

DIREITO DA ANTIDISCRIMINAÇÃO

discriminação direta, indireta
e ações afirmativas



livraria
DO ADVOGADO
editora

Roger Raupp Rios

O DIREITO DA ANTIDISCRIMINAÇÃO

1. O conceito jurídico de discriminação

Enquanto o princípio da igualdade no direito brasileiro e a *equal protection doctrine* no direito norte-americano buscam formular uma compreensão do conteúdo e da extensão desta cláusula constitucional,¹¹ o conceito de discriminação aponta para a reprovação jurídica das violações do princípio isonômico,¹² atentando para os prejuízos experimentados pelos destinatários de tratamentos desiguais.¹³ A discriminação aqui é visualizada através de uma perspectiva mais substantiva que formal:¹⁴ importa enfrentar a desigualdade nociva, pois, como será discutido posteriormente, nem sempre a adoção de tratamentos distintos revela-se maléfica, sendo mesmo tantas vezes exigida. Como exemplifica S. Fredman, uma perspectiva meramente formal poderia levar à rejeição de um pleito de proteção jurídica (fundado na proibição de discriminação sexual) diante de um empregador que praticasse assédio sexual contra homens e mulheres simultaneamente.¹⁵

¹¹ Para uma comparação da dogmática do princípio da igualdade no direito constitucional brasileiro e estadunidense (*equal protection doctrine*), ver a primeira parte de *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano* (São Paulo: RT, 2002).

¹² A propósito, deve-se registrar que o termo “discriminação” tem sido amplamente utilizado numa acepção negativa, tanto no direito nacional quanto no direito comunitário e internacional, ao passo que o termo “diferenciação” tem sido empregado para distinções legítimas. Ver Marc Bossuyt, *L'Interdiction de la Discrimination dans le Droit International des Droits de L'Homme*, Bruxelas: Bruylant, 1976, p. 8-27 e Eschel Rhodie, *Discrimination in the Constitutions of the World*, Atlanta: Brentwood, 184, p. 26.

¹³ Um panorama histórico desta vocação no direito brasileiro, com ênfase no papel do direito penal, pode ser encontrado em SILVA, Katia Elenise Oliveira da. *O papel do direito penal no enfrentamento da discriminação*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2001. Cuidando especificamente da discriminação racial, ver Silva Jr, Hédio. *Direito de igualdade racial: aspectos constitucionais, civis e penais: doutrina e jurisprudência*, São Paulo: J. de Oliveira, 2002.

¹⁴ Como refere Glenn Patmore, a discriminação substantiva se caracteriza pela referência a uma distinção prejudicial diante de uma pessoa ou grupo relacionada a um fator de diferenciação ilegítimo, ao passo que a discriminação formal pressupõe a ilegitimidade de toda e qualquer distinção (“Moving towards a substantive conception of the anti-discrimination principle: *Waters v. Public Transportation Corporation of Victoria* reconsidered”, *Melbourne University Law Review*, abril 1999, p. 126).

¹⁵ Ver Sandra Fredman, *Discrimination Law*, New York: Oxford University Press, 2002, p. 95 (citando duas decisões, uma norte-americana e outra européia, sustentando esta posição).

Não me alongarei no detalhamento do conceito de discriminação em si mesmo, cujo exame comportaria distintas abordagens, vindas de diversas áreas do conhecimento, tais como história,¹⁶ sociologia,¹⁷ política,¹⁸ antropologia¹⁹ e psicologia.²⁰ Tratando-se de um trabalho de dogmática jurídica constitucional, adoto como conceito de discriminação aquele já presente em nosso ordenamento jurídico, que pode ser inferido pela análise conjunta dos dispositivos constitucionais diretamente pertinentes à proibição de discriminação e dos termos em que definida a discriminação na *Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial*²¹ e da *Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher*.²²

Tendo por base os termos destes documentos internacionais, cuja relevância constitucional no direito brasileiro é explícita,²³ pode-se formular o conceito jurídico constitucional de discriminação como sendo “qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha o propósito ou o 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”. “Distinção”, “exclusão”, “restrição” ou “preferência” são termos que almejam alcançar todas as formas

¹⁶ Ver William Barclay, Krisham Kumar e Ruth Simms, *Racial conflict, discrimination and power: historical and contemporary studies*, New York: AMS Press, 1976.

