

ENFRENTANDO O FUTURO: IGUALDADE SUBSTANTIVA SOB OS HOLOFOTES¹⁻²

FACING THE FUTURE: SUBSTANTIVE EQUALITY UNDER THE SPOTLIGHT

Sandra Fredman

Professora na Faculdade de Direito da Universidade de Oxford

RESUMO: A igualdade substantiva nasce da decepção e frustração com os limites da igualdade formal. No entanto, o conteúdo específico da igualdade material permanece controverso. Argumenta-se, aqui, que a igualdade substantiva tem quatro diferentes dimensões: em primeiro lugar, a quebra do ciclo de desvantagens associadas com *status* ou a grupos; em segundo lugar, a promoção do respeito pela igual dignidade e valor de todos; em terceiro lugar, a acomodação e afirmação positiva das diferentes identidades; e, finalmente, a correção de uma sub-representação na tomada de decisões. Esse entendimento tetradimensional da igualdade substantiva não prescinde da análise de como as dimensões se relacionam entre si. Nesse contexto, a ação afirmativa constitui uma síntese

valiosa entre *status* e desvantagem, especificamente ao anexar benefícios socioeconômicos aos desfavorecidos por *status*. Quanto ao controle judicial, o papel do juiz deve ser promover a igualdade substantiva, e, portanto, apoiar medidas governamentais que visam a atingir a igualdade substantiva. No entanto, tal apoio não deve ser confundido com deferência às decisões governamentais. É importante reconhecer as limitações da ação afirmativa como uma estratégia e enxergá-la apenas como uma parte de um plano de base ampla e radical, que faz mais do que redistribuir posições privilegiadas, mas refaz as instituições que continuam a perpetuar a exclusão.

PALAVRAS-CHAVE: Igualdade substantiva; dignidade; ação afirmativa; controle judicial.

¹ Título original: *Facing the future: substantive equality under the spotlight*. Publicado em: *“Equality in the workplace: reflections from South Africa and elsewhere”*, editado por Ockert Dupper and Christoph Garbers, University of Stellenbosch, South Africa (2010).

² Traduzido da língua inglesa por Juliane Stival, Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS, Especialista em Direito Público pela Faculdade Processus (Brasília/DF), Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUC/RS, Analista Judiciária do Superior Tribunal Militar – STM. E-mail: juliane@stm.jus.br.

ABSTRACT: *The substantive equality is born of disappointment and frustration with the limits of formal equality. However, the specific content of substantive equality remains controversial. It is argued here that substantive equality has four different dimensions: first, breaking the cycle of disadvantage associated with groups or status, and secondly, to promote respect for the equal dignity and worth of all, in the third place, the accommodation and positive affirmation of different identities, and finally, the correction of an under-representation in decision-making. This four-dimensional understanding of substantive equality does not obviate the analysis of how the dimensions relate to each other. In this context, affirmative action is a valuable synthesis between status and disadvantage, particularly when attaching benefits socioeconomic for the disadvantaged status. As for judicial review, the judge's role should be to promote substantive equality, and therefore support government measures aimed at achieving substantive equality. However, such support should not be confused with deference to government decisions. It is important to recognize the limitations of affirmative action as a strategy and see it only as a part of a broad-based radical, which does more than redistribute privileged positions, but remaking the institutions that continue to perpetuate the exclusion.*

KEYWORDS: *Substantive equality; dignity; affirmative action; judicial review.*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Igualdade substantiva; 3 Dignidade; 4 A ação afirmativa; 5 Deveria a pobreza ser um motivo de discriminação?; Conclusão.

SUMMARY: 1 Introduction; 2 Substantive equality; 3 Dignity; 4 Affirmative action; 5 Should poverty be a ground for discrimination?; Conclusion.

1 INTRODUÇÃO

Transformação na África do Sul está intimamente ligada com o desenvolvimento vigoroso do princípio da igualdade. No entanto, como a segunda década da nova democracia chega ao fim, os desafios que o princípio da igualdade enfrenta são mais complexos do que nunca. Igualdade perante a lei, embora uma condição *sine qua non*, está longe de ser suficiente para provocar as mudanças de grande alcance social e institucional necessárias para alcançar a verdadeira igualdade. Além disso, para garantir que o projeto constitucional de transformação mantenha a sua energia na próxima década, a promessa de igualdade substantiva deve ser cumprida. Ainda há muita discussão quanto ao que essa promessa vincula e os melhores meios para alcançá-la. Também não estão estes desafios confinados à África do Sul. Embora a experiência sul-africana tenha sido condensada em apenas uma década e meia, a evolução da igualdade material tem sido compartilhada em muitas outras sociedades, e os dilemas modernos são impressionantemente similares.

O objetivo deste artigo é enquadrar alguns dos principais desafios enfrentados pelo princípio da igualdade substantiva. Central para a igualdade substantiva é o reconhecimento da conexão entre *status* e desvantagem. Aqui *status* se refere à raça, ao gênero, à deficiência ou outra área proibida, e a *desvantagem* está preocupada com a desvantagem socioeconômica. Considerando que a igualdade formal resolve a discriminação com base no *status*, a igualdade material destaca que na verdade não é o estado, por si só, que é o problemático, mas a desvantagem que se vincula ao *status*. Assim, o foco deveria ser nas mulheres ou nos negros, em vez de no gênero ou na raça por si só. No entanto, o poder desta compreensão é compensado pelos desafios que ela levanta. Ao abordar tanto o *status* quanto a desvantagem socioeconômica no interior do veículo da igualdade substantiva, como é que cada um será formulado, e como eles devem interagir?

Este artigo considera que dessa interação surgem três problemáticas específicas. A primeira é o papel da dignidade. Um conceito cada vez mais popular no discurso da igualdade substantiva, a dignidade também teve o efeito de deslocar o *status* da desvantagem socioeconômica. Este capítulo pergunta qual o papel que a dignidade deve desempenhar. A segunda questão brota da intersecção do *status* e da desvantagem socioeconômica e preocupa-se com a ação afirmativa. A ação afirmativa atribui específicos benefícios socioeconômicos para os desfavorecidos pelo *status*, e, portanto, facilita a obtenção da igualdade substantiva. No entanto, existe um risco de que esta ligação perpetue o *status* desigual dos indivíduos, congelando-os em grupos de *status* existentes, ou pelo reforço de estereótipos. Este artigo considera este problema em particular em relação à gravidez e à paternidade. Além disso, como o grupo do *status* começa a se beneficiar das disposições da ação afirmativa, uma brecha se abre entre o *status* e a desvantagem. O capítulo levanta a questão de saber se o grupo de beneficiários, portanto, precisa ser reduzido para incluir somente aqueles que sofrem tanto o *status* quanto a desvantagem socioeconômica. Com efeito, se o objetivo é efetivamente reverter a desvantagem socioeconômica, porque a ação afirmativa se ligaria ao *status* na totalidade? Argumenta-se aqui que a ação afirmativa executa mais funções do que simplesmente reverter a desvantagem socioeconômica e, portanto, que a ligação com o *status* deve ser mantida, mesmo quando acompanhada de prosperidade econômica relativa. Isto leva para a terceira problemática da intersecção entre o *status* e a desvantagem socioeconômica, nomeadamente a ligação entre *status* e pobreza. Argumenta-se aqui que, assim como o *status* traz consigo desvantagem socioeconômica,

também a pobreza traz danos ao *status*. Isto significa que a pobreza deve ser um motivo de discriminação.

Outra maneira de formular o problema é utilizar os conceitos de reconhecimento e redistribuição, moldados por Fraser, Honneth e outros³. Baseado na noção de Hegel de identidade como o reconhecimento intersubjetivo, ou declaração interpessoal, o reconhecimento é o valor atribuído ao *status*. *Status* desigual surge do desconhecimento, que, por sua vez, vem de denegrir ou humilhar as pessoas. Desigualdade distributiva surge da injusta repartição dos recursos. Considerando que a desigualdade distributiva é geralmente tratada por meio do Estado de bem-estar e a desigualdade de reconhecimento através de lei de discriminação, o poder da igualdade material é a sua capacidade de conduzir as duas juntas⁴. No entanto, o fato é que a igualdade material é melhor para tratar os erros de *status* do que de desvantagem socioeconômica, a menos que ela seja construída juntamente com direitos socioeconômicos⁵.

O capítulo começa com uma breve descrição do significado da igualdade substantiva. Passa-se, então, a considerar os três desafios: a dignidade, a ação afirmativa e a pobreza como uma forma de discriminação. O capítulo não se atreve a dar respostas a estas perguntas, mas apenas a elucidar a natureza do desafio e mostrar como várias jurisdições a eles responderam.

2 IGUALDADE SUBSTANTIVA

A igualdade substantiva nasce da decepção e frustração com os limites da igualdade formal. Destina-se a assumir a batuta onde a igualdade formal sai fora. No entanto, enquanto é até agora relativamente fácil chegar a um consenso sobre os limites da igualdade formal, ainda há muitas perguntas não respondidas sobre as maneiras em que a igualdade material deve ser formatada para transcender a essas limitações. Esta seção apresenta um ensaio sobre os limites da igualdade formal, antes de voltar para os desafios enfrentados na definição de igualdade substantiva.

³ Fraser & Honneth *Redistribution or Recognition* (2003); Fredman 'Redistribution And Recognition: Reconciling Inequalities' 2007 (23) *SAJHR* 214; Liebenberg 'Needs, Rights and Transformation: Adjudicating Social Rights' 2006 (17) *Stell Law Review* 5 – 36; Fudge "The Canadian Charter of Rights: Recognition, Redistribution, and the Imperialism of the Courts" in Campbell, Ewing & Tomkins (eds) *Sceptical Essays on Human Rights* (2001).

⁴ Fredman 'Redistribution And Recognition' 214.

⁵ Fredman 'Providing Equality: Substantive Equality and the Positive Duty to Provide' 2005 (21) *SAJHR* 163.

A igualdade formal é baseada na premissa de que os indivíduos devem ser tratados como indivíduos, com base no seu mérito próprio, ao invés de atributos baseados em características irrelevantes, como raça, cor, sexo, casta ou outros *status* análogos. Geralmente, é resumida pela fórmula aristotélica de que iguais devem ser tratados igualmente. Em contextos legais, ela encontra expressão no princípio da discriminação direta ou igualdade de tratamento, o qual torna ilegal tratar uma pessoa menos favoravelmente em razão de seu sexo, sua raça ou qualquer outro *status* do que uma pessoa de um sexo diferente, raça ou qualquer outro *status*. Suas conquistas não devem ser subestimadas. Levou-se muitos anos de luta política para atingir o ponto de reconhecimento que gênero e raça são critérios irrelevantes para alcançar os principais direitos políticos e civis. Pensadores políticos, a partir de Aristóteles, consideravam gênero como um critério relevante para o acesso aos direitos de cidadania, atribuindo somente aos homens a racionalidade necessária para qualificar-se como sujeito de direitos⁶. Nem é preciso referir que a tecla inicial para a realização da nova democracia na África do Sul foi remover todas as referências raciais dos critérios de acesso aos direitos básicos.

No entanto, a experiência demonstrou rapidamente que as desigualdades persistem, apesar da introdução de uma igualdade formal. Isso pode ser atribuído a cinco principais características deste conceito. O primeiro é a suposição de que o indivíduo pode ser abstraído de seu sexo, sua raça ou qualquer outro *status* e ser tratado inteiramente com base no mérito. No entanto, o mérito é em si uma função de vantagem prévia, ao invés de uma característica objetiva. Tratar *status* como um motivo irrelevante apenas ignora a desvantagem em curso experimentada por indivíduos que sejam previamente desiguais perante a lei ou sujeitos a preconceitos sociais⁷. O resultado é inculcar desvantagem. Em segundo lugar, a igualdade formal assume que o objetivo é tratamento idêntico. Na verdade, dada a desigualdade antecedente, pode ser necessário fornecer conjuntos muito diferentes de recursos para alcançar uma verdadeira igualdade. Como Sen argumentou: “Consideração igual para todos pode exigir um tratamento muito desigual em favor dos mais desfavorecidos. As demandas da igualdade substantiva podem ser particularmente exigentes e complexas quando há uma boa dose de desigualdade antecedente para enfrentar”⁸. Em terceiro lugar, a

⁶ Fredman *Women and the Law* (1997) 1-38.

