grupos.<sup>382</sup> Dito de maneira mais

<sup>376</sup> Ver Moreira, A. J. (2020). *Tratado de Direito Antidiscriminatório*. São Paulo : Editora Contracorrente. p. 407

<sup>377</sup> Ob. Cit. p. 408.

<sup>378</sup> Para melhor compreensão remete-se a elaboração feita em Moreira, A. J. (2020). *Tratado de Direito Antidiscriminatório*. São Paulo : Editora Contracorrente. p. 408-420.

<sup>379</sup> Moreira, A. J. (2020). *Tratado de Direito Antidiscriminatório*. São Paulo : Editora Contracorrente. p. 410.

<sup>380</sup> Na explicação de Akotirene (2018) a “interseccionalidade visa dar instrumentalidade teórico-metodológica a inseparabilidade estrutural do racismo, capitalismo e cisheteropatriarcado, produtores de avenidas identitárias onde mulheres negras são repetidas vezes atingidas pelo cruzamento e sobreposição de gênero, raça e classe, modernos aparatos coloniais”. Akotirene, C. (2018). *O que é interseccionalidade?* (Justificando, Ed.) Belo Horizonte: Letramento. Já Sant’anna Vaz, L., & Ramos, C. (2021).

<sup>381</sup> As categorias proibidas, como visto, há atributos que são inatos e imutáveis e atributos oriundos de ato voluntário (Fredman, 2022, p.133) Assim as identidades são moldadas pelas condições pessoais imutáveis e pelas escolhas fundamentais eleitas pelos indivíduos. (Silva, 2016, p.22). Os fatores que podem ser objeto de discriminação não ficam vinculados a uma lista ligada às características inatas ou imutáveis. A existência das pessoas é uma experiência complexa, “elas têm seus gêneros, suas etnias, suas convicções políticas, suas profissões, suas expressões, sejam intelectuais, sejam artísticas. De forma simultânea. Tornam-se pertencentes aos seus particulares papéis, que podem refletir em suas identidades” (Silva, 2016, p.22)

<sup>382</sup> A perspectiva interseccional é uma ferramenta analítica para o exame do impacto dos efeitos que a convergência de diversos modos de discriminação tem sobre grupos (racismo e sexismo, racismo e homofobia, sexismo e capacitismo por exemplo). Surgido na academia e principalmente associado ao feminismo negro, que tem elaborado reflexões sobre a condição das diferentes desigualdades que mulheres negras estão sujeitas a partir de diversas experiências sociais. Cf. Sant’anna Vaz, L., & Ramos, C. (2021). *A justiça é uma mulher negra*. Belo Horizonte: Casa do Direito, p. 284. Também as obras de Akotirene, C. (2018). *O que é interseccionalidade?* (Justificando, Ed.) Belo Horizonte: Letramento. Hill Collins, P. (2019). *Intersectionality: as critical social theory*. Durham: Duke University Press; Crenshaw, K., Gotanda, N., Peller, G., & Thomas, K. (2019). *Critical Race Theory: the key writings that formed the movement* (2ª ed.). New York: The New Press.

simplificada, as assimetrias não se operam a partir de único mecanismo de marginalização e exclusão e sim de diversos processos sociais simultaneamente e por vezes, convergentes.

Ronconi (2019) denuncia a insuficiência da concepção da igualdade como não discriminação, também no que diz respeito a discriminações múltiplas, gênero do qual é espécie a discriminação interseccional. A autora esclarece que a concepção da igualdade como não discriminação baseia-se na ideia de que o fator de discriminação é apenas um e que deve ser atacado somente diante do fundamento objetivo ou razoável. Esta concepção não dá conta dos casos que não existe apenas um fator de *discrímén*, mas sim uma multiplicidade de fatores que afetam a situação do grupo e agravam a situação vulnerabilidade:

[la] *“vulnerabilidad es una condición acumulativa: los sujetos desprotegidos se ven inmersos en ocasiones en una “espiral de la vulnerabilidad”. Se llama espiral de vulnerabilidad a la circunstancia en virtud de la cual a una condición de vulnerabilidad inicial (vejez, discapacidad, minoría de edad), se suma otra, debida a condiciones económicas de pobreza, o condiciones culturales de pertenencia a un grupo minoritario, tradicionalmente discriminado, lo que genera a su vez otras condiciones de vulnerabilidad”*<sup>383</sup>

Silva (2016) afirma que a discriminação interseccional é espécie do gênero discriminação múltipla, ou em outras palavras, “múltiplas formas de discriminação”, também na acepção “múltiplas barreiras”, ou, “múltiplas e agravadas formas de discriminação”<sup>384</sup>

Sant'anna Vaz, L., & Ramos, C. (2021). explicam que a interseccionalidade é uma perspectiva teórica transdisciplinar desenvolvida no interior dos estudos de feminismo e gênero, sem estabelecer hierarquia nos sistema de opressão, mas, de acordo com peculiaridades históricas, geográficas econômicas, políticas e culturais, que a indissociável interação entre racismo, sexismo e classismo.<sup>385</sup> Já Canotilho (2017) explica que se trata de um debate sobre a intersecção de distintos motivos de discriminação e seus efeitos, compreender como raça, classe, gênero ampliam ou agravam a discriminação.

---

<sup>383</sup> Ronconi, L. M. (2019). Repensando el principio de igualdad: alcances de la igualdad real. (Instituto Tecnológico Autonomo de México, Ed.) *Isonomía*(49), p.126

<sup>384</sup> Silva, R. d. (2016). *Discriminação múltipla como discriminação interseccional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.p.3

<sup>385</sup> Sant'anna Vaz, L., & Ramos, C. (2021) afirmam que já na década de 80, o pensamento feminista brasileiro, já trabalhava a noção da interseccionalidade, ainda que não com este nome, inicialmente articulando-se questões de raça e classe e só muito mais tarde questões de genero, como o importante trabalho de Lélia Gonzalez, que inspirou Angela Davis, *Racismo e Sexismo na Cultura Brasileira* (1984).

A constitucionalista portuguesa também destaca que a compreensão da interseccionalidade pode melhorar a eficiência de políticas públicas cujas estratégias para combater a discriminações não tem efeitos que atinjam a todos os seus destinatários igualmente, ou as vezes até agravam os problemas que visava combater por discriminações em razão da raça ou grupo étnico racial, religião ou idade<sup>386387</sup>. Já Silva(2016) estabelece como centro de suas preocupações se a interpretação das discriminações múltiplas, incluída a interseccional, deve se dar na perspectiva qualitativa ou de forma quantitativa.<sup>388</sup>

A origem do termo interseccionalidade, criado em 1989, pela jurista negra estadunidense, Kimberlé Crenshaw enfatizou como os fenômenos do racismo e sexismo costumam se sobrepor evidenciando a subordinação de mulheres negras<sup>389</sup> e a insuficiência das perspectivas de igualdade

---

<sup>386</sup> Canotilho, M. R. (2017). *El principio de Igualdad en el Derecho Constitucional Europeo*. Navarra: Editora Thomson Reuters Aranzadi.

<sup>387</sup> No Brasil isto se verificou em diversas pesquisas sobre a efetividade da lei criada para coibir violência doméstica e familiar contra a mulher, conhecida por Lei Maria da Penha (Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006). Pesquisas sobre a efetividade da lei mostram que ela tem servido para diminuir a incidência da violência (negligência, discriminação, exploração, crueldade e opressão) sobre mulheres brancas, mas não tem surtido o mesmo efeito para a proteção de mulheres negras, o que compromete em muito as promessas da normativa protetora de defender mulheres em situação de violência. Cfr. INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). Avaliando a efetividade da Lei Maria da Penha. Brasília, 2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/a-efetividade-da-lei-maria-da-penha> Acesso em: 24 agosto 2024. » <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/a-efetividade-da-lei-maria-da-penha>

<sup>388</sup> Silva (2016) explica o que se trata concepção oriunda dos debates jurídicos da Comissão Europeia com base no amplo conceito de discriminação múltipla. Assim, o autor explica que chamam de discriminação aditiva ou discriminação composta quando uma causa de discriminação tem a soma de discriminações diferentes. Já a perspectiva qualitativa, não representa soma de critérios discriminatórios, mas uma nova variação de discriminação, que é o que de fato a discriminação interseccional representa. Silva, R. d. (2016). *Discriminação múltipla como discriminação interseccional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.p. 40

<sup>389</sup> A autora denunciou as falhas dos movimentos feministas e antirracistas de reconhecer e melhorar a experiência de mulheres negras, que sofrem os efeitos do racismo e do sexismo. Crenshaw escreve como a violência doméstica, o estupro e que sofrem toda sorte de violência. Crenshaw denuncia a insuficiência da proteção jurídica de mulheres negras espancadas e estupradas. Também se insurge o artigo, contra os discursos que permitiram a proteção e prevenção de abuso físico e estupros de mulheres brancas em detrimento de mulheres negras. Ver em Crenshaw, K. W. (1991). Mapping the Margins: Intesectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color. Em K. Crenshaw, N. Gotanda, G. Peller, & K. Thomas, *Critical Race Theory: the key writings that formed the movement* (pp. 357-383). New York: The New Press.

no caso<sup>390</sup> de discriminação racial e de gênero na contratação dos funcionários da General Motors (1976)<sup>391</sup>.

Crenshaw (1989) parte da análise da experiência de ser uma mulher negra para afirmar que as concepções de discriminação condicionam a pensar a subordinação num eixo categórico único o que, entretanto, obscurece reivindicações e reforça a marginalização dessas mulheres:

These problems of exclusion cannot be solved simply by including Black women within an already established analytical structure. Because the intersectional experience is greater than the sum of racism and sexism, any analysis that does not take intersectionality into account cannot sufficiently address the particular manner in which Black women are subordinated.<sup>392</sup>

Crenshaw (1989) na ocasião alertou que a “recusa do Tribunal de reconhecer que mulheres negras enfrentam discriminação combinada de raça e sexo implica que os limites da doutrina de discriminação de sexo e raça são definidos pelas experiências de mulheres brancas e homens negros.”<sup>393</sup> A jurista estadunidense cria uma metáfora para explicar a interseccionalidade como avenidas estruturadas em terrenos políticos, sociais e econômicos e que em vários momentos essas avenidas se encontrarão gerando formas específicas e originais de discriminação.