¹⁷ Ver James Davis, *Understanding minority-dominant relations: sociological contributions*, Arlington Heights: AHM Publ. Corp., 1979.

¹⁸ Ver Michael Keith e Steve Pile, *Place and Politics of Identity*, New York: Routledge, 1993; James M. Buchanan, *Politics by principle, not interest: toward nondiscriminatory democracy*, Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

¹⁹ Ver Erving Goffman, *Estigma – Notas sobre a Manipulação da Identidade Deteriorada* (trad. Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes), 4ª ed., Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1982.

²⁰ Ver T. W. Adorno, *The Authoritarian Personality*, New York: Willey, 1964; Bernice Lott e Diane Maluso, *The social psychology of interpersonal discrimination*, New York: Guilford Press, 1995; Rupert Brown, *Prejudice: its Social Psychology*, Cambridge: Oxford University Press, 1995; Gordon W. Allport, *The Nature of Prejudice*, Cambridge: Perseus Books, 1979.

²¹ Aprovada pelas Nações Unidas em 21.12.1965 e ratificada pelo Brasil em 27.03.1968. Reza seu artigo 1º, I: “Qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública”. Ver Piovesan, Flávia C., *Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial*, In *Direitos Humanos*, São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998. p. 353-368.

²² Aprovada pelas Nações Unidas em 18.12.1979, ratificada pelo Brasil em 31.03.1981. Diz seu art. 1º, ao definir discriminação: “toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo, exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo”.

²³ Constituição Federal, art. 5º, p. 2º.

de prejudicar indivíduos ou grupos por meio de distinções ilegítimas no gozo e exercício de direitos.

A estes elementos deve-se acrescentar o conteúdo das normas constitucionais brasileiras pertinentes, vale dizer, a enumeração exemplificativa dos critérios proibidos de discriminação.

De fato, é necessário salientar desde já que ao conceito jurídico de discriminação ora formulado não se subsumem as hipóteses de diferenciação legítima, decorrentes da elaboração e aplicação de normas jurídicas em face de situações desiguais (dimensão material do princípio jurídico da igualdade); neste sentido, a propósito, explicitam os tratados internacionais regulando, por exemplo, a discriminação no emprego.²⁴

Como mencionei acima, a adoção deste conceito se dá tão-somente diante de sua positivação jurídica e de sua operacionalidade, tendo presente o âmbito deste trabalho. Uma pesquisa mais detalhada sobre o conceito jurídico de discriminação demandaria a análise de outras complexas e intrincadas questões, que refogem aos limites desta pesquisa (tais como, por exemplo, além das citadas, o exame, em detalhes, da extensão da proteção jurídica diante da discriminação sofrida em relações estabelecidas entre agentes privados).

2. Modalidades de discriminação: direta e indireta

A tipologia da discriminação em discriminação direta e indireta é corrente no direito comparado, no direito comunitário europeu e no direito internacional. No direito brasileiro, pode-se inferir sem dificuldade do conceito jurídico de discriminação acima explicitado a censura a tais distinções injustas, como será visto adiante.

Nesta linha, é importante salientar que tais modalidades de discriminação podem ser diretamente inferidas dos termos do conceito acima delineado, objeto de estudo pormenorizado nas seções que seguem. Com efeito, a menção específica a "propósito" e a "efeito" no conceito geral de discriminação é significativa: mediante tais termos, o direito da antidiscriminação alcança não só práticas intencionais e conscientes (discriminação direta), mas também realidades permanentes que se reproduzem e se reforçam ao longo do tempo por meio da manutenção de medidas aparentemente neutras mas efetivamente discriminatórias (discriminação indireta).

²⁴ Ver *Convenção sobre Discriminação em Emprego e Profissão*, n. 111 – Organização Internacional do Trabalho, artigo 1, seção 2 – “as distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação”.