

**DISCRIMINAÇÃO
DIRETA
E
DISCRIMINAÇÃO
INDIRETA**

6

Examinaremos neste capítulo as duas manifestações da primeira geração de teorias de discriminação: a discriminação direta e a discriminação indireta. A primeira corresponde à compreensão comum desse termo dentro da cultura jurídica da maior parte das sociedades liberais: um ato discriminatório que envolve intencionalidade e arbitrariedade. Verificaremos que sua formulação teórica é bem mais complexa do que aquela apresentada por muitos juristas, atores que geralmente a compreendem apenas como um afastamento do dever de tratamento igualitário. Teremos a oportunidade de estudar outra teoria que demonstra de forma clara as limitações dessa primeira formulação da discriminação: a discriminação indireta.

Observaremos que os pressupostos da discriminação direta, embora relevantes para identificar práticas excludentes, não permitem um diagnóstico adequado da situação de muitos grupos sociais, já a discriminação indireta surge em um momento no qual os operadores do direito reconhecem o papel da complexidade das relações sociais no processo de interpretação da igualdade, o que torna problemática a afirmação de que atos discriminatórios acontecem apenas em função de motivações irracionais.

1. *Discriminação direta*

A movimentação política em torno da proteção dos direitos de grupos minoritários ao longo das últimas décadas teve um papel fundamental no avanço da igualdade em muitas sociedades contemporâneas. O constitucionalismo moderno estabeleceu o tratamento isonômico entre todas as pessoas perante as normas jurídicas, mas sistemas de exclusão social ainda permitem a discriminação sistemática de grupos minoritários. 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. A vedação legal de tratamento desvantajoso baseado nesses parâmetros

é o elemento central da noção de *discriminação direta*. Esse tipo de tratamento arbitrário possui um caráter comparativo: a identificação da discriminação direta exige que a demonstração de que uma pessoa não seria tratada de forma desvantajosa se fosse membro de um grupo semelhante. Parte-se então do pressuposto de que uma mulher como Tauana não seria impedida de ter acesso a uma promoção se ela fosse branca. A raça aparece como o elemento a partir do qual essas duas mulheres são comparadas e tratadas.¹³⁶

O conceito de igualdade jurídica entre os diferentes grupos está fundamentado no princípio de que pessoas igualmente situadas devem ser tratadas de forma igual. Esse ideal de justiça simétrica estabelece que um agente não pode tratar outro de forma desfavorável quando comparados a partir de um determinado critério moralmente e juridicamente irrelevante. A discriminação direta implica uma violação do princípio do dever do tratamento simétrico entre indivíduos, como também, geralmente, envolve o tratamento desvantajoso de grupos que possuem características que são socialmente salientes.¹³⁷ A discriminação direta dirige-se frequentemente a certas classes como minorias raciais e sexuais, categorias que são construídas culturalmente como pessoas de menor valor. O pertencimento a um determinado grupo passa a ter uma significação em diversos âmbitos da vida social, sendo razão frequente para a imposição de um tratamento desvantajoso.¹³⁸ Por esse motivo, as legislações de diversos países instituíram regras que não

136 FREDMAN, Sandra. *Op. cit.*, p. 166-167.

137 Ver nesse sentido: BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 9ª. Região, PR 21082-2008-11-9-0-6, Órgão Julgador: 4ª. Turma, Relator: Luiz Celso Napp, 09.11.2010 [considerando a dispensa de mulheres grávidas um ato de discriminação direta que viola direitos fundamentais]; BRASIL, Tribunal Regional Federal da 10ª. Região, Recurso Ordinário 930200501610007, Órgão Julgador: 1ª. Turma, Relatora: Elaine Machado Vasconcelos, 27.04.2007 [afirmando que programas de ações afirmativas não podem ser caracterizadas como discriminação direta porque essas medidas não têm a função de impor um tratamento desvantajoso a um determinado grupo racial].