---

<sup>390</sup>Na ação movida, as cinco autoras, buscavam a determinação de que as políticas de demissão – última “contratação-primeira demissão” as discriminava como mulheres e negras, sendo, portanto, práticas discriminatórias passadas. A questão para a Corte era compreender se a autoras, buscavam a reparação pela discriminação racial ou para a discriminação baseada no sexo. As evidências apresentadas no julgamento revelaram que a GM não contratou mulheres negras antes da Lei dos Direitos Civis (1964) e que todas as mulheres negras contratadas após 1970 perderam seus empregos durante uma recessão subsequente. As petionárias argumentam que estão processando a GM em nome de mulheres negras e tenta combinar as duas causas de ação em uma nova subcategoria especial: uma subcategoria de discriminação racial baseada no sexo. O resultado foi a rejeição da causa, pelo Tribunal para afirmar a inexistência de um super-recurso que declarassem mulheres negras como autorizadas a combinar recursos legais. Decidiram inicialmente que a causa seria apreciada sob a investigação da ocorrência de uma discriminação racial, ou discriminação sexual, alternativamente, mas não combinadas. No mérito, o pleito autoral também foi considerado inconsistente, já que o Tribunal entendeu que não houve discriminação baseada em sexo, já que a General Motors contratou mulheres brancas durante o período que nenhuma mulher negra foi contratada. Também foi rejeitado os argumentos de discriminação racial, já que a GM conseguiu provar que não fazia discriminação racial, pois havia pessoas negras (todos homens) trabalhando na empresa. *DeGraffenreid v. GENERAL MOTORS ASSEMBLY DIV., ETC.*, 413 F. Supp. 142 (E.D. Mo. 1976). Justia Law. <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/413/142/1660699/> Acesso em 5 de agosto de 2024.

<sup>391</sup> *DeGraffenreid v. GENERAL MOTORS ASSEMBLY DIV., ETC.*, 413 F. Supp. 142 (E.D. Mo. 1976). Justia Law. <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/413/142/1660699/> Acesso em 5 de agosto de 2024

<sup>392</sup> Crenshaw, K. W. (1989). "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, feminist theory and antiracist politics. *The University of Chicago Legal Forum*, 8, pp. 139-167.

<sup>393</sup> Crenshaw, K. W. (1989). "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, feminist theory and antiracist politics. *The University of Chicago Legal Forum*, 8, p. 143.

Já Ronconi (2019) utiliza a metáfora da espiral de vulnerabilidade para explicar a discriminação interseccional: a vulnerabilidade é condição cumulativa, “a imagem da espiral indica que as causas da discriminação operam concomitantemente, interligadas, produzindo um efeito sinérgico”<sup>394</sup> e uma discriminação peculiar, que em nada tem de um somatório de discriminações, mas um fenômeno abrangente e por vezes até invisível.

E aqui também, mostra-se a lição da teoria de Nancy Fraser, atual e compatível, para demonstrar a necessidade de políticas abrangentes de medidas que erradiquem a desvantagem e vulnerabilidade de grupos, como de mulheres negras, afetadas por assimetrias que criam diferenças de status cultural e status material, como será visto a seguir no estudo das discriminações positivas.<sup>395</sup>

Silva (2016) informa que a concepção de discriminação interseccional, “é a experiência da discriminação como resultado da (1) intersecção de vários critérios identitários (que seriam vinculados a critérios proibidos de discriminação) em (2) estruturas de subordinação.”<sup>396</sup>

Sant'anna Vaz, L., & Ramos, C. (2021) formulam uma perspectiva da interseccionalidade como princípio constitucional aplicável ao direito brasileiro<sup>397</sup>. As autoras partem da teoria dworkiana

---

<sup>394</sup> Ronconi, L. M. (2019). Repensando el principio de igualdad: alcances de la igualdad real. (Instituto Tecnológico Autónomo de México, Ed.) *Isonomía*(49), pp. 103-140.p. 126-127

<sup>395</sup> Moreira (2020) assim explicita essa falta de reconhecimento e de redistribuição: “Deve-se ter em mente que a interseccionalidade possui um caráter estrutural e um caráter político. A ação conjunta de sistemas de opressão, como racismo e sexismo, impede que mulheres negras possam ter as mesmas chances de trabalho, porque esses sistemas de opressão também são responsáveis pela violência contra a mulher negra. A situação de mulheres negras vítimas de agressão física podem ser vistas como consequência da falta de oportunidades educacionais e profissionais, o que as coloca em uma situação de dependência econômica de companheiros abusivos. Assim, a noção de discriminação interseccional designa as formas como vetores específicos de discriminação confluem para formar uma vivência social particular construída a partir das formas como racismo e sexismo restringem simultaneamente as oportunidades de um grupo social. Deve-se ter em mente que essas formas interseccionais de opressão não são produzidas intencionalmente como se postula na concepção tradicional de discriminação. Muitas vezes são consequência de um tipo de opressão que interage com outras já existentes, produzindo assim a continuidade da exclusão.” Moreira, A. J. (2020). *Tratado de Direito Antidiscriminatório*. São Paulo : Editora Contracorrente. p. 419.

<sup>396</sup> Silva, R. d. (2016). *Discriminação múltipla como discriminação interseccional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. p. 73.

<sup>397</sup> As autoras fogem do conselho formulado por Collins (2019) quando adverte que trazer o debate da justiça social para a interseccionalidade é urgente, ainda que justiça social e interseccionalidade tenham laços enfraquecidos não há corrosão da interseccionalidade. Na visão de Collins (2019) embora o tópico da justiça social seja apropriado para análise interseccional, a autora estadunidense considera inapropriado a incorporação epistemológica das estruturas normativas da interseccionalidade à justiça social. A autora considera que acadêmicos que assim o fazem, supostamente, usam a justiça social como um princípio para orientar a investigação crítica da interseccionalidade e obscurecem a objetividade necessária para uma análise técnica forte. A autora alerta que como a justiça social tem

de princípios como porta moral do sistema jurídico para propor uma reaproximação dos conceitos de direito e justiça, como mandamento de otimização, representada por princípios, como auxiliares da construção de uma sociedade livre, justa, igualitária e com maior integração social fundada na fraternidade e contrária a qualquer forma de discriminação negativa.<sup>398</sup>

Sem aprofundarem o debate sobre a proporcionalidade, Sant'anna Vaz, L., & Ramos, C. (2021), as autoras questionam como o princípio que funciona como meta-norma pode no constitucionalismo contemporâneo que privilegia a ponderação, pode desconsiderar o passado colonial e escravagista brasileiro, sem atentar para o racismo histórico, sistêmico e institucional, que perpetuou a manutenção de privilégios e a subordinação e exclusão ao grupo de pessoas negras.

Sant'anna Vaz, L., & Ramos, C. (2021) denunciam o mito da imparcialidade diante dos dados sociais de desigualdades enfrentados por pessoas negras, que coloca a credibilidade da justiça em questão e, sugerem que a interseccionalidade também seja encarada como um postulado, ou meta-norma.

Assim como a proporcionalidade, a interseccionalidade deve ser acolhida como norma de 2º grau, que estabelece a estrutura de aplicação e prescreve modos de raciocínio e argumentação em relação a todos os subsistemas sociais, sobretudo ao Direito e à política. A interseccionalidade deve ser entendida, pois, como um princípio instrumental para a construção de uma justiça pluriversal.<sup>399</sup>

Como meta-norma, Sant'anna Vaz, L., & Ramos, C. (2021) apresentam as diretrizes para a utilização da interseccionalidade como um postulado, assim resumido: em primeiro plano, o intérprete precisa se compreender como integrante de um sistema não neutro, estruturado em opressões de raça, classe e gênero. O passo seguinte da metodologia da interseccionalidade, explicam as autoras,

engloba conhecimentos sobre o passado colonial brasileiro e seus impactos nos fenômenos de empoderamento/desempoderamento, igualdade/desigualdade, na sociedade atual[...], encastelado do seu lugar social de privilégio, a/o intérprete fica limitada/o a uma visão estreita de mundo, miope em relação às opressões que atingem grupos vulnerabilizados, portanto, o ponto de partida ou de observação da/o intérprete exerce influência sobre a amplitude de sua percepção em relação ao sujeito e aos fatos sob análise. Enfim,

---

sido tão fortemente implicada na ação política, o rigor acadêmico e objetividade da interseccionalidade seriam comprometidos ao se envolver com fins políticos específicos com redução da desigualdade ou reivindicação de princípios éticos específicos da justiça social

não acredita que a última deva incorporar em suas estruturas normativas a investigação interseccional, o que

<sup>398</sup> Sant'anna Vaz, L., & Ramos, C. (2021). *A justiça é uma mulher negra*. Belo Horizonte: Casa do Direito, p.292.

<sup>399</sup> Sant'anna Vaz, L., & Ramos, C. (2021). *A justiça é uma mulher negra*. Belo Horizonte: Casa do Direito. p. 294.

cada pessoa tem abaixo suas raízes, o que se aplica não apenas a quem julga, mas também a quem é julgada/o.<sup>400</sup>

O terceiro crivo é aquilo que Sant'anna Vaz, L., & Ramos(2021) chamam de ‘absorção’ de valores e princípios constitucionais, sejam eles explícitos ou implícitos e que sejam interpretados com o propósito de cumprir as promessas constitucionais de igualdade, justiça e solidariedade. E, finalmente a última etapa da metodica proposta pelas autoras identificada como interseccionalidade em sentido estrito, exige o exame das avenidas identitárias que se cruzam e vulneram os sujeitos envolvidos, é fase de identificação dos marcadores sociais (gênero, raça, orientação sexual, idade, deficiência) e sua interação com o bem jurídico tutelado, garantindo que o intérprete consiga aproximar o sistema de justiça do contexto da realidade socioracial da sociedade brasileira.

Já Silva (2016) assevera que a partir da inserção do conceito de discriminação múltipla nos tratados e declarações internacionais<sup>401</sup>, o Direito tem o problema da intersecção de critérios proibidos, assim como as circunstâncias de discriminação, a considerar<sup>402</sup>. O autor enfatiza que os questionamentos postos pela discriminação múltipla interseccional tem tratamento insuficiente na simples menção de preceitos proibitivos de proteção de categorias e que, a perspectiva quantitativa da discriminação aditiva também é insuficiente para a solução da discriminação interseccional, que exige um olhar qualitativo, consistente na análise contextualizada das estruturas de subordinação.<sup>403</sup>

---

<sup>400</sup> Ob. Cit. p. 295.

