

CAPÍTULO 1

DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO: DEFINIÇÕES, PROPÓSITOS, ORIGENS, DESAFIOS

A igualdade ocupa um papel fundamental na arquitetura do constitucionalismo moderno. Sua proteção e promoção tem relevância central na lógica do funcionamento das democracias constitucionais, regimes políticos que têm como um de seus principais objetivos criar condições necessárias para que todas as pessoas tenham tratamento igualitário perante as normas jurídicas. Todos os indivíduos devem ser vistos como seres que possuem o mesmo valor moral, motivo pelo qual precisam ser considerados como atores sociais competentes, além de poderem participar do processo de deliberação política. Os membros de uma comunidade política democraticamente organizada são pessoas que merecem ter a igual dignidade jurídica reconhecida, um dos elementos principais da cultura moderna dos direitos humanos.²⁹ Entretanto, o alcance desse objetivo ainda se mantém distante para muitos segmentos das democracias liberais atuais. Todas as sociedades democráticas são permeadas por relações arbitrárias de poder que produzem a exclusão de grupos sociais. Estes não possuem o mesmo nível de respeitabilidade social ou segurança material desfrutado pela maioria daqueles que pertencem aos grupos dominantes. Muitas representações culturais e arranjos institucionais que privilegiam alguns e subordinam outros são criados e reproduzidos ao longo do tempo. Por esse motivo, os sistemas jurídicos modernos criaram diversas normas que procuram proteger indivíduos e grupos submetidos aos mais diversos tipos de tratamentos discriminatórios para que eles possam ter uma vida minimamente digna.³⁰

Essa realidade tem sido responsável por uma grande transformação dos sentidos do princípio da igualdade ao longo dos últimos dois séculos. Quase todas as sociedades democráticas promulgaram normas jurídicas que se articulam para formar um esquema protetivo contra essas discriminações, mas ele inclui ainda outros elementos muito relevantes. As decisões judiciais sobre a aplicação dessas normas a variadas situações de exclusão, a reflexão teórica sobre processos responsáveis pela subordinação, a

elaboração de novas perspectivas de interpretação da igualdade e a criação de mecanismos institucionais e políticas públicas destinadas à proteção de minorias e grupos vulneráveis são elementos que formam um campo jurídico que tem sido chamado de *Direito Antidiscriminatório*. Essa área precisa ser compreendida adequadamente porque ocupa um papel central na operação dos sistemas constitucionais contemporâneos. O estudo dela tem relevância significativa para a operação adequada de um regime político democrático, forma de organização social baseada no pressuposto da universalidade de direitos. Analisaremos neste capítulo os elementos principais desse campo de estudo, que ainda requer a devida sistematização, embora quase todos os seus elementos estejam presentes em nosso sistema jurídico.

1.1 Direito Antidiscriminatório: definições

Podemos definir o Direito Antidiscriminatório a partir de diferentes parâmetros. Ele pode ser visto, quanto à sua *natureza específica*, como um campo jurídico composto por uma série de normas que pretendem reduzir ou eliminar disparidades significativas entre grupos, um dos objetivos centrais dos textos constitucionais das sociedades democráticas. Essa meta pode ser alcançada por meio da criação de um sistema protetivo composto por normas legais e iniciativas governamentais destinadas a impedir a discriminação negativa, forma de tratamento desvantajoso intencional e arbitrário, e também por iniciativas públicas ou privadas destinadas a promover a discriminação positiva, ações voltadas para a integração social de minorias.³¹ Isso se torna necessário porque membros desses grupos enfrentam desvantagens estruturais decorrentes da existência de um ou mais sistemas de discriminação que operam paralelamente ao longo do tempo para produzir desigualdades que se transformam em diferenças de status duráveis entre classes de indivíduos.³² Esse campo pretende então estabelecer uma relação igualitária entre segmentos sociais, um objetivo do

constitucionalismo contemporâneo que só pode ser atingido a partir de mecanismos legais e políticos que procuram combater a discriminação. Assim, as normas que formam esse campo jurídico operam a partir da análise conjunta das relações estruturais entre dois elementos centrais: *a igualdade e a discriminação*. Ele constitui um estudo das normas que direta ou indiretamente são relevantes para a construção de um sistema protetivo, o que tem relevância em sociedades que, mesmo sendo reguladas por regimes democráticos, ainda estão estruturadas a partir de relações hierárquicas de poder entre seus diferentes segmentos. A igualdade preconizada na legislação desses países só pode ser alcançada com a identificação e a eliminação dos mecanismos que impedem o reconhecimento da igual humanidade das pessoas.³³