⁷ Veja mais, Fredman *Discrimination Law* (2002) 1-37, 293-407; McCrudden ‘The Merit Principle’ 1998 (18) *Oxford J of Legal Studies* 543.

⁸ Sem *Inequality Re-examined* (1992).

igualdade formal é premissa em um indivíduo abstrato e universal. No entanto, a possibilidade de um indivíduo abstraído de suas características de *status* é ilusória. Na realidade, o indivíduo abstrato está vestido com as características do grupo dominante, que irão, então, se afirmar como se fossem universais. Somente aqueles que podem estar em conformidade com esta norma são suficientemente “iguais para ter o direito de ‘igual tratamento’”. O resultado é que a igualdade formal exige conformidade como um preço da igualdade de tratamento. No entanto, diversas identidades individuais podem ser enriquecedoras e desejadas. O problema não é a diversidade de características, mas o tratamento prejudicial a ela ligado. Assim, o objetivo não deve ser eliminar a diferença, mas proibir o prejuízo ligado a essa diferença. Em quarto lugar, a igualdade formal é um conceito relativo, agnóstico quanto ao resultado substantivo. Pode, portanto, ser cumprida ao tratar a todos igualmente mal, ou removendo benefícios do melhor, a fim de trazê-lo na linha do pior. Isto significa que a concretização da igualdade formal pode ser uma vitória vazia, ou até mesmo uma derrota. Por fim, a igualdade formal é baseada em uma concepção negativa da liberdade, com o objetivo de coibir o Estado de interferir nos direitos individuais, em vez de colocar as obrigações positivas do Estado para promover a igualdade.

A igualdade material é moldada para lidar com cada uma dessas limitações. Em primeiro lugar, a igualdade substancial não tem como objetivo abstrair o indivíduo do contexto social. Leva em conta as estruturas existentes de poder e o papel do *status* ou da identidade dentro delas. *Status* não é considerado irrelevante. Na verdade, ele pode ser muito relevante para lidar com as desigualdades na sociedade. Igualdade substancial, portanto, focaliza a desvantagem associada a um motivo proibido, em vez de o motivo em si mesmo: sobre as mulheres ao invés de gênero; sobre a negritude, em vez de cores. Em segundo lugar, e como resultado disso, a igualdade material é sensível aos resultados e não apenas ao tratamento. Isso abre o caminho para que se exija tratamento diferenciado para atingir as igualdades de resultado. Em terceiro lugar, a igualdade substantiva reconhece que a identidade pode ser uma fonte de valor. Por conseguinte, não visa tratar todos os indivíduos de forma idêntica, mas afirmar e acomodar as diferenças. Na sua forma transformadora, a igualdade substantiva exige que as instituições sociais mudem, em vez de esperar que o indivíduo se conforme. Em quarto lugar, uma igualdade substancial não é neutra quanto ao resultado. A igualdade não pode ser alcançada tratando todos igualmente mal ou retirando benefícios da classe favorecida. É substantiva, no sentido dos avanços individuais no lugar da formal para assegurar consistência

somente. Por fim, igualdade substantiva pode ir além de um modelo baseado em uma omissão para um que inclua obrigações positivas de respeitar, proteger, promover e cumprir.

A concepção da igualdade substantiva como uma resposta aos limites da igualdade formal alcançou considerável consenso. No entanto, o conteúdo específico da igualdade material permanece controverso. Há uma tentação de reduzir a igualdade substantiva a uma única dimensão, como a dignidade, ou a desvantagem socioeconômica. Argumenta-se, em vez disso, que a igualdade substantiva tem quatro diferentes dimensões⁹. Primeiro, é um princípio assimétrico. Mais do que o indivíduo abstrato da igualdade formal, a igualdade material concentra-se na desvantagem. Destina-se, portanto, a quebrar o ciclo de desvantagens associadas ao *status* ou aos fora dos grupos. Esta é a dimensão redistributiva. Em segundo lugar, a igualdade substancial promove o respeito pela igual dignidade e pelo valor de todos, corrigindo, assim, o estigma, os estereótipos, a humilhação e a violência por causa da adesão de um de fora do grupo. O assédio sexual, o abuso racista, a humilhação dos velhos e a perseguição homofóbica nas escolas são exemplos de situações em que a reivindicação principal é baseada na dignidade. Em terceiro lugar, ela não exige a concordância como um preço da igualdade. Em vez disso, ela implica em um compromisso, uma afirmação positiva e de celebração da identidade dentro da comunidade. A segunda e a terceira são as dimensões do reconhecimento. Por fim, os fora dos grupos são sub-representados na tomada de decisões em todos os níveis. Muitos também são socialmente excluídos. A igualdade material deve, portanto, facilitar a plena participação na sociedade.

Esse entendimento tetradimensional da igualdade substantiva deixa em aberto a questão de como as dimensões se relacionam entre si. O restante do artigo tenta lançar alguma luz sobre essa interação.

3 DIGNIDADE

O desejo de encontrar um núcleo substantivo para impedir que a igualdade seja não mais do que um exercício de coerência levou muitos acadêmicos, profissionais e juízes a enquadrar a dignidade como valor central da igualdade. Assim, a Suprema Corte do Canadá, rejeitando a abordagem da igualdade formal, localizou a dignidade no centro do princípio da igualdade.

⁹ Fredman *The future of Equality in Great Britain* Working Paper nº 5 Equal Opportunities Commission Manchester (2002).

A igualdade significa que a nossa sociedade não pode tolerar diferenças legislativas que tratem certas pessoas como cidadãos de segunda classe, que os rebaixe, que os tratem como menos capazes, sem qualquer razão, ou que de outra forma ofenda a dignidade humana fundamental¹⁰.

Da mesma forma, de acordo com Chaskalson P.: “A desigualdade é estabelecida não só através de um tratamento diferenciado baseado em um grupo, mas por meio da diferenciação que perpetua a desvantagem e leva à formação de cicatrizes no sentido de dignidade e auto-estima”¹¹.

Há muito que isso faz da dignidade um conceito intuitivamente atraente. Curar as cicatrizes do *apartheid* requer, em primeiro lugar, uma afirmação da humanidade de cada pessoa, que proíba a desumanização e a degradação de qualquer um. A dignidade também tem sido usada especificamente para trazer o assédio sexual para dentro do envólucro da igualdade. Considerando que a igualdade formal se engaja na tentativa ilusória de encontrar uma comparação adequada, a igualdade substantiva simplesmente proíbe o assédio sexual, pois é incompatível com o respeito ao direito básico da mulher à dignidade e à humanidade. Assim, ao abrigo da legislação da União Europeia (EU), o assédio é uma espécie de discriminação, onde é definido como um comportamento indesejado, com o objetivo ou o efeito de violar a dignidade da pessoa e de criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou ofensivo¹².

A dignidade também desempenha um papel central na prevenção do princípio da igualdade de se tornar não mais do que um exercício de um nivelamento por baixo. Implementar a igualdade por meio da remoção de benefícios, ou tratar a todos igualmente mal, seria incompatível com a dignidade fundamental de cada indivíduo. A importância disto pode ser vista comparando a experiência na UE e na África do Sul sobre a questão da equalização das idades da pensão. A idade inferior para a pensão de 60 para as mulheres, contra 65 para os homens, tem sido contestada em ambas as jurisdições como discriminatórias contra os homens. Embora as mulheres mais velhas continuem entre as mais pobres na Europa e na África do Sul, o aumento do desemprego para os trabalhadores do sexo masculino acima de 50 significa que o acesso aos direitos

¹⁰ *Law v Canadá* [1999] 1 SCR 497 [51].

¹¹ Chaskalson ‘Human Dignity as a Constitutional Value’ in Kretzmer & Klein (eds) *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse* (2002) 140.

¹² EP & Council Directive 2006/54/EC Article 2 (1) (c) and Article 2 (2) (a); para a definição de uma redação semelhante de perseguição racial ver Council Directive 2000/43/EC Article 2 (3).

à pensão em idade precoce é de importância crescente para os homens. Em um caso trazido inicialmente para os tribunais do Reino Unido e, posteriormente, nos termos do direito comunitário, para a Corte Europeia de Justiça (ECJ), a alegação de discriminação foi acolhida¹³.

No entanto, os fundos de pensão, alegando que o custo seria exorbitante, reagiram, instituindo políticas para aumentar a idade da pensão para as mulheres para aquela dos homens ao longo do tempo. Esta estratégia foi confirmada em novos litígios perante a ECJ¹⁴. O resultado é que as mulheres pobres estão em pior situação, e os homens pobres não estão em melhor¹⁵. Na África do Sul, pelo contrário, quando o processo foi contemplado com a mesma questão, o risco de nivelamento para baixo poderia ser evitado pela referência ao conteúdo material de igualdade, incluindo a dignidade. No contencioso, no caso, foi desnecessária a bem-vinda intervenção das autoridades políticas na forma de uma alteração legislativa. Mesmo aqui, contudo, uma visão de fundo foi tomada. Na equalização da idade para o fornecimento de subsídio pelo Estado para a velhice, não se tratou de aumentar a idade de pensão para as mulheres. Em vez disso, o projeto de lei que altera a assistência social abre o caminho para os homens de 60 a 64 anos requererem o subsídio de velhice, potencialmente beneficiando mais de 450.000 homens.

Dignidade, no entanto, acarreta riscos. O mais grave é o perigo que ela pode acionar para negar a ligação entre a desvantagem socioeconômica e a igualdade substantiva. Isto se manifesta pela exigência de que a requerente prove, não só que ela tem sido prejudicada, mas que isso significa falta de respeito dela como uma pessoa. Uma medida que impõe desvantagem socioeconômica sobre os indivíduos em razão do seu *status* não seria em si mesma considerada como discriminatória, a menos que a recorrente pudesse demonstrar, além disso, que a medida ataca a sua dignidade. Este perigo foi demonstrado em dois casos recentes na Suprema Corte do Canadá, no qual o Tribunal concordou que a reclamante sofreu desvantagem socioeconômica em razão do seu *status* (neste caso, a idade dela), mas considerou que isso não significa que a sociedade a considera de valor inferior aos outros¹⁶. Sua reivindicação, portanto,

¹³ *Barber v Guardian Royal Exchange Assurance Group* [1990] IRLR 240 (ECJ).

¹⁴ C-480/92 *Smith v Avdel Systems Ltd* [1994] ECR I-4435 (ECJ).

¹⁵ Fredman 'The Poverty of Equality: Pensions and the ECJ' 1996 (25) *ILJ* 91-109.

¹⁶ *Law v Canadá* [1999] 1 SCR 497; *Gosselin v Quebec* 2002 [SCC] 84.

fracassou. Isto foi particularmente problemático na *Gosselin*¹⁷, onde o requerente desafiou um regime segundo o qual o benefício integral só estava disponível para os beneficiários da previdência social acima de 30. Os menores de 30 receberiam significativamente menos, a menos que eles participassem de uma certa atividade de trabalho ou programa de educação. Na prática, houve um déficit significativo em lugares disponíveis, e aqueles que estavam disponíveis eram relativamente a curto prazo. Como resultado, muitos jovens, inclusive o reclamante, experimentaram a pobreza real. No entanto, a maioria da Corte entendeu que “a prestação de diferentes montantes iniciais de apoio monetário a cada um dos dois grupos não indica que a dignidade de um grupo foi premiada em detrimento do outro”.¹⁸ Por isso, indeferiu o pedido de quebra da garantia da igualdade na Seção 15 (1) da Carta.