<sup>401</sup> Essa construção teve avanços e muitos retrocessos na jurisprudência de tribunais estadunidenses e de países europeus, que também englobaram casos submetidos a Corte Europeia de Justiça, minudentemente explicados por Silva (2016) que atribui a Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas o primeiro reconhecimento de discriminação múltipla no caso Sandra Lovelace v. Canadá (1981) a vítima e petionante perdeu seus status de pertença a uma tribo indígena por ter contraído matrimônio com um não indígena. O governo canadense a impediu de acessar os benefícios e políticas públicas destinados a indígenas. O Comitê reconheceu na ocasião a dupla discriminação (sexo em conjunto com a discriminação por etnia). *Pari passu* às demandas nos tribunais, o tema também começa a aparecer na produção legislativa, nas Cartas e Declarações de Direitos Humanos e em algumas legislações nacionais. Ver detalhes em Silva, R. d. (2016). *Discriminação múltipla como discriminação interseccional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. p. 26-38.

<sup>402</sup> Algumas problematizações importantes, porém, que não serão aprofundadas no presente trabalho, são as questões de superinclusão e subinclusão. Pelo primeiro, de acordo com Silva (2016) há prevalência de um fator discriminatório sobre os demais, já o segundo, há indivisibilidade da discriminação em algum grupo minoritário, “ocorre quando, na análise dos critérios proibidos de discriminação interseccional, determinadas situações discriminatórias são excluídas e não percebidas Nesse ponto, deixa-se de levar em consideração informações pertinentes para avaliar a existência de uma discriminação” (Silva, 2016, p.65)

<sup>403</sup> Silva, R. d. (2016). *Discriminação múltipla como discriminação interseccional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. p.53-55

#### 4.4.5. discriminação positiva ou ações afirmativas

Um dos maiores problemas do direito constitucional na atualidade é o de como dar efetividade aos direitos fundamentais. Na implementação desses direitos há sempre alguns grupos de indivíduos que, por razões diversas, não conseguem, pelo menos em um primeiro momento, ter esses direitos para si garantidos, sendo necessário que medidas sejam adotadas, para concretização dos direitos no contexto da realidade. No que diz respeito ao direito fundamental de igualdade substancial, a adoção de medidas positivas de discriminação tem sido uma estratégia adotada.<sup>404</sup>

A doutrina majoritária atribui a origem das ações afirmativas aos Estados Unidos da América. Já que aparece na *Executive Order 10.925*, a expressão “*affirmative action*” de iniciativa de John Kennedy, para o combate à discriminação racial e ampliação do trabalho e emprego aos negros.<sup>405</sup> Rios (2008) divide o desenvolvimento histórico das ações afirmativas nos EUA em duas etapas: a primeira fase das ações afirmativas consistente na proibição de discriminações e a segunda fase das ações afirmativas consistente na instituição de medidas especiais de combate à discriminação.<sup>406</sup>

Como dito alhures, a primeira fase foi motivada pela necessidade de proteção às discriminações raciais, principalmente nas relações trabalhistas, já que pessoas negras estavam submetidas a dificuldades de acesso ao trabalho ou de ascensão profissional, resultando em desigualdades econômicas, já que os empregos obtidos eram os de pior remuneração.

---

<sup>404</sup> O ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal afirma a imprescindibilidade do debate em torno das ações afirmativas. Primeiro, porque o debate centra atenções sobre o ignorado tema da situação social-econômica de pessoas de ascendência africana, que se trata da parcela que representa a maioria da população brasileira. Segundo porque aproxima do Direito Constitucional interno temática que é bem desenvolvida no Direito Internacional dos Direitos Humanos e no direito constitucional comparado. Ver em Gomes, J. B. (jul./set. de 2001). A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, 38, pp. 129-152. Acesso em 07 de setembro de 2024, disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/705>.

<sup>405</sup> Inicialmente foram previstas na Constituição da Índia de 1950, mas o desenvolvimento de sua notoriedade se deu a partir do direito estadunidense, na década de 1960, juntamente com o próprio florescimento dos Direitos Civis, consolidação das lutas por igualdade racial. Segundo Sant’Anna Vaz (2022) desde o final da Segunda Guerra Mundial, e a partir das reivindicações dos negros americanos, iniciou-se o desenvolvimento das premissas do Direito da Antidiscriminação, com a inclusão de políticas de igualdade que, hoje já ultrapassaram o debate racial, alcançando as características protegidas da orientação sexual, idade, deficiências e status social. (Ver em Sant’Anna Vaz, L. M. (2022). *Direito Fundamental à Igualdade Racial*. [tese de doutorado não publicada], Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito. Fonte: <http://hdl.handle.net/10451/57015> p. 211).

<sup>406</sup> Rios, R. R. (2008). *Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. p. 158.

Em razão disso, o esforço para o desenvolvimento de políticas afirmativas para revogar as práticas que impediam o acesso e ascensão no emprego de pessoas negras, com adoção de concepção *color-blindness* na legislação e nas práticas governamentais.

Rios (2008) recorda três marcos normativos dessa perspectiva: a Lei de Direitos Civis de 1964, a já mencionada ordem executiva do Presidente Kennedy e a Ordem Executiva 11.246 (1965) do Presidente Lyndon Johnson.<sup>407</sup> O autor explica que nessa fase, as ações afirmativas consistiram na criação de arcabouço normativo de proteção a discriminações e prevenção futura de atos discriminatórios com a previsão de medidas judiciais que garantissem a correção dos atos que deveriam ser adotadas pelos infratores. Com a revisão da lei dos direitos civis, em 1972, houve expressa previsão da possibilidade de determinação pelos tribunais de ações afirmativas, para proibir discriminações, principalmente a racial, circunscrita ao mercado de trabalho, e não permitia qualquer tratamento diferenciado de grupos, justificados pelas classificações suspeitas.

Já o ato executivo expedido pelo Presidente Lyndon Johnson mais abrangente proibia discriminações fundadas em raça, crença, ou na origem nacional também circunscrita ao acesso ao emprego, mas dirigida ao poder público federal e as empresas controladas ou vinculadas ao poder público.<sup>408</sup>

A primeira fase é coincidente com a perspectiva da antidiferenciação, ou de proteção da igualdade formal.

A segunda fase, diz Rios (2008) é a etapa em que as ações afirmativas passaram a constituir-se em instituições de medidas especiais. E portanto, coincidente com a adoção da perspectiva da antissubordinação e de proteção da igualdade material ou substancial.

Rios (2008) explica que a constatação da indigência em que viviam os negros estadunidenses, fez perceber que medidas de melhoria econômica e social se faziam necessárias, o que também marca a intervenção estatal na adoção de políticas e ações para a superação da pobreza através de medidas de proteção social, agora, não mais neutras racialmente, visto que as instituídas na primeira fase,

---

<sup>407</sup> Rios, R. R. (2008). *Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. p. 159.

<sup>408</sup> Rios, R. R. (2008). *Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. p. 161.

não alcançavam a finalidade de melhorar as condições socioeconômicas de pessoas negras.<sup>409</sup><sup>410</sup> Uma vez instituídas as ações afirmativas na legislatura daquele país ressalta-se que esta é uma das temáticas que está envolta em intenso debate no Direito da Antidiscriminação<sup>411</sup><sup>412</sup>.

Ação afirmativa é nominada por vezes como sinônimo de “cotas, tratamentos preferenciais, discriminação inversa, discriminação benigna”<sup>413</sup>. Já Gomes (2001) explica que a expressão discriminação positiva ou *discrimination positive* são mais usadas no direito europeu.<sup>414</sup> Já Filho (2013) atribui o termo diferencialismo-corretor ou diferencialismo-compensatório, expressões correntes no direito francês, para referir-se à ação afirmativa no contexto francês, como “medidas corretoras que buscam apagar as diferenças injustificadas de tratamento, guardando harmonia total com o sistema universalista, que de fato não pode ignorar as discriminações de fato na sociedade”<sup>415</sup>

<sup>409</sup> Para uma visão mais completa de todas as legislações editadas no período com o intuito de melhorar as condições socioeconômicas de pessoas negras, ver Rios, R. R. (2008). *Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. p. 162-167.

<sup>410</sup> Iensue (2016) enumera que as principais iniciativas de igualdade aos americanos iniciam-se “pelas 14ª e 15ª Emendas constitucionais, que estabeleceram proteção igualitária e processo judicial justo e direito ao voto de pessoas negras, a criação da Comissão para Igualdade de Oportunidade no Emprego através da *Executive Order* 10.925”, na sequência a aprovação da primeira lei dos direitos civis, 1964, a ordem executiva 11.246. Ver em Iensue, G. (2016). *Ações Afirmativas, Eficiência e Justiça: Análise da legitimidade a partir do desenvolvimento como liberdade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p.239. Deixaremos de tratar neste capítulo da importância da atuação da Suprema Corte e outras decisões proferidas por tribunais americanos para o desenvolvimento histórico e consolidação das ações afirmativas dado que este não é o objetivo específico da pesquisa.

<sup>411</sup> Martínez, F. R., Neto, L., Leão, A., Carvalho, A., Ibañez, J. G., & Pedro, R. T. (2021). *Direito Antidiscriminatório*. Lisboa: AAFDL Editora. p. 85.

<sup>412</sup> No Brasil, muito se discutiu e ainda se debate, sobre a implementação de ações afirmativas voltadas para os segmentos de pessoas e grupos com histórico de vulnerabilidade. Uma das objeções é que a experiência norte americana construída de avanços e retrocessos na jurisprudência, aparece como referência dos objetores da medida. Ademais há a falta de consenso e a disputa científica e política em diversos outros saberes, não se tratando de debate circunscrito ao Direito, ver em Rios, 2008, p. 181-186, e as provocações na obra de Iensue, G. (2016). *Ações Afirmativas, Eficiência e Justiça: Análise da legitimidade a partir do desenvolvimento como liberdade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p.325, sobre se tratar de uma medida que acaba por beneficiar àqueles mais favorecidos da parcela a ser beneficiada pelas medidas no caso brasileiro.

<sup>413</sup> Rios, R. R. (2008). *Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. p.157. Outras denominações encontradas para o instituto: políticas compensatórias, discriminação compensatória ou discriminação protetiva, ver em Sant’Anna Vaz, L. M. (2022). *Direito Fundamental à Igualdade Racial*. [tese de doutorado não publicada], Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito. Fonte: <http://hdl.handle.net/10451/57015> p. 212.