A construção desse sistema protetivo encontra fundamento em dois elementos centrais da cultura constitucional. Primeiro, leis antidiscriminatórias são meios a partir dos quais se alcança a racionalização do poder estatal: uma sociedade se torna democrática na medida em que o sistema jurídico está comprometido com a proteção das liberdades individuais, com os direitos sociais e também com práticas inclusivas. Se, por um lado, muitas instituições estatais estão frequentemente engajadas no tratamento desvantajoso e arbitrário de minorias, por outro, elas também podem promover a inclusão na medida em que operam de acordo com os princípios que permeiam a ordem constitucional, entre eles, a construção de uma democracia substantiva. A operação delas está necessariamente vinculada aos direitos fundamentais, aspecto que procura chegar ao objetivo central da cultura democrática: a proteção da igualdade e da liberdade de indivíduos e grupos.³⁴ Segundo, ele também está ancorado no claro programa de transformação social presente nos textos constitucionais transformadores de democracias atuais. Parte do pressuposto de que certos princípios democráticos básicos devem regular o espaço público e o espaço privado, notoriamente os princípios da dignidade humana e da cidadania

igualitária. O programa de transformação social presente nesse campo jurídico almeja a criação de uma sociedade igualitária, sociedade na qual membros de todos os grupos são reconhecidos como atores sociais competentes, como pessoas capazes de estabelecer e alcançar objetivos pessoais e coletivos.³⁵

A busca pela efetivação das diversas formas de igualdade contemplada nesse programa de transformação requer a anulação de mecanismos discriminatórios que mantêm grupos sociais em uma situação de desvantagem estrutural. Esse campo jurídico opera com uma pluralidade de sentidos de igualdade, pois deve reconhecer a diferença entre as situações e também a diversidade de pertencimentos que os indivíduos possuem. Se a igualdade procedimental pode ser relevante em certos contextos, a igualdade substantiva deve ser utilizada em outros. Pela mesma razão, devemos estar atentos ao fato de que a igualdade deve promover a igualdade de tratamento entre *indivíduos* em situações nas quais a igualdade de procedimento se torna relevante, mas esse princípio deve privilegiar a igualdade entre *grupos* quando se pretende promover a inclusão social. Se ele procura afirmar a igualdade *simétrica* entre as pessoas em certos contextos, deve estar preocupado em afirmar a igualdade de status entre grupos em outras situações.³⁶

Quanto ao seu status *jurídico*, podemos afirmar que esse ramo do Direito deve ser visto como um subsistema do Direito Constitucional, motivo pelo qual ele encontra sua fundamentação nos princípios fundadores da cultura jurídica moderna. Primeiro, estamos diante de um campo de estudo que ocupa papel fundamental na operação de uma concepção democrática do Estado de Direito, que pressupõe uma relação estrutural entre Direito e Democracia. Esse conceito jurídico e político encontra fundamento na noção de que uma das funções essenciais do ordenamento jurídico é a tutela dos direitos fundamentais. Se, por um lado, essa instância está marcada pelo princípio da difusão do poder, o poder político deve ser

exercido por diferentes esferas para que as liberdades individuais e sociais possam ter a melhor proteção, por outro, ela está também caracterizada pela diferenciação do poder, uma vez que se distingue de outras formas de poder em função do seu caráter especificamente jurídico. O princípio do Estado de Direito encontra fundamentação na inversão ocorrida no seio da modernidade a partir da qual a obrigação estatal da proteção dos direitos individuais assume prioridade em relação à obediência dos interesses dos que ocupam o poder político. O princípio do Estado de Direito tem então uma natureza constitutiva porque expressa a dimensão material, procedimental e formal da regulação do poder estatal. A organização da ordem política por meio de normas jurídicas indica uma forma de racionalização do poder político por meio de regras de procedimento, conteúdos substantivos e também formas de organização que devem sustentar o Estado. As normas antidiscriminatórias surgem dentro desse contexto como uma manifestação e um conteúdo de justiça em nome de todos os membros da comunidade políticas e em especial daqueles que se encontram em situações de vulnerabilidade ou que enfrentam tipos de exclusão social duradouros. Essa situação se mostra inteiramente incompatível com o um regime político centrado na igual consideração e respeito pelos membros da comunidade política. A dimensão moral e a dimensão política da igualdade operam como parâmetros para a atuação ética dos indivíduos e também para a ação das instituições estatais.³⁷