A manifestação mais sutil do efeito da dignidade é encontrada no caso *Hugo*¹⁹, onde, novamente, a dignidade foi usada para derrotar uma reivindicação de igualdade. O caso pauta o perdão emitido pelo Presidente Mandela para todas as mulheres presas que eram mães de crianças pequenas. O perdão foi desafiado por um prisioneiro do sexo masculino, o cuidador único de seus filhos jovens, com base na discriminação em razão do sexo. O Tribunal rejeitou o caso. De acordo com Goldstone J., “o ato presidencial pode ter negado aos pais uma oportunidade que foi às mães concedida, mas não poderia se dizer ter fundamentalmente enfraquecido os seus direitos de dignidade ou senso de igualdade de valor”²⁰. Porém, a oportunidade negada aos pais vai ao cerne da divisão de trabalho por gênero na nossa sociedade e, portanto, para o coração da desvantagem socioeconômica vivida pelas mulheres. O papel das mulheres de cuidadoras primárias das crianças tem sido uma importante fonte de desigualdade para as mulheres; tentar resolver o problema com base em que a dignidade dos homens não seja prejudicada apenas escamoteia a realidade da desigualdade de gênero. Igualmente problemática é a afirmação de que a medida não prejudicou os direitos de dignidade ou do senso de autoestima dos pais. Como Kriegler J. declarou em sua opinião dissidente, é o pressuposto de que as mulheres são as principais cuidadoras de crianças que constitui um ataque à sua dignidade:

¹⁷ *Gosselin v Quebec* 2002.

¹⁸ At [61] (McLachlin J).

¹⁹ *President of the Republic of South Africa and Another v Hugo* 1997 (4) SA 1 (CC), (1997 (1) SACR 567 (CC).

²⁰ *Hugo* at [47].

Uma das formas em que se concede igual dignidade e respeito às pessoas é procurar proteger as opções fundamentais que fazem sobre suas próprias identidades. A dependência à generalização de que mulheres são prestadoras de cuidados primários é nociva em sua tendência a impedir e tolher o crescimento dos esforços dos homens e mulheres para formar livremente a sua identidade.²¹

A dignidade também pode ser usada de uma forma que abstrai a análise da igualdade nas relações de poder na sociedade. Isto pode ser visto no caso precoce de *City Council of Pretoria v. Walker*²². O caso diz respeito a um sistema de tarifação para a eletricidade que favoreceu os moradores, predominantemente negros e pobres, dos bairros antigos fora de Pretória sobre os moradores, predominantemente brancos e ricos, de dentro de Pretória. O tribunal entendeu que, embora o sistema de tarifação em si não constitui uma invasão da dignidade dos moradores brancos, a aplicação seletiva dos encargos constitui uma discriminação injusta contra eles. Segundo Langa D. P.:

Nenhum membro de um grupo racial deve ser feito para sentir que eles não são merecedores de igual “preocupação, respeito e consideração” e que a lei é suscetível de ser utilizada contra eles com mais rigor do que outros que pertencem a outros grupos raciais.²³

Essas dificuldades não são, contudo, intransponíveis. A própria Suprema Corte do Canadá já reconheceu que a dignidade tem sido utilizada de uma forma problemática. No acórdão *R. v. Kapp*²⁴, o Tribunal reconheceu que

diversas dificuldades têm surgido a partir da tentativa na lei de empregar a dignidade humana como um teste legal. Não pode haver dúvida de que a dignidade humana é um valor fundamental subjacente à garantia da igualdade da Seção 15. Na verdade, a proteção de todos os direitos garantidos pela Carta tem como estrela-guia a promoção da dignidade humana. Mas

²¹ *Hugo* at [80].

²² *City Council of Pretoria v Walker* 1998 (2) SA 363 (CC).

²³ *Walker* at [81].

²⁴ *R v Kapp* 2008 SCC 41.

como os críticos têm apontado, a dignidade humana é um conceito abstrato e subjetivo, que tem provado ser um encargo adicional para os requerentes da igualdade, ao invés da valorização filosófica que se destinava a ser.²⁵

Mais do que isso, porém, a dignidade deve ser utilizada em aliança com direitos socioeconômicos para criar um poderoso meio de defesa da igualdade substantiva. Isto pode ser visto no julgamento do Mokgoro J., em *Khosa*²⁶, que diz respeito à exclusão dos residentes permanentes do direito ao abono de família e às pensões de velhice. Mokgoro J. sublinhou que as consequências da exclusão não são só socioeconômicas. Além disso, a exclusão dos residentes permanentes teve um forte efeito estigmatizante, criando a impressão de que eles eram inferiores aos cidadãos e menos dignos de assistência social. Os residentes permanentes estavam em consequência “relegados às margens da sociedade e privados do que pode ser essencial para lhes permitir desfrutar de outros direitos que lhes são atribuídos pela Constituição”²⁷.

Assim, a dignidade é a dimensão da igualdade de que fala a nossa humanidade básica. Igualdade atribui a todos os indivíduos, não por seus méritos, ou por sua racionalidade, ou por sua nacionalidade ou porque pertença a algum grupo específico, mas por causa da sua humanidade. Os indivíduos não devem ser humilhados ou degradados por meio do racismo, do sexismo, da violência ou outro preconceito com base em *status*. Mas a dignidade não é um elemento separado e adicional da desvantagem socioeconômica em uma reivindicação de igualdade. Desvantagem socioeconômica é em si um assalto a uma humanidade básica do indivíduo. Os elementos de reconhecimento e de redistribuição da igualdade devem se reunir, em vez de irem uns contra os outros.

4 A AÇÃO AFIRMATIVA

4.1 AÇÃO AFIRMATIVA E IGUALDADE SUBSTANTIVA

Uma das principais vantagens da igualdade substantiva sobre a igualdade formal é a sua assimetria. Isto significa que não é a raça ou o gênero em si que é

²⁵ *Kapp* (supra) at [21]-[22].

²⁶ *Khosa and Mahlaule v Minister for Social Development* 2004 (6) SA 505 (CC).

²⁷ *Khosa* (supra) at [77].

considerado como problemático, mas o detrimento e as desvantagens associadas a grupos subordinados: negros, mulheres ou outros fora de grupos. Esta assimetria significa que a igualdade não é, necessariamente, violada por medidas que usem especificamente a raça ou o gênero como um meio de distribuição de benefícios e encargos. Na verdade, desde que elas visem a beneficiar o grupo de subordinados, medidas para específica raça ou gênero podem ser necessárias para alcançar a igualdade substantiva. Assim, considerando que a igualdade formal deveria considerar a ação afirmativa como uma violação da igualdade, uma igualdade substancial vê os programas como um meio para alcançar a igualdade²⁸.

Essa compreensão da ação afirmativa tem sido apoiada pela Constituição sul-africana, que prevê expressamente a ação afirmativa como um meio de alcançar a igualdade substantiva²⁹. De acordo com a Seção 9 (2):

Igualdade inclui o exercício pleno e equitativo de todos os direitos e liberdades. Para promover a realização da igualdade, medidas legislativas e outras destinadas a proteger ou desenvolver pessoas, ou categorias de pessoas, prejudicadas pela discriminação injusta podem ser tomadas.

O significado desta provisão foi elaborado em *Van Heerden*³⁰, como a alegação de discriminação racial trazida por um membro africânder branco lesado em uma medida que aumentou a contribuição previdenciária dos membros do Parlamento pós-apartheid, mas não para os membros pré-apartheid. O Supremo Tribunal tomou uma visão enfaticamente formal de igualdade, no tocante à posição relativamente vantajosa dos membros brancos afetados como irrelevante. Assim, derrubou o programa como discriminação injusta. O Tribunal Constitucional reverteu a decisão. Como Moseneke J. sublinhou, ao invés de ser uma exceção à igualdade, medidas de restituição são uma parte essencial dela.

O que está claro é que a nossa Constituição, nomeadamente a Seção 9, lida como um todo, abrange uma boa razão para uma visão substantiva da educação

²⁸ Fredman *Women and the Law*; Fredman *Discrimination Law*; Fredman 'Reversing Discrimination' 1997 (113) *Law Quarterly Review* 575-600.

²⁹ Constitution of the Republic of South África, 1996, s 9(2).

³⁰ *Minister of Justice v Van Heerden* 2004 (6) SA 121 (CC).

inclusiva, a igualdade de medidas para corrigir as desigualdades existentes. [...] Essas medidas não são em si um desvio, ou invasiva do direito de igualdade garantido pela Constituição. Elas não são “discriminação às avessas” ou “discriminação positiva”, como alegado pelo recorrente no presente caso. Elas são essenciais para o alcance de nossa defesa da igualdade. Em outras palavras, o disposto na Seção 9 (1) e na Seção 9 (2) são complementares, ambos contribuem para a meta constitucional de igualdade para garantir o “exercício pleno e equitativo de todos os direitos”.³¹

Da mesma forma, a Carta canadense deixa claro que as medidas cujo objetivo seja melhorar as condições de indivíduos ou grupos desfavorecidos não serão uma violação da garantia da igualdade na Seção 15 (1) da Carta. Assim, a Seção 15 (2) afirma:

A Subsecção (1) não se opõe a qualquer lei, programa ou atividade que tenha por objeto a melhoria das condições de indivíduos ou grupos desfavorecidos, incluindo aqueles que estão em desvantagem por causa da raça, origem nacional ou étnica, cor, religião, sexo, idade ou deficiência física ou mental.³²

Embora tenha havido alguma insinuação em casos anteriores, a Seção 15 (2) deve ser lida como uma exceção à garantia de igualdade. O Supremo Tribunal do Canadá, em 2008, em sua decisão em *Kapp*³³, enfaticamente declarou que

as Seções 15 (1) e 15 (2) trabalham em conjunto para promover a visão de igualdade substantiva que é a base da Seção 15 como um todo. A Seção 15 (1) visa evitar distinções discriminatórias que afetem negativamente a membros de grupos identificados por motivos enumerados na Seção 15 e motivos análogos. Esta é uma forma de combater a discriminação. No entanto, os governos também pode querer combater a discriminação através do desenvolvimento de programas destinados

³¹ *Van Heerden* (supra) at [30].

³² Canadian Charter of Rights s 15(2).

³³ *R v Kapp* supra.

a ajudar os grupos mais desfavorecidos a melhorarem a sua situação. Através da Seção 15 (2), a Carta preserva o direito dos governos a implementar programas, sem medo de intimidação, nos termos da Seção 15 (1). Isso fica bastante claro pela existência da Seção 15 (2). Assim, a Seção 15 (1) e a Seção 15 (2) trabalham em conjunto para confirmar a finalidade de promover a igualdade substantiva da Seção 15.³⁴

Além disso, “a Seção 15 (2) suporta uma expressão plena da igualdade, em vez de derogá-la”³⁵.

A mesma abordagem, ainda que dentro de parâmetros mais rigorosos, pode ser encontrada na legislação da UE, onde várias disposições declaram que, com vista a assegurar a plena igualdade na prática, o princípio da igualdade de tratamento não deve impedir um Estado-membro de manter ou adotar medidas para prevenir ou compensar desvantagens relacionadas com o gênero³⁶, a raça ou a origem étnica³⁷, ou a religião, a deficiência, a idade e a orientação sexual³⁸. A nível internacional, a ação afirmativa é endossada novamente. Assim, a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação Contra a Mulher (CEDAW) afirma que a adoção pelos Estados-partes de medidas temporárias especiais visando a acelerar a igualdade de fato entre homens e mulheres “não serão consideradas discriminação”, e o art. 2 (2) da Convenção Internacional sobre a Eliminação da Discriminação Racial (CERD), que afirma:

Os Estados Partes, quando as circunstâncias assim o exigirem, tomarão, na área social, econômica, cultural e em outros campos, especiais e concretas medidas para assegurar o adequado desenvolvimento e proteção de certos grupos raciais ou de indivíduos pertencentes a eles, com o propósito de lhes garantir o gozo pleno e igual dos direitos humanos e liberdades fundamentais.³⁹

³⁴ *Kapp* (supra) at [16].

³⁵ *Kapp* (supra) at [37].

³⁶ Article 141(4) EU.

³⁷ Directive 2000/43 EC article 5.

³⁸ Directive 2000/78/EC article 7(1).