138 Ver nesse sentido: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial No. 154.857, Órgão Julgador: 6ª. Turma, Relator: Luiz Vicente Cernichiaro, 26.10.1998 [afirmando que a exclusão de uma testemunha em função de sua orientação sexual constitui uma forma de discriminação incompatível com a ordem jurídica nacional]; BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª. Região, Apelação em Mandado de Segurança no. 16.366, Órgão Julgador: 2ª. Turma, Relator: Souza Prudente, 17.12.2014 [con-

permitted a eleição de certos elementos como critérios para tratamento diferenciado. Raça e sexo são exemplos mais comuns, sendo que a orientação sexual também adquiriu o mesmo *status* em tempos mais recentes.¹³⁹ Vemos então que o conceito de discriminação direta possui um caráter relativo porque está fundamentado em uma comparação entre pessoas, sendo que sua identificação depende da existência de um tratamento desfavorável de uma pessoa em relação a outra a partir de um determinado critério. O conceito parece sugerir que a solução para o problema depende da restauração da situação anterior ao ato discriminatório, o que possibilitaria a manutenção da justiça simétrica entre as partes envolvidas.¹⁴⁰

A discriminação direta tem também um caráter *interpessoal*, implicando assim um tratamento favorável ou desfavorável de uma pessoa em relação a outra, sendo ela baseada em estereótipos sociais sobre membros de um determinado grupo. Ela pode ocorrer quando estereótipos negativos e positivos atuam na mente das pessoas para determinar como um agente se relaciona nas suas interações sociais. Essas falsas generalizações motivam comportamentos discriminatórios que podem se expressar de formas distintas. Um agente pode evitar contato com um indivíduo particular, impedir que ele tenha acesso a uma oportunidade, garantir uma vantagem ou preferir se associar a outra pessoa por acreditar que ela faz parte de um grupo que supostamente possui uma característica socialmente valorizada. Aquele empregador que garante uma vaga de chefia a um homem o discrimina de forma positiva e comete uma discriminação negativa em relação a mulheres por acreditar que pessoas do sexo masculino possuem características ausentes no sexo feminino. Esse ato discriminatório tem como fundamento estereótipos sexuais sobre as qualidades de homens e mulheres, características que são construídas como aspecto natural dos sexos. Devemos ter em mente que a discriminação interpessoal não se restringe à ação daqueles que tratam indivíduos de forma desvantajosa. Ela pode assumir um caráter passivo, o que implica a omissão de uma pessoa em agir quando presencia atos discriminatórios. É o caso dos clientes que permanecem em um restaurante mesmo tendo visto uma pessoa negra ter sido impedida de entrar naquele estabelecimento. Isso

siderando ilegal a exclusão de um candidato a agente da polícia federal em função de sua suposta homossexualidade].

139 LIPPERT-RASMUSSEN, Kasper, *op. cit.*, p. 30-31.

140 FREDMAN, Sandra. *Op. cit.*, p. 168-169.

acontece porque eles também não querem manter contato social com minorias raciais.¹⁴¹

Sabemos que a discriminação direta implica as noções de intencionalidade e de arbitrariedade, mas estes não são seus únicos pressupostos. David Wasserman nos diz que a discriminação direta contém uma série de aspectos, sendo que cada um deles possui uma dimensão moral específica. A discriminação direta acontece quando uma pessoa deixa de tratar outra como um indivíduo, como uma pessoa que possui particularidades distintas de todas as outras. Isso significa que ele não é julgado a partir dos seus próprios méritos ou características. Esse tratamento arbitrário decorre de seu pertencimento a um grupo, onde o agente discriminador acredita que o discriminado é inferior a ele. O desprezo por membros de determinadas classes de pessoas baseado em estereótipos negativos motiva várias práticas que criam desvantagens sistêmicas para indivíduos em várias situações sociais.¹⁴² A intencionalidade e arbitrariedade são elementos particularmente importantes para a identificação da discriminação direta, sendo que muitos dizem ser eles os aspectos essenciais de atos discriminatórios.

