

# A NORMALIZAÇÃO DA DIFERENÇA NAS RELAÇÕES LABORAIS

## THE STANDARDIZATION OF THE DIFFERENCE IN LABOR RELATIONS

**André Studart Leitão<sup>1</sup>**

Professor no Programa de Pós-Graduação em Direito  
(UNICHRISTUS, Fortaleza/CE, Brasil)

**Eduardo Rocha Dias<sup>2</sup>**

Professor no Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional  
(UNIFOR, Fortaleza/CE, Brasil)

**Anya Lima Penha de Brito<sup>3</sup>**

Mestre em Processo e Direito ao Desenvolvimento  
(UNICHRISTUS, Fortaleza/CE, Brasil)

**ÁREA(S):** direito constitucional; direito do trabalho.

**RESUMO:** O presente artigo investiga o alcance de dois princípios de envergadura constitucional – a liberdade e a isonomia – no âmbito das relações de trabalho. Em síntese, questiona-se se o Estado pode interferir, de alguma

maneira, no poder potestativo do empregador de selecionar o seu corpo de funcionários sob o (nobre) pretexto de garantir aos candidatos iguais oportunidades de acesso, livre de quaisquer interferências associativas explícitas ou implícitas. Sob esse viés, também se discutem as diferenças entre preconceito, preferência e discriminação

<sup>1</sup> Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Procurador Federal da Advocacia-Geral da União. *E-mail:* andrestudart@hotmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/8110407668631447>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9681-943X>.

<sup>2</sup> Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa. Procurador Federal da Advocacia-Geral da União. *E-mail:* eduardorochadias@unifor.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/9095931754606099>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0972-354X>.

<sup>3</sup> Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Advogada. *E-mail:* anyalpbrito@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/9804276491992389>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9115-0148>.

reversa, apresentando, enfim, alguns mecanismos equilibrados de igualação que sejam capazes de possibilitar aos sobrantes o ingresso no mundo do trabalho, sem que tal ingerência conspurque o núcleo rígido da livre iniciativa.

**ABSTRACT:** *The present article investigates the scope of two principles of constitutional scope, freedom and isonomy, within the realm of labor relations. In sum, it is questioned whether the state may interfere in some way with the employer's power to select his or her staff under the (pre-eminent) pretext of granting equal access opportunities to candidates, free of any explicit or implicit associative interference. Under this bias, the dissimilarity between prejudice, preference and reverse discrimination is also discussed, presenting, finally, some balanced mechanisms of equalization that are capable of allowing unnecessary people to entry into the world of work, without such interference eroding the rigid nucleus of the free initiative.*

**PALAVRAS-CHAVE:** isonomia; discriminação; preferência.

**KEYWORDS:** *equality; discrimination; preference.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 O princípio da igualdade: um toque mágico do Direito?; 2 O papel da sociedade na normalização da diferença; Conclusão; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 Equality: a legal magical touch?; 2 The role of society in normalizing the differences; Conclusion; References.*

## INTRODUÇÃO

**M** era uma profissional de sucesso. Além de ocupar um cargo estratégico em uma multinacional, possuía titulação de mestre e doutora na área de telecomunicação. Aos 35 (trinta e cinco) anos, para a surpresa de todos, decidiu afastar-se de suas atividades laborais para realizar o sonho de ser mãe.

Após uma gravidez de risco, M. deu à luz duas lindas crianças. Durante três maravilhosos anos, dedicou-se exclusivamente aos filhos. Agora, sentia-se pronta para retornar ao trabalho. Contudo, em suas primeiras tentativas, viu-se frustrada em meio a processos seletivos que desconsideravam o conteúdo acadêmico e a experiência profissional. Ao invés de avaliarem o potencial laborativo com base em métricas racionais, os entrevistadores insistiam em questionar as prioridades de M. e a sua capacidade de conciliar as duas jornadas. Também duvidavam de sua aptidão técnica em virtude de

possível desatualização em um segmento fortemente marcado pela evolução tecnológica.

De certa maneira, a narrativa é uma ficção baseada em uma história real. Aliás, uma ficção baseada em milhões de histórias reais. Conforme estudos realizados<sup>4</sup>, a maternidade acaba por afastar as mulheres do mercado de trabalho. Vinte e quatro meses após a concessão de licença-maternidade, quase metade das mulheres seguem sem retornar ao trabalho, sendo que o percentual daquelas com maior escolaridade que ficam sem trabalhar é de 35%, enquanto que, entre as mulheres com menos tempo de educação formal, o percentual é de 51%. Em que pese os inegáveis avanços da isonomia de gênero, muitas mulheres permanecem sendo julgadas por questões particulares de viés discriminatório destituídas de rigor técnico ou científico. Evidentemente, essa difícil realidade vai muito além do público feminino, alcançando quaisquer grupos que não se adéquem ao estereótipo considerado ideal pelos agentes selecionadores.

