

# Igualdade, não discriminação e direitos humanos

São legítimos os tratamentos diferenciados?

FERNANDA FRIZZO BRAGATO  
BIANKA ADAMATTI

## Sumário

1. Introdução. 2. A não discriminação na normativa interna e internacional: discriminação direta e indireta. 3. Raízes da discriminação e formação dos grupos vulneráveis. 4. Dimensões do tratamento igualitário: perspectiva antidiferenciação (igualdade formal) e perspectiva antissubordinação (igualdade substancial). 5. Conclusões.

## 1. Introdução

Fernanda Frizzo Bragato é graduada em Direito – UFRGS, mestre e doutora em Direito – Unisinos, pós-doutora no Birkbeck College da Universidade de Londres, professora da UNISINOS e coordenadora do Núcleo de Direitos Humanos da Unisinos.

Bianka Adamatti é graduanda em Direito pela UNISINOS, bolsista de Iniciação Científica (CNPq), estagiária voluntária na Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul.

Ao introduzir a preocupação com a não discriminação, o Direito Internacional dos Direitos Humanos abandonou a postura de neutralidade quanto à condição social, econômica, política e cultural dos seres humanos, para admitir que certos indivíduos e grupos encontram-se em situação de vulnerabilidade e desigualdade que reclama uma profunda revisão de conceitos jurídicos tradicionais atualmente insustentáveis.

Neste sentido, o presente artigo discute a não discriminação como marco conceitual que exige a compreensão da ideia de igualdade para além da dimensão formal do igual tratamento de todos perante a lei. A não discriminação encontra-se amplamente reconhecida na normativa internacional como uma premissa de igualdade, resultando na legitimidade de tratamentos diferenciados.

Assim, objetiva-se verificar de que forma se articulam os princípios da igualdade e da não discriminação como instrumentos de concretização dos direitos humanos, discutindo-se em que medida tratamentos diferenciados podem ser legítimos e tratamentos aparentemente igualitários

podem ser ilegítimos. Essa reflexão parte do pressuposto de que a igualdade é uma ideia incompleta se considerada do ponto de vista meramente formal. Compreender o que seja um tratamento igualitário em face da não discriminação requer o reconhecimento da dinâmica das relações de poder, que produzem a opressão e a dominação de grupos e de indivíduos historicamente em desvantagem. Assim, promover a igualdade no acesso a direitos humanos – que são aqueles básicos e necessários para uma vida digna – passa pelo tratamento diferenciado, que só se justifica diante da consideração crítica dos fatores que desigualam e colocam indivíduos e grupos em situações de vantagem ou desvantagem na sociedade.

Situações históricas de desvantagem de certos indivíduos e grupos podem ser tanto fruto da discriminação como também e, ao mesmo tempo, fatos geradores de tratamentos discriminatórios. O racismo, por exemplo, colocou em situação de vulnerabilidade pessoas de cor negra que, por sua vez, sofrem preconceito e discriminação por serem negros. A discriminação, além disso, pode ser direta ou indireta, o que impõe formas diversas de se lidar com o problema do acesso igualitário a direitos e de fazer-se observar o princípio da não discriminação. Não discriminar passa não somente pela proibição da respectiva ação de discriminar, como no caso das lutas antiapartheid, mas também pela promoção de ações que compensem as desvantagens históricas desses grupos no acesso a bens, como é o caso das ações afirmativas.

Para discutir esses problemas, o texto divide-se em três partes. Na primeira, a não discriminação na normativa interna e internacional será analisada a partir da distinção conceitual entre discriminação direta e indireta, considerando a discriminação tanto pelo propósito com que a ação é praticada como pelo efeito que gera. Na segunda, ao tratar do princípio da igualdade associado ao da não discriminação revela importante, como dado essencial, a existência de certos indivíduos ou grupos vulneráveis, aos quais se obstaculiza a possibilidade de acesso igualitário aos bens necessários a uma vida digna, fato que expõe as falhas da compreensão do princípio da igualdade associado à dimensão meramente formal. Na última parte, o diálogo se pauta pelas dimensões do tratamento igualitário em suas perspectivas de antidiferenciação (igualdade formal) e antissubordinação (igualdade substancial) e suas influências para um tratamento antidiscriminação, culminando em uma leitura mais afinada ao significado contemporâneo dos direitos humanos.

## **2. A não discriminação na normativa interna e internacional: discriminação direta e indireta**

A ideia de igualdade não é uma preocupação recente no Direito. Esteve, desde a construção da democracia grega, no centro das discussões

sobre justiça entendida como a expressão da igualdade. Segundo Aristóteles,

“A igualdade pressupõe no mínimo dois elementos; o justo, então, deve ser um meio termo, igual e relativo (por exemplo, justo para certas pessoas), e na qualidade de meio termo, ele deve estar entre dois extremos (respectivamente, menor e maior); na qualidade de igual, ele pressupõe duas participações iguais; na qualidade de justo ele o é para certas pessoas. O justo, portanto, pressupõe no mínimo quatro elementos, pois as pessoas para as quais ele é de fato justo são duas, e as coisas nas quais ele se manifesta – os objetos distribuídos – são também duas. E a mesma igualdade existirá entre as pessoas e as coisas envolvidas, pois da mesma forma que as últimas – as coisas envolvidas – são relacionadas entre si, as primeiras também o são; se as pessoas não forem iguais, elas não terão uma participação igual nas coisas, mas isto é a origem de querelas e queixas (quando pessoas iguais têm e recebem quinhões desiguais ou pessoas desiguais recebem quinhões iguais)” (ARISTÓTELES, 2001).

O que é recente – ou melhor, moderno – é a concepção liberal de igualdade, concebida para combater os privilégios por motivo de origem de nascimento que sustentavam o absolutismo político da primeira modernidade europeia. Embora não se tenha notícia de alguma sociedade pré-moderna que operasse sob o princípio da igualdade baseada na dignidade inerente a todo ser humano, mas, em geral, se tratasse de sociedades ordenadas em formas hierárquicas, com direitos e deveres atribuídos de acordo com o *status* social dos indivíduos e grupos, a concepção de igualdade da modernidade liberal, por sua vez, não se mostrou capaz de ir além de sua feição formal. O conceito de igualdade que triunfou no Direito moderno ocidental foi o de idêntico tratamento da lei a todos. Embora seja uma concepção essencial para refutar discriminações injustificadas perante a

lei, que se estabelecem a partir de privilégios, é também insuficiente, pois restringe a igualdade ao formalismo, ao não só ignorar a desigualdade histórica das pessoas, mas pressupor uma igualdade inexistente entre elas.