A discriminação direta decorre de uma característica ou um *status*, sendo que o primeiro tem papel central na definição do segundo, o que motiva o tratamento menos favorável quando comparado a pessoas que não possuem aquele traço. Devemos insistir no aspecto relacional dessa forma de discriminação, porque ela é medida em comparação com pessoas que formam um grupo congêneres. Assim uma alegação de discriminação racial implica a consideração de como pessoas do grupo racial dominante seriam tratadas em situação semelhante. Em função desse caráter comparativo, a pessoa que busca remédio para sua situação precisa demonstrar de forma específica o parâmetro a partir do qual foi discriminada. Além disso, os que dizem ser discriminados também precisam determinar que o motivo da discriminação está baseado em um traço que pertence a um grupo ao qual eles pertencem. A mulher então precisa comprovar que sua exclusão do emprego se deu em função da gravidez, uma característica diretamente ligada às mulheres.¹⁴³

Lawrence Blum argumenta que parâmetros de proteção especial envolvem relações assimétricas entre grupos. Sabemos que a discriminação

141 FEACIN, Joe; VERA, Herman; BATUR, Pinar. *White racism: the basics*. Londres: Routledge, 2001. p. 67-69.

142 WASSERMAN, David, *op. cit.*, p. 806.

143 RONALDS, Chris; RAPER, Elizabeth, *op. cit.*, p. 32-35.

direta tem um caráter comparativo, ela também parte do pressuposto de que esses parâmetros são moralmente benignos, um dos motivos pelos quais não deveriam ser critério para discriminação. Mas embora grupos como negros e brancos, e homens e mulheres possuam equivalência moral, a mera comparação entre eles pode encobrir assimetrias significativas porque os membros desses grupos estão situados de forma estruturalmente desigual. Por esse motivo, não poderíamos classificar medidas que procuram promover a integração de minorias como discriminatórias porque negros e brancos não estão em uma situação de simetria absoluta. Assim, o uso desses parâmetros de proteção especial tem significações diferentes dependendo do contexto quando aplicado a diferentes grupos. A raça designa grupos que estão em uma situação assimétrica porque brancos não estão submetidos aos processos de subordinação que negros são vítimas.¹⁴⁴

Outro elemento da discriminação direta que precisa ser adequadamente examinado é o conceito de tratamento desfavorável, pois pode ter vários sentidos. Ele pode implicar, por exemplo, que alguma pessoa deixou de ter acesso a um benefício ou oportunidade que deveria estar disponível a ela. Isso implica então uma negação da igualdade moral de uma pessoa em função de uma característica ou *status*.¹⁴⁵ Deborah Hellman utiliza termos mais contundentes, porém importantes para caracterizar o sentido da expressão desfavorável. A discriminação é um ato que expressa desrespeito ou desprezo por outra pessoa, sendo que tal possibilidade ocorre em função de estereótipos negativos, mas também porque existem relações assimétricas de poder entre os grupos aos quais as pessoas envolvidas em um ato de discriminação pertencem. Por esse motivo, o tratamento desfavorável significa não apenas degradar, porque reproduz padrões sociais responsáveis pela subordinação dos membros de um grupo.¹⁴⁶

O conceito de discriminação direta aparece como a referência central do princípio antidiscriminatório: as pessoas não devem ser tratadas de forma injusta em função de características que não possuem relevância moral. Esse princípio serve para construir uma sociedade igualitária e

144 BLUM, Lawrence. Racial and other asymmetries. A problem for the protected categories framework for anti-discrimination thought. In: HELLMAN, D.; MOREAU, S. *Philosophical foundations of discrimination law*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 185-195.