Segundo, o Estado de Direito assume uma forma específica que é a de uma democracia constitucional. Esse documento jurídico está construído no princípio da separação dos poderes, no princípio democrático, na centralidade da proteção dos direitos fundamentais, sendo que estes formam o núcleo dos sistemas jurídicos modernos. As normas de direitos fundamentais possuem um caráter axiológico devido à dimensão material que elas ocupam dentro das Constituições modernas. As normas constitucionais não apenas respeitam uma relação lógica em relação a

outras normas, mas determinam também a forma de operação de todas as outras que são inferiores. Além disso, há também a exigência da conformidade dos atos estatais com a legislação, principalmente com a exigência do tratamento igualitário entre os indivíduos. A responsabilidade estatal com esse princípio também determina que omissões podem configurar uma violação do princípio da constitucionalidade.³⁸

Terceiro, estamos diante de um campo jurídico que encontra fundamento no princípio da legalidade, preceito que ordena a vinculação dos poderes estatais às normas inscritas no sistema constitucional. Há uma clara correlação entre a noção de legalidade e a noção de democracia: as normas jurídicas são tidas como legítimas porque expressam a vontade popular e também porque são produto de um processo político deliberativo legítimo. A noção de legalidade possui uma relação constitutiva com a igualdade porque expressa a necessidade de que o processo de produção das normas observe o dever de que a legislação esteja de acordo com os direitos fundamentais. O princípio da legalidade está baseado na noção de que a legislação deve ser vista como o resultado do processo democrático, mas também que ela é a forma mais adequada para a regulação dos direitos fundamentais, um dos elementos do princípio da segurança jurídica.³⁹

Quarto, as reflexões sobre os temas da igualdade e da discriminação estão também baseadas na noção da responsabilidade estatal e de seus agentes sobre possíveis ações ou omissões que atentem contra os direitos fundamentais. O Direito Antidiscriminatório pressupõe a existência de um regime jurídico de responsabilidade estatal que implica a ideia da necessidade de reparação de danos causados aos indivíduos por ações intencionais ou omissivas que lhes tragam prejuízos. A responsabilidade objetiva dos agentes estatais opera como um elemento importante do sistema protetivo cujos elementos estamos delineando. Sua caracterização depende da comprovação de um nexo causal entre a ação estatal e um dano causado pelo indivíduo, ou seja, é necessário demonstrar que um ato

discriminatório estatal tenha causado um dano a uma pessoa ou grupo de pessoas. Essa responsabilidade também poderá ocorrer quando normas que são neutras impactam de forma desproporcional membros de grupos vulneráveis. O tema da responsabilidade estatal está, portanto, relacionado com o princípio da legalidade, a exigência de que a ação dos agentes estatais seja integralmente baseada na legislação.⁴⁰

Quinto, esse ramo do Direito estabelece o princípio da igualdade como um parâmetro de aplicação das normas estatais. A igualdade tem o status de uma norma estruturante porque prescreve condições e procedimentos que devem ser seguidos pelos poderes estatais. Por ser uma norma básica material, a igualdade opera como um parâmetro teleológico de ação estatal: instituições públicas devem procurar garantir o tratamento igualitário entre os membros da comunidade política. Vemos, pois, que o Direito Antidiscriminatório é um campo jurídico que encontra fundamento na proibição da discriminação negativa dos indivíduos, como também nas normas que expressam a opção política pela criação de uma sociedade fundada na justiça social.⁴¹ Embora seja um princípio jurídico entre outros, ele opera como pressuposto central de um sistema protetivo formado por várias outras normas constitucionais. Estas, por sua vez, devem direcionar a ação de atores públicos e privados, antes cuja atuação deve estar pautada por normas antidiscriminatórias, além de medidas destinadas à promoção da inclusão daqueles que enfrentam formas sistemáticas de exclusão social.⁴²

Sexto, o objetivo de promover a inclusão social de grupos marginalizados decorre não apenas das normas específicas desse campo de estudo, mas, principalmente, daquelas que expressam a racionalidade do paradigma filosófico adotado no texto constitucional, princípios que exprimem concepções de justiça, sentidos da igualdade, formas de democracia, além das várias funções das instituições estatais.⁴³ Estamos falando aqui dos princípios que estruturam o sistema jurídico e que legitimam então a criação do sistema protetivo previsto no texto

constitucional. Essas normas apresentam os parâmetros que devem organizar a moralidade pública dentro de uma sociedade democrática, sendo que essa moralidade está formada a partir dos preceitos do reconhecimento do mesmo valor de todas as pessoas e o dever de se tratar a todos com a mesma consideração, preceitos básicos do constitucionalismo moderno.