Com a afirmação do Direito Internacional dos Direitos Humanos na segunda metade do século XX baseado no princípio da mesma dignidade dos seres humanos, que reconhece e celebra a diversidade de cada ser humano, a igualdade e a não discriminação tornaram-se seus elementos fundamentais<sup>1</sup>. O princípio da mesma dignidade de todos os seres humanos não significa pressupor que se esteja diante de um grupo de seres humanos homogêneos e idênticos entre si, como parece supor a ideologia liberal, mas, ao contrário, a existência concreta de seres humanos diferentes entre si, cujas diferenças, ao invés de inferiorizá-los, devem ser reconhecidas e valorizadas.<sup>2</sup>

Por essa razão, o respeito aos direitos humanos implica, como corolário do igual tratamento das leis, a proibição da discriminação como uma ação ou omissão que decorre justamente da existência dessas diferenças. Segundo Rios (2008, p. 21), a discriminação implica a violação do princípio isonômico de formas variadas. Porém, no conceito jurídico de discriminação não se enquadram as hipóteses de diferenciação le-

---

<sup>1</sup> De acordo com o Comentário Geral 18, do Comitê de Direitos Humanos da ONU, em seu parágrafo 1, “*Non-discrimination, together with equality before the law and equal protection of the law without any discrimination, constitute a basic and general principle relating to the protection of human rights.*” (A não discriminação, juntamente com a igualdade perante a lei e a igual proteção da lei, sem qualquer tipo de discriminação, constitui um princípio básico e geral relativo à proteção dos direitos humanos) (UN, 1989, tradução nossa).

<sup>2</sup> Mesmo com a existência de centenas de tratados multilaterais visando à proteção dos direitos humanos, ainda há a insuficiência do alcance desses tratados a nível internacional. As normas internacionais de proteção aos direitos humanos não acompanham o devido funcionamento dos mecanismos procedimentais e institucionais de aplicação (MACHADO, 2006, p. 365).

gítima, decorrentes da elaboração e aplicação de normas jurídicas em face de situações desiguais.

No Direito Internacional dos Direitos Humanos, existem quatro tratados de direitos humanos que contêm definições explícitas da discriminação (BAYERSKI, 1990, p. 8). A Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial estabelece:

“Nesta Convenção, a expressão ‘discriminação racial’ significará qualquer distinção, exclusão restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública” (BRASIL, 1969).

O conceito é similar na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher:

“Para os fins da presente Convenção, a expressão ‘discriminação contra a mulher’ significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo”<sup>3</sup>

A Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 1958, relativa à

<sup>3</sup> Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984. Esclareça-se que na versão original do documento, a expressão que corresponde ao vocábulo “objeto” da tradução oficial brasileira é “purpose”, cuja tradução mais correta é “propósito”. (BRASIL, 2002).

Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação foi o primeiro documento internacional a conceituar discriminação e estabelece:

“Para os fins da presente convenção o termo ‘discriminação’ compreende: a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão” (BRASIL, 1968).

A Convenção da UNESCO relativa à luta contra as Discriminações no campo do Ensino, de 1960, ainda estabelece:

“Para efeitos da presente Convenção, entende-se por discriminação toda a distinção, exclusão, limitação ou preferência que, com fundamento na raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou qualquer outra opinião, origem nacional ou social, condição econômica ou de nascimento, tenha a finalidade ou efeito de destruir ou alterar a igualdade de tratamento no domínio de educação” (UNESCO, 1960).

Nenhuma das convenções citadas exige o propósito ou intenção como requisito essencial para a configuração da discriminação, sendo que a Convenção nº 111, da OIT, sequer a menciona, conceituando discriminação com referência apenas aos efeitos.

Adicionalmente, o Comentário Geral nº 18 sobre a não discriminação, do Comitê de Direitos Humanos da ONU, também menciona as definições de discriminação constantes das Convenções contra a discriminação racial e referente à mulher, com o fim de esclarecer as obrigações dos Estados parte em relação a inúmeros artigos do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que determina igualdade perante a lei e igual proteção da lei a despeito de inúmeros fatores:

“Embora essas convenções lidem apenas com casos de discriminação por motivos específicos, o Comitê considera que o termo ‘discriminação’ como usado no Pacto [Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos] deve ser entendido como implicando qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseadas em qualquer motivo, designadamente, raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição, e que tem por propósito ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício por todas as pessoas, em pé de igualdade, de todos os direitos e liberdades.”<sup>4</sup>

Outros marcos legais de proteção do direito à igualdade e à não discriminação, além dos definidos anteriormente, podem ser encontrados em outros documentos legais do sistema global de proteção de direitos humanos da ONU e no do sistema interamericano de direitos humanos, embora neles não se encontre o conceito de discriminação. Como exemplos, citam-se o Artigo 2º da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, os artigos 2º, 24 e 26 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o artigo 2 (2) do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o artigo 2º da Convenção sobre os Direitos das Crianças, o artigo 7º da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias e o artigo 5º da Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência. No sistema interamericano, constam no artigo 2º da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948 e nos artigos 1º, 22 (8) e 24 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Além disso, tratados sobre direitos humanos que permitem que os Estados suspendam direitos mediante sua derrogação em caso de emergência nacional incluem o requisito de não discriminação nas disposições pertinentes. É o caso, por exemplo, do art. 4º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e do artigo 27 da Convenção Americana de Direitos Humanos. A União Europeia prevê a igualdade no Título III de sua Carta de Direitos Fundamentais, o art. 22º exalta a diversidade cultural, religiosa e linguística; o art. 23º prevê a igualdade de gênero; há também a proteção dos direitos das crianças, idosos e das pessoas com deficiência (MACHADO, 2010, p. 265).

Portanto, a proibição da discriminação implica uma distinção de qualquer tipo (exclusão, preferência, limitação ou restrição) entre pessoas ou grupos que se encontram em situações similares, a menos que exista uma

---

<sup>4</sup> While these conventions deal only with cases of discrimination on specific grounds, the Committee believes that the term “discrimination” as used in the Covenant should be understood to imply any distinction, exclusion, restriction or preference which is based on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status, and which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise by all persons, on an equal footing, of all rights and freedoms (UN, 1989).

justificação objetiva e razoável e o grau da distinção seja proporcional ao objetivo (SHELTON, 2008, p. 22).

Ainda com base na estrutura do conceito de discriminação e na sua consequente proibição, é possível distinguir entre duas modalidades de discriminação: a direta e a indireta<sup>5</sup>. As duas modalidades de discriminação podem ser diretamente inferidas dos termos do seu conceito jurídico, partindo-se das expressões “propósito” e “efeito”. Como explica Rios (2008, p. 21), a discriminação é qualificada seja pelo propósito com que a ação é praticada, seja pelo efeito que gera. Ela alcança não apenas práticas intencionais e conscientes (que é o caso da discriminação direta), mas realidades permanentes que se reproduzem e se reforçam ao longo do tempo por meio da manutenção de medidas aparentemente neutras, mas efetivamente discriminatórias (que é o caso da discriminação indireta)<sup>6</sup>. No último caso, medidas (leis, políticas públicas etc) aparentemente neutras e não direcionadas a nenhum grupo específico acabam por reforçar as situações de vantagem e desvantagem já existentes na sociedade e que são ligadas a diversos fatores, como raça e sexo, por exemplo<sup>7</sup>.