Na verdade, essa reflexão oculta alguns aspectos fundamentais, que transcendem a noção usual de preconceito. O vocábulo em comento pode ser associado à ideia de juízo preliminar de intolerância e repúdio a uma determinada característica ou pensamento humano. Em situações extremas, as discriminações justificam a instituição de grupos que disseminam ódio, fanatismo e violência.

Note-se que o preconceito, não necessariamente, possui direção única. Ao contrário, existe, na discriminação, inegável conteúdo de reciprocidade potencial. Isso significa que homens podem discriminar mulheres, mas mulheres também podem discriminar homens. Brancos podem discriminar negros, mas negros também podem discriminar brancos.

As manifestações mais comuns de preconceito envolvem aspectos dos mais variados tipos: raça, gênero, classe social, orientação sexual, ideologia, religião etc. Apesar de esses indicadores não possuírem nenhuma relação entre si, existe claramente um ponto comum: a diferença. De fato, não existiria

---

<sup>4</sup> MACHADO, C.; PINHO NETO, V. *The labor market consequences of maternity leave policies: evidence from Brazil*. December 2016. Disponível em: [https://portal.fgv.br/sites/portal.fgv.br/files/the\\_labor\\_market\\_consequences\\_of\\_maternity\\_leave\\_policies\\_evidence\\_from\\_brazil.pdf](https://portal.fgv.br/sites/portal.fgv.br/files/the_labor_market_consequences_of_maternity_leave_policies_evidence_from_brazil.pdf). Acesso em: 23 dez. 2019.

preconceito em uma comunidade de iguais. Só existe preconceito porque existe diferença.

Há outra dificuldade quando se trata de isonomia de ingresso: a preferência. Enquanto o preconceito é uma manifestação evidente de intolerância e discriminação negativa do tipo “eu não quero”, a preferência, para muitos, pode ser considerada uma expressão legítima de tratamento díspar do tipo “eu prefiro”.

Algumas preferências alinham-se ao sexo do trabalhador. Um levantamento divulgado pela Secretaria de Trabalho do Ministério da Economia, com base em dados recentes da Relação Anual de Informações Sociais (Rais), apresentou uma relação das vinte profissões mais comuns entre as mulheres. Entre elas, estão a de auxiliar de escritório (1,3 milhão de vínculos), a de assistente administrativo (1,3 milhão), a de vendedora de comércio varejista (1,18 milhão), a de faxineira (984,4 mil) e a de caixa (712,18 mil)<sup>5</sup>.

Nesses casos, não existe propriamente discriminação em relação aos homens. Na verdade, a “razão do mercado” considera o perfil feminino mais adequado para o exercício de algumas funções. Por detrás disso, existe uma psicologia de gênero que conecta as atribuições de uma determinada ocupação a habilidades e competências mais presentes entre as mulheres. Se um empregador está à procura de um profissional sensível e versátil, quem ele contrataria: um homem ou uma mulher?

Interessante, nesse sentido, foi o experimento conduzido por Uhlmann e Cohen<sup>6</sup>. Foram selecionados dois grupos de participantes que deveriam escolher um candidato para um hipotético cargo de “Chefe de Polícia”. O primeiro grupo teve que escolher entre um homem com nenhuma formação acadêmica, mas grande experiência “nas ruas” e bom relacionamento com os colegas, e uma mulher com excelente formação acadêmica, mas nenhuma experiência de campo, além de não se dar tão bem com os colegas. O escolhido foi o homem, tendo sido julgado que a formação acadêmica não seria tão

---

<sup>5</sup> BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria do Trabalho. *Em dez anos, cai diferença entre homens e mulheres no mercado de trabalho*. 19 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://trabalho.gov.br/noticias/5497-em-dez-anos-cai-diferenca-entre-homens-e-mulheres-no-mercado-de-trabalho-2>. Acesso em: 23 dez. 2019.

<sup>6</sup> UHLMANN, E. L.; COHEN, G. L. Constructed criteria: redefining merit to justify discrimination. *American Psychological Society*, v. 16, n. 6, p. 474-480.

relevante para o cargo quanto a experiência. Um segundo grupo de participantes também teve de escolher entre dois candidatos com as mesmas características, mas de sexos opostos. Ou seja, o homem é que teria formação acadêmica, enquanto a mulher teria experiência nas ruas. Desta vez, o escolhido também foi o homem, tendo os participantes julgado que a formação acadêmica era mais importante que a experiência nas ruas. A conclusão é a de que os grupos de participantes redefiniram os critérios para se ter sucesso no emprego de acordo com a característica detida pelos candidatos do sexo desejado (no caso o masculino). E que é mais adequado definir e vincular a contratação a critérios prévios à divulgação do sexo dos candidatos. Existe, pois, uma tendência a discriminar por sexo na medida em que se considera determinadas profissões como masculinas ou femininas.

Noutras vezes, as preferências caracterizam uma inegável exigência de mercado. Será que o proprietário de uma academia de ginástica contrataria pessoas obesas como recepcionistas e como professores de educação física? E o que dizer de uma escola de idioma que opta pela contratação de um americano ao invés de um brasileiro? Afinal, tais preferências podem ser consideradas ilícitas e discriminatórias?

Um dos maiores desafios dos ordenamentos jurídicos democráticos é assegurar a igualdade em uma sociedade plural e diversificada. Tomando-se como referência o mundo do trabalho, a questão consiste em saber se os instrumentais jurídicos de combate à discriminação realmente dispõem de capacidade para resguardar o acesso isonômico ao mercado laboral.

Pelo menos do ponto de vista normativo, sobram preceitos de combate à discriminação. A própria CF/1988 prevê, como um dos objetivos da República, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Na mesma linha, o *caput* do art. 5º dispõe que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Em sequência, o inciso XXX do art. 7º da Constituição proíbe a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

O excesso de regramentos sobrepostos revela a natureza simbólica de uma legislação de eficácia questionável. Como controlar preferências e combater preconceitos em um mundo ricamente diferente que luta desesperadamente por igualdade?

Dessa forma, o objetivo do presente trabalho consiste em saber se o direito fundamental à igualdade seria absoluto ou se permitiria que o Estado interferisse no poder potestativo do empregador quando ele selecionasse o corpo técnico de sua empresa, sob o pretexto de garantir as mesmas oportunidades aos candidatos, sem qualquer interferência associativa explícita ou implícita. Impõe-se verificar se é mais efetivo um regramento rígido e detalhista do princípio da igualdade ou se é melhor a adoção de políticas que busquem normalizar as diferenças, mantendo a possibilidade de adoção de preferências legítimas pelos empregadores, desde que justificadas. Também se examinará a diferença entre preconceitos explícitos e implícitos e as consequências decorrentes da adoção de instrumentos seletivos baseados em inteligência artificial. Para esse fim, a pesquisa adotará metodologia analítica e crítica, de cunho qualitativo, a partir de uma revisão de literatura e do exame de decisões judiciais que trataram do tema, sendo exploratória quanto aos objetivos buscados.

No primeiro tópico, o princípio da igualdade será apresentado como um conceito aberto, com diversas acepções e desdobramentos que limitam manifestações de conteúdo discriminatório nos ambientes de interação social, seja em um contexto de autoridade, seja em um de livre negociação privada.

No segundo tópico, questiona-se se o Estado é, de fato, o único responsável pela construção de estratégias para a normalização das diferenças. Apresentam-se alguns exemplos de grupos discriminados que paulatinamente vêm ganhando respeito e notoriedade a partir de melhorias organizacionais. Ato contínuo, apresentaram-se alguns mecanismos que seriam capazes de reduzir as diferenças no que diz respeito ao ingresso no mercado de trabalho, sem afetar o princípio basilar da iniciativa privada – a liberdade de contratação.

## **1 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE: UM TOQUE MÁGICO DO DIREITO?**

Conforme disposto no art. 5º da Constituição Federal, todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Além do aspecto formal de que os indivíduos são sujeitos de direitos e devem receber tratamento equânime, existe a acepção material da isonomia, que pretende igualar os desiguais na medida de suas desigualdades.

Inserido no capítulo dos direitos e garantias individuais, o princípio da isonomia possui dois objetivos: proporcionar garantia individual em face das discriminações e evitar predileções. Trata-se, pois, de um dos mais relevantes princípios garantidores de direitos fundamentais<sup>7</sup>.

Inicialmente, é importante salientar que a Constituição de 1988 é omissa no que diz respeito à aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas. Sobre essa questão, identificam-se pelo menos quatro arquétipos: aplicabilidade indireta, aplicabilidade direta, equiparação e imputação<sup>8</sup>.

O modelo de aplicabilidade indireta foi desenvolvido na Alemanha e se caracteriza por negar a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. Nesse caso, a influência dos direitos fundamentais nas relações privadas ocorre por intermédio do material normativo próprio do direito privado. Seus efeitos são produzidos, sobretudo, por meio de uma espécie de reinterpretação do direito infraconstitucional<sup>9</sup>.

O segundo, de aplicação direta, baseia-se na ideia de que os direitos fundamentais outorgam, diretamente, direitos subjetivos aos envolvidos em uma relação jurídica entre particulares<sup>10</sup>.

Finalmente, os modelos por equiparação e imputação são alternativas de aplicação dos direitos fundamentais. Segundo Ana Leticia Leonel<sup>11</sup>, ambos dizem respeito à imputação das ações dos particulares ao Estado ou à equiparação dessas ações a ações estatais. Sob essa perspectiva, em princípio, os direitos fundamentais somente protegem os indivíduos contra a ação estatal. No entanto, por meio da *public function exception*<sup>12</sup>, pode-se alegar a

<sup>7</sup> MELLO, C. A. B. de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 23.

<sup>8</sup> SILVA, V. A. da. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2014.

<sup>9</sup> SARLET, I. W. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado. *Revista Eletrônica de Direito Civil*, p. 19, 2012.

<sup>10</sup> SARLET, I. W. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado. *Revista Eletrônica de Direito Civil*, p. 05, 2012.

<sup>11</sup> LEONEL, A. L. A. R. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: constitucionalizando o contrato na socialização do Direito*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=84d6700e5e27922b>. Acesso em: 14 fev. 2019.

<sup>12</sup> A *public function exception* (exceção da função pública), quando aplicada, busca validar a aplicação das normas jusfundamentais a problemas ocorridos entre particulares, isso quando a maneira da atuação

proteção dos direitos fundamentais numa relação privada quando uma das partes envolvidas estiver no exercício de uma função pública, especialmente levando em consideração o interesse da coletividade. Outrossim, mediante a *entanglement exception*<sup>13</sup>, chama-se a aplicação dos direitos fundamentais na relação entre particulares.

Observa-se, no Brasil, uma aplicação (majoritariamente) direta dos direitos fundamentais, prescindindo, pois, de mediação legislativa. Nos autos do RE 201.819-8/RJ, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

Não obstante a doutrina e a jurisprudência pátrias reconheçam a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas<sup>14</sup>, é evidente a falta de comprometimento político-jurídico dos cidadãos com os valores constitucionais<sup>15</sup>.

De todo modo, é pacífico o entendimento de que o princípio da igualdade pressupõe o respeito à diferença, sendo uma obrigação constitucional que vincula as condutas do Estado e dos particulares. É uma espécie de norma-base, que serve de referência aos demais dispositivos constitucionais<sup>16</sup>.

---

do homem se encerra em legítima atuação estatal (JORGE, M.; NETO, S. *A Suprema Corte dos Estados Unidos e o direito à intimidade*. Brasília/DF, a. 7, n. 28/29, p. 173, jul./dez. 2008).

<sup>13</sup> A *entanglement exception* (exceção do emanhamento) ocorre quando o texto constitucional é aplicado em tema peculiar das relações entre particulares, mas sob o estímulo do governo, mesmo que tais condutas violem as normas constitucionais (JORGE, M.; NETO, S. *A Suprema Corte dos Estados Unidos e o direito à intimidade*. Brasília/DF, a. 7, n. 28/29, p. 173, jul./dez. 2008).

<sup>14</sup> Dentre os julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal aplicando diretamente os direitos fundamentais nas relações privadas, vale mencionar: Recurso Extraordinário nº 158.215/RS (julgou procedente a causa aos associados de uma cooperativa da qual haviam sido expulsos sem a observância do devido processo legal) e Recurso Extraordinário nº 161.243/DF (foi dado ganho de causa ao empregado brasileiro de empresa francesa que buscava a extensão para si das vantagens conferidas no Estatuto do Pessoal da Empresa, o qual só beneficiava os empregados de nacionalidade francesa).

<sup>15</sup> HESSE, K. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 19.

<sup>16</sup> ARALDI JÚNIOR, J. I. O princípio da igualdade como expressão dos direitos fundamentais do cidadão. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, p. 82, 2010. Disponível em: [http://ambitojuridico.com.br/site/index.php/abrebanner.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8414&revista\\_caderno=9](http://ambitojuridico.com.br/site/index.php/abrebanner.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8414&revista_caderno=9). Acesso em: 14 fev. 2019.

Com o desígnio de materializar uma sociedade mais justa e igualitária, o constituinte assegurou a vedação à discriminação, o dever de tolerância com respeito às diferenças e vedação ao preconceito, alocando o racismo à categoria de crime<sup>17</sup>. Ademais, a aplicabilidade dos valores constitucionais nas relações privadas, sobretudo na seara trabalhista, tende a promover maior comprometimento dos direitos fundamentais na sociedade, com inegáveis reflexos no acesso justo a melhores oportunidades de emprego, em especial aos grupos estigmatizados.

Como se sabe, a Constituição Federal de 1988, em diversos dispositivos, consagra o direito (ou princípio da) à igualdade, que pode ser desdobrado em pelo menos três diferentes perspectivas: a) igualdade civil e política; b) igualdade socioeconômica; c) igualdade biogenética.

A igualdade civil (igualdade de todos perante a lei) e a igualdade política (sufrágio universal), ambas de caráter negativo, significam igualdade formal e vedam qualquer tipo de tratamento discriminatório. Vale dizer, a demanda de igualdade civil ou política traduz-se pela determinação de uma norma idêntica para todos e tem como objetivo a abolição radical das diferenças de estatuto civil ou político<sup>18</sup>. A propósito, o art. 5º da Constituição Federal consagra expressamente essa ideia de isonomia, quando prescreve que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

A igualdade socioeconômica, de questionável juridicidade, associa-se à distribuição equânime da riqueza social, o que levaria a uma sociedade destituída de colossais desníveis econômicos medidos por marcadores tradicionais que polarizam a opulência e a pobreza.

Vale lembrar que, segundo Pierre Rosanvallon, essa perspectiva de igualdade manifesta-se exclusivamente como vontade de redução das desigualdades sociais, sem nenhuma reivindicação de geração de identidade<sup>19</sup>. Ou seja, todos defendem a redução das desigualdades sociais, mas ninguém defende sua completa erradicação. Aliás, não custa lembrar um dos objetivos

---

<sup>17</sup> MARMELSTEIN, G. *Discriminação por preconceito implícito*. Disponível em: [https://www.academia.edu/27277313/Discrimina%C3%A7%C3%A3o\\_por\\_Preconceito\\_Impl%C3%ADcito\\_VERS%C3%83O\\_PRELIMINAR.pdf](https://www.academia.edu/27277313/Discrimina%C3%A7%C3%A3o_por_Preconceito_Impl%C3%ADcito_VERS%C3%83O_PRELIMINAR.pdf). Acesso em: 14 fev. 2019.

<sup>18</sup> ROSANVALLON, P. *A crise do Estado-providência*. Brasília: UNB, 1997. p. 29.

<sup>19</sup> ROSANVALLON, P. *A crise do Estado-providência*. Brasília: UNB, 1997. p. 29-30.

da Constituição Federal de 1998: erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

De certa maneira, essa acepção de isonomia pode ser associada à teoria rawlsiana, segundo a qual a justiça é uma virtude mais facilmente percebida se todos estiverem em condições de igualdade uns com os outros<sup>20</sup>. O principal objetivo de Rawls foi criar uma alternativa à doutrina utilitarista, segundo a qual a satisfação do maior número de pessoas justificaria o sacrifício da minoria.

Contudo, para Rawls, alguns fatores externos influenciam na realização da justiça e, conseqüentemente, na distribuição de bens, como características pessoais, habilidades e aptidões naturais (igualdade biogenética). Mesmo que ocorra uma distribuição igualitária de bens, a desigualdade é iminente, pois não há como garantir que todos agirão com o mesmo esforço e empenho para alcançar ou manter os bens disponíveis. Qualquer visão de mundo que desconsidere os aspectos biogenéticos levaria à sociedade distópica de *Harrison Bergeron*<sup>21</sup>. Felizmente, o mundo é um palco plural, rico em diferenças. Surge, então, um desafio à sociedade: aprender a conviver e a respeitar as diferenças.

O princípio da igualdade surge como um importante balizador que se propõe a identificar e a combater a discriminação. Nesse contexto, é importante examinar a diferença entre discriminação e preferência.

Entende-se por preconceito o tratamento indigno ou discriminatório a qualquer pessoa em decorrência de suas características pessoais ou de seus pensamentos. Trata-se de uma realidade arraigada no Brasil desde a era colonial, quando os escravos eram tratados de forma desumana e excluídos do convívio com os demais em razão da cor da pele.

O preconceito manifesta-se de duas formas: explícita ou implicitamente. A primeira se manifesta quando o homem tem consciência da discriminação. Em casos extremos, exterioriza a sua aversão a determinado fato. *Exempli gratia*,

---

<sup>20</sup> RAWLS, J. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 79.

<sup>21</sup> Escrito por Kurt Vonnegut e publicado pela primeira vez em 1961, *Harrison Bergeron* é um conto de ficção científica que trata de uma sociedade distópica em que todos têm de ser iguais. Os eventos se passam em 2081, e, por uma imposição constitucional, ninguém pode ser mais bonito, mais inteligente ou mais atlético do que os outros, impondo-se *handicaps* para se garantir a igualdade: máscaras para quem for mais bonito, instrumentos que impedem os mais inteligentes de pensar e pesos para os mais atléticos e fortes (DA SILVA, G. H. G. Equidade e educação matemática. *Educação Matemática Pesquisa: Revista do Programa de Estudos Pós-Graduados em Educação Matemática*, v. 18, n. 1, p. 398, 2016).

listam-se alguns comentários depreciativos direcionados aos nordestinos: “Bem, vou trabalhar porque não ganho Bolsa Família dos nordestinos. Nem faço dois filhos por ano pra ter mais Bolsa Família”<sup>22</sup>. Sua visibilidade facilita a veiculação de medidas de vigilância, controle e resposta.

O preconceito implícito decorre de percepções distorcidas que o ser humano não admite ter, fruto de um processo mental resultado de suas experiências pessoais e reflexo do meio em que vive. É de difícil identificação e, por isso, tem sido objeto de constantes estudos<sup>23</sup>. A título ilustrativo, cita-se um estudo social realizado com vinhos na Califórnia, Estados Unidos, em que se comprovou que as pessoas costumam associar a qualidade do vinho ao preço. No experimento, utilizou-se um único vinho de valor bastante acessível. Trocaram-se o rótulo e a indicação do valor de uma das garrafas. Apesar de se tratar do mesmo vinho, da mesma safra, de qualidade idêntica, as pessoas que experimentaram as duas taças relataram preferência pelo vinho de valor superior<sup>24</sup>.

Registre-se também um importante teste disponibilizado pela Universidade de Harvard – teste de associação implícita –, o qual visa aferir o nível de preconceito implícito das pessoas em relação não apenas ao racismo, mas também em relação à orientação sexual e à obesidade. Para tanto, são apresentadas imagens ou palavras para que os participantes as classifiquem o mais rápido possível. Como resultado, tem-se observado uma diferença entre o consciente e o inconsciente, chegando a resultados que denotam a existência de preconceitos mesmo em pessoas que conscientemente não os admitiam<sup>25</sup>.

Conclui-se, pois, que, ao contrário do preconceito explícito, o preconceito implícito não é de fácil identificação, estando relacionado a associações mentais implícitas preexistentes que são acionadas automaticamente. Muitas vezes, o agente discriminador sequer tem consciência de sua conduta, pois

---

<sup>22</sup> SELLES, M. *Sobre preconceitos explícitos e implícitos*. Disponível em: <https://www.diarioliberalidade.org/brasil/comunicacom/8274-sobre-preconceitos-implicitos-e-explicitos.html>. Acesso em: 2 maio 2018.

<sup>23</sup> MARMELESTEIN, G. *Discriminação por preconceito implícito*. Disponível em: [https://www.academia.edu/27277313/Discrimina%C3%A7%C3%A3o\\_por\\_Preconceito\\_Impl%C3%ADcito\\_VERS%C3%83O\\_PRELIMINAR\\_.pdf](https://www.academia.edu/27277313/Discrimina%C3%A7%C3%A3o_por_Preconceito_Impl%C3%ADcito_VERS%C3%83O_PRELIMINAR_.pdf). Acesso em: 14 fev. 2019.

<sup>24</sup> TREI, L. *Baba Shiv: how a wine