145 RONALDS, Chris; RAPER, Elizabeth, *op. cit.*, p. 35-36.

146 HELLMAN, Deborah. *Op. cit.*, p. 34-35.

livre de estigmas que dificultam a afirmação da igualdade. Essa compreensão de discriminação permanece como a referência central no processo de decisão judicial, mas muitos elementos demonstram a sua incompletude. O foco no critério de comparação como evidência de discriminação denota o seu caráter procedimental: ela é uma violação do dever de tratamento simétrico entre as pessoas. Se por um lado ela permite a proteção de indivíduos que estão sendo excluídos a partir de fatores ilegais, ela também possibilita o questionamento da violação desse preceito da simetria por indivíduos contrários a políticas de caráter inclusivo que procuram proteger grupos e não indivíduos. O conceito de discriminação direta pressupõe que as pessoas são discriminadas a partir de um único vetor e também que a imposição de um tratamento desvantajoso requer a existência da intenção de discriminar. Portanto, considerações sobre o contexto social não devem ter relevância, uma vez que ela está focada na situação atual dos sujeitos sociais concretos. Além disso, essa perspectiva está baseada na premissa de que atores sociais sempre atuam racionalmente, a discriminação seria então um desvio desse padrão e, assim, só pode ser compreendida como um elemento comportamental. Portanto, ela não possui um aspecto coletivo, nem pode estar ligada ao funcionamento de instituições.

2. A Discriminação indireta

O tipo de tratamento discriminatório examinado na seção anterior designa o entendimento tradicional do conceito de discriminação. As pessoas são tratadas de forma diferenciada e desvantajosa por motivos que não podem ser juridicamente ou moralmente justificados. Portanto, essa forma de discriminação acontece quando o ideal igualitário que anima o conceito de justiça simétrica é desrespeitado. Mas, ao contrário do que se pensa, a exclusão social pode ocorrer mesmo na ausência objetiva da intenção de discriminar um indivíduo e também em situações nas quais não há a utilização de formas de diferenciação legalmente vedadas. Uma norma jurídica, política pública ou decisão institucional podem obedecer ao princípio da generalidade, não sendo dirigidas a nenhum grupo específico. Porém, a sua aplicação pode ter um efeito desproporcional sobre uma determinada classe de indivíduos, o que caracteriza a *discriminação indireta*. Uma norma dirigida à generalidade das pessoas, não fazendo, portanto, menção a quaisquer características pode ter efeitos discriminatórios. Ela afeta negativamente membros de um grupo porque atores públicos e privados não levam em consideração todos os efeitos que uma norma ou prática pode ter no *status social* de

diferentes segmentos. Por esse motivo, um ato que estabelece uma mesma consequência jurídica a todas as pessoas pode afetar grupos específicos que já sofrem as consequências de outras formas de exclusão.

O conceito de discriminação indireta surgiu na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, mais especificamente no caso *Griggs v. Duke Power*. Essa decisão discutia a constitucionalidade de uma norma que exigia o segundo grau e uma nota mínima em um teste de aptidão aplicado a todos os candidatos a emprego ou transferência entre os diferentes setores da fábrica. Embora as exigências fossem dirigidas a todas as pessoas, elas tinham um impacto negativo sobre negros em função das disparidades de acesso à educação existentes durante o período de segregação oficial que tinha deixado de vigorar poucos meses antes da adoção dessa medida. A norma reproduzia os mesmos padrões existentes durante o período de segregação: quase a totalidade dos candidatos que satisfaziam essa exigência eram brancos. Os juízes chegaram à conclusão que a ausência de motivação não impede a caracterização da discriminação quando a operação de uma norma também implica em um tratamento desvantajoso para alguém, mesmo que isso não represente uma intenção presente na norma jurídica.¹⁴⁷

Segundo Sandra Fredman, a discriminação indireta tem sido incorporada em vários documentos legais. Apesar das diferentes formulações, ela geralmente engloba três princípios. Primeiro, a norma ou prática em questão trata as pessoas de forma igual; ela é dirigida à generalidade dos indivíduos. Não há a presença clara de uma forma de *discrímén* que possa caracterizar uma motivação negativa, pelo menos não diretamente. Portanto, a discriminação indireta está marcada pela ausência da intencionalidade explícita de discriminar pessoas. Isso pode acontecer porque a norma ou prática não leva em consideração ou não pode prever de forma correta as consequências da norma. Mas isso também pode ser produto de uma intenção encoberta de discriminar membros de um determinado grupo. Então, algumas vezes, a norma jurídica não menciona diretamente uma característica de um determinado grupo, mas emprega um elemento que está fortemente associado a certos segmentos por razões sociais ou históricas. É o caso de normas ou práticas que utilizam a classe social, fato que pode afetar minorias raciais de forma desproporcional em função da marginalização econômica desses grupos.