³⁹ CERD Article 2(2).

Contudo, persistem desafios importantes para as medidas de ação afirmativa. Em um nível, a ação afirmativa constitui uma síntese valiosa entre *status* e desvantagem, especificamente anexando benefícios socioeconômicos a os desfavorecidos por *status*. No entanto, existe um risco de que esta ligação perpetue a desigualdade de *status*. O caso em que um programa isola um tipo de grupo para proteção especial não será necessariamente um real avanço na igualdade substantiva. Pode congelar os indivíduos dentro do próprio *status* de identidade que a igualdade substantiva objetiva eliminar. Pode perpetuar estereótipos. Isto é particularmente verdadeiro para as medidas especiais em favor das mulheres no seu papel de cuidar de crianças. Em segundo lugar, como o grupo de *status* começa a se beneficiar das disposições da ação afirmativa, uma lacuna se abre entre o *status* e as desvantagem; e a classe de beneficiários identificados pela medida pode tornar-se mais ou menos abrangente. Em particular, como a associação entre raça e desvantagem se afrouxa, pode ser necessária a inclusão de um novo critério, como o conhecido como “camada de creme” na Índia, que exclui os membros do *status* que já não são socioeconomicamente desfavorecidos. Ambas as questões, por sua vez, exigem uma compreensão mais profunda da relação entre o *status* e a desvantagem socioeconômica. Por trás dessas questões está o terceiro desafio, qual seja, na medida em que a ação afirmativa pode ser verdadeiramente transformadora, na medida em que ela provoca mudanças estruturais, ao invés de simplesmente mudar a cor ou a composição de gêneros de classes dentro da estrutura existente. Estes desafios, por sua vez, levantam questões quanto ao papel dos tribunais e, em particular, a norma de controle que os tribunais devem aplicar, a fim de determinar se as medidas de ação afirmativa violam uma garantia constitucional da igualdade. Uma vez que estes desafios são frequentemente travados na arena judicial, é necessário considerar o nível de controle antes de voltar para os próprios desafios.

4.2 NORMA DE CONTROLE (SCRUTINY)

Embora a igualdade substancial não seja violada, em princípio, por meio de medidas de ação afirmativa, há ainda um papel importante para a supervisão judicial. O mecanismo de controle utilizado pela maioria dos tribunais é o da proporcionalidade: são os fins legítimos, e os meios “encaixam” os objetivos. No entanto, os tribunais variam muito na intensidade do controle. Isto é verdade tanto para a definição de um “fim legítimo” quanto para o aperto do encaixe entre a medida de ação afirmativa e essa finalidade. Esta variação é explicada tanto pela própria compreensão de igualdade do órgão jurisdicional e na

medida em que consideram oportuno submeter-se à compreensão da igualdade de legislativos ou executivos tomadores de decisão.

Como é sabido, os tribunais dos EUA nos últimos anos adotaram um padrão de “controle estrito” (*strict scrutiny*)⁴⁰. Com base em uma hostilidade subjacente aos valores de igualdade substantiva que estão por trás da ação afirmativa, os tribunais dos EUA têm enquadrado a análise da proporcionalidade em termos estreitos. Assim, em vez de simplesmente exigir um interesse legítimo do Estado, o Estado tem de demonstrar uma “necessidade social imperiosa”. Da mesma forma, não é suficiente que os meios sejam razoavelmente relacionados a esses fins. Em vez disso, a medida deve ser “estritamente sob medida” para esse fim. No entanto, esta norma não reverte para uma abordagem puramente formal. Como O’Connor J. salientou, *strict scrutiny* não equivale a *fatal in fact*⁴¹. Há dois interesses que foram reconhecidos como atraentes sob o teste do controle estrito. O primeiro é o interesse fundamental de sanar os efeitos da intencional discriminação passada⁴². O segundo é o interesse na diversidade⁴³. Com base na sugestão bem conhecida de Powell J. no caso *Bakke*⁴⁴, de que a diversidade pode ser um interesse convincente, a Corte em *Grutter* acolheu uma política com grande consciência racial na Universidade de Michigan em razão de que ela acentuou o objetivo legítimo da diversidade no ensino superior. *Grutter* detalhou que as normas a serem aplicadas a uma ação afirmativa ou um programa de consciência racial serão “estritamente sob medida”. Não é legítima a imposição de quotas rígidas; em vez disso, para cumprir o teste de controle estrito, um programa deve ser suficientemente flexível para garantir que cada candidato seja avaliado como um indivíduo, e não de uma maneira que faça com que a raça ou a etnia seja a característica definidora da aplicação. Assim, raça ou etnia podem ser considerados, mas apenas como um “plus” no arquivo de um candidato em particular⁴⁵. Ao mesmo tempo, o Tribunal rejeitou o argumento de que a Faculdade de Direito deveria ter utilizado raça neutra como forma para obter os benefícios educacionais da diversidade do corpo estudantil afirmando que:

⁴⁰ *Adarand Constructors v Peña* 515 US 200 (1995).

⁴¹ *Adarand Constructor* (supra) at 237.

⁴² *Parents Involved in Community Schools v Seattle School Dist No 1* 127 Sct 2738 (2007) 2752.

⁴³ *Grutter v Bollinger* 539 US 306; 123 Sct 2325 (2003) 328.

⁴⁴ *Regents of the University of California v Bakke* 438 US 265 (1978) 314-315.

⁴⁵ *Grutter* (supra) at 317.

Corte estreito não exige o esgotamento de todas as alternativas concebíveis de raças neutras ou o encargo para que uma universidade escolha entre manter uma reputação de excelência ou cumpra um compromisso de oferecer oportunidades educacionais para os membros de todos os grupos raciais.⁴⁶

A norma de controle estreito, no entanto, é claramente incompatível com uma adesão genuína ao princípio da igualdade substantiva em contraponto à igualdade formal. Será que isso significa, no entanto, que os tribunais devem abdicar totalmente da sua função de supervisão? O Tribunal do Canadá, em *Kapp*, considerou que a revisão deve ser dirigida primeiramente para a real intenção melhorativa estabelecida pelo governo. Como se recorda, Seção 15 (2) afirma que um programa não viola a garantia da igualdade se ele tem “como objetivo a melhoria das condições de indivíduos ou grupos desfavorecidos”. O Tribunal rejeitou o argumento de que a fiscalização deve incidir sobre o resultado de uma medida, uma vez que os resultados podem ser imprevisíveis ou difíceis de avaliar. Em vez disso, tal como exigido pelo texto da disposição, o foco deve estar no fim. Nem precisa a melhora ser o único objetivo, desde que se trate de uma verdadeira finalidade. Na medida em que estava preocupado com o ajuste entre meios e fins, o Tribunal não exigiu mais do que uma correlação entre o programa e o propósito:

Analisando os meios utilizados pelo governo pode facilmente voltar a avaliar o efeito do programa. Como resultado, para preservar uma análise de intenção-base, os tribunais poderiam ser incentivados a enquadrar a análise da seguinte forma: Seria racional para o estado concluir que os meios escolhidos para atingir seu objetivo benéfico contribuiria para esse fim? Para a distinção ser racional, deve haver uma correlação entre o programa e o prejuízo sofrido pelo grupo-alvo. Tal norma permite deferência significativa para o legislador, mas permite a revisão judicial, se um programa nominalmente procura servir os mais desfavorecidos, mas na prática serve outros objetivos, não de reparação.⁴⁷

⁴⁶ *Grutter* (supra) at 309.

⁴⁷ *R v Kapp* (supra) at [49].

Há forte preocupação nos tribunais canadenses com o objetivo de um programa ao invés de seus efeitos. O caso *Kapp* se preocupava com a estratégia do governo federal para aumentar a participação indígena na pesca comercial. Como parte da estratégia, o governo tinha emitido uma licença de pesca comunitária para três faixas aborígenes, permitindo apenas pescadores designados pelas bandas para pescar salmão na foz do Rio Fraser, por um período de 24 horas e vender as suas capturas. Os recorrentes, os pescadores comerciais, principalmente não indígenas, foram excluídos da pesca durante o período de 24 horas. Eles argumentaram que a licença de pesca comunitária discriminou-os com base na raça. O juiz acolheu as suas alegações. No Supremo Tribunal do Canadá, o Sr. Kapp argumentou que o programa não ofereceu um benefício que efetivamente abordasse os problemas enfrentados por estas bandas. O Tribunal foi justamente relutante para se pronunciar sobre a eficácia do programa neste sentido. Como ele declarou:

Se o propósito sincero é promover a igualdade pela melhora das condições de um grupo desfavorecido, ao governo deve ser dada alguma margem de manobra para adotar programas inovadores, mesmo que alguns possam vir a se revelar infrutíferos. O governo pode aprender com essas falhas e rever ou revisar os programas de igualdade para torná-los mais eficazes.⁴⁸

No entanto, ele estava atento ao fato de que os tribunais têm considerado um programa como benéfico em circunstâncias surpreendentes. Particularmente preocupantes são as medidas que impõem restrições aos indivíduos que o Governo afirma serem no melhor interesse deles⁴⁹. Assim, o Tribunal elaborou uma linha de cuidado entre deferência para com a decisão do executivo e supervisão judicial adequada, observando que

o significado de “aperfeiçoamento” merece especial atenção na avaliação de programas no âmbito da Seção 15 (2). Gostaríamos de sugerir que as leis destinadas a restringir ou punir o comportamento não se qualificariam para a Seção 15 (2) de proteção. Também, como já discutido, o foco deve ser sobre o efeito da lei. Dito isto, o fato de que uma lei não tem nenhum efeito

⁴⁸ *Kapp* (supra) at [47].

⁴⁹ *Kapp* (supra) at [53].

benéfico plausível ou previsível pode tornar suspeito o fim de benefício de status. Governos, como discutido acima, não estão autorizados a proteger os programas discriminatórios em pretextos ilusório.⁵⁰

O Tribunal Constitucional sul-africano, ao rejeitar o rigor da “costura estreita”, tem, no entanto, mantido para si um papel que vai além da verificação somente da genuína finalidade benéfica. Em vez disso, ele exige uma medida para satisfazer os padrões de razoabilidade. Embora o texto constitucional também fale das medidas “destinadas a proteger e avançar”, em *Van Heerden*, Moseneke J. declarou que as medidas corretivas devem ser “razoavelmente capazes de atingir o resultado desejado”, nomeadamente a proteção ou o avanço de indivíduos ou de categorias de pessoas que tenham sido prejudicados pela discriminação injusta. Isto exclui as medidas que são arbitrárias, caprichosas ou mostram preferência não defensável, ou não possam vir a atingir o fim de avançar ou beneficiar os interesses daqueles que foram prejudicados pela discriminação injusta⁵¹. Importaneamente, ele enfatizou que a Constituição “não postula um padrão de necessidade entre a opção legislativa e o objetivo governamental. O texto exige apenas que os recursos devem ser destinados a proteger ou avançar. É suficiente se a medida traz uma probabilidade razoável de confluência no final”⁵².

Isto pode ser contrastado com o padrão de controle aplicado pelo Tribunal de Justiça europeu, que continua a considerar a ação afirmativa como uma derrogação do princípio da igualdade e, portanto, deve ser interpretada restritivamente. De acordo com o E. C. J.:

Para determinar o alcance de qualquer derrogação a um direito individual, como a igualdade de tratamento entre homens e mulheres prevista pela Diretiva, em conta deve ser tido o princípio da proporcionalidade, que exige que as derrogações devem permanecer dentro os limites do que é adequado e necessário para atingir o objetivo em vista e que o princípio da igualdade de

⁵⁰ *Kapp* (supra) at [54].

⁵¹ *Minister of Justice v Van Heerden* [38]-[40].