A discriminação direta ocorre quando qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, fundadas em qualquer forma de diferenciação proibida (raça, cor, sexo etc), *tem o propósito* de anular ou prejudicar o reconhecimento, o gozo ou o exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômico, social, cultural ou qualquer campo da vida pública. O seu elemento distintivo, portanto, é a intencionalidade, que se configura quando há um tratamento desigual, menos favorável, endereçado a indivíduo ou grupo, motivado

---

<sup>5</sup> A distinção pode ser encontrada em Rios (2008, p. 22), inspirado nas seguintes figuras do direito norteamericano: *disparate treatment* para se referir à discriminação direta e *disparate impact*, para se referir à discriminação indireta.

<sup>6</sup> Boa parte dos registros de discriminação indireta no Brasil são encontradas na Justiça do Trabalho, em razão de afrodescendentes se julgarem discriminados no momento da contratação, ou seja, de alegarem que há diferenciação discriminatória entre candidatos brancos e negros, visto que os recrutadores teriam preferência pelos primeiros. A questão é provar que na contratação houve discriminação, pois o elemento volitivo não está comprovado na atitude do contratador. O preconceito só é demonstrado através de dados estatísticos, em que os desempregados são em sua maioria afrodescendentes (LOPES, 2010).

<sup>7</sup> Segundo Rios (2008, p. 28), a posição não privilegiada de certos grupos, que pode ser, ao mesmo tempo, produto ou causa de ações discriminatórias, pode ser explicada a partir de duas abordagens: 1) teoria do estigma; 2) teorias da desvantagem dos grupos discriminados. De acordo com a primeira, a desvantagem decorre da deterioração da situação de indivíduos e grupos advinda da imposição de estigmas resultantes tanto da ação pública quanto da privada. O estigma constitui um dano, pois fere o princípio da igualdade ao induzir mau tratamento de grupos que são tradicionalmente percebidos como inferiores ou não participantes da sociedade. Já em relação à teoria da desvantagem, parte-se do pressuposto de que os grupos discriminados estão expostos à situação de privação socioeconômica e uma participação débil no acesso aos bens sociais. Essa situação não decorre de inaptidão pessoal ou ausência de mérito, mas de práticas e instituições sociais que criam, reproduzem e perpetuam desigualdades materiais.

por um critério de diferenciação juridicamente proibido (RIOS, 2008, p. 89)<sup>8</sup>.

Cite-se, como exemplo, o caso Lustig-Prean e Beckett *versus* Reino Unido julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos, onde esta considerou que a demissão dos denunciante das Forças Armadas Britânicas por motivo de orientação sexual (ambos eram homossexuais) constituiu uma interferência no direito à vida privada. Isso porque tal interferência justificaria-se apenas se as condições do parágrafo 2º do art. 8º, da Convenção Europeia de Direitos Humanos fossem satisfeitas, ou seja, se a interferência fosse “de acordo com a lei” e motivada por um objetivo legítimo e “necessário numa sociedade democrática”, considerando como tal a sociedade dotada de expressões de pluralismo, tolerância e abertura mental (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1999).

A discriminação direta constitui, portanto, o oposto de privilégio, que é um tratamento diferenciado com o propósito de beneficiar ou potencializar o gozo de direitos para a indivíduos ou grupos que se já se encontram em situação de vantagem, ou seja, para grupos e indivíduos de parcelas dominantes da sociedade. Exemplo disso é a chamada Lei do Boi (Lei nº 5.465, de 3 de julho de 1968, atualmente revogada pela Lei nº 7.423, de 17 de dezembro de 1985), que, em seu artigo 1º<sup>9</sup>, estabelecia vagas em cursos públicos federais brasileiros voltados para as ciências agrícolas para agricultores ou seus

filhos, independentemente da situação socioeconômica destes.

Todavia, há leis ou medidas que, embora criem distinções, ao restringir o exercício de direitos baseada em critérios *a priori* proibidos, são legítimas. Shelton (2008) menciona que talvez nenhum dos direitos humanos esteja realmente garantido em plena igualdade de condições a todos os seres humanos em todo momento. Trata-se de uma afirmação um pouco exagerada, considerando-se ao menos o direito de não ser escravizado e de não ser torturado, os quais não admitem exceções legítimas, mas o fato é que muitos direitos as admitem. Nesse sentido, a autora refere que o fator idade é restritivo para o direito a contrair matrimônio e o direito ao voto; o acesso à justiça está restrito por normas processuais, incluídas as de prescrição; e a garantia dos direitos políticos costuma estar limitada aos cidadãos (SHELTON, 2008, p. 1). Nesse caso, é preciso atentar para o fato de que o conceito de discriminação exige, para sua configuração, que a ação tenha por propósito ou efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, o gozo ou o exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais. Quando não se verifica esse *télos*, em princípio a distinção é legítima, porém não é uma tarefa fácil distinguir entre tratamentos diferenciados legítimos e discriminações condenáveis. Segundo Bayefski (1990, p. 12), uma distinção não discriminatória deve: “(a) tener una justificación objetiva y razonable; esto es, debe perseguir una finalidad legítima; y (b) debe existir una relación razonable de proporcionalidad entre la finalidad y el medio empleado para lograrla”.

Porém, a discriminação não se dá somente pela via direta. A discriminação indireta tem lugar onde uma lei, decisões ou práticas, aparentemente neutras, têm um impacto desigual sobre um grupo específico, causando ou

<sup>8</sup>No direito brasileiro, a discriminação direta é expressamente proibida nos artigos 3º, 5º, XLII, 7º, XXX e XXXI, 227, *caput* da Constituição de 1988, e na Lei nº 7.716/89.

<sup>9</sup>“Os estabelecimentos de ensino médio agrícola e as escolas superiores de Agricultura e Veterinária, mantidos pela União, reservarão, anualmente, de preferência, de 50% (cinquenta por cento) de suas vagas a candidatos agricultores ou filhos destes, proprietários ou não de terras, que residam com suas famílias na zona rural e 30% (trinta por cento) a agricultores ou filhos destes, proprietários ou não de terras, que residam em cidades ou vilas que não possuam estabelecimentos de ensino médio” (BRASIL, 1968).

reforçando a discriminação da parte afetada. Mesmo que formalmente exista um tratamento equitativo e a proibição de discriminação direta, alguns grupos populacionais podem ficar à margem de outros, tendo em vista a relação de desvantagem em que vivem<sup>10</sup>. Para sua configuração, é prescindível a existência da intencionalidade, ao menos em sua forma explícita. Assim, o enunciado do conceito de discriminação indireta será o mesmo do de discriminação direta, substituindo-se apenas a expressão “tem o propósito” por “tem o efeito” (RIOS, 2008, p. 117).