<sup>414</sup> Gomes, J. B. (jul./set. de 2001). A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, 38, pp. 129-152. Acesso em 07 de setembro de 2024, disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/705>. p.130.

<sup>415</sup> Filho, E. T. (2013). *Combate à Discriminação Racial no Brasil e na França: estudo comparado da efetivação das ações afirmativas*. São Paulo: LTR. p.137-138.

Adota-se neste trabalho a expressão ações afirmativas, primeiro por ser a mais difundida, e tem sua origem na expressão *affirmative actions*, do direito norte americano. E em segundo, em razão do escopo do estabelecimento do tratamento diferenciado no caso, não ser negativo, ou pejorativo e tampouco ser uma contraposição a direitos de igualdade de categorias que não estejam sob desvantagem –conotação que carregam este sentido contido nas expressões discriminação inversa, discriminação benigna e tratamentos preferenciais.

Finalmente, considera-se que a expressão cota é insuficiente diante da abrangência de outras práticas e medidas que podem ser adotadas para que, se efetive direitos de igualdade substantiva, sendo as cotas, espécie do gênero de ações afirmativas.

Inicialmente as ações afirmativas foram criadas e desenvolvidas a partir da discriminação racial e, portanto, seu conceito nasce vinculado ao combate ao racismo, expandindo-se posteriormente para alcançar a discriminação de grupos étnicos e discriminação de gênero. Gomes (2001) atribui a adoção da igualdade substancial da igualdade a operacionalização das ações afirmativas<sup>416</sup>, Já Sousa (2018) filia-se a corrente que atribui a adoção de ações afirmativas como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>417</sup>. No direito estadunidense, tem-se que Fiss (2004) sustentou que anti-subordinação, ou o princípio de desvantagem do grupo, foi de fato oferecido em sua original formulação<sup>418</sup>, como uma forma de sustentar a prática de dar preferência aos negros na distribuição de oportunidades escassas.<sup>419</sup> Ao lado dos instrumentos repressivos, que coíbem a

---

<sup>416</sup> Gomes, J. B. (jul./set. de 2001). A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, 38, pp. 129-152. Acesso em 07 de setembro de 2024, disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/705>. p. 131

<sup>417</sup> Sousa, A. R. (2018). *Concurso Público e Ações Afirmativas: a reserva de cotas sociais como instrumento de concretização dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 98.

<sup>418</sup> Fiss, O. M. (1977). Groups and the Equal Protection Clause. Em Cohen, Marshall; Nagel, Thomas; Scanlon, Thomas. *Equality and Preferential Treatment*. (pp.84-154). New Jersey: Princeton University Press. Another Equality, atualização do texto que apresentou a perspectiva da antissubordinação, é uma resposta aos críticos, uma defesa das ações afirmativas e uma censura a Teoria Crítica da Raça e da *Critical legal Studies*.

<sup>419</sup> Fiss, O. (2004). Another Equality. *Issues in Legal Scholarship*, 2(1). <https://doi.org/10.2202/1539-8323.1051> Em que pese os argumentos doutrinários favoráveis do autor, no campo da revisão judicial de atos, programas e medidas, a constitucionalidade das ações afirmativas, na Suprema Corte Americana segue ainda hostilizada, como ocorrido em *STUDENTS FOR FAIR ADMISSIONS, INC. v. President and Fellows of Harvard College (Students for Fair Admissions, Inc. v. President and Fellows of Harvard College, 600 U.S. \_\_\_\_ (2023)*. No caso, a Suprema Corte considerou que os programas de admissão baseados em raça da Harvard College e da Universidade da Carolina do Norte duas faculdades violam a Cláusula de Proteção Igualitária da Décima Quarta Emenda. (*Students for Fair Admissions, Inc. V. President and Fellows of Harvard College, 600 U.S. \_\_\_\_ (2023)*). ([s.d.]). Justia Law. Acesso em 20 de maio de 2024, de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/600/20-1199/>). Com compreensão completamente oposta, a Suprema Corte Brasileira, na revisão judicial da adoção do programa de cotas, rejeitou a censura à adoção

prática de discriminação direta, injusta ou inaceitável através da sanção penal<sup>420</sup>, situa-se os instrumentos promocionais<sup>421</sup><sup>422</sup>, que estimulam a realização do direito à igualdade em sua perspectiva material, através das políticas compensatórias, reservas de vagas, ou seja, ambos os instrumentos, sancionatórios e promocionais buscam impulsionar a igualdade de modo a compensar as desvantagens fáticas existentes na sociedade.<sup>423</sup>

Há também os que atribuem às ações afirmativas um caráter instrumental do princípio de igualdade de oportunidades, principalmente quando se revela como medida essencial para evitar a perpetuação de “status quo discriminatório” de uma discriminação indireta, como garantia e

---

dos programas pelas universidades públicas (ADPF 186), e determinou ao legislador sua regulamentação (Lei 12.711/2012, que também teve sua constitucionalidade confirmada pelo STF), que hoje é positivada em nosso ordenamento, e destina 50% total das vagas permitindo o ingresso de alunos negros, indígenas, com deficiência e brancos em situação de vulnerabilidade social, cuja renda per capita familiar máxima seja um salário mínimo e que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.(Lei 14.723/2023).

<sup>420</sup> A Constituição brasileira de 1988 expressamente previu que lei infraconstitucional punirá discriminação que viole direitos e liberdades fundamentais, além disso a Carta brasileira erigiu o crime de racismo como imprescritível e inafiançável (art. 5º, XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, XLII a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei). No plano infraconstitucional a Lei nº 7.711/6, de 5 de janeiro de 1989, pune os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

<sup>421</sup> Também previstos na Constituição Federal de 1988, a exemplo do direito social dos trabalhadores consistente na proteção da mulher no mercado de trabalho (art. 7º, XX, proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;) ou por exemplo a previsão constitucional de reserva de vagas a pessoas com deficiência nos empregos e cargos públicos (art. 37, VIII). No âmbito infraconstitucional encontramos instrumentos promocionais, contendo programas de sensibilização e conscientização, medidas de incentivo, metas e institutos de discriminação positiva, nas seguintes legislações brasileiras: Lei Federal nº 12.228/2010 (que institui o Estatuto da Igualdade Racial); Lei Federal nº 11.096/2005 (que institui o Programa Universidade para Todos com previsão de bolsas de estudo integrais e parciais, para graduação em instituições privadas de ensino superior); Lei nº 12.711/2012 (que reserva 50% das vagas em instituições federais de ensino superior, para estudantes (brancos, negros, indígenas, quilombolas ou com deficiência) que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas; Lei nº 12.990/2014 (reserva a pessoas negras 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública, das autarquias, fundações públicas, empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União). Some-se que cada entidade federativa, leia-se os Estados e Municípios também estão autorizados a estabelecer seus mecanismos de proteção do princípio da igualdade dentro da repartição de poderes feito pela Constituição na sua esfera de competências, peculiaridade da forma federalista brasileira.

<sup>422</sup> Programas de incentivo e metas no sistema português ver em Portugal. Diário da República. (14 de agosto de 2023). *Resolução do Conselho de Ministros n.º 61/2018, com as alterações introduzidas por Resolução do Conselho de Ministros 92/2023: Estratégia Nacional para a Igualdade e Não Discriminação 2018-2030*. Acesso em 15 de set. de 2024, disponível em Diário da República: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/resolucao-conselho-ministros/2018-219990677>.

<sup>423</sup> Ferreira dos Santos, C. (2022). *O Direito à Igualdade: uma visão geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p.201-203.

promoção de igual participação de todos no processo democrático e na igual liberdade de escolha, sendo assim, o instituto das ações afirmativas expressão e não exceção ao princípio da igualdade.<sup>424</sup>

Ronconi (2019) a partir de sua concepção de igualdade como antissubordinação propõe que para amenizar os casos de injustiça material e injustiça sistêmica ou social<sup>425</sup>, também exigem ações afirmativas, instrumento por excelência para alcançar igualdade de oportunidades já estabelecida em regulamentos constitucionais e convencionais. Ações afirmativas foram concebidas primeiro como ações reparadoras<sup>426</sup> e como ações transformadoras<sup>427</sup>, ambas temporárias e com

<sup>424</sup> Ver em Sant'Anna Vaz, L. M. (2022). *Direito Fundamental à Igualdade Racial*. [tese de doutorado não publicada], Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito. Fonte: <http://hdl.handle.net/10451/57015>, p.210;p.214.

<sup>425</sup> Ronconi, L. M. (2019). Repensando el principio de igualdad: alcances de la igualdad real. (Instituto Tecnológico Autonomo de México, Ed.) *Isonomía*(49), p.131.

<sup>426</sup> Ronconi explica que as ações reparadoras implicam em tratamento preferencial dirigido a grupos com a finalidade de alcançar a igualdade real, que as pessoas possam gozar efetivamente dos direitos e bens em condições de igualdade e não somente no papel. A partir do reconhecimento de uma situação de desvantagem ou subordinação que um grupo se encontra adota-se medida para remedia-la. A autora exemplifica que é medida afirmativa reparadora as cotas de representação política de gênero ou as reservas de vagas nas universidades para afrodescendentes. “*Por un lado, podemos afirmar que las acciones reparadoras tienen como objetivo constituirse en una reparación por la subordinación histórica que han padecido ciertos grupos. Sería una especie de beneficio para compensar las opresiones sufridas en el pasado. Más allá de que este argumento no es adecuado a la posición que sostiene respecto de que la subordinación no tiene que ser histórica sino prolongada, existen serios problemas para llevar a cabo esa compensación. Básicamente, el problema es compensar a un grupo por la situación de discriminación histórica, cuando quizá los miembros actuales de ese grupo no hayan padecido tan fuerte la discriminación o la misma es mucho peor que hace unos años. De esta manera, la problemática consiste en determinar a los beneficiarios, el tiempo que debería durar la compensación, si debe ser solo simbólica o también económica, si es justificada en razón del grado de opresión padecido, entre otras. Así, el argumento de las acciones positivas reparadoras como reparación se torna insuficiente para su justificación*” (Ob. Cit. p. 132). Ronconi reconhece a insuficiência do argumento histórico como justificativa apenas para as ações afirmativas, a autora, também elenca como benefício e argumento favorável a ação afirmativa ou ação reparadora, a integração em diferentes aspectos da vida, como uma necessidade democrática ao permitir que todos os grupos se vejam representados em diferentes áreas, ou simplesmente o mandato constitucional de alcançar a igualdade de oportunidades para todos. E nesse sentido, é dever do Estado fornecer o maior grau de assistência possível para eliminar os efeitos tanto da discriminação passada, como da discriminação futura, diante da exigência de promover igualdade, este último argumento é vantajoso por desvencilhar a demonstração de uma histórica desvantagem ou a obrigação de sua prova. Cfr. em Ronconi, L. M. (2019). Repensando el principio de igualdad: alcances de la igualdad real. (Instituto Tecnológico Autonomo de México, Ed.) *Isonomía*(49), p.132.