⁵² *Van Heerden* (supra) at [41].

tratamento deve ser conciliado, tanto quanto possível, com as exigências do objetivo assim prosseguido.⁵³

Finalmente, o papel do juiz deve ser promover a igualdade substantiva, e, portanto, apoiar medidas governamentais que visam a atingir a igualdade substantiva. Não há equivalência entre a classificação que perpetua desvantagens ou causa detrimento, e as medidas que usam o *status* a fim de alcançar uma igualdade substancial. No entanto, o apoio judicial para as ações afirmativas que promovem igualdade substancial não deve ser confundido com deferência às decisões governamentais. Os tribunais devem exigir que os governos continuem a demonstrar que o objetivo da medida é de fato a igualdade material e ainda justificar a sua escolha dos meios. A justificação não constitui necessariamente uma prova de que não havia alternativas adequadas, nem o Estado tem que demonstrar que o programa é eficaz. Isso preserva o espaço para a inovação, como salientado pela Suprema Corte canadense.

Mas a justificação exige que o Estado demonstre que as suas medidas não são baseadas em suposições, generalizações ou estereótipos. Em ambos, *Hugo* e *Gosselin*, as Cortes sul-africana e canadense estavam preparadas para simplesmente assumir fatos em favor do Estado. Assim, em *Hugo*, embora o presidente se baseou exclusivamente em seu desejo de proteger os interesses das crianças, o Tribunal foi particularmente influenciado por aquilo que considerava como a impossibilidade de estender o perdão aos pais de crianças pequenas.

Prisioneiros do sexo masculino são quase cinquenta vezes mais numerosos do que prisioneiras do sexo feminino. A libertação de todos os pais significaria que um grande número de prisioneiros homens teria ganho a sua libertação. Como muitos pais desempenham apenas um papel secundário na criação dos filhos, a libertação dos presos do sexo masculino não teria contribuído de forma significativa para a concretização da finalidade do presidente com a libertação das mães. Além disso, a libertação de um grande número de presos do sexo masculino, nas circunstâncias atuais, onde o crime tem atingido níveis alarmantes, quase certamente teria levado a clamor público considerável.

⁵³ *Briheche 24, C-476/99 Lommers v Minister Van Landbouw, Natuurbeheer. En Visserij* [2004] 2 C.M.L.R. 49 (ECJ) [39], *E-1/02 EFTA Surveillance Authority v Norway* [2003] 1 C.M.L.R. 23 (EFTA Court) [37]-[43].

Nestas circunstâncias, há que admitir que teria sido muito difícil, senão impossível, para o presidente ter liberado os pais nas mesmas bases que as mães. Se ele fosse obrigado a liberar os pais nas mesmas condições que as mães, o resultado poderia ter sido que nenhum dos dois teriam sido liberados de qualquer modo.⁵⁴

Ainda, como afirmou Kriegler J., o presidente não procurou justificar a sua decisão em função do número de presos do sexo masculino que teria ganho a sua libertação e nenhuma evidência levou a esta conclusão. Também não houve evidências de que esses números teriam produzido inquietação no público, nem o Tribunal sabe nada sobre a responsabilidade administrativa de pesar as circunstâncias familiares dos prisioneiros individualmente. O Tribunal simplesmente adotou estas questões por meio de justificação para o tratamento diferencial.

Esta técnica, ou seja, a confiança em uma advertência judicial ou em suposições de fatos não comprovados, é familiar um Tribunal recorrer a ela quando não está disposto a desviar o que considera uma política legítima do governo de promoção da igualdade substantiva. No caso *Gosselin*, no Canadá, por exemplo, o Tribunal aceitou sem comprovação probatória a afirmação do Estado de que era mais fácil para os jovens encontrar emprego do que para pessoas mais velhas.

Deferência judiciária, neste contexto, funciona como um obstáculo para a transformação porque protege o Estado de ter que explicar a sua decisão de excluir um grupo particular de um benefício particular. Respeito ao processo democrático requer maior, não menor, atenção ao dever de prestar contas e explicar. Proporcionar uma explicação para a decisão reforça a responsabilização dos decisores políticos, expondo-os à apreciação e ao debate públicos. Exigir do Estado a apresentação de uma justificação fundamentada não reclama dos juízes substituir as suas próprias opiniões por aquelas dos decisores políticos sobre questões de alocação de recursos. A função jurisdicional na aplicação da igualdade substantiva permanece uma supervisão, para proteger contra pressupostos estereotipados e generalizações indevidas que podem causar ou perpetuar a desvantagem. Este papel não é fácil de definir. No entanto, ao proteger o Estado de ter que explicar uma alocação em primeiro lugar, os

⁵⁴ *President of the Republic of South Africa and Another v Hugo* (supra) at [46].

tribunais abdicam de seu papel legítimo no desenvolvimento de um padrão adequado de controle judicial⁵⁵.

4.3 CONSEGUIR A IGUALDADE OU REFORÇAR ESTEREÓTIPOS: GRAVIDEZ E MATERNIDADE/PATERNIDADE

Os perigos de se evitar a formulação de um nível adequado de controle são destacados em relação à gravidez e à maternidade, onde uma profunda sensibilidade para a natureza estrutural da discriminação de gênero é necessária para verificar se uma medida é suscetível de provocar mudanças ou simplesmente reforça os estereótipos. Considerando que as medidas especiais para as mulheres são necessárias na gravidez, a questão é mais complexa em relação ao cuidado dos filhos e ao trabalho familiar. Mudança genuinamente transformadora só pode ocorrer quando ambos os pais são igualmente responsáveis pelo cuidado da criança⁵⁶. Medidas especiais para as mulheres, por mais bem intencionadas, correm o risco de reforçar o seu papel principal como cuidadoras de crianças e, portanto, perpetuarem a sua desvantagem. Isso não significa que não deve haver nenhuma disposição especial para os pais. Isso seria regressar à igualdade formal, que contempla um nivelamento por baixo como uma resposta adequada. Em vez disso, essas medidas só serão uma verdadeira mudança se se referirem a ambos os pais. No entanto, em uma série de casos em várias jurisdições, os tribunais têm acolhido as medidas que excluíram os homens dos direitos relacionados à paternidade sob o fundamento de que eles conseguiram a igualdade para as mulheres pelo reconhecimento de sua posição como mães.

Nós já vimos isso no caso *Hugo*, no qual as mães de crianças menores foram perdoadas, mas não os pais. Como Kriegler J. declarou em sua dissidência, o estereótipo de que os pais não eram responsáveis pelas crianças e que as mães eram teve um efeito mais desagradável do que o benefício para as poucas centenas de mulheres colocadas sob o regime:

Os benefícios neste caso são a um pequeno grupo das mulheres – as 440 libertados da prisão – e o detrimento é para todas as mulheres da África do Sul que tem de continuar a trabalhar sob o ponto de vista social que o seu lugar é em casa. Além disso, os homens devem

⁵⁵ Veja mais Fredman 'Providing Equality' 163.

⁵⁶ Veja mais Fredman 'Women an the Law'.

continuar a aceitar que eles podem ter apenas um papel secundário/substituto no cuidado de seus filhos. Há também mais desvantagem propagada quando a sociedade impõe papéis de homens e mulheres, não por força das suas características individuais, das qualidades ou das escolhas, mas com base em pré-estabelecidos, embora honrados, roteiros de gênero.⁵⁷

Um resultado semelhante pode ser visto no caso da lei da União Europeia. A Corte Europeia de Justiça tem sido geralmente rigorosa na sua análise das medidas de ação afirmativa, considerando-as como uma derrogação ao princípio da igualdade. Mas em um caso recente, entendeu que a prestação de serviços de creche para as mães que trabalham e não para os pais que trabalham foi uma medida que caiu dentro da exceção da legislação da UE para as medidas que, “embora na aparência discriminatórias, são na verdade destinadas a eliminar ou reduzir as desigualdades de fato que podem existir na realidade da vida social”⁵⁸. O processo envolvia um programa segundo o qual uma creche no local de trabalho previa vagas para filhos de empregados do sexo feminino, mas não do sexo masculino. A medida foi defendida pelo empregador, o Ministério Holandês da Agricultura, com base em que a distinção em razão de sexo reflete a sua determinação em combater a sub-representação das mulheres no Ministério. De acordo com a lei holandesa, o programa era legítimo porque era uma “distinção destinada a colocar as mulheres numa posição privilegiada a fim de eliminar ou reduzir as desigualdades de fato” e foi razoável em relação a este objetivo⁵⁹. A Corte de Justiça Europeia aprovou esta abordagem. A Corte salientou que houve um aumento significativo da sub-representação das mulheres no Ministério da Agricultura e especialmente nos graus mais elevados, e que foi igualmente comprovada uma insuficiência de berçário adequado e acessível, o que se considerou como suscetível de induzir as mulheres empregadas a desistir de seu emprego.

O Tribunal não ficou indiferente ao perigo de que “uma medida como a que está em causa, cujo suposto objetivo é abolir uma desigualdade de fato, no entanto, pode também ajudar a perpetuar a tradicional divisão de papéis entre

⁵⁷ *President of Republic of South Africa and Another v Hugo* (supra) at [83].

⁵⁸ *Lommers v Minister Van Landdouw, Natuurbeheer En Visserij* [2002] IRLR 430 ECJ (DG) at [32]; veja *Equal Treatment Directive*, Article 2 (4).

⁵⁹ Article 5 of the Netherlands Law on Equal Treatment of Men and Women.

homens e mulheres”⁶⁰. No entanto, não estava disposto a considerar que a medida era desproporcional por não incluir os pais que trabalham, particularmente em função do número muito limitado de lugares de infantário disponíveis, e, na verdade, o empregador poderia conceder os pedidos de funcionários do sexo masculino em casos de emergência, a ser determinados pelo empregador. O Tribunal fez ressaltar que uma medida que exclui os funcionários masculinos que cuidam de seus filhos da possibilidade de acesso a um sistema de infantário subvencionado pelo seu empregador iria além da permitida derrogação. Mas ele pareceu tranquilo a esse respeito pela indicação dada pelo Ministério da Agricultura, de que os funcionários masculinos que criam os seus filhos sozinhos, com esse fundamento, teriam acesso ao sistema de infantário em causa.

Valiosa orientação quanto à forma de distinguir entre discriminação e ação afirmativa, neste contexto, é dada pelo Comitê Cedaw. Na sua Recomendação n° 25 sobre medidas especiais e temporárias, afirma que

determinadas necessidades biológicas permanentes das mulheres e experiências devem ser distinguidas de outras necessidades que podem ser o resultado de discriminações passada e presente contra as mulheres por atores individuais, pela ideologia de gênero dominante, ou por manifestações de discriminação nas estruturas sociais e culturais e nas instituições.

Além disso,

como medidas estão sendo tomadas para eliminar a discriminação contra as mulheres, as necessidades das mulheres podem mudar ou desaparecer, ou tornar-se as necessidades de homens e mulheres. Assim, a monitorização contínua das leis, programas e práticas voltadas para o alcance da igualdade de fato ou de fundo das mulheres é necessária para evitar a perpetuação de tratamento não-idêntico que já não pode ser justificado.⁶¹

⁶⁰ *Lommers* (supra) at [41].

⁶¹ General recommendation n° 25, on article 4, paragraph 1, of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, on temporary special measures [11].

4.4 A DEMARCAÇÃO DOS BENEFICIÁRIOS

O segundo desafio para os tribunais em seu papel de supervisão reside na questão de saber se a classe dos beneficiários está devidamente delineada, ou se ela é mais inclusiva ou subinclusiva. Uma chave fundamental da igualdade substantiva é ela se afastar do individualismo da igualdade formal, que exige prova de que um indivíduo sofreu discriminação nas mãos de um agressor identificado antes de um recurso individual poder ser concedido. A ação afirmativa, compreendida como um elemento de igualdade substantiva, não exige prova de prejuízo para o indivíduo nesse sentido. Portanto, a classe de beneficiários não precisa consistir apenas em vítimas comprovadas. No entanto, é preciso haver alguma correlação entre os beneficiários e a desvantagem anterior. Isto levanta a importante questão da relação entre a desvantagem socioeconômica e os grupos de *status*. Se o objetivo da medida é compensar desvantagem socioeconômica, então, um grupo demarcado pelo *status*, como raça ou gênero, pode ser demais inclusivo ao incluir os negros ou as mulheres ricos, e menos inclusivo, excluindo os brancos pobres. Se o objetivo é combater as desigualdades de desconhecimento ou a desigualdade de *status*, então a demarcação pode ser apropriada. É aqui que a função de controle da proporcionalidade vem: são os meios apropriadamente correlacionados com os fins? Mas é também aqui que o problema é sobreposto pela necessidade de ter em conta as competências institucionais relativas. Os juízes devem deixar essa decisão para os legisladores e o Executivo, ou deveriam eles estar exercendo alguma supervisão?