Trata-se do caso em que um empregador emprega dois trabalhadores, sendo um deles deficiente físico e usuário de cadeira de rodas e o outro não. A porta de entrada do local de trabalho situa-se ao final de um lance de escadas. Mantê-la não intencionalmente nessas condições, oferecendo, portanto, o mesmo tratamento para os dois contratados, implica tratamento discriminatório indireto contra o usuário de cadeiras de rodas, de modo que um tratamento igualitário entre ambos os contratados só ocorreria se o empregador instalasse uma rampa de acesso.<sup>11</sup>

Outro exemplo de discriminação indireta ocorre na França, cuja polêmica lei do véu, aprovada em 2011, que proíbe o uso de véus que cubram o rosto em locais públicos, embora

pretensamente neutra e de aplicação geral, afeta diretamente mulheres que professam a religião muçulmana, já que são elas as principais usuárias desse tipo de acessório.

Em ambos os casos, está-se diante de grupos vulneráveis, ou seja, não dominantes nas sociedades em que vivem e, por isso, atingidos, a despeito das mencionadas leis, com o acesso precário a bens e serviços.<sup>12</sup>

O fundamento da proibição da discriminação indireta insere-se, portanto, em um debate mais amplo que remete à compreensão da realidade social, política, histórica, cultural e econômica de determinada sociedade. Isso porque medidas, ações e leis que têm como efeito a discriminação indireta, via de regra, seguem o princípio da igualdade formal, que determina que a lei trate a todos de forma igual. Porém, desconsideram que, ao fazê-lo, atuam para reforçar situações condenáveis, mesmo que não intencionais, de desigualdade e de preconceito que resultam na privação de direitos a indivíduos e grupos que não fazem parte da parcela dominante da sociedade.

### 3. Raízes da discriminação e formação dos grupos vulneráveis

Ao tratar do tema da igualdade ligado ao da não discriminação, é preciso partir de uma constatação inicial: a existência de grupos vulneráveis (ou vulnerabilizados<sup>13</sup>) em uma dada sociedade. Este é um dado essencial, pois expõe

---

<sup>10</sup> “Não há sensibilidade diante da falta de acesso, de modo majoritário, da população negra aos direitos sociais mais elementares como educação, habitação e saúde. Tratando-se da participação política, os quadros dos órgãos do Executivo, do Legislativo e do Judiciário compõem-se exclusivamente de brancos, salvo raras exceções que confirmam a regra. Muitos bancos, comércios, linhas aéreas, universidades e estabelecimentos públicos e privados de todo o tipo contratam apenas pessoas de raça branca, que por vezes são responsáveis pelas piores prestações de serviço à maioria da população negra.” (MOORE, 2007, p. 23)

<sup>11</sup> Segundo o CENSO 2010, o Brasil possui cerca de 24% das pessoas entrevistadas, que declararam possuir alguma deficiência, sendo ela física, mental, motora ou auditiva. (IBGE, 2012).

---

<sup>12</sup> É assegurado o direito à igualdade perante a lei, independente de sua origem racial ou étnica. Vedam-se as discriminações diretas ou indiretas oriundas da origem étnica ou racial, ou ainda aquelas que dizem respeito a nacionais de países estrangeiros. A diretiva conceitua discriminação e prevê ações positivas para minimizar qualquer diferença oriunda de origem racial ou étnica (COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, 2000).

<sup>13</sup> A menção à expressão “vulnerabilizado” pretende destacar que os indivíduos ou grupos em desvantagem não se encontram nessa condição por uma questão natural,

as falhas da compreensão do princípio da igualdade associado à dimensão meramente formal.

A vulnerabilidade define-se pela falta ou debilidade de poder econômico, cultural e/ou político de certos indivíduos ou grupos que obstaculiza a possibilidade de acesso igualitário aos bens e serviços necessários a uma vida digna. Portanto, constituem-se como a contraface necessária para a existência dos grupos dominantes, caracterizados por sua adequação aos padrões de excelência social e historicamente construídos e, portanto, por sua situação de empoderamento.

Quando a modernidade europeia assentou o fundamento da dignidade na racionalidade humana e construiu o conceito de raça e racismo<sup>14</sup>, produziu-se, historicamente, a construção de um padrão de humanidade encarnado na figura do indivíduo masculino, branco, proprietário, ocidental, heterossexual e cristão. Como padrão unitário, superior e cientificamente orientado de comportamento, a racionalidade tornou-se um atributo culturalmente centrado (ou etnocêntrico) e, portanto, ausente em diversos exemplares da espécie humana, como é o caso das mulheres, dos estrangeiros, dos colonizados, dos negros, dos deficientes e assim por diante (BRAGATO, 2012, p. 131).

Como observa Fredman (2011, p. 5):

“Contudo, mesmo assim a promessa de igualdade era ambígua e exclusiva. De fato, um olhar sobre o quadro jurídico nos séculos seguintes a Locke revela uma paisagem marcada por desigualdades. Numerosos grupos, incluindo as mulheres, os escravos, as minorias religiosas, *black people*, ciganos, e as classes não proprietárias foram excluídos da promessa da igualdade liberal. A exclusão foi alcançada pelo argumento aparentemente lógico de que os direitos básicos à liberdade e à igualdade apenas pertencem aos indivíduos em virtude de sua racionalidade. O conceito de racionalidade poderia, então, ser facilmente manipulado de modo exclusivo. As mulheres, escravos e outros foram caracterizados como irracionais e emocionais e, portanto, não admitidos à igualdade de direitos devida aos seres racionais. Assim, o princípio da igualdade recém-ascendente coexistiu com relações contínuas e não contestadas de dominação. A escravidão não foi proibida, o colonialismo floresceu e às mulheres foram negados direitos básicos. Locke não viu nenhuma inconsistência entre a sua proclamação da igualdade e sua descrição da

---

intrínseca ou inexorável, mas em razão de um processo histórico que leva à sua subjugação por meio da confluência de diferentes fatores.

<sup>14</sup> A “ciência das raças”, nos séculos XVIII e XIX, estabeleceu, através de estudos empíricos, o padrão ideal de homem e defendia, através da demonstração da existência de raças distintas, a supremacia do homem branco, por conter traços biológicos que atestariam sua maior capacidade intelectual. O racismo científico representava a ideologia que exaltava a superioridade cultural da raça branca, ligando a barbárie e selvageria a todas as outras raças supostamente inferiores (WIEVIORKA, 1998, p. 29-30).

família como ‘um mestre... com todas essas relações de subordinação da mulher, crianças, servos e escravos’<sup>15</sup>.