<sup>427</sup> As ações positivas transformadoras, na lição de Ronconi, se justificam diante da insuficiência das medidas positivas reparadoras. Uma das dificuldades que tem surgido na fiscalização de políticas de inclusão como cotas em concursos público para acesso de cargos ou empregos públicos para pessoas negras é se apesar de estabelecido determinado número de vagas reservadas para a ação corretiva, não existe pessoa adequada entre os candidatos favorecidos com a medida. Sem aqui adentrar no mérito da verificação de que os concursos para preenchimento de cargos no poder judiciário e no Ministério Público, no contexto brasileiro, tem se válido muitas vezes de regras editais neutras cujo impacto sobre os candidatos cotistas tem se mostrado desproporcionalmente negativos, excluindo-os da disputa e permitindo a não realização da política de inclusão, já que uma vez não preenchidas integralmente as vagas reservadas, estas serão revertidas aos aprovados não visados pela ação afirmativa. Sobre as barreiras à verdadeira inclusão, recomenda-se pesquisa que teve oportunidade de participar sobre a eficácia das políticas de cotas nos concurso públicos para membros do Ministério Público Brasileiro: Santos, A. R. dos, Santos, C. A. C., Sousa, I. C. S., Sousa, K. C. da S., Vaz, L. S., Oliveira, R. A. de, Santos, S. M. dos, Reis, T. F. dos, & Machado, V. (2021). Para além dos editais: Cotas raciais no Ministério Público brasileiro. <http://www.ipea.gov.br>.

implicações sobre a própria igualdade real de oportunidades que se pretende alcançar na dimensão da igualdade como antisubordinação.

De maneira geral, é correto afirmar que a ação afirmativa surge de um contexto que busca acabar ou mitigar os efeitos da discriminação (discriminação indireta). E pode ser conceituada como gênero de um conjunto de medidas com o propósito de superar as desigualdades de natureza social, econômico, gênero ou étnicas-raciais, ao implementar ferramentas que reduzam os obstáculos para garantia de igualdade de oportunidades<sup>428</sup>. Ou dito de outra maneira,

Ações afirmativas são políticas públicas cujo objetivo é garantir a igualdade entre os membros de determinada sociedade, inserindo aqueles grupos marginalizados por questões de preconceitos ou de qualquer situação discriminatória, de modo a favorecer o exercício pleno da cidadania e o acesso aos direitos inerentes a todos os seres pertencentes à comunidade.<sup>429</sup>

Já Gomes (2001) as define:

As ações afirmativas se definem como políticas públicas (e privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física. Na sua compreensão, a igualdade deixa de ser simplesmente um

---

<https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/11066>. Assim, na busca de apresentar um modelo de ações positivas que verdadeiramente atenda os ditames de inclusão, Ronconi apresenta a noção de ações transformadoras ou transformativas, que não se contentam com o resultado, mas com a almeja ver e modificar a situação estrutural que impede que o grupo alcance os resultados esperados. “*Las acciones reparadoras buscan que ciertos individuos accedan a posiciones socialmente relevantes. Por esto, muchas veces las acciones positivas reparadoras se tornan insuficientes si no son miradas desde una concepción estructural, que requiere no solamente erradicar una situación particular (que una mujer ocupe cierto cargo en política, por ejemplo) sino dismantelar situaciones más complejas que impiden a las personas llegar a ese lugar, dando como resultado situaciones donde ninguna persona perteneciente al grupo que se busca beneficiar puede alcanzarlo. Las acciones reparadoras intentan poner a los miembros del grupo en un cierto lugar (resultado) pero no erradicar el problema de fondo por el cual no pueden llegar ahí si no existiera el sistema de cuotas (proceso que produce la desigualdad)*” (Ob. Cit. p. 133-134). As ações transformadoras são mais adequadas para pôr fim a desigualdades estruturais e nesse sentido de almejar alcançar a igualdade real: “*Esta concepción más exigente de igualdad implica entonces no solo que el Estado debe generar las condiciones para garantizar que ciertos grupos alcancen determinados lugares sino que debe transformar todas las prácticas e instituciones, entre otras, que aún persisten y que continúan produciendo la situación de desigualdad. Implica entonces una mirada hacia lo que viene del pasado (desarmar para que no vuelva a pasar) y otra hacia el futuro (transformar) y para eso los cambios deben ser profundos, y radicales, sobre las distintas instituciones —y sectores— existentes (familia, escuela, medios masivos, Estado, y demás instituciones sociales)*” veja em Ronconi, L. M. (2019). Repensando el principio de igualdad: alcances de la igualdad real. (Instituto Tecnológico Autonomo de México, Ed.) *Isonomía*(49), p. 134. Igualmente, Dimoulis fala que o fim de uma discriminação jurídica também fará desaparecer as práticas sociais e jurídicas de opressão e dominação, ver em Dimoulis, D. (2023). *Direito de igualdade: antidiscriminação, minorias sociais, remédios constitucionais* (2ª ed.). São Paulo: Almedina, p. 263.

<sup>428</sup> Sant’Anna Vaz, L. M. (2022). *Direito Fundamental à Igualdade Racial*. [tese de doutorado não publicada], Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito. Fonte: <http://hdl.handle.net/10451/57015>, p. 219;

<sup>429</sup> Silva, H. d. (2014). Ações afirmativas, cidadania e inclusão: políticas públicas compensatórias para reduzir as desigualdades. *RIDB*, 8, pp. 6207-6276. Fonte: [https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2014/08/2014\\_08\\_06207\\_06276.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2014/08/2014_08_06207_06276.pdf), p. 6214.

princípio jurídico a ser respeitado por todos, e passa a ser um objetivo constitucional a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade.<sup>430</sup>

Iensue (2016) adota um conceito amplo de ação afirmativa consistente em toda distinção instaurada com finalidade de reduzir uma situação de vulnerabilidade que seja consequência anterior de discriminação direta ou desigualdade, implementada por qualquer meio que garanta uma promoção ou favorecimento, anda que um tratamento diferenciado ou seletivo de seus beneficiários.<sup>431</sup> E Clève (2016)

Afirmativas, portanto, são chamadas as ações e políticas públicas implementadas para efetivação do princípio constitucional da igualdade. Este, um dos pilares da democracia moderna, substancia direito fundamental, princípio, objetivo e elemento nuclear da reserva de justiça plasmada na Constituição Federal.<sup>432</sup>

Segundo Martinez (2021) as ações positivas visam o estabelecimento de igualdade de oportunidades, enquanto as discriminações positivas, possuem o escopo de alcançar uma igualdade de resultados. O autor enfatiza que a discriminação positiva produz tratamento jurídico pior a um ou mais membros do grupo majoritário (discriminação inversa), ao assumir regras de preferência consistente em cotas, aplicada em contextos específicos como ingressos em universidades, posto de trabalho, cargos de gestão e cargos eleitorais. Ao expressar suas reservas a discriminação positiva, a que chama de altamente suspeita, ele enumera as condições específicas capazes de legitimar o estabelecimento de política de preferência que pode causar danos ao grupo majoritário.<sup>433</sup>

---

<sup>430</sup> Gomes, J. B. (jul./set. de 2001). A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, 38, pp. 129-152. Acesso em 07 de setembro de 2024, disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/705> p. 132

<sup>431</sup> Iensue, G. (2016). *Ações Afirmativas, Eficiência e Justiça: Análise da legitimidade a partir do desenvolvimento como liberdade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 226

<sup>432</sup> Clève, C. M. (2016). Ações Afirmativas, Justiça e Igualdade. *Revista Digital de Direito Administrativo*, 3(3), Artigo 3. <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v3i3p542-557> p. 551.

<sup>433</sup> Entre as diferenças entre ações positivas e discriminações positivas enumeradas por Martinez (2021): “1°. *Las acciones positivas abarcan todas las facetas de la vida social. Los escenarios Sociales de la discriminación positiva son, sin embargo, muy limitados; en contextos de especial escasez de modo que ele beneficio a ciertas personas tiene como forzosa contrapartida un claro y visible perjuicio a otras. Los más relevantes son: plazas laborales (contratación de miembros de ciertas minorías étnicas, mujeres y discapacitados, así como acceso a los puestos directivos), ingreso en escuelas y universidades y lugares en listas electorales; 2°. las acciones positivas se dirigen a cualquier forma de discriminación social. Las discriminaciones positivas ni siquiera abrazan a todas las formas de discriminación en sentido estricto; sólo se han establecido para rasgos muy particulares de discriminación: la raza, el género y la discapacidad (y la edad en el caso de algunas cuotas electorales para jóvenes en algunos países americanos); 3°. Las discriminaciones positivas, en la medida en que pueden provocar un daño colateral concreto en personas de un grupo social mayoritario son excepcionales y, por ello, de interpretación estricta sujeta al principio de proporcionalidad. Las discriminaciones positivas son [...] una herramienta altamente sospechosa. Y por ello: a)*

Pelo que percebe, Martinez restringe a discriminação positiva apenas as cotas, que é uma percepção falha, já que não se restringe a essa modalidade exclusivamente. Entre as modalidades de ações afirmativas pode-se destacar além das cotas, a alocação de benefícios, desconsideração de regimes de antiguidade quando estabelece benefícios de promoção ou manutenção no emprego em favor de determinada categoria, e definição de distritos eleitorais visando o fortalecimento político da comunidade minoritária (Rios, 2008)<sup>434</sup>. Iensue (2016) encarta como ações afirmativas a adoção de critério de preferência na execução de dívidas ativas fiscais e o estabelecimento de preferencias creditícias em operações comerciais ou falimentares<sup>435</sup>