Ambos os Tribunais canadenses e sul-africanos tem abordado esta questão. Em *Kapp*, surgiu a questão de saber se as três faixas de índios eram um “grupo de desfavorecidos identificável” para efeitos da Seção 15 (2), que, recorde-se, permite medidas benéficas cujo objeto é “a melhoria das condições de indivíduos desfavorecidos ou grupos, incluindo aqueles que estão em desvantagem por causa da raça, origem nacional ou étnica, cor, religião, sexo, idade ou deficiência física ou mental”. É notável que essa formulação se concentra no *status* como um meio de identificar o grupo, mas não distingue claramente entre a desvantagem socioeconômica presente e a desvantagem de *status*. A Corte, em *Kapp*, as considerava como interligadas. Assim, tendo identificado a distinção como sendo baseada na raça, ela passou a fundar se, como exigido pela Seção 15 (2), o programa se dirigia a um “grupo desfavorecido identificado pela” raça. Para isso, ela se referiu a ambas as desvantagens: de *status* – “o legado de estereótipos e preconceitos contra os povos aborígenes” – e socioeconômica: “A evidência

mostra que neste caso os benefícios concedidos às bandas foram, de fato, não vantajosos em termos de renda, educação e uma série de outras medidas”.

No entanto, ela não exigiu que a classificação esteja unicamente preocupada com tal desvantagem. Assim, considerou que nem todos os membros precisam estar em desvantagem que “o fato de que alguns membros individuais das bandas não enfrentam desvantagens pessoais, não nega a desvantagem sofrida pelo grupo de membros da banda”⁶².

Em *Van Heerden*, uma questão semelhante foi enfrentada. Embora a esmagadora maioria dos novos membros do Parlamento foram excluídos da participação parlamentar pelas leis do *apartheid* passadas, nem todos os novos parlamentares de 1994 pertenciam à classe de pessoas prejudicadas pela desvantagem passada e exclusão injusta. Moseneke J. reconheceu que muitas vezes seria

difícil, impraticável ou indesejável conceber um regime legislativo com diferenciação “pura” demarcando precisamente as classes afetadas. Dentro de cada classe, favorecida ou não, pode, de fato, ter excepcionalidades ou “casos difíceis” ou beneficiários inesperados. Isso, no entanto, não é suficiente para minar a eficácia jurídica da medida. A distinção deve ser avaliada diante da maioria e não com relação à minoria excepcional e difícil das pessoas a que se aplica.⁶³

Ele, assim, assegura que a medida deveria ser julgada próxima “se uma esmagadora maioria dos membros das classes desfavorecidas são as pessoas designadas como prejudicadas pela exclusão injusta”⁶⁴. Como a Corte do Canadá, ele considerou a validade das medidas corretivas como não afetada pela existência de uma pequena minoria dos membros do Parlamento que não foi injustamente discriminada, mas que se beneficiou da medida. Isto pode ser contrastado com a decisão de Mogkoro J., que considerou que um ajuste mais exato era necessário. Se a classe de beneficiários não pode ser precisamente delineada, então, a medida deve ter, para alcançar os altos padrões de justiça necessários, relação com uma queixa por discriminação ordinária. Ela considerou a medida muito vagamente relacionada a um grupo proscrito para se inserir

⁶² *Kapp* (supra) at [59].

⁶³ *Van Heerden* (supra) at [39].

⁶⁴ *Van Heerden* (supra) at [40].

dentro da Seção 9 (2), o que alivia a situação do ônus da prova da injustiça. Como alternativa, precisou-se passar o agrupamento sob a Seção 9 (3), coisa que, sobre os fatos, foi feita.

A diferença entre Moseneke e Mokgoro J. J. reflete um princípio subjacente sobre o papel do controle judicial. Exigir um maior nível de controle não significa, por si só, que os programas de ação afirmativa serão abatidos como uma violação da igualdade. Os juízes poderiam exercer supervisão controlada sem recorrer a uma abordagem da igualdade formal. Mas isso significa que mais atenção deve ser dada aos critérios de revisão, o que asseguraria que uma medida de ação afirmativa seja coerente com a igualdade substantiva. O mais importante no contexto do delineamento do grupo de beneficiários é a relação entre redistribuição e reconhecimento, ou desvantagem socioeconômica e a desigualdade de *status*. Esta relação não requer muita atenção quando há uma sobreposição substancial, como no caso das tribos da Primeira Nação no caso *Kapp*. No entanto, no momento em que as medidas de ação afirmativa se tornam mais eficazes, e alguns membros do grupo de *status* começam a prosperar, surgem dúvidas quanto à legitimidade de um grupo mais abrangente.

Uma resposta é a sobreposição do *status* com a desvantagem socioeconômica na demarcação do grupo dos beneficiários. Para se qualificar para o benefício, o indivíduo deve mostrar desvantagem socioeconômica, bem como a qualidade de membro do grupo de *status*. Isto pode ser visto tanto na Índia quanto nos EUA. A Constituição indiana permite disposição especial a ser feita para duas categorias de grupos desfavorecidos. Os primeiros são conhecidos como “castas e tribos” e são especificados pelo Presidente⁶⁵. A segunda é referida como “classes de cidadãos socialmente e educacionalmente atrasados”⁶⁶ ou outras “atrasadas classes”⁶⁷. Estas últimas são especificadas em uma lista elaborada pela Comissão Nacional para Classes Atrasadas⁶⁸. A garantia da igualdade na Constituição da Índia estipula que disposição especial pode ser feita para o avanço de qualquer destas categorias⁶⁹. Particularmente controversa foi a questão de saber se as reservas devem estar disponíveis para a “camada de creme”, ou aqueles membros do grupo certificado que na realidade não são mais social e educacionalmente

⁶⁵ Constitution of Índia [HTTP://lawmin.nic.in/coi/coiason29july08.pdf](http://lawmin.nic.in/coi/coiason29july08.pdf) articles 341(1), 342(2).

⁶⁶ Veja Constitution of Índia s 15(4) ([HTTP://lawmin.nic.in/coi/coiason29july08.pdf](http://lawmin.nic.in/coi/coiason29july08.pdf)).

⁶⁷ Veja Constitution of Índia Article 16 (4).

⁶⁸ Veja Constitution of Índia Article 340(1); a lista pode ser encontrada em [HTTP://ncbc.nic.in/backward-classes/index.html](http://ncbc.nic.in/backward-classes/index.html).

⁶⁹ Article 15(4).

desfavorecidos. Em dois dos casos, principalmente em reservas, a Suprema Corte indiana tem deixado claro que a exclusão da camada de creme não é um princípio anexo, apenas vai ao encontro do propósito da reserva. Como o juiz Jeevan Ribeiro afirmou no caso *Indra Sawhney*, “em nossa opinião, não é uma questão de legitimidade ou de conveniência tal teste, mas uma correta e mais apropriada identificação de uma classe como uma classe atrasada”⁷⁰. Do mesmo modo, o Chefe de Justiça, em *Ashoka Kumar*, afirmou: “Para cumprir as condições e para descobrir realmente o que é classe socialmente e educacionalmente atrasada, a exclusão da ‘camada de creme’ é essencial”⁷¹. Em outras palavras, a definição da classe beneficiária deve corresponder ao objetivo da prestação, ou seja, o avanço para os mais desfavorecidos. No entanto, a exigência de que um grupo demonstre tanto desconhecimento quanto desvantagem socioeconômica é apenas imperfeitamente executado. Por um lado, não há exclusão da camada de creme para as tribos ou castas. Entretanto, não há cláusula de reserva em favor dos muçulmanos desfavorecidos.

Uma tentativa semelhante para criar um ajuste mais próximo entre o *status* e a desvantagem socioeconômica é encontrada em programas de ação afirmativa dos EUA, nomeadamente em matéria de programas de retirada de terras, que autoriza o tratamento preferencial na adjudicação de contratos públicos. A fim de cumprir com o teste de controle estrito, a legislação federal que determina a retirada de terras em prol de grupos de *status* agora também inclui a exigência de prova de desvantagem socioeconômica. Isto pode ser visto no importante instrumento para a atual retirada de terras, a Seção 8 (a) da Lei das Pequenas Empresas (SBA)⁷². Para participar do que ficou conhecido como a Seção 8 (a) do programa, uma empresa deve ser 51% de propriedade de indivíduos que se qualificam como “socialmente e economicamente desfavorecidos”⁷³. A lei define como “indivíduos socialmente desfavorecidos”, “aqueles que têm sido submetidos a preconceitos raciais ou étnicos ou preconceito cultural por causa da sua identidade como membro de um grupo sem levar em conta as suas qualidades individuais”⁷⁴. Ela define “os indivíduos economicamente desfavorecidos” como “indivíduos socialmente desfavorecidos, cuja capacidade de competir no sistema de liberdade empresarial tem sido prejudicada devido à diminuição de capital

⁷⁰ *Indra Sawhney v Union of Índia* AIR 1993 SC 477724.

⁷¹ *Ashok Kumar Thakur v Union of Índia* (2008) 6 SCC 1[149].

⁷² 15 U.S.C. § 631 et seq.

⁷³ Como definido no 13 C.F.R. § 124.105.

⁷⁴ 15 U.S.C. § 637 (a)(5).

e oportunidades de crédito em relação a outros na mesma área de negócio que não são socialmente desfavorecidos”⁷⁵. Há uma presunção refutável de que os membros de certos grupos são socialmente desfavorecidos, nomeadamente: os negros americanos, os hispano-americanos, os nativos americanos, os americanos asiáticos e do Pacífico, os americanos do subcontinente asiático e os membros de outros grupos designados, de tempos em tempos, pela SBA⁷⁶. A presunção de desvantagem social pode ser superada com “provas credíveis em contrário”, que podem ser apresentadas por terceiros⁷⁷. Um indivíduo que não é membro de um grupo listado também pode ser incluído, se ela ou ele puder “estabelecer uma desvantagem social individual pela preponderância das provas”⁷⁸. A presunção não se aplica à desvantagem econômica: cada participante deve provar essa dificuldade⁷⁹. O resultado é que as empresas que, independentemente da classe, não são de fato social ou economicamente desfavorecidas, são excluídas, um efeito semelhante ao obtido com o índio “camada de creme” das disposições anteriores. Alterações aprovadas em 1994 incluíram expressamente “pequenas empresas de propriedade e controladas pelas mulheres”, além de “indivíduos socialmente e economicamente desfavorecidos”.

Também de importância foi a Transportation Equity Act para o século 21 (conhecido como TEA-21)⁸⁰, que autoriza o uso das preferências baseadas em raça e sexo, em contratos de transporte financiados pelo governo federal. Como nos regulamentos da SBA, os regulamentos do TEA-21 presumem que os negros americanos, os hispano-americanos, os americanos nativos, os americanos asiáticos e do Pacífico, os americanos do subcontinente asiático e as mulheres são social e economicamente desfavorecidos⁸¹, uma presunção que é afastada quando o indivíduo tem um patrimônio pessoal de mais de \$ 750.000 ou uma preponderância das evidências demonstram que o indivíduo não é, de fato, social e economicamente menos favorecido⁸². Empresas de propriedade e

⁷⁵ 15 U.S.C. § 637 (a)(6)(A).

⁷⁶ 13 C.F.R. § 124.103 (b).

⁷⁷ 13 C.F.R. § 124.103 (b)(3).

⁷⁸ 13 C.F.R. § 124.103 (c).

⁷⁹ 13 C.F.R. § 124.104.