147 ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 US 404 (1971).

Segundo, deve haver um impacto desproporcional em alguns grupos que já sofrem desvantagens. Esse impacto negativo aumenta o nível de opressão dos membros desse grupo, impedindo que eles possam atingir os mesmos propósitos que membros de outros grupos com os quais possam ser comparados. Se a discriminação direta geralmente expressa práticas discriminatórias contra indivíduos, a discriminação indireta tem um caráter coletivo, pois tem como pressuposto a identificação de formas que afetam grupos específicos como um todo. Assim, a avaliação da desvantagem requer uma análise de como pessoas de um determinado grupo está sendo impactado em relação a pessoas que pertencem a outro grupo com as quais elas possam ser comparadas.¹⁴⁸

Terceiro, deve-se levar em consideração se esse impacto desproporcional pode ser justificado tendo em vista os objetivos que a norma ou prática pretende alcançar. O fato que a norma estabelece uma mesma exigência ou a mesma consequência para todas as pessoas precisa então ser avaliado a partir da racionalidade que guarda com um propósito. Isso é necessário porque os elementos da norma ou prática podem ser dirigidos a todas as pessoas, mas elas podem expressar um objetivo de excluir grupos específicos.¹⁴⁹

David Wasserman observa as relações entre a discriminação direta e a indireta. Para ele, há uma linha de continuidade histórica entre as duas formas de discriminação. A discriminação indireta ocorre porque ela perpetua a situação de desvantagem social. Ela existe em função da tolerância de práticas discriminatórias dentro de uma sociedade. 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

148 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de descumprimento de preceito fundamental No. 291. Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator: Luis Roberto Barroso, 28.10.2015 [tornando ilegal artigo do Código Penal Militar supostamente referente a todos, mas que tinha um impacto negativo sobre homossexuais]; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª. Região, Recurso Especial em Apelação No. 2008.71.00.002546-2/RS, Relator: Elcio Pinheiro de Castro, 05.05.2010 [reconhecendo que ações afirmativas procuram eliminar as consequências da discriminação indireta que afeta minorias raciais, o que as impede de entrar nas instituições universitárias].

149 FREDMAN, Sandra. *Op. cit.*, p. 177-180.

a exclusão social em função das assimetrias de poder que persistem dentro de uma sociedade.¹⁵⁰

Se os conceitos de igualdade de oportunidades e de justiça simétrica nos ajudam a compreender a lógica de funcionamento da discriminação direta, as noções de igualdade de resultados e justiça distributiva oferecem elementos importantes para analisarmos o tipo de discriminação em questão. Parte-se do pressuposto de que a falta de uma representação balanceada dos diferentes segmentos sociais, por exemplo, na força de trabalho, pode significar que a discriminação indireta está operando. Acredita-se que os membros de diferentes segmentos sociais deveriam estar proporcionalmente representados nas várias esferas e ocupações em uma sociedade na qual o princípio da igualdade opera de forma adequada. Mas pode existir algum obstáculo ao alcance desse resultado, sinal de que algum procedimento impede o seu próprio alcance. Por estar associada à noção de igualdade de resultados, a verificação da discriminação indireta depende muitas vezes de demonstração estatística, elemento que um número significativo de tribunais brasileiros se recusa a reconhecer como prova de discriminação. Talvez a discrepância do número de empregados negros e brancos no banco mencionado no início deste livro não ocorra em função de discriminação institucional. Isso pode acontecer porque o acesso a esses postos aconteça pela indicação de outros funcionários, fator que tem um impacto negativo sobre negros porque a maioria dos funcionários são brancos de classe média, grupo que podem manter interações com negros, mas que convivem primordialmente com pessoas do mesmo grupo racial.¹⁵¹

150 WASSERMAN, David, *op. cit.*, p. 811.

151 FREDMAN, Sandra. *Op. cit.*, p. 177.