Já em Sant'Anna Vaz (2022) encontramos a seguinte enumeração de modalidades de ações afirmativas: programas de conscientização e sensibilização, medidas de incentivo, subvenções ou ajudas, totais ou parciais, clausulas de desempate e processos licitatórios. A autora destaca como modalidade de ações afirmativas as metas ou goals<sup>436</sup> e finalmente, a discriminação positiva: as cotas:

Ao mesmo tempo em que se configuram como forma de concretização do direito à igualdade, promovendo-a de forma interventiva –, as medidas de discriminação positiva podem resultar em conflitos latentes com o próprio direito à igualdade (direito à não discriminação), que fica lesionado quando a medida é injustificada. Nessa linha de entendimento, a discriminação positiva – também denominada por alguns autores de discriminação inversa deve ter como elementos definitórios: a) a criação de benefício ou vantagem em favor de indivíduos pertencentes a um grupo que é objeto de discriminação adversa; b) a conseqüente redução dos privilégios dos grupos hegemônicos; c) mais aproximação da igualdade de resultados (pontos de chegada) do que outras ações afirmativas, mais associadas à igualdade nos pontos de partida. Diante de suas especificidades, a discriminação positiva aplica-se a situações pontuais envolvendo disputa por bens escassos, associadas à concreta subrepresentatividade da minoria beneficiária, com vista a atenuar os efeitos negativos atuais de discriminações adversas institucional e estruturalmente disseminadas na sociedade. As medidas de discriminação positiva podem consistir no estabelecimento de determinado grau de preferência em processos seletivos para indivíduos pertencentes a certos grupos sociais, especialmente aqueles sub-representados nos

---

*Mientras que las medidas de acción positiva son deberes constitucionales impuestas a los poderes públicos e incluso a particulares, las cuotas son, estas sí, una excepción a la regla de la igualdad de trato, de modo que sólo cabe establecerlas en supuestos muy tasados y bajo ciertas condiciones; b) Las discriminaciones positivas deberán perseguir un interés general primordial; c) sólo podrá acudirse a ellas cuando no sea posible lograr el mismo objetivo a través de otros medios menos gravosos; d) La cuota deberá ser adecuada a la finalidad que persigue y proporcionada en cuanto su configuración. Cuanto más simétrica en relación con los grupos sociales afectados, mejor; e) La cuota ha de ser una medida temporal, de modo que deberá derogarse en cuanto se subsane la desigualdad que busca equilibrar; f) Las discriminaciones positivas en nuestro ordenamiento sólo podrán ser establecidas por ley.* Cfr. Martinez, F. R., Neto, L., Leão, A., Carvalho, A., Ibañez, J. G., & Pedro, R. T. (2021). *Direito Antidiscriminatório*. Lisboa: AAFDL Editora.

<sup>434</sup> Rios, R. R. (2008). *Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, p. 186.

<sup>435</sup> Iensue, G. (2016). *Ações Afirmativas, Eficiência e Justiça: Análise da legitimidade a partir do desenvolvimento como liberdade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 226

<sup>436</sup> Sant'Anna Vaz, L. M. (2022). *Direito Fundamental à Igualdade Racial*. [tese de doutorado não publicada], Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito. Fonte: <http://hdl.handle.net/10451/57015> p. 215-217

espaços de poder. Dita preferência pode se revestir na concessão de pontuação extra a tais indivíduos, que concorrem com todos os demais candidatos, ou mesmo na instituição de reserva ou cotas de vagas a serem ocupadas apenas por membros dos grupos minoritários<sup>437</sup>

Dentre as modalidades de discriminação positiva, Sant'Anna Vaz (2022) destaca a atribuição de pontuação extra a membros do grupo discriminado, regra de desempate que garante a preferência ao candidato pertencente à minoria beneficiária e o sistema de cotas.

O sistema de cotas é o tipo mais conhecido – e também o mais polêmico – de ações afirmativas. Constitui-se como mecanismo de reserva de vagas para determinados grupos vulnerabilizados, com fundamento na sua marginalização ou escassez de oportunidades quando em comparação com outros grupos. Aplicam-se para casos especiais de discriminação, notadamente aquelas que envolvem características imutáveis dos indivíduos, como a raça e o sexo. Sua aplicação mais usual tem sido adotada na área eleitoral – por meio das chamadas cotas eleitorais, que reservam vagas a cargos eletivos para candidatas do sexo feminino –, no mercado de trabalho – com percentuais de vagas reservadas em concursos públicos para pessoas negras, mulheres e pessoas com deficiência) e no acesso ao ensino superior – por meio de cotas raciais e/ou sociais. A expressão políticas de reservas (reservation policies) foi empregada originariamente na Índia, tendo sempre sido compreendida, no contexto indiano, como reserva de assento ou posições, em determinada instituição ou ocupação, para membros de grupos subrepresentados em tais esferas. Não se devem confundir tais medidas de tratamento preferencial com o sistema de cotas, enquanto modalidades de ações positivas. As políticas de reservas supõem uma situação de semelhança entre dois sujeitos no ponto de partida, sendo que um deles goza de favorecimento em virtude de sua pertença a um grupo minoritário. O sistema de cotas, por sua vez, consiste na concessão de tratamento diferenciado àquele que se encontra, à partida, numa situação de desvantagem e que, em regra, não obteria o posto almejado se não fosse beneficiado pela medida.<sup>438</sup>

Do esclarecimento dos elementos caracterizadores das ações afirmativas emergem a sua legitimidade. Três elementos, são imprescindíveis para a caracterização das políticas de afirmação: *discrímén*, proporcionalidade e a temporariedade<sup>439</sup>.

O primeiro elemento é o que o distingue de uma distinção entre ação afirmativa e, portanto, legítima de um *discrímén* odioso. Evidencia que a justificativa, fundamento da distinção, permita

<sup>437</sup> Sant'Anna Vaz, L. M. (2022). *Direito Fundamental à Igualdade Racial*. [tese de doutorado não publicada], Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito. Fonte: <http://hdl.handle.net/10451/57015>, p. 218.

<sup>438</sup> Sant'Anna Vaz, L. M. (2022). *Direito Fundamental à Igualdade Racial*. [tese de doutorado não publicada], Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito. Fonte: <http://hdl.handle.net/10451/57015> p. 219.

<sup>439</sup> Iensue (2016) enumerou três características, enquanto Sant'Anna Vaz, considera como condições que deverão ser avaliadas no controle dessas políticas ou medidas de tratamento diferenciador: 1) eleição de características ou especificidades relevantes como critérios de diferenciação, 2) pertinência da correlação entre fator de discriminação e a ação afirmativa; 3) idoneidade do mecanismo implementado, quando relacionado à finalidade da ação afirmativa, 4) observância da proporcionalidade no que tange à representatividade dos grupos minoritários, 5) combate às desigualdades verificadas no presente e 6) harmonia entre a ação afirmativa e os valores absorvidos pela ordem constitucional. Ver em Sant'Anna Vaz, L. M. (2022). *Direito Fundamental à Igualdade Racial*. [tese de doutorado não publicada], Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito. Fonte: <http://hdl.handle.net/10451/57015>, p. 225-229.

a perseguição de fins legítimos, qual seja a superação de situação de vulnerabilidade, originada por desigualdade injustificada ou de discriminação passada ou presente.

Iensue (2016) destaca que o segundo crivo para a “distinção da discriminação positiva ou ação afirmativa também passa pela proporcionalidade, na medida da proibição do excesso, da medida adotada em relação à finalidade pretendida aos demais valores sacrificados”<sup>440</sup> como decorrência da máxima aristotélica de “*igualdade é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade*”. O que torna uma discriminação positiva em negativa é o status de um *discrîmen* para tutelar uma finalidade juridicamente idônea traduzir-se em privilégio hostil.

Por fim, e, talvez o mais necessário, o requisito da temporariedade, a medida não deve se protrair no tempo, de forma a perder o sentido de compensar ou reparar grupos em desvantagem social a criar um privilégio em detrimento dos outros cidadãos que não estão no escopo da medida. Isso, segundo Iensue (2016) e Sant’Anna Vaz (2022) decorre da própria origem das medidas. Políticas afirmativas surgiram para mitigar desvantagens originárias do passado ou presente em razão de discriminação, cujo impacto desproporcionado, causou uma circunstância situacional de desigualdade econômica, cultural ou política.

Essa característica ínsita o estabelecimento de mecanismo eficaz de acompanhamento e medição da eficiência da medida a fim de responder se a idoneidade da medida permanece necessária, pois a desvantagem de grupo é tão agravada que pede a renovação da política de ação afirmativa ou se superada a desvantagem do grupo, deixa de existir a finalidade, o escopo ou propósito pelo qual o legislador estabeleceu a distinção, devendo ser cessada, sob pena de excesso ou abuso na afetação do direito de igualdade e assim, ser desproporcional e inidônea.

---

<sup>440</sup> Ob. Cit. p.233.

## CONCLUSÃO

Concluimos que nem toda distinção, discriminação, diferenciação se traduz em uma restrição ao princípio da igualdade. O cerne do problema normativo constitucional que nos interessa é saber quando essa distinção é legítima aos olhos do guardião constitucional e quando é ilegítima e, portanto, inválida. A essa pergunta é que se tentou na presente investigação produzir alguma resposta.

A discriminação direta, importa em ausência de racionalidade, com arbitrariedade e intencionalidade de prejudicar, fundada em preconceitos e estereótipos, visto que a desvantagem do tratamento, que lhe é elementar, importa em uma violação da justiça simétrica, comum a todas as pessoas, perante a lei, numa sociedade democrática. Viola, portanto, o princípio da igualdade formal. Já na discriminação indireta, a inconsciência da medida discriminatória, não é o que propriamente viola a igualdade, mas sim seus efeitos, que perpetuam ou agravam, desigualdades estruturadas de grupos de maneira desproporcionada. Viola, portanto, a igualdade substantiva ou material.

Se o direito de igualdade é uma promessa, de tratamento igualitário sob todas as leis, a investigação sobre as razões pelas quais as cláusulas de igual proteção das declarações e textos constitucionais não garantem igualdade real a todos.

É a dicotomia entre a igualdade formal e a exigência de igualdade substantiva, material, real, que trouxe o desenvolvimento de um novo e emergente direito: O Direito da Antidiscriminação ou da antidiscriminação é o compromisso com a força normativa da igualdade, uma igualdade que é carregada de sentido - da igualdade como não discriminação.