Ao processo de vulnerabilização de diversos indivíduos e grupos humanos subjaz um discurso de desumanização ou de relativização da humanidade. Assim que negros, índios, mulheres, homossexuais, não cristãos e outros experimentam muito mais obstáculos no acesso a seus direitos humanos que indivíduos e grupos que se adequam aos padrões dominantes. Isso porque “o que determinou a sua inferioridade foi um discurso de gradação e hierarquização da humanidade, que sobrevive até hoje. Ou seja, para justificar que alguns não tinham direitos, antes foi necessário afirmar que eles não eram seres humanos integrais” (BRAGATO, 2012, p. 135).

Os motivos proibitivos da discriminação – seja direta ou indireta – encontram-se expressamente consignados na normativa internacional e têm relação direta com os fatores que servem para definir a pertença de um indivíduo ou grupo ao padrão dominante. O artigo 2º da Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU, de 1948, consigna assim:

---

<sup>15</sup> Yet even then the promise of equality was ambiguous and exclusive. Indeed, a glance at the legal framework in the centuries following Locke reveals a landscape pockmarked with inequalities. Numerous groups, including women, slaves, religious minorities, black people, gypsies, and the unproprietied classes were excluded from the promise of the liberal equality. Exclusion was achieved by the apparently logical argument that the basic rights to liberty and equality only inhered in individuals by virtue of their rationality. The concept of rationality could then be easily manipulated in an exclusive way. Women, slaves, and others were characterized as irrational and emotional and therefore not entitled to equal rights due to rational beings. Thus the newly ascendant equality principle coexisted with continued and unchallenged relations of domination. Slavery was not outlawed; colonialism flourished and women denied basic rights. Locke himself saw no inconsistency between his loft proclamation of equality and his description of the family as “a Master ... with all these subordinate relations of wife, children, servants and slaves” (FREDMAN, 2011).

raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento e qualquer outra situação. Os mesmos motivos que ensejam proibição de tratamento discriminatório estão incluídos no artigo 2º do PIDESC, no art. 26 do PIDCP e no art. 1, 1 da CADH.

É importante notar que as razões enumeradas nessas disposições são meramente ilustrativas e não exaustivas. De modo que a expressão “outra situação” remete a um significado em aberto, contemplando alguns motivos não mencionados explicitamente, como idade, gênero, deficiência, nacionalidade e orientação sexual, que também podem ser considerados fundamentos proibidos (SHELTON, 2008, p. 5). Nessa linha, estudo recente em matéria de discriminação do Conselho de Direitos Humanos da ONU<sup>16</sup> estabeleceu que determinados grupos encontram-se em situação de subproteção: grupos religiosos, refugiados, solicitantes de asilo, apátridas, trabalhadores migrantes, pessoas deslocadas dentro do país, comunidades baseadas na ascendência, povos indígenas, minorias e pessoas submetidas à ocupação estrangeira (SHELTON, 2008, p. 24).

A realidade dos grupos vulneráveis no Brasil reforça a noção de que determinadas categorias de pessoas encontram-se em situação de maior vulnerabilidade a justificar tratamentos diferenciados no sentido de potencializar o seu acesso aos direitos humanos.

O mais recente relatório do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU<sup>17</sup>, emitido em 2009, para analisar a situ-

---

<sup>16</sup> Ver *Complementary International Standards: Report on the study by the five experts on the content and scope of substantive gaps in the existing international instruments to combat racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance*, A/HRC/4/WG.3/6, 27 agosto de 2007, parágrafo 20 (UNHRC, 2008).

<sup>17</sup> Relatórios são mecanismos de supervisão de direitos previstos no Pacto Internacional de Direitos Econômicos,

ação do Brasil diante da obrigação assumida de respeitar o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais<sup>18</sup>, refere inúmeros motivos de preocupação. Dentre esses, destaca-se a menção à existência de “persistentes desigualdades nas condições econômicas e injustiça social vigente no Estado Parte entre as diferentes regiões, comunidades e indivíduos”, complementado com a constatação de que há “discrepância significativa entre a expectativa de vida de populações brancas e negras, apesar do aumento da esperança média de vida de 65,6 anos, no início de 1990, para 71,6 anos em 2004”, além de “diferença significativa entre os níveis de pobreza da população branca e negra”. O relatório salienta, ainda, a diferença entre as taxas de alfabetização, que são desiguais entre a população branca e negra, e a “persistência de disparidades raciais no acesso ao emprego”, que afeta particularmente os afrobrasileiros e os indígenas. Sobre a situação das pessoas com incapacidade, o Relatório aponta que essas pessoas continuam a enfrentar discriminação no acesso ao emprego (NU, 2012).

Os dados apontados no Relatório de 2009 são corroborados pelo último Censo Demográfico do IBGE de 2010 (IBGE, 2012). De acordo com o IBGE, a população brasileira é de 190.755.799 pessoas. Considerando o critério raça/cor, os números são os seguintes: Brancos: 90.621.281 (47,5%); Pardos: 82.820.452 (43,41%); Pretos: 14.351.162 (7,5%); Amarelos: 2.105.353 (1,1%); Indígenas: 821.501 (0,4%);

---

Sociais e Culturais que constam em seus art. 16 e 17. Ratificado pelo Brasil por meio do Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992.

<sup>18</sup> Artigo 2º, 1. Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas (BRASIL, 1992).

Sem declaração: 36.051. Ou seja, a população afrodescendente é a maioria da população brasileira, atingindo o percentual de 50,91%.