Quanto ao seu status *teórico*, esse campo jurídico incorpora uma série de reflexões sobre conteúdos tais como teorias de igualdade, critérios de tratamento diferenciado, mecanismos de discriminação, as funções e a interpretação das normas de direitos fundamentais no sistema constitucional, como também as relações entre igualdade e democracia. Podemos afirmar, tendo em vista esses temas, que ele compreende uma área de investigação necessariamente interdisciplinar. Por ser um campo jurídico que versa sobre as relações estruturais entre igualdade e discriminação, há uma necessidade de interlocução com outras áreas do saber que possam fornecer elementos sobre diversos mecanismos responsáveis pela reprodução da exclusão social, como também sobre medidas que possam promover a emancipação de minorias. Assim, ele compreende reflexões jurídicas, sociológicas, psicológicas, políticas e filosóficas sobre os diferentes tipos da igualdade, sobre as formas como esse princípio deve ser interpretado e aplicado. Além disso, constitui também um campo de reflexão teórica sobre a discriminação, o que pode ser compreendido genericamente como uma expressão de diversos mecanismos que direta ou indiretamente impactam de forma negativa grupos minoritários.⁴⁴ O imenso avanço das reflexões sobre esses dois temas nesse campo de estudo revela que esses conceitos possuem uma complexidade estrutural, o que exige uma análise que possa transcender a compreensão tradicional da igualdade como tratamento simétrico e da discriminação como tratamento arbitrário. Por esse motivo, devemos pensar o Direito Antidiscriminatório como uma disciplina em constante estado de mudança devido às transformações das

práticas adotadas para a preservação das relações hierárquicas de poder presentes nas sociedades liberais.⁴⁵

Quanto às suas *funções*, devemos classificar, primeiro, as normas antidiscriminatórias como ponto de partida para o processo de jurisdição constitucional. Elas englobam princípios que os tribunais devem utilizar para analisar a correspondência de atos e normas com os princípios que estruturam o sistema constitucional. As reflexões teóricas sobre esse tema cumprem um papel fundamental nesse processo porque oferecem parâmetros para que tribunais possam ter uma compreensão adequada do papel das normas antidiscriminatórias no sistema jurídico. O Direito Antidiscriminatório permite a articulação entre três temas importantes para a jurisdição constitucional: direitos fundamentais, legislação ordinária e democracia substantiva. Normas antidiscriminatórias informam medidas de integração que legitimam o sistema democrático ao permitirem um nível maior de igualdade entre membros e grupos da comunidade política. Elas operam como uma maneira de impedir ou mitigar a marginalização material e cultural que grupos vulneráveis enfrentam dentro de uma dada sociedade.⁴⁶

Esse campo jurídico também opera como um conjunto de princípios para a ação do Poder Legislativo e do Poder Executivo porque estabelece objetivos e prioridades para a ação estatal. A concepção de Estado presente no atual paradigma constitucional o compreende como um agente transformador, o que exige diversas ações estatais destinadas a promoção de medidas inclusivas. Mais do que referências para limites materiais para a formulação da legislação infraconstitucional, normas antidiscriminatórias devem ser vistas como preceitos que impõem obrigações positivas para instituições governamentais. Elas devem criar políticas públicas tendo em vista a lógica dos direitos fundamentais, bem como dos princípios que regulam nosso sistema jurídico. Ao lado disso, devemos também mencionar o papel que estudos acadêmicos sobre esse campo têm na elaboração e

operacionalização de políticas públicas destinadas a promover a inclusão de grupos minoritários.⁴⁷

Quanto aos seus *objetivos*, podemos designar propósitos jurídicos, políticos e filosóficos. Em primeiro lugar, deve-se ressaltar que um dos objetivos jurídicos centrais desse campo é a produção da igualdade entre indivíduos e entre grupos sociais, o que implica diferentes tipos de igualdade, entre eles a igualdade formal e a igualdade substantiva. A evolução da reflexão teórica sobre esse princípio nos mostra que uma concepção individualista deste se revela inadequada para o alcance da autonomia, porque o destino pessoal está ligado ao destino dos grupos aos quais as pessoas pertencem. Desse modo, a interpretação e aplicação da igualdade deve ter como meta a promoção da igualdade de status entre grupos sociais; ela deve ter como meta a produção da igualdade entre grupos sociais e não apenas entre indivíduos. Portanto, nos afastaremos nesta obra de uma defesa liberal-individualista da igualdade tendo em vista o objetivo da promoção de status entre grupos humanos; sempre trabalharemos com uma compreensão substantiva de igualdade, o que encontra fundamento no objetivo constitucional de transformar a sociedade brasileira em uma democracia substantiva e pluralista, o que está expresso em nossa Constituição Federal.⁴⁸ Esse campo jurídico congrega reflexões e práticas destinadas a promover a inclusão de membros de grupos vulneráveis, um mecanismo essencial para a construção de uma sociedade democrática.⁴⁹