Para cumprir tal compromisso, o direito de não discriminação, precisa ser lido como um direito de igualdade real, superar a igualdade jurídica do pensamento liberal clássico, insuficiente diante de situações estruturais de discriminação, de apenas proscrever a discriminação em razão de classificações suspeitas.

Negros, mulheres, pessoas LGBTIQIAP+, imigrantes, idosos, pessoas com deficiência, ciganos, entre outros, estão em situação de desvantagem social, cultural e política, em razão das situações

de subordinação que se traduzem em desigualdades estruturais e institucionais, nos números da discriminação em políticas públicas, na negação de direitos. São estes que endereçam a sociedade aberta as exigências estruturais por ações positivas, restaurativas e transformadoras, amago da proposta de redistribuição, de reconhecimento e de paridade participativa de Nancy Fraser, como teoria normativa de justiça, adequada ao direito da antidiscriminação.

Mais que atender ideais de reparação histórica ou medidas de distribuição e de equiparação de oportunidades, a ideia de diversidade é a que se coaduna com o ideal de pós-modernidade, com o pluralismo e com o respeito à diferença.

Portanto, à insuficiência da interpretação do direito da não discriminação, como um direito de igualdade negativo, adicionam-se camadas de interpretação que determinam, que diante de uma desvantagem, um prejuízo subordinante, uma tal desvantagem de grupos, haja a proteção jurídica ao direito de igualdade como não discriminação.

O reclamo dessa igualdade que é o âmbito de proteção deste ramo emergente e necessário para proteção das pessoas que pertençam ou possuam alguma das características protegidas ( a proteção das minorias ou grupos subalternizados, marginalizados). A expressão que foi vista no direito britânico e na sua *Equality Act 2010* é a mais adequada às exigências positivas de não discriminação.

É a partir dessa compreensão que surgem novas possibilidades de pesquisa e intervenção social. Entender que as políticas e ações positivas, restaurativas e transformadoras não estão adstritas às políticas de cotas, que é uma das modalidades de ações afirmativas (discriminação positiva), devem ser eficientes e eficazes, reparadoras e transformativas o suficiente para cumprir o compromisso de igualdade como não discriminação e principalmente como não subordinação.

O acompanhamento, a pesquisa e a investigação qualitativa dessas medidas para concreção da igualdade constitucional substantiva são um horizonte a ser explorado em futuros estudos doutorais ou de correção e planejamento da atuação do Ministério Público, que na Constituição Brasileira de 1988 possui o desenho institucional de não somente ser garante da ordem jurídica, mas da própria Democracia, sem a qual não há igualdade e direitos fundamentais.

Esta outra concepção de igualdade, como não discriminação, tem sido chamada de igualdade real, uma outra concepção do direito da igualdade, mais robusto de sentidos e propósitos, mais adequado as constituições-programa ou dirigentes e capaz potencialmente de construir verdadeiramente uma sociedade livre, justa e solidária para todos.

## REFERÊNCIAS

- Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia, C. d. (2021). *Manual sobre a legislação antidiscriminação*. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia.
- Akotirene, C. (2018). *O que é interseccionalidade?* (Justificando, Ed.) Belo Horizonte: Letramento.
- Alexandrino, J. M. (2018). *Direitos Fundamentais* (2ª edição, revista e atualizada ed.). Cascais: Principia.
- Alexy, R. (2017). *Teoria dos Direitos Fundamentais* (2ª ed.). (V. A. Silva, Trad.) São Paulo: Malheiros Editores.
- Bahia, A., Eisaqui, D., & Barroso, H. (2020). *Democracia e direitos Fundamentais: reflexões críticas a partir da (in)tolerância*. Londrina: Thoth Editora.
- Barroso, L. R. (2015). *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo* (5ª ed.). São Paulo: Saraiva.
- Canadian Charter of Rights and Freedoms. (1982). *Consolidated federal laws of Canada, THE CONSTITUTION ACTS 1867 to 1982*. Fonte: Legislative Service Branch: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/const/FullText.html>
- Canas, V. (janeiro de 2014). Constituição prima facie: igualdade, proporcionalidade, confiança (aplicados ao corte de pensões). *e-Pública: Revista Eletrônica de Direito Público*, 1, pp. 01-49.
- Canas, V. (2019). *O princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos* (Reimpressão ed.). Coimbra: Edições Almedina.
- Canotilho, M. (2021). O princípio constitucional da proporcionalidade e o seu lugar na metódica constitucional: breves apontamentos a propósito da metáfora da balança. *Princípio da proporcionalidade - Textos do XIII Encontro de Professores de Direito Público* (pp. 11-24). Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Fonte: O princípio da proporcionalidade XIII Encontro de Professores de Direito Público: <https://hdl.handle.net/10316/95785>
- Canotilho, M. R. (2017). *El principio de Igualdad en el Derecho Constitucional Europeo*. Navarra: Editora Thomson Reuters Aranzadi.
- Cesario Alvim Gomes, J., & Fabris, L. (2021). Paradoxos do Direito à Igualdade: Discriminação, diferença e Identidade sob uma Perspectiva Crítica. Em *Direito Público -Dossiê Temático - Igualdade e Diferença* (97 ed., Vol. 18, pp. 566-603). Acesso em 12 de dezembro de 2023, disponível em <https://doi.org/10.11117/rdp.v18i97.5412>
- Chai, C. G. (2007). *Jurisdição Constitucional Concreta*. São Luís: Ampem Editora.
- Clérico, L. (2018). *Derechos y proporcionalidad: violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión Miradas locales, interamericanas y comparadas*. (P. E. Querétaro, Ed.) Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

- Clève, C. M. (2016). Ações Afirmativas, justiça e igualdade. *Revista Digital de Direito Administrativo*, 3, pp. 542-557. Fonte: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/115614/116692>
- Colker, R. (1986). Anti-Subordination Above All: Sex, Race, and Equal Protection. *New York University Law Review*, 61, pp. 1003-1066. Acesso em 09 de jun de 2024, disponível em <https://kb.osu.edu/server/api/core/bitstreams/05515eb3-876d-43f2-8f5d-91958fa1e531/content>
- Colombia. (s.d.). *Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad C-93/01*. Fonte: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-093-01.htm>
- Colombia. (s.d.). *Corte Constitucional. SU. 214/16*. Fonte: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/SU214-16.htm>
- Constituição da República Federativa do Brasil. (5 de outubro de 1988). *Brasília*. Fonte: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado).
- Constituição da República Federativa do Brasil. (5 de outubro de 1988). *Brasília*. Fonte: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)
- Constituição da República Portuguesa. (1976). *Lisboa*. Fonte: <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view>
- Constitution of The Republic of South Africa. (1996). Chapter 2: Bill of Rights. Em South African Government. Fonte: <https://www.gov.za/documents/constitution/chapter-2-bill-rights#9>
- Corbo, W. (2017). *Discriminação Indireta: conceito, fundamentos e uma proposta de enfrentamento à luz da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.
- Crenshaw, K. W. (1989). "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, feminist theory and antiracist politics. *The University of Chicago Legal Forum*, 8, pp. 139-167.
- Crenshaw, K. W. (1991). Mapping the Margins: Intesectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color. Em K. Crenshaw, N. Gotanda, G. Peller, & K. Thomas, *Critical Race Theory: the key writings that formed the movement* (pp. 357-383). New York: The New Press.
- Dahl, R. A. (2015). *A Constituição Norte-Americana é Democrática?* (V. Ribeiro, Trad.) Rio de Janeiro: FGV Editora.
- Dahl, R. A. (2016). *Sobre a Democracia* (2ª reimpressão ed.). (B. Sidou, Trad.) Brasília: Editora Universidade de Brasília.
- Dimoulis, D. (2023). *Direito de igualdade: antidiscriminação, minorias sociais, remédios constitucionais* (2ª ed.). São Paulo: Almedina.
- Donizetti, E., Garbin, R. B., & Oliveira, T. (2014). *Diversos Enfoques do Princípio da Igualdade*. Belo Horizonte: Editora Fórum.
- Dorf, M. C. (2002). A Partial Defense of an Anti-Discrimination Principle. *Issues in Legal Scholarship*, 2(1), p. 116. Acesso em 20 de junho de 2023, disponível em <https://scholarship.law.cornell.edu/facpub/116>

- Dray, G. M. (2016). *A Influência dos Estados Unidos da América na Afirmação do Princípio da Igualdade no Emprego nos Países da Lusofonia: a propósito dos 50 anos do Civil Rights Act of 1964* (reimpressão ed.). Coimbra: Edições Almedina.
- Driver, J. (2024). The Strange Career of Antisubordination. *The University of Chicago Law Review*, 91, pp. 651-731. Acesso em 20 de maio de 2024, disponível em <https://lawreview.uchicago.edu/print-archive/strange-career-antisubordination>
- Ely, J. H. (2010). *Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle de constitucionalidade*. (J. Lemos, & A. R. Freire, Trans.) São Paulo: WMF Martins Fontes.
- Ferrajoli, L. (2023). *Manifesto pela Igualdade*. (S. Cademartori, Trad.) Florianópolis: Emais Editora.
- Ferreira dos Santos, C. (2022). *O Direito à Igualdade: uma visão geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Filho, E. T. (2013). *Combate à Discriminação Racial no Brasil e na França: estudo comparado da efetivação das ações afirmativas*. São Paulo: LTR.
- Fiss, O. (2004). Another Equality. *Issues in Legal Scholarship*, 2(1). doi:<https://doi.org/10.2202/1539-8323.1051>
- Fiss, O. M. (1977). Groups and The Equal Protection Clause. Em M. Cohen, T. Nagel, & T. Scanlon, *Equality and Preferential treatment* (pp. 84-154). New Jersey: Princeton University Press.
- França, M., & Portela, A. (2023). *Números da discriminação racial: desenvolvimento humano, equidade e políticas públicas*. São Paulo: Editora Jandaíra.
- Fraser, N. (2003). Distorted Beyond All Recognition: A Rejoinder to Axel Honneth. Em N. Fraser, & A. Honneth, *Redistribution or recognition?: a political-philosophical exchange* (J. Golb, J. Ingram, & C. Wilke, Trans., pp. 198-236). London: Editora Verso.
- Fraser, N. (2003). Social justice in the age of identity politics: redistribution, recognition, and participation. Em N. Fraser, & A. Honneth, *Redistribution or recognition? A political philosophical exchange* (J. Golb, J. Ingram, & C. Wilke, Trans., pp. 7-94). London: Editora Verso.
- Fraser, N. (22 de janeiro de 2010). Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. ([online], Ed.) *Lua nova: Revista de Cultura e Política*, pp. 11-39. doi:<<https://doi.org/10.1590/S0102-64452009000200001>>
- Fraser, N. (2012). Uma réplica a Iris Young. *Revista Brasileira de Ciência Política*, pp. 215-221. Acesso em 28 de dezembro de 2023, disponível em <https://periodicos.unb.br/index.php/rbcp/article/view/1625>
- Fredman, S. (Julho de 2016). Substantive equality revisited. *International Journal of Constitutional Law*, 14(3), pp. 712-738. Acesso em 05 de julho de 2023, disponível em <https://doi.org/10.1093/icon/mow043>
- Fredman, S. (2022). *Discrimination Law* (3ª ed.). New York: Oxford University Press.
- Garcia, M. d. (2005). *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina.
- Gomes, J. B. (jul./set. de 2001). A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, 38, pp. 129-152. Acesso em 07 de setembro de 2024, disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/705>