⁸⁰ Transportation Equity Act for the 21st Century (TEA-21), prorrogada através FY2009 pelo P.L. 109-59, convertido em lei durante o 109th Congress.

⁸¹ § 26.67 (a).

⁸² § 26.67 (b).

controlada por alguém que não se presume ser prejudicado (ou seja, um homem branco) pode qualificar-se para DBE *status* se o indivíduo puder demonstrar que ele é, na realidade, social e economicamente menos favorecido⁸³.

Isto levanta questões profundas, como a função da ação afirmativa e a relação entre o *status* e a desvantagem socioeconômica. Ao obrigar os indivíduos a se manifestarem tanto para a desvantagem socioeconômica quanto à filiação a um grupo excluído, presume-se que a função da ação afirmativa é apenas relacionada à dimensão socioeconômica dos erros de *status*. Pura desvantagem socioeconômica sem erros de *status* e puro erro de *status* sem a desvantagem socioeconômica, ambos caem fora do âmbito da ação afirmativa. Pode-se argumentar que a ação afirmativa é um remédio inadequado nos casos em que os erros de *status* precisam ser tratados, mas para a desvantagem socioeconômica já não é um problema. Nesta perspectiva, os erros de *status* só são melhor tratados por meio de outras medidas, como a proibição de discriminação e assédio. Na verdade, continuar a usar a ação afirmativa para erros puramente de *status* poderia, nesta visão, simplesmente reforçar os estereótipos.

No entanto, isto desnecessariamente limita o papel da ação afirmativa. Seu objetivo não deve ser considerado meramente redistributivo. A ação afirmativa também funciona em mais três formas⁸⁴. Em primeiro lugar, ocultas e estruturais barreiras ao avanço podem ser mais facilmente superadas pela ação afirmativa do que por pedidos individuais de discriminação indireta. Apesar de, aparentemente, as normas elegerem objetivas e ostensivas políticas de igualdade de oportunidades, ainda há muitos obstáculos ocultos para o avanço das mulheres, dos sul-africanos historicamente desfavorecidos, das minorias e outros. Partindo do pressuposto de que, na ausência de barreiras, haveria uma disseminação aleatória de homens e mulheres, negros e brancos, e dos membros dos diferentes grupos étnicos por meio da força de trabalho e do governo, o próprio fato de que um grupo é muito sub-representado em uma esfera ou atividade é a prova da existência de barreiras sutis, muitas vezes invisíveis. No entanto, isso não poderia ser tratado pelo conhecido princípio da discriminação indireta? A discriminação indireta expressamente visa a eliminar barreiras aparentemente neutras, que na verdade operam para excluir mais as mulheres do que os homens ou mais os negros do que os brancos a menos que possam ser

⁸³ § 26.67 (d).

⁸⁴ O restante desta seção é retirado de Fredman *Discrimination Law* (2002) capítulo 5.

justificadas⁸⁵. No entanto, ela provou ser uma ferramenta muito desajeitada para alcançar os seus objetivos. Os requerentes que procuram provar a discriminação indireta têm que iniciar um processo judicial e mostrar o impacto diferente, muitas vezes com base em estatísticas complexas. Finalmente, mesmo que ela possa superar todas essas barreiras, ele pode achar um empregador que com sucesso demonstre que os critérios, apesar de serem excludentes, são justificáveis em função das necessidades do negócio.

A ação afirmativa resolve muitas destas dificuldades. Em vez de confiar na litigância de vítimas individuais, o empregador toma a iniciativa. Também não é necessário provar que uma regra de exclusão tem tido um impacto desproporcional. Pelo contrário, é suficiente demonstrar um claro padrão de sub-representação das mulheres nas categorias ou profissões específicas. As complexas questões *supra* são desnecessárias. Além disso, os critérios de seleção discriminatórios são removidos de forma inequívoca: por meio da criação de uma presunção de iguais condições de mérito em favor das mulheres, torna-se impossível esses critérios serem reintroduzidos sub-repticiamente através de tomada de decisão subjetiva.

Dito desta forma, a ação afirmativa pode ser legitimada como um meio eficaz de superar as barreiras ocultas. Ao mesmo tempo, essa formulação revela o seu impacto muito limitado. Mais importante ainda, embora as políticas de preferência possam mudar o gênero ou a composição racial de algumas profissões mais bem pagas, elas não desafiam as forças subjacentes estruturais e institucionais conducentes à discriminação. Como Young argumenta, porque a ação afirmativa diagnostica o único problema como de má distribuição de posições privilegiadas, o seu objetivo se limita a redistribuição de tais posições entre os grupos sub-representados⁸⁶. No entanto, essa definição de distribuição da justiça racial e de gênero deixa de fora as questões igualmente importantes da organização institucional e do poder de decisão. A sub-representação das mulheres e dos sul-africanos historicamente desfavorecidos em posições mais altas na escala de emprego, tanto público como privado, é apenas parcialmente resolvido por meio da inserção de algumas mulheres ou negros sul-africanos para essas posições. Enquanto algumas mulheres “chegam ao topo”, a grande maioria continuará a ser mal paga, com empregos de baixo nível. Não é de surpreender que, na prática, a discriminação de reversa seja encontrada frequentemente para

⁸⁵ Sex Discrimination Act 1975, s 1 (1)(b)(i).

⁸⁶ Young *Justice and the Politics of Difference* (1990) 193.

fazer não mais do que favorecer as mulheres de classe média ou os negros que já são relativamente privilegiados na sociedade⁸⁷. Para a mudança fundamental ocorrer, as causas estruturais e institucionais de exclusão devem ser alteradas, incluindo a divisão do trabalho em casa, a interação entre o trabalho e a família e o esforço no pagamento da força de trabalho, educação e outros.

Uma segunda, mais dinâmica forma de justificar a utilização de políticas de ação afirmativa é argumentar que a própria presença das mulheres ou dos negros em cargos de maior *status* levará a mudanças estruturais. Trata-se de argumentar, como Young faz, que a experiência de vida particular do tomador de decisão se reflete na opinião dele ou dela. Visto que gênero e raça permanecem fortes como determinantes de uma experiência de vida da pessoa, o predomínio esmagador de um gênero ou de uma raça nos fóruns tomadores de decisões torna improvável que a experiência e as perspectivas dos grupos excluídos sejam articulados⁸⁸. De fato, um estudo recente na Grã-Bretanha demonstrara que acredita-se que a maior barreira para o avanço das minorias étnicas, mulheres e pessoas portadoras de deficiência dentro das posições mais elevadas da função pública, é uma cultura profundamente enraizada que atua para excluir aqueles que são diferentes dos tradicionais trabalhadores da função pública, que geralmente são homens de classe média branca de meia-idade⁸⁹. Nesta perspectiva, é possível caracterizar a presença de mulheres e de grupos historicamente desfavorecidos como o funcionamento da abertura de novas perspectivas sobre a tomada de decisão, para lançar luz sobre os pressupostos que o grupo dominante percebe como universal, e para melhorar o armazenamento do “conhecimento social”.

Esta abordagem faz todo o sentido na noção de que as mulheres ou as minorias possam ter perspectivas distintas, que muitos processos de exclusão negam, e, portanto, que precisam ter um lugar garantido na tomada de decisão deliberativa. Além disso, demonstra a necessidade de uma massa crítica, tanto para refletir a diversidade dentro do grupo social em questão quanto para fazer os interesses comuns mais perceptíveis. Ao mesmo tempo, é importante ir além da essencialização de um grupo de *status*, ou de todos os membros que partilham dos mesmos interesses ou perspectivas. Young afirma que os

⁸⁷ Menski ‘The Indian Experience and its Lessons for Britain’ em Heppke & Szyszczak (eds) *Discrimination and the Limits of the Law* (1992) 300 330.

⁸⁸ Philips, acima n. 97, p. 52.

⁸⁹ (1999) 87 EOR 4.

grupos são mais bem compreendidos, não como categorias fixas, com fronteiras impermeáveis, mas como um conjunto de relações entre pessoas diferentes. Tal entendimento relacional move-se para além da noção de que um grupo é composto por membros que compartilham os mesmos fixos atributos e não têm nada em comum com membros de outros grupos. Em vez disso, um grupo se caracteriza como um processo social de interação em que algumas pessoas têm uma afinidade com a outra. A declaração de afinidade com um grupo pode mudar com o contexto social e com mudanças de vida, e os membros podem ter interesses que diferem de outros membros do grupo, mas são semelhantes aos de membros de outros grupos⁹⁰.

A terceira e relacionada justificação para a discriminação de reversa é que ela oferece diversidade em uma instituição de ensino ou local de trabalho, e isso facilita a oferta de modelos. Em *Bakke*⁹¹, Powell J, justifica a ação afirmativa em admissões da universidade, assim:

Um estudante de medicina qualificado de outra forma com um fundo específico – seja ele étnico, geográfico, culturalmente desfavorecido ou desvantagem – pode trazer a uma escola profissional de medicina, experiências, perspectivas e idéias que enriquecem a formação do seu corpo discente e equipar melhor os seus alunos a prestar o seu serviço com a compreensão vital para a humanidade.⁹²

Em outras palavras, onde um grupo tenha sido excluído de uma determinada configuração, seja ele um trabalho ou uma instituição de ensino, a probabilidade é de que as perspectivas e experiências dos membros do grupo excluído, particularmente aquelas relacionadas com a sua exclusão, serão desvalorizadas, mal entendidas ou ignoradas pelo grupo dominante, tornando impossível para o grupo de excluídos alterar a sua posição de desvantagem.

Embora a diversidade opere para mudar as perspectivas do grupo dominante, a oferta de modelos opera sobre a autopercepção de grupos excluídos, perfurando estereótipos e dando-lhes a autoconfiança para se moverem para posições não tradicionais. Isso também sugere a importância de uma massa

⁹⁰ Young *Justice and the Politics of Difference* 171-172.

⁹¹ *Regents of the University of California v Bakke* 438 US 265 (1978), 98 S. Ct 2733; 57 L. Ed. 2d 750.

⁹² *Regents of the University of California v Bakke* 314, 2760 Acolhido em *Grutter v Bollinger* (supra).

crítica. Isto é bem ilustrado pela Suprema Corte do Canadá em *Action Travail des Femmes v. Canadian National Railway Co.*⁹³ Como o Chefe de Justiça Dickson coloca, o objetivo de um programa de igualdade no emprego (neste caso, estabelecendo uma quota de uma mulher em cada quatro novas contratações até um meta de 13 por cento de mulheres em determinadas ocupações de colarinho azul foi alcançado) não é compensar as vítimas do passado; mas “uma tentativa de assegurar que os futuros candidatos e trabalhadores do grupo afetado não vão enfrentar as mesmas barreiras insidiosas que bloquearam seus antepassados”⁹⁴. Ele identificou pelo menos duas maneiras em que um programa deste tipo é suscetível de ser mais eficaz do que aquele que simplesmente se baseia na igualdade de oportunidades ou na proscrição do preconceito intencional. Em primeiro lugar, a insistência de que as mulheres sejam colocadas em empregos não tradicionais lhes permite provar que elas realmente podem fazer o trabalho, eliminando-se, assim, os estereótipos sobre as habilidades das mulheres. Isso foi particularmente evidente no caso em apreço, em que as quotas ordenadas pelo tribunal referiam-se a empregos tradicionalmente masculinos, como “guarda-freio” ou sinaleiro na Canadian National Railways. Em segundo lugar, um programa de igualdade no emprego ajuda a criar uma “massa crítica” de mulheres no local de trabalho. Uma vez que um número significativo de mulheres são representadas em um determinado tipo de trabalho, “há uma oportunidade significativa para a contínua auto-correção do sistema”⁹⁵. A massa crítica supera o problema do simbolismo, o que deixaria algumas mulheres isoladas e vulneráveis a acusações de assédio sexual ou de serem impostoras. Também geraria ainda mais emprego às mulheres, em parte, por meio da rede informal de recrutamento e, em parte, pela diminuição do estigma e da ansiedade associada ao trabalho estranho e não convencional. Finalmente, uma massa crítica obriga as mulheres a dar o devido peso a suas preocupações e compele os escritórios de pessoal a levarem as solicitações femininas a sério. Conforme o Chefe de Justiça concluiu:

É facilmente perceptível que, na tentativa de combater a discriminação sistêmica, é essencial olhar para os padrões do passado de discriminação e de destruir esses

⁹³ *Action Travail des Femmes v Canadian National Railway Co* [1978] 1 SCR 1114, 40 DLR (4th).