O Censo Demográfico detalha diversos dados sociais e econômicos, apontando a quantidade de pessoas classificadas pelo critério raça/cor. Em relação ao número de brasileiros sem instrução e ensino fundamental incompleto, o número totaliza 65.043.145 pessoas. Destes, 26.392.262 são brancos, 6.204.534 são pretos, 31.424.616 são pardos, 641.559 são amarelos, 350.064 são indígenas e 30.111 são compostos das pessoas sem declaração. Os afrodescendentes (pretos e pardos) representam 57,33% dos brasileiros nessa condição, sendo que, dentre a população afrodescendente, 38,7% não têm instrução ou têm ensino fundamental incompleto, contra 29% de indivíduos da população branca. A proporção de brancos e afrodescendentes brasileiros com ensino superior completo, no entanto, inverte-se de forma alarmante. São 13.463.757 brasileiros nesta situação, sendo 9.871.362 brancos, 507.583 pretos, 2.802.456 pardos, 265.372 amarelos, 16.918 indígenas e 66 sem declaração. Portanto, 73,3% dos brasileiros com ensino superior completo são brancos e 33,5% são afrodescendentes. A mesma discrepância observa-se na composição das formas de ocupação e renda. Segundo o IBGE, há 1.703.130 de empregadores no Brasil, sendo 1.292.369 brancos contra apenas 326.644 pardos e 42.961 pretos. Isso representa uma proporção de 75,8% de empregadores da cor branca. Se observarmos os números de empregados sem carteira de trabalho assinada, os números mostram que, nessa situação desfavorável, encontra-se um total de 17.418.119 brasileiros, dos quais 7.048.966 (40,46%) são brancos e 10.119.896 (58%) são afrodescendentes. No que se refere a rendimentos mensais, o IBGE aponta diferentes faixas. Verifica-se que dentre aqueles que auferem entre 1/4 de um salário

mínimo até 1 salário mínimo, há 44.493.993 brasileiros; destes a maioria também é composta por afrodescendentes (59,6%) e por 38,9% de brancos. À medida que os rendimentos aumentam, aumenta o número de brasileiros brancos nessas faixas. Em relação à faixa de rendimento mensal de mais de 30 salários mínimos, por exemplo, existem 270.451 brasileiros, sendo 227.808 (84,2%) brancos contra 4.437 (0,8%) pretos e 32.666 (12%) pardos.

Os números revelam o desequilíbrio na forma como diferentes grupos – apesar de serem todos inequivocamente cidadãos brasileiros – acessam bens e serviços que configuram condições materiais essenciais para o gozo dos direitos humanos e apontam para o fato de que esse desajuste está ligado justamente àqueles fatores que geram tratamento discriminatório, como sexo, raça, cor e condição física e/ou mental.

É de notar, ainda, que o fato de o Brasil ostentar a 7ª posição dentre as maiores economias do mundo, em razão de seu Produto Interno Bruto (PIB)<sup>19</sup>, mas em contrapartida a 84ª posição no Índice de Desenvolvimento Humano (IDH)(PNUD, 2011, p. 143) e 45ª posição em termos de PIB *per capita*<sup>20</sup>, demonstra que a vulnerabilização e a subjugação de certos grupos é condição necessária para a manutenção de uma estrutura que favorece historicamente os grupos dominantes no Brasil.

#### **4. Dimensões do tratamento igualitário: perspectiva antidiferenciação (igualdade formal) e perspectiva antissubordinação (igualdade substancial)**

O reconhecimento explícito do princípio da não discriminação, como mandamento de concretização dos direitos humanos, tem confrontado a compreensão liberal do conceito de igualdade de todos perante a lei. Desse modo, as discussões sobre igualdade substancial têm recebido cada vez mais atenção no debate jurídico contemporâneo. Nesse sentido, Rios (2008, p.32) propõe as perspectivas da antidiferenciação e da antissubordinação como centrais para o chamado direito da antidiscriminação.

Segundo o autor (RIOS, 2008, p. 33), a perspectiva da antidiferenciação reprova tratamentos diferenciados (prejudiciais ou benéficos) em favor de quem quer que seja, considerados os critérios proibidos de discriminação, pois se preocupa com a neutralidade das medidas tomadas por indivíduos e instituições. Essa perspectiva rejeita a validade das

---

<sup>19</sup>“Com um Produto Interno Bruto (PIB) de R\$ 4 trilhões (US\$ 2,223 trilhões) em 2012, o Brasil é a sétima economia do mundo”. (WORLD BANK, 2012).

<sup>20</sup>“O brasileiro ganha, por ano, o equivalente a US\$ 10.710 (contra US\$ 8.615 em 2009). Segundo os últimos dados do Banco Mundial, 44 países têm renda *per capita* superior à do Brasil, entre eles a própria Grã-Bretanha” (SALEK, 2011).

ações afirmativas em favor de certos grupos, considerando-as discriminatórias em relação aos grupos não beneficiados por essas medidas. Trata-se de uma manifestação da igualdade formal, gerando um direito à indiferença. As críticas às ações afirmativas são, portanto, devidas ao fato de contrariarem a noção estritamente formal de igualdade.

A visão formal do princípio da igualdade apresenta dificuldades com o tratamento das diferenças pois é cega à necessidade de medidas específicas, que são sempre vistas como espécie de “direito especial”. Restringe-se apenas aos casos de discriminação direta (intencional) e, portanto, não oferece respostas à discriminação indireta (não intencional) (RIOS, 2008, p. 34-35).

No entanto, conforme Shelton (2008, p. 24), a noção de discriminação evoluiu desde sua percepção como um trato principalmente desfavorável dirigido a um segmento da comunidade até um conceito mais amplo que inclui tanto a diferenciação não intencional e, em épocas mais recentes, o reconhecimento de que a discriminação pode ser indireta, em casos nos quais o trato igual tem efeitos desproporcionalmente adversos para os membros de um grupo em particular.

Mais adequada a essa realidade é a perspectiva da antissubordinação, que reprova tratamentos que criam ou perpetuam situações de desvantagem de certos grupos. Portanto, admite tratamentos diferenciados com base em critérios proibidos de discriminação, desde que esses objetivem combater justamente as situações que geram a discriminação, assim como considera discriminatórios tratamentos neutros que reforcem a subordinação de quem quer que seja. Como consequência, admite ações afirmativas, sempre que forem necessárias e eficazes no combate à situação de desvantagem, não as considerando discriminatórias em face dos grupos privilegiados (RIOS, 2008, p. 36).

A maioria dos tratados e da jurisprudência permite ou exige que a situação de desvantagem de grupos vulneráveis ou desfavorecidos seja o objetivo das medidas de ação afirmativa<sup>21</sup> (SHELTON, 2008, p. 12). Nesse sentido, estabelecem o artigo 4º (1) da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher<sup>22</sup> e o artigo 1º (4), da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial<sup>23</sup>.

Ao contrário de conceber as medidas específicas para combater a situação de subordinação de certos grupos como privilégios ou direitos especiais, a perspectiva antissubordinação as vê como exigências de igualdade. A omissão diante dessas realidades, sob a aparente igualdade formal de todos, configura ofensa ao princípio da igualdade, pois vislumbra neste um mandamento de igual proteção especialmente aos grupos em desvantagem social, econômica, religiosa, cultural, sexual, racial, etc. A perspectiva da antissubordinação explica a dinâmica do princípio da igualdade preocupada com as

---

<sup>21</sup> O termo “ação afirmativa” consagrou-se através do emprego na *Executive Order* 10925, pelo presidente dos EUA, Kennedy, ao vedar qualquer discriminação na contratação dos funcionários públicos, seja ela baseada na raça, cor, origem, credo. A ação alcançava o âmbito federal e foi melhor abordada pelo sucessor, Lyndon Johnson, quando da edição da *Executive Order* 11246 (SEWELL, 2004, p. 355-368).