- Government, S. A. (Ed.). (1996). *Constitution of The Republic of South Africa*. Acesso em 19 de julho de 2024, disponível em Chapter 2: Bill of Rights.
- Hellman, D. (2011). *When is discrimination wrong?* Cambridge: Havard University Press.
- Hellman, D., & Moreau, S. (2013). *Philosophical Foundations of Discrimination Law*. Oxford: Oxford University Press. Fonte: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199664313.001.0001>
- Iensue, G. (2016). *Ações Afirmativas, Eficiência e Justiça: Análise da legitimidade a partir do desenvolvimento como liberdade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). (2022). *Desigualdades Sociais por Cor ou Raça no Brasil (2ª ed.)*. (IBGE, Ed.) Rio de Janeiro.
- Latin American and Caribbean Economic Association. LACEA. (2023). *The status of the women in the economics profession in Latin America*. Acesso em 20 de outubro de 2023, disponível em [https://vox.lacea.org/?q=blog/welac\\_report\\_2022](https://vox.lacea.org/?q=blog/welac_report_2022)
- Lobo, B. N. (2016). *O Direito à Igualdade na Constituição Brasileira: Comentários ao Estatuto da Igualdade Racial e a Constitucionalidade das ações afirmativas na educação (2ª rev. e ampliada. ed.)*. Global South Press.
- Machete, P. (2007). *Estado de Direito Democrático e Administração Paritária*. Coimbra : Edições Almedina.
- Manus, A. R. (2020). A Fraserian Theory of anti-discrimination law. *International Journal of Discrimination and the Law*, 20(1), pp. 88-109. Fonte: <https://doi.org/10.1177/1358229120927909>
- Martinez, F. R., Neto, L., Leão, A., Carvalho, A., Ibañez, J. G., & Pedro, R. T. (2021). *Direito Antidiscriminatório*. Lisboa: AAFDL Editora.
- Maus, I. (novembro de 2000). Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". *Novos Estudos*(58), pp. 183-202.
- Mello, C. A. (2021). *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade (4ª ed.)*. São Paulo: Editora Malheiros.
- Miguel, F. J. (1985). El principio de igualdad: introducción a su análisis. *Sistema, Revista de Ciencias Sociales*,, 67, pp. 3-31. Acesso em 15 de setembro de 2022, disponível em [https://cv.uoc.edu/mat/03\\_001/Laporta1.htm](https://cv.uoc.edu/mat/03_001/Laporta1.htm)
- Miranda, J. (2018). *Direitos Fundamentais (2ª ed.)*. Coimbra: Edições Almedina.
- Moreira, A. J. (2017). *O que é discriminação?* Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito: Justificando.
- Moreira, A. J. (2019). *Pensando como um negro: ensaio de hermenêutica jurídica*. São Paulo: Editora Contracorrente.
- Moreira, A. J. (2020). *Tratado de Direito Antidiscriminatório*. São Paulo : Editora Contracorrente.
- Moreira, A. J. (2024). *Letramento Racial: uma proposta de reconstrução da democracia brasileira*. São Paulo: Editora Contracorrente.

- Mouffe, C. (19 y 20 de marzo de 1999). *Por una política de identidad democrática*. (Macba, Ed.) Acesso em 14 de janeiro de 2024, disponível em Antagonismes. casos d'estudi: [https://www.macba.cat/antagonismos/castellano/09\\_04.html](https://www.macba.cat/antagonismos/castellano/09_04.html)
- Neves, M. (2001). Justiça e diferença numa Sociedade Global Complexa. Em J. Souza, *Democracia hoje: Novos desafios para a teoria democrática contemporânea* (pp. 329-363). Brasília: Editora Universidade de Brasília.
- Novais, J. R. (2019). *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*. Coimbra: Edições Almedina.
- Novais, J. R. (2021). *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição* (3ª ed.). Lisboa: AAFDL.
- Ommati, J. E. (2004). *A igualdade no paradigma do Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. (1965). *Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*.
- Participation, E. (2010). *Equality Act*. Fonte: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/introduction>
- Pérez Luño, A. (2005). *Dimensiones de la Igualdad*. Madrid: Dykinson.
- Portugal. Diário da República. (14 de agosto de 2023). *Resolução do Conselho de Ministros n.º 61/2018, com as alterações introduzidas por Resolução do Conselho de Ministros 92/2023: Estratégia Nacional para a Igualdade e Não Discriminação 2018-2030*. Acesso em 15 de set. de 2024, disponível em Diário da República: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/resolucao-conselho-ministros/2018-219990677>
- Post, R. C. (2001). Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law. Em R. C. Post, K. A. Appiah, J. Butler, T. C. Grey, & R. B. Siegel, *Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law* (pp. 1- 53). Durham: Duke University Press.
- Pulido, C. B. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante ara el Legislador* (4ª ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Pulido, C. B. (2016). El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. Em J. M. Gómez, E. Corzo Sosa, & I. d. Jurídicas (Ed.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional* (pp. 51-74). México: UNAM . Acesso em 01 de setembro de 2024, disponível em <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/344/5.pdf>
- Rios, R. R. (2008). *Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora.
- Rocha, C. L. (1990). *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Editora Lê.
- Ronconi, L. M. (2019). Repensando el principio de igualdad: alcances de la igualdad real. (Instituto Tecnológico Autonomo de México, Ed.) *Isonomía*(49), pp. 103-140.
- Saba, R. (2016). *Más allá de la igualdad formal ante la ley: qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?* Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

- Sandra, F. (2022). *Discrimination Law* (3ª ed.). (K. (. FBA, Ed.) New York: Oxford University Press.
- Sant'Anna Vaz, L. M. (2022). *Direito Fundamental à Igualdade Racial*. [tese de doutoramento não publicada], Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito. Fonte: <http://hdl.handle.net/10451/57015>
- Sant'anna Vaz, L., & Ramos, C. (2021). *A justiça é uma mulher negra*. Belo Horizonte: Casa do Direito.
- Santos, S. M. (2021). *Apontamentos sobre o princípio da igualdade perante a lei como um princípio de não discriminação: cotas raciais em concursos públicos na lei brasileira nº 12.990/2014 e o Supremo Tribunal Federal*. Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito. Lisboa: não publicado.
- Santos, S. M. (2022). A teoria do reconhecimento de Nancy Fraser: uma ideia de Justiça para além da democracia racial. Em C. L. all., & A. N. Graciano (Ed.), *A defesa dos Direitos Humanos na visão de mulheres do Ministério Público* (1 ed., pp. 321-337). São Paulo: Tirant lo Blanch.
- Sarmiento, D. (2022). Igualdade constitucional: uma leitura. Em A. Cruz, D. Sarmiento, & R. Rios, *Desigualdade: o flagelo do Brasil* (pp. 10-50). Ribeirão Preto: Migalhas.
- Schnapper, E. (1982). Two categories of discriminatory intent. *Havard Civil Rights - Civil Liberties Law Review*, 17, pp. 31-59.
- Sen, A. (2015). *Identidade e violência: a ilusão do destino*. (I. Cultural, Ed., & J. A. Arantes, Trad.) São Paulo: Iluminuras.
- Siegel, R. (2004). Equality Talk: Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles Over Brown. *Faculty Scholarship Series*. Acesso em 03 de março de 2024, disponível em <https://openyls.law.yale.edu/handle/20.500.13051/297>
- Silva, H. d. (2014). Ações afirmativas, cidadania e inclusão: políticas públicas compensatórias para reduzir as desigualdades. *RIDB*, 8, pp. 6207-6276. Fonte: [https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2014/08/2014\\_08\\_06207\\_06276.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2014/08/2014_08_06207_06276.pdf)
- Silva, R. d. (2016). *Discriminação múltipla como discriminação interseccional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.
- Silva, V. A. (2021). *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo.
- Sousa, A. R. (2018). *Concurso Público e Ações Afirmativas: a reserva de cotas sociais como instrumento de concretização dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Souto, J. C. (2019). *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões* (3ª ed.). São Paulo: Editora Atlas.
- Spivak, G. G. (2010). *Pode o subalterno falar?* (S. G. Almeida, M. P. Feitosa, & A. Pereira, Trans.) Belo Horizonte: Editora UFMG.
- Taylor, C. (1994). The politics of recognition. Em C. Taylor, K. A. Appiah, J. Habermas, S. C. Rockefeller, M. Walzer, S. Wolf, & A. Gutmann, *Multiculturalism: examining the politics of recognition* (pp. 25-75). Princeton: Princeton University Press.
- Tocqueville, A. d. (1987). *A democracia na América* (3ª ed.). (N. R. Silva, Trad.) Belo Horizonte: Editora Itatiaia.

- Valdés J., J. D. (2015). ¿Qué Clase de Igualdad Reconoce el Tribunal Constitucional? *Revista Ius et Praxis*, 2, pp. 317-372.
- Vieira, O. V. (2017). Igualdade. Em O. Vieira, F. Scabin, & M. Feferbaum, *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudencia do STF* (2 ed., pp. 257-271). São Paulo: Editora Malheiros.
- Young, I. M. (1990). *Justice and the Politics of Difference*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press.
- Young, I. M. (2012). Categorias desajustadas: uma crítica a teoria dual de sistemas de Nancy Fraser. *Revista Brasileira de Ciência Política*, pp. 193-214. Acesso em 20 de dezembro de 2023, disponível em <https://periodicos.unb.br/index.php/rbcp/article/view/1622>