⁹⁴ *Action Travail des Femmes v Canadian National Railway Co* (supra) at 213.

⁹⁵ *Action Travail des Femmes v Canadian National Railway Co* (supra) at 214.

padrões a fim de evitar o mesmo tipo de discriminação no futuro.⁹⁶

Ao mesmo tempo, é importante salientar as limitações da ação afirmativa como uma estratégia. A introdução de novas perspectivas, ao passo que é uma meta importante, só pode ter um impacto limitado: estruturas encasteladas são muitas vezes resistentes e, de fato, há uma poderosa pressão do conformismo. Mulheres, negros ou minorias podem se encontrar forçados a esconder os seus pontos de vista e ignorar as suas próprias necessidades e interesses, a fim de assegurar que a sua participação continuada seja viável. Mesmo que eles se articulem com as suas perspectivas, o processo de reconhecimento e afirmação é hesitante e errático. Assim, a ação afirmativa deve ser apenas uma parte de uma estratégia de base ampla e radical, que faz mais do que redistribuir posições privilegiadas, mas refaz as instituições que continuam a perpetuar a exclusão.

5 DEVERIA A POBREZA SER UM MOTIVO DE DISCRIMINAÇÃO?

Tem sido discutido até agora que uma força maior da igualdade substancial é a sua capacidade para alcançar uma síntese entre a desigualdade de *status* e a desvantagem socioeconômica. A pobreza, entretanto, é geralmente associada apenas com a desvantagem socioeconômica. Acredita-se que não corresponde a nenhum grupo de *status*, e também não dá azo a desigualdade de reconhecimento. Por esta razão, apenas medidas relacionadas com a desvantagem socioeconômica são pensadas como adequadas, e a pobreza não é considerada como sendo um terreno separado dentro da lei da discriminação.

Estas hipóteses são claramente demonstradas pela Suprema Corte dos Estados Unidos, que se recusou a dar forma à garantia constitucional da igualdade na Constituição dos EUA para proteger grupos definidos apenas pela sua pobreza. Em um caso em que os reclamantes alegaram que um sistema escolar financiado por impostos locais discriminava aqueles que viviam em áreas pobres, a Corte traçou uma linha clara entre os pedidos com base na pobreza e que são tradicionalmente identificados como “suspeitos” no âmbito da Cláusula de Proteção Iguatária. A diferença entre o *status* e a pobreza é destaque no julgamento de Powell J.:

O sistema de discriminação alegado e a classe que ele define não têm nenhum dos índices tradicionais

⁹⁶ *Action Travail des Femmes v Canadian National Railway Co* (supra) at 215.

de suspeição: a classe não é sobrecarregada com tais deficiências, ou submetida a uma história de tratamento desigual proposital, ou relegada a uma posição de impotência política quanto ao comando de proteção extraordinária do processo político majoritário.⁹⁷

Perguntas desse tipo, considerou, eram impróprias para uma análise rigorosa, uma vez que envolvem “as questões mais delicadas e difíceis de tributação local, planejamento fiscal, política educacional, e do federalismo, considerações que aconselham uma forma mais restrita de análise”⁹⁸. O Tribunal considerou particularmente difícil aceitar que pudesse haver critérios judiciais para o que equivalia a pobreza:

O sistema do Texas de financiamento escolar pode ser considerado como discriminatório (1) contra os “pobres”, pessoas cuja renda cair abaixo de certo nível de identificação da pobreza ou que possam ser caracterizadas como funcionalmente “indigentes”, ou (2) contra aqueles que são relativamente mais pobres que outros ou (3) contra todos aqueles que, independentemente dos seus rendimentos pessoais, passem a residir em distritos escolares relativamente mais pobres. Ainda os apelados não definiram o termo “pobre” com referência a qualquer nível absoluto ou funcional de falta de recursos.⁹⁹

Mesmo se tivesse sido capaz de definir a pobreza, o Tribunal não estava disposto a ver redistribuição em termos igualitários. Ao contrário, foi “uma resposta suficiente para o argumento dos apelados de que, pelo menos, onde a riqueza está envolvida, a Cláusula de Proteção Igualitária não exige igualdade absoluta ou vantagens precisamente iguais”¹⁰⁰.

No entanto, esta abordagem ignora totalmente o fato de que a pobreza não é só desvantagem socioeconômica. É também relativa à desigualdade de reconhecimento. Reclamantes da assistência social são frequentemente

⁹⁷ *San Antonio Independent School District v Rodriguez* 411 US 959, 93 S.Ct. 1919, 1294.

⁹⁸ *San Antonio Independent School District v Rodriguez* (supra) at 1302.

⁹⁹ *San Antonio Independent School District v Rodriguez* (supra) at 1289.

¹⁰⁰ *San Antonio Independent School District v Rodriguez* (supra) at 1291.

estigmatizados como pechincheiros, preguiçosos ou irresponsáveis, e autoridades frequentemente dedicam recursos desproporcionais para “fraude à assistência social”, em comparação com as fraudes cometidas por poderosos políticos ou empresários. Bruce Porter, descrevendo as campanhas canadenses de fraude ao bem-estar, descreve vividamente as consequências em termos de desigualdade de reconhecimento:

É difícil avaliar o quão profunda é a exclusão social que resulta deste tipo de promoção aprovada pelo governo de discriminação e de bodes expiatórios. Ela transforma assistência social de um direito de cidadania ligada ao direito à segurança e dignidade, em uma fonte de vergonha, culpa e insegurança.¹⁰¹

A legislação deveria, portanto, proibir a discriminação em razão da pobreza? Para responder a esta pergunta, vale a pena revisitar as quatro dimensões da igualdade estabelecidas na primeira parte deste trabalho. Estas eram, em primeiro lugar, para quebrar o ciclo de desvantagens associadas com *status* ou a grupos; em segundo lugar, promover o respeito pela igual dignidade e valor de todos, assim, corrigir o estigma, os estereótipos, a humilhação e a violência; em terceiro lugar, para acomodar e positivamente afirmar as diferentes identidades; e, finalmente, para corrigir uma sub-representação na tomada de decisões e exclusões sociais. É claro que a lei antidiscriminação não pode enfrentar as manifestações essencialmente econômicas da pobreza: o estado social ou os direitos socioeconômicos em geral visam reverter a desvantagem socioeconômica. No entanto, continua a ser paradoxal que os indivíduos desfavorecidos ou excluídos socialmente, que não são membros de grupos historicamente estigmatizados não ganhem proteção, e possam até ser chamados para abrirem caminho para os membros dos grupos de *status* em relação aos programas de ação afirmativa. Em vez disso, incluir a pobreza ou a exclusão social como uma forma de discriminação, obrigaria a acrescentar uma medida de “reconhecimento” a essa ênfase primária na correção da desvantagem econômica dentro dos limites do estado de bem-estar. Neste contexto, o papel da lei antidiscriminação seria proibir o estigma e a hostilidade, para afirmar a dignidade e o valor individuais, e para facilitar a inclusão social e a participação na tomada de decisões.

¹⁰¹ Porter ‘Claiming Adjudicative Space: Social Rights, Equality and Citizenship’ em Boyd, Brodsky, Day & Young (eds) *Poverty: Rights, Social Citizenship and Legal Activism* (2006).

A África do Sul tem, provisoriamente, incluído “*status* socioeconômico”, como um fundamento potencial de discriminação injusta, embora, atualmente, este fundamento seja apenas uma “diretriz básica” e aguarde ainda ativação¹⁰². Também é possível argumentar que a pobreza, ou *status* socioeconômico, é um fundamento não enumerado na Seção 9 da Constituição. Isto deixa em aberto a questão de como definir o terreno do *status*. A Lei sul-africana nº 4, de 2000, de Promoção da Igualdade e Prevenção da Discriminação Injusta define o *status* socioeconômico para incluir a “condição social ou econômica ou percepção de uma pessoa que seja prejudicada pela pobreza, situação baixa de emprego, falta ou baixa qualificações de nível educacional”¹⁰³. Uma sugestão complementar poderia centrar-se na exclusão social, um conceito que veio para substituir a pobreza como critério definidor da intervenção do Estado. O foco seria, então, sobre aqueles que são sistematicamente excluídos da participação na sociedade. Isto significa a exclusão sistemática da participação em atividades econômica ou socialmente valiosas, de engajamento político e da interação social, bem como a falta de capacidade para adquirir bens e serviços¹⁰⁴. A exclusão social nesta forma surge a partir de uma variedade de causas, que são em parte material, mas também dizem respeito a outras questões, tais como, na área da vida privada, o sofrimento com ruptura da parceria, ser um idoso ou deficiente físico ou um membro de um grupo historicamente desfavorecido. A exclusão social não é apenas uma fase temporária de pobreza, é sistêmica, muitas vezes passada de geração em geração e que pode se autoperpetuar. O resultado da inclusão do *status* socioeconômico definido como a exclusão social seria que o tratamento menos favorável em razão de indicadores de exclusão social, como viver em um dos assentamentos informais, seria uma violação da garantia de igualdade. Da mesma forma, se um programa de treinamento for dirigido de forma a excluir desproporcionalmente aqueles que estão excluídos socialmente, por exemplo, por estarem localizados em um espaço distante de uma propriedade do conselho, ou exigir que os participantes tenham tido experiência de trabalho relevante, uma alegação de discriminação indireta poderia ser prosseguida, a menos que fosse demonstrado que a exigência era necessária.

¹⁰² Section 34(1).

¹⁰³ Section 1 (xxvi).

¹⁰⁴ Burchardt, Le Grand & Piachaud ‘Degrees of Exclusion’ em Hills, Le Grand & Piachaud (eds) *Understanding Social Exclusion* (2001) 30-32.

No entanto, é improvável que incorporar uma base de *status* definida de acordo com a exclusão social iria longe o suficiente para lidar com a dicotomia entre as duas esferas. Ela simplesmente alinha um pedido expresso de redistribuição em uma estrutura voltada para pedidos de reconhecimento, que, por sua vez, é baseada em soluções individualizadas, retrospectivas e monetárias. Pedidos baseados em *status*, como atualmente constituídos, como já referido, não podem comandar os recursos necessários para realmente combater a exclusão social. É apenas uma forma de desafiar sequelas do estigma da exclusão social que poderia ter algum efeito marginal.

CONCLUSÃO

Como o conceito de igualdade substantiva recebe reconhecimento crescente, tanto a nível internacional e quanto nos ordenamentos jurídicos internos, mais atenção deve ser dada ao seu significado específico e impacto. Este trabalho tentou enquadrar algumas das complexas questões que a igualdade substantiva suscita. Estas dizem respeito principalmente à relação entre o *status* e a desvantagem socioeconômica em relação a três questões principais: a dignidade, a ação afirmativa e a pobreza. Comum a estas questões a questão do papel adequado do Poder Judiciário. A chave para a sua resolução encontra-se em alcançar uma síntese entre ambas as dimensões, ao invés de uma relação como superando a outra. Mas, para isso, exigir uma maior sensibilidade à desigualdade estrutural é necessário. Ao mesmo tempo, mais atenção é necessária para o padrão de revisão judicial. Tribunais não devem cortar as medidas governamentais que patrocinam a igualdade substantiva; na verdade, os tribunais devem apoiar essas medidas. No entanto, os tribunais não devem encarar isso como uma razão para a deferência. Respeito ao processo democrático requer maior atenção, não menos, ao dever de prestar contas e explicar. A função jurisdicional na aplicação da igualdade substantiva permanece uma fiscalização, para proteger contra pressupostos estereotipados e generalizações indevidas que podem causar ou perpetuar a desvantagem.