<sup>22</sup> A adoção pelos Estados partes de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará discriminação na forma definida nesta Convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais ou separadas; essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados (BRASIL, 2002).

<sup>23</sup> Não serão consideradas discriminações racial as medidas especiais tomadas como o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou 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 pôr que, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos (BRASIL, 1969).

circunstâncias históricas se comparada à perspectiva formal da anti-diferenciação (RIOS, 2008, p. 37).

Desse modo, nem todas as medidas de diferenciação que atingem os grupos vulnerabilizados são discriminatórias, o que só pode ser caracterizado atentando-se para o efeito que produzem. Assim, a perspectiva de antissubordinação não condena a segregação racial porque ela viola o princípio abstrato de mesmo tratamento a todas as raças, mas porque atua no sentido de reforçar a vulnerabilidade de determinados grupos raciais (RIOS, 2008, p. 39).

Nesse sentido é a reflexão de Conolly (2011, p. 11, tradução nossa):

“A igualdade substantiva sugere que a responsabilidade pela discriminação não repousa apenas no sujeito que a comete intencionalmente e pode ser demandado em um Tribunal, mas no grupo dominante como um todo, que é beneficiado com a estruturação da sociedade baseada em questões raciais, de gênero e outras. Isso significa que o grupo dominante deve arcar com os custos da mudança. Isso surge, por exemplo, quando indivíduos brancos inocentes e do sexo masculino perdem para minorias ou mulheres aparentemente menos qualificadas em programas de ações afirmativas no emprego, educação ou habitação. Igualdade substantiva sugere também que o Estado tem um papel. Se ele não faz nada, perpetua a discriminação. Assim, ele tem o dever positivo de intervir.”<sup>24</sup>

Portanto, nem toda distinção ou diferença de tratamento configura discriminação. O princípio da igualdade pode exigir do Estado que adote ações afirmativas, a fim de diminuir ou eliminar as condições que causam ou contribuem para perpetuar a discriminação, mesmo que isso resulte em perdas imediatas para os grupos dominantes historicamente favorecidos. Assim, o referido princípio não requer um tratamento idêntico e permite diferenciações razoáveis entre indivíduos ou grupos de indivíduos fundadas em razões pertinentes e significativas (SHELTON, 2008, p. 11).

Nesse sentido, manifestou-se a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em sua Opinião Consultiva nº 4/1984, em seus itens 55 a 57:

“55. La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que,

---

<sup>24</sup> Substantive equality suggests that responsibility for discrimination rests not just with the wrongdoer in court, but the dominant group as whole which is benefited from society’s structuring on racial, gender and other grounds. This means that the dominant group should bear the cost of the change. It arises for example, when innocent whites and males lose out to apparently lesser-qualified minorities or women in positive action programmes in employment, education or housing. Substantive equality also suggests that the state has a role. If it does nothing it is perpetuating discrimination. Thus it has a positive duty to intervene (CONOLLY, 2011, p. 11).

a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza. 56. Sin embargo, [...] no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana. Existen, en efecto, ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia. Por el contrario, pueden ser un vehículo para realizarla o para proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles. Mal podría, por ejemplo, verse una discriminación por razón de edad o condición social en los casos en que la ley limita el ejercicio de la capacidad civil a quienes, por ser menores o no gozar de salud mental, no están en condiciones de ejercerla sin riesgo de su propio patrimonio. [...] 57. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana” (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1984).

Porém, as medidas, ações e leis que criam tratamentos diferenciados visando à reversão dos processos de vulnerabilização de certos grupos oprimidos devem observar certos critérios que lhe dão legitimidade. No Direito Internacional geral, uma violação do princípio da não discriminação surge se:

a) casos iguais são tratados de uma maneira diferente;

b) uma diferença de tratamento não tem uma justificação objetiva e razoável; ou

c) se não houver proporcionalidade entre o objetivo visado e os meios empregados. (BAYERSKY, 1990, p. 33).

Considerando-se portanto que o princípio da não discriminação é incompatível com a leitura formal do princípio da igualdade, pode-se vislumbrar diferentes situações em que tanto tratamentos iguais quanto diferenciados podem ser considerados legítimos e em que, sem considerar fatores sociais, econômicos, culturais e outros, não se pode estabelecer, *a priori*, quando essa condição de legitimidade é alcançada. Nesse sentido, pode-se concluir que há leis, ações e medidas que:

– distinguem por meio de fatores discriminatórios, mas são legítimas, porque não prejudicam o acesso a direitos (por exemplo, restrição ao voto por motivo de idade);

– distinguem com base em fatores discriminatórios, mas com o propósito de potencializar/beneficiar indivíduos e grupos vulneráveis e, por isso, são legítimas (cotas no ensino superior público para população afrodescendente)<sup>25</sup>;

– são aparentemente neutras, pois se aplicam indistintamente a todos, mas têm efeito discriminatório e, portanto, são ilegítimas (Lei do Véu de 2001, na França);

– distinguem com base em fatores proibidos e são ilegítimas, pois reforçam privilégios (a chamada Lei do Boi);

– distinguem com base em fatores proibidos e são ilegítimas, pois reforçam desvantagens (leis de *apartheid* com base em critério racial).

<sup>25</sup> Em notícia publicada no *site* do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, números demonstram o sucesso da implantação do programa de cotas. Na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), cerca de 49% dos cotistas foram aprovados em todas as disciplinas, contra 47% dos que entraram sem a ação positiva (PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO, 2014).

## 5. Conclusões

Avaliar a legitimidade dos tratamentos diferenciados sob a lógica da igualdade formal, conceito construído na modernidade ocidental, é inviável por tratar-se de um elemento importante do projeto moderno homogeneizante e excludente que concebeu a sociedade ideal, como sendo aquela onde reinaria a unidade e onde não existiriam diferenças.

Trabalhar com o princípio da igualdade como se a sociedade fosse um corpo homogêneo composto de pessoas iguais tem como resultado a instituição de leis aparentemente neutras que instituem tratamentos idênticos, mas que, finalmente, servem para reforçar desigualdades e vulnerabilidades de determinados grupos e indivíduos que estão efetivamente à margem do gozo de seus direitos humanos.

A compreensão mais geral do Direito deve reconhecer que estamos lidando com sociedades verdadeiramente plurais e desiguais, marcadas pela existência de grupos culturalmente dominantes, de grupos vulneráveis (ou minoritários), de multiculturalismo e de outros fenômenos discutíveis. Essa análise necessita, portanto, considerar uma visão crítica de alguns aspectos do legado moderno, em que o princípio da igualdade formal mostrou-se mais um artefato ideológico de dominação das parcelas historicamente beneficiadas da sociedade do que um mecanismo de justiça.

Não se pode mais pensar em igualdade como um princípio que exige apenas considerações formais. O jurista precisa reconhecer a dinâmica das relações de poder e compreender de que forma o Direito, atento apenas à dimensão formal, reforça a opressão e a dominação de grupos e indivíduos historicamente em desvantagem.

Em face do significado contemporâneo dos direitos humanos, a igualdade requer mesmo respeito e consideração advinda da dignidade, ao contrário da adoção de tratamentos iguais e homogêneos. Conseqüentemente, um resultado isonômico ou igualitário pode, em determinados casos, depender de tratamento diferenciado.

## Referências

BAYEFSKY, Anne F. The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law. *Human Rights Law Journal*, v. 11, n. 1-2, p. 1-34, 1990.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Direitos humanos no segundo pós-guerra: entre as respostas racionalistas da modernidade e o desafio das vulnerabilidades. In: ROCHA, Leonel Severo et al. Constituição sistemas sociais e hermenêutica. *Anuário do PPG em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*, 2012. v. 9. p. 125-136.

BRASIL. Decreto n. 62.150, de 19 de janeiro de 1968. Promulga a Convenção nº 111 da OIT sobre discriminação em matéria de emprego e profissão. *Diário Oficial da União*, Brasília, 23 jan. 1968.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 65.810, de 8 de dezembro de 1969. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. *Diário Oficial da União*, Brasília, 10 dez. 1969.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. *Diário Oficial da União*, Brasília, 7 jul. 1992.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 4.377, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984. *Diário Oficial da União*, Brasília, 16 set. 2002.

\_\_\_\_\_. Lei n. 5.465, de 3 de julho de 1968. Dispõe sobre o preenchimento de vagas nos estabelecimentos de ensino agrícola. *Diário Oficial da União*, Brasília, 4 jul. 1968.

CONNOLLY, Michael. *Discrimination Law*. 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 2011.

COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. Council Directive 2000/43/EC. *Official Journal*, L 180, p. 22-26, 19 July 2000. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0043:en:HTML>>. Acesso em: 23 out. 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva Oc-4/84 del 19 de enero de 1984*. Costa Rica, 1984. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_04\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf)>. Acesso em: 23 out. 2014.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Lustig-Prean and Beckett v. The United Kingdom*. European Court of Human Rights (Third Section) Applications nos. 31417/96 and 32377/96. DJ, 27 set. 1999. Disponível em <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58407>>. Acesso em: 23 out. 2014.

FREDMAN, Sandra. *Discrimination Law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Censo 2010*: número de católicos cai e aumenta o de evangélicos, espíritas e sem religião. *Comunicação Social*, 29 jun. 2012. Disponível em: <<http://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo?busca=1&id=3&idnoticia=2170&view=noticia>>. Acesso em: 22 fev. 2014.

LOPES, Otávio Brito. Minorias, discriminação no trabalho e ação afirmativa judicial. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 76, n. 4, out/dez, 2010. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/1295387/1313830/Minorias,%20discrimina%C3%A7%C3%A3o+no+trabalho+e+a%C3%A7%C3%A3o+afirmativa+judicial>>. Acesso em: 23 out. 2014.

MACHADO, Jónatas E. M. *Direito internacional: do paradigma clássico ao pós -11 de setembro*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

\_\_\_\_\_. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MOORE, Carlos. *Racismo e sociedade: novas bases epistemológicas para entender o racismo*. Belo Horizonte: Mazza Edições, 2007.

NACIONES UNIDAS. Comité de derechos económicos sociales y culturales. *Pacto examen de los informes presentados por los estados partes de conformidad con los artículos 16 y 17 del pacto*. E/C.12/1/Add.105. Chile, 26 nov. 2004. Disponível em: <<http://acnudh.org/2004/11/comite-de-derechos-economicos-sociales-y-culturales-cescr-chile-2004/>>. Acesso em: 24 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud de los artículos 16 y 17 del Pacto. *Consejo Económico y Social*, España, Distrito General, 6 jun. 2012.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. *Relatório do Desenvolvimento Humano de 2011: sustentabilidade e equidade: um futuro melhor para todos*.

New York: United Nations Publications, 2011. Disponível em <<http://hdr.undp.org/en/content/human-development-report-2011-portuguese-summary>> Acesso em: 24 out. 2014.

\_\_\_\_\_. *Relatório do Desenvolvimento Humano de 2014: sustentar o progresso humano: reduzir as vulnerabilidades e reforçar a resiliência*. New York: United Nations Publications, 2014. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/arquivos/RDH2014pt.pdf>>. Acesso em: 4 dez. 2014.

RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SALEK, Sílvia. Apesar de avanços, Brasil continua em baixa em índices globais. *BBC Brasil*, 28 dez. 2011. Disponível em: <[http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2011/12/111227\\_brasilrankings\\_ss.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2011/12/111227_brasilrankings_ss.shtml)>. Acesso em: 22 out. 2014.

SEWELL, Stacy K. The “fashionable” end to discrimination: the development of affirmative action in the Kennedy- Johnson White House. *White House Studies*, v. 4, n. 3, 2004.

SHELTON, Dinah. Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Anuario de Derechos Humanos*, Chile, n. 4, p. 15-39, 2008. Disponível em: <[www.anuariodh.uchile.cl](http://www.anuariodh.uchile.cl)>. Acesso em: 23 out. 2014.

UNESCO. Convenção relativa à luta contra a discriminação no campo do ensino. In: CONFERÊNCIA GERAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E CULTURA, 11. Paris, 14 de novembro a 15 de dezembro de 1960. Disponível em: <<http://bo.io.gov.mo/bo/i/98/38/decretolei112.asp?printer=1>>. Acesso em: 23 out. 2014.

UNITED NATIONS. Human Rights Committee. *General Comment 18*. 1989. Disponível em: <[http://www.bayefsky.com/themes/equality\\_equal-protection\\_general-comments.pdf](http://www.bayefsky.com/themes/equality_equal-protection_general-comments.pdf)>. Acesso em: 22 out. 2014.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COUNCIL. Complementary international standards compilation of conclusions and recommendations of the study by the five experts. *Ad Hoc Committee*, Geneva, 11-22 feb. 2008. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Racism/AdHoc/CRP4.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2010.

WORLD BANK GROUP. *Brasil: aspectos gerais*. [2012]. Disponível em <<http://www.worldbank.org/pt/country/brazil/overview>>. Acesso em: 06 dez. 2013.

WIEVIORKA, Michel. *El racismo: una introducción*. Tradução de Antonia García Castro. Barcelona: Editora Gedisa, 1998.