Segundo, a promoção da inclusão social deve ser vista como um dos propósitos centrais do Direito Antidiscriminatório. Muitos membros de grupos sociais sofrem processos de marginalização que os impedem de ter gozo de elementos básicos da cidadania. Essas diversas barreiras fazem com que sejam afetados das mais diferentes maneiras, seja no plano político, no plano cultural, no plano social, no plano econômico e no plano psicológico. Por esse motivo, a inclusão aparece aqui como um propósito de

justiça que pretende melhorar o bem-estar social de grupos que estão em uma situação de desvantagem perene. Autores afirmam que esse campo do Direito tem como propósito fundamental a igualdade entre grupos sociais, mas muitos acreditam que tal objetivo não poderá ser atingido sem a correspondente transformação cultural.⁵⁰ Essa posição decorre do fato de que desvantagens sistemáticas entre grupos estão baseadas na presença de estigmas culturais que afetam minorias em praticamente todas as esferas da vida social. Esses estigmas impedem que eles sejam vistos como agentes competentes, indivíduos capazes de desempenhar funções sociais básicas de forma competente. Por esses motivos, falamos hoje em mecanismos que garantam a possibilidade de reconhecimento da igual dignidade e que possibilitem condições materiais dignas.⁵¹

Estigmas são responsáveis pela transformação de certos grupos em castas sociais, um processo que impede o reconhecimento deles como pessoas que devem ter a mesma consideração e respeito. Práticas discriminatórias decorrem de divisões de status cultural entre membros de grupos sociais, distinções que legitimam práticas discriminatórias em todas as outras áreas. Por esse motivo, um dos objetivos centrais desse ramo do Direito deve ser a criação de uma realidade na qual as pessoas possam viver livres de estigmas. Dessa maneira, esse campo jurídico procura identificar e corrigir dinâmicas culturais responsáveis pela criação de hierarquias sociais baseadas em diferenças de status cultural entre grupos. É importante mencionar que o Direito Antidiscriminatório também pretende celebrar o pluralismo como um aspecto positivo da realidade das democracias liberais. Normas antidiscriminatórias desempenham o importante papel de serem razões para ações de atores públicos e privados. Assim, elas constituem um dos pontos centrais da moralidade pública democrática porque permitem a afirmação de um senso de eticidade que deverá governar as ações dos indivíduos nas suas diversas interações e funções enquanto agentes sociais.⁵²

Terceiro, devemos estar atentos ao fato de que a proteção de grupos humanos contra formas de discriminação deve ser perseguida porque vivemos em um sistema constitucional que tem por objetivo a proteção da ação autônoma dos indivíduos, o que permite a eles a busca de suas concepções particulares do que seja uma boa vida. Dessa forma, uma sociedade igualitária é o lugar no qual as pessoas podem alcançar ideais de vida que entendem relevantes, o que implica a igualdade de status cultural e material. Mais do que isso, a realização das diversas dimensões da igualdade implica a existência de uma realidade social na qual todos são vistos como pessoas que merecem o mesmo respeito e consideração. A possibilidade de ação autônoma só se torna possível quando o indivíduo está certo de que possui respeitabilidade social, o que não pode existir em uma sociedade marcada pela dominação social de certos grupos sobre outros. Assim, o bem-estar pessoal está relacionado com a possibilidade de os indivíduos terem acesso a oportunidades materiais e também ao respeito social devido a todos os membros da sociedade política.⁵³

Embora existam grandes controvérsias jurídicas e políticas sobre os meios a serem utilizados para promover a inclusão de grupos minoritários, a maioria dos membros da nossa comunidade política concorda com a premissa segundo a qual uma sociedade justa deve eliminar práticas discriminatórias. O sistema protetivo presente no nosso texto constitucional incorpora de um projeto antidiscriminatório que almeja modificar nossa realidade por meio de projeto de transformação institucional e cultural que permita a inclusão mediante a identificação e luta contra práticas sociais e sentidos culturais que legitimam condutas discriminatórias. Devemos pensar esse ramo do Direito como uma seara jurídica que tem o propósito específico de promover transformações culturais necessárias para que membros de minorias não sejam vítimas permanentes da animosidade dos grupos majoritários. Essa renovação cultural implica a tentativa de eliminação das diferenças de status cultural entre grupos, diferenças

construídas em torno de estigmas que determinam a percepção do valor social das pessoas. Esse propósito parte do pressuposto de que modificações legislativas precisam ser acompanhadas também de mudanças na cultura pública e na cultura jurídica de forma de que agentes públicos e privados e operadores jurídicos também estejam comprometidos com seus propósitos.⁵⁴

Quanto à sua *estrutura*, compreende alguns elementos essenciais. Ele engloba uma série de categorias especiais de proteção jurídica, critérios que indicam uma desvantagem significativa entre grupos, critérios que indicam desvantagens de caráter sistemático, sendo que elas podem assumir diversas formas nas diferentes áreas da vida dos indivíduos. O Direito Antidiscriminatório também incorpora uma série de obrigações dirigidas a atores públicos e privados, sendo que elas podem assumir a forma de garantia da observação de direitos ou uma imposição de medidas para a promoção de inclusão de grupos vulneráveis. Tendo como um de seus objetivos centrais a eliminação de desvantagens entre grupos, normas antidiscriminatórias se dirigem ao Judiciário, ao Legislativo e ao Executivo. O primeiro deve analisar a validade de normas que utilizam certos critérios de tratamento diferenciado, o segundo deve observar se a utilização desses critérios não promove a exclusão social e o terceiro, por sua vez, deve também implementar medidas que não podem promover desvantagens entre grupos. O Direito Antidiscriminatório congrega, portanto, um conjunto de normas jurídicas que vinculam a ação dos poderes estatais, normas que fazem referência a classificações usadas para identificar grupos sociais necessitados de proteção para que se possa alcançar princípios de justiça presentes em diversos documentos jurídicos.⁵⁵

Não podemos deixar de mencionar as diferentes classes de ações e remédios disponíveis a indivíduos e grupos para a proteção de seus direitos, mecanismos que cumprem o importante papel de contribuir para a identificação e eliminação de práticas discriminatórias. Temos aqui a

relação estrutural entre esses mecanismos e normas antidiscriminatórias. A estrutura desse campo jurídico pode ser vista como um campo normativo que engloba normas constitucionais, normas de tratados internacionais, normas específicas de Direito Antidiscriminatório, além das decisões judiciais sobre a interpretação delas. A estrutura desse campo jurídico também inclui a organização e atuação das instituições políticas responsáveis pela interpretação e proteção de direitos constitucionais. Vemos então que esse campo do Direito implica a existência de uma cultura democrática na qual as instituições políticas estão efetivamente comprometidas com as normas jurídicas que vinculam o funcionamento delas. Mais uma vez, pressupomos a existência da relação estrutural entre Direito e democracia, uma vez que o sistema protetivo presente na nossa Constituição Federal prevê a existência de uma cultura pública que permite o gozo individual da autonomia pública e da autonomia privada dos indivíduos.⁵⁶

Quanto às suas *fontes*, esse campo jurídico engloba normas presentes em uma pluralidade de documentos legais, sendo que podemos identificar os mesmos objetivos em todas elas. Todas fazem parte de documentos responsáveis pela construção de um sistema protetivo no plano nacional e internacional. Dessa forma, estamos diante de legislações que formam um campo que contém tanto normas dirigidas à proteção da universalidade dos indivíduos como também normas destinadas a proteger especificamente grupos minoritários. Tratados internacionais, textos constitucionais e legislação especial estão entre as normas destinadas a proteger grupos que se encontram em uma situação de desvantagem. Elas sempre estabelecem categorias que são legalmente protegidas contra discriminação, categorias que designam grupos expostos a processos de exclusão.⁵⁷

Além de normas jurídicas, esse campo jurídico também encontra nas decisões dos tribunais nacionais e internacionais referências importantes para a construção de um sistema protetivo. Normas antidiscriminatórias

precisam acompanhar a dinâmica social, motivo pelo qual o controle de constitucionalidade com seu papel contramajoritário deve ser visto como uma fonte relevante desse campo. A jurisprudência dos tribunais é o meio principal a partir do qual os sentidos das normas que regulam esse campo jurídico são analisados, uma das principais maneiras pelas quais a constitucionalidade de medidas destinadas a promover a inclusão social é examinada. É importante mencionar que estudos doutrinários são também fontes de grande relevância para essa seara jurídica. A construção desse sistema protetivo eficaz depende da possibilidade de termos uma compreensão adequada dos mecanismos responsáveis pela exclusão social de grupos minoritários. Ele também se beneficia das várias análises teóricas sobre a formulação e aplicação de medidas de inclusão social, como também dos vários estudos sobre as diversas dimensões da igualdade. Estudos doutrinários influenciam decisões judiciais de forma direta e indireta, além de fomentar discussões sobre a necessidade de modificações legislativas destinadas ao aperfeiçoamento do sistema protetivo.⁵⁸

Quanto à suas *origens*, o surgimento do sistema protetivo presente no nosso sistema jurídico está relacionado com três eventos principais. Primeiro, as normas protetivas especiais surgem principalmente a partir da primeira metade do século passado com o constitucionalismo social, momento no qual temos mudanças significativas na lógica do funcionamento de normas constitucionais, com o aparecimento de normas programáticas, evento responsável pela celebração da igualdade substantiva como um valor central da ordem constitucional. É também necessário mencionar o surgimento dos direitos sociais como direitos fundamentais, o que leva juristas a atribuir ao Estado o papel de instância responsável pela segurança material dos indivíduos. Segundo, esse sistema protetivo encontrou amplo espaço para sua solidificação e expansão das transformações que aconteceram na cultura constitucional a partir da segunda metade do século passado. Notoriamente, estamos diante do

surgimento de várias Constituições de caráter substantivo que incorporam as noções de dignidade humana, de justiça social e de igualdade material, o que caracteriza o Estado como um agente de transformação social. Além disso, observamos nesse período histórico mudanças jurisprudenciais importantes, como o caráter normativo dos princípios constitucionais, o reconhecimento dos valores éticos presentes no texto constitucional como referências relevantes para o controle de constitucionalidade de normas legais, a percepção de que a ciência jurídica deve estar compromissada com a construção de transformação social, além da constitucionalização de diversas áreas do Direito.⁵⁹

Terceiro, o aparecimento do sistema protetivo que mencionamos acima também decorre da mobilização política de grupos minoritários que ocorreu ao longo dos últimos dois séculos. Esse processo produziu inúmeras mudanças legislativas e jurisprudenciais, principalmente o aparecimento e proliferação de normas legais contendo a proibição específica de discriminação baseada em categorias legalmente protegidas. Se, de início, elas estavam restringidas a categorias da raça e sexo, ao longo tempo outras categorias foram sendo incluídas, como a orientação sexual, identidade de gênero e limitações físicas. É importante observar que essas categorias também são formas de identidades que não são meras construções culturais, mas formas de classificação criadas por membros dos grupos dominantes para determinar quem merece ter acesso a direitos. A luta desses grupos não se reduz a uma afirmação de meros traços identitários, mas a mudanças culturais que possibilitam a transformação das diversas hierarquias de status, à mobilização de oportunidades sociais necessárias para uma vida dignificada, como também à possibilidade de participação no processo político. É importante notar que sistemas de proteção dos grupos designados por essas categorias possuem também uma dimensão internacional, uma vez que essa mobilização política possui uma dimensão transnacional.⁶⁰

Devemos estar atentos ao fato de que os últimos dois fatores estão intimamente interligados. A luta dos diversos movimentos minoritários tinha como um de seus objetivos principais a expansão dos sentidos e interpretação de normas constitucionais, notoriamente do princípio da igualdade. Essas transformações não se resumem apenas ao reconhecimento da igual dignidade, mas também a outros fatores, tais como a natureza múltipla dos sistemas de discriminação, o impacto desproporcional de normas aparentemente neutras, além da insuficiência da igualdade formal para tratar pessoas que possuem formas de inserção social bem distintas. Os sistemas protetivos criados ao longo das cinco últimas décadas consideram as diferenças de status cultural e de status material entre os grupos, além de reconhecer a influência deles em quase todas as esferas da vida social. Essa luta teve importância central no processo descrito por certos autores como movimento de categorização do Direito, o que descreve a criação gradual de normas jurídicas destinadas à proteção de grupos específicos, algo que se afasta do ideal moderno da universalidade dos direitos pressupostos pela filosofia dos direitos humanos.⁶¹

Vemos então que podemos identificar as origens desse campo jurídico em certos elementos centrais da luta por emancipação de grupos minoritários. Ele está associado ao conflito entre diferentes paradigmas de libertação social presentes no mundo contemporâneo, um deles relacionado com a defesa de justiça simétrica como forma de justiça social e outro que combate a ideia de assimilação como caminho para integração. A primeira perspectiva se mostra problemática porque desconsidera as consequências da operação estrutural de sistemas de exclusão em aspectos centrais da sociedade, como a economia, o Direito, a cultura e a política. A segunda também apresenta problemas porque defende medidas de inclusão de acordo com os pressupostos do liberalismo individualista, uma posição que desconsidera a relevância de critérios de diferenciação social na vida dos indivíduos. Essas duas ideias defendem concepções de libertação social que

propõem a transcendência da diferença entre grupos como meio para a superação dos problemas enfrentados por minorias. De acordo com seus formuladores, apenas a eliminação do uso de categorias dessa natureza pode criar uma sociedade na qual as pessoas serão vistas apenas como indivíduos. Essas perspectivas têm sido duramente combatidas por membros de grupos que defendem uma política da diferença em contraposição a uma política assimilacionista. Propostas dessa natureza ignoram as características distintivas da experiência social de minorias, mas também suas características culturais, exigindo que se comportem de acordo com os parâmetros dos grupos dominantes para serem respeitadas. Os grupos mencionados afirmam que a inclusão social não pode ter como custo a eliminação das características que marcam a cultura de grupos minoritários. A proposta assimilacionista contraria o interesse de minorias em afirmar um sentido positivo de identidade, um aspecto importante quando se vive em uma sociedade que impõe comportamentos hegemônicos como condição para inclusão.⁶²

A oposição contra a assimilação como forma de inclusão está baseada nas lutas por empoderamento comunitário presente nas últimas décadas. Esse termo implica os meios a partir dos quais a mobilização de minorias pode melhorar a qualidade de vida de todos os seus membros. Empoderar significa garantir protagonismo para minorias, de forma que elas possam participar dos processos decisórios, condição para a construção de uma democracia substantiva. Empoderar significa criar as condições para que as pessoas possam traçar seus próprios destinos, o que só pode ser alcançado quando não existem obstáculos estruturais para esse exercício. As lutas por empoderamento desses grupos estão, portanto, relacionadas com a construção de uma luta mais ampla pela criação de uma sociedade na qual a diversidade seja vista como um aspecto positivo e não como uma ameaça ao status privilegiado dos grupos majoritários. Essa política da diferença e a política do empoderamento ocupam um papel importante nos processos que

permitiram a expansão do alcance protetivo do Direito Antidiscriminatório, marcando uma perspectiva que tem sido reconhecida por tribunais constitucionais como legítima. A emancipação por meio de uma política da diferença está baseada na noção de que é impossível construir uma sociedade democrática sem o reconhecimento das diferenças de status entre grupos sociais.⁶³

Quanto às *esferas de aplicação*, podemos situar o Direito Antidiscriminatório como um campo jurídico que procura aplicar o ideal da igualdade àquelas dimensões da vida dos indivíduos nas quais o tratamento igualitário é relevante para o alcance de uma vida digna. O desenvolvimento das democracias liberais sempre esteve marcado por lutas pela eliminação de formas de subordinação de certos grupos em relação a outros. Várias normas foram criadas para eliminar relações arbitrárias em espaços essenciais para que as pessoas possam ser reconhecidas como pessoas livres e iguais. O aspecto liberacionista desse campo jurídico aponta um movimento a partir do qual o sistema protetivo deve ser expandido para que as pessoas possam alcançar maiores níveis de dignidade pessoal. A igualdade de acesso ao direito de voto, a igualdade de acesso ao direito à educação e a igualdade de acesso a direitos matrimoniais são exemplos nos quais normas jurídicas passaram a incidir com o propósito de expandir o alcance do sistema protetivo consagrado nas Constituições modernas.⁶⁴

A expansão dessas esferas de atuação decorre da atuação de membros de minorias que lutaram por maior nível de proteção legal tendo em vista os tipos de opressão aos quais estão submetidos. Esse processo não ocorre sem grande oposição social porque se procura desestabilizar relações hierárquicas que beneficiam os grupos majoritários, mas que são apresentadas como formas de operação normal da sociedade. Esse processo se torna possível em função de uma característica dos regimes democráticos: a política como forma de mobilização e transformação social.

Observamos, pois, que a expansão dos regimes protetivos obedece a uma lógica que passa por um período de dominação, um período de mobilização, um período de oposição e reação e um possível momento de integração e reconhecimento de direitos. Assim, vemos que as relações próximas entre igualdade e democracia sugerem que a realização do ideal de inclusão social depende da vontade de uma sociedade vontade de expandir as esferas de aplicação desse campo jurídico, um dos temas centrais dos debates atuais sobre jurisdição constitucional.⁶⁵

1.2 Fundamentos filosóficos

1.2.1 Justiça

A reflexão sobre a igualdade também deve ser vista como uma análise sobre padrões de justiça, motivo pelo qual as diversas normas que compõem o Direito Antidiscriminatório se articulam para alcançar um objetivo jurídico e político fundamental: a construção de uma sociedade mais justa. O conceito de justiça implica meios racionais de justificação para a ação estatal nas suas mais diversas manifestações. Tendo em vista o fato de que vivemos em uma sociedade democrática na qual os direitos fundamentais vinculam a ação de agentes públicos e privados, todos os seus atos devem obedecer às maneiras pelas quais a comunidade política justifica meios de tratamento entre os indivíduos, bem como formas de distribuição de oportunidades entre eles. Essa racionalidade encontra legitimidade na moralidade pública democrática, padrão que deve ser utilizado nos contextos de aplicação das normas jurídicas a casos concretos, sendo que diferentes princípios de justificação serão utilizados nos diversos contextos nos quais as relações humanas estão em questão. Assim, embora as formas de justificação possam variar entre os diversos contextos, sempre será necessário que elas expressem formas de racionalidade socialmente aceitas como razoáveis. O julgamento ético implícito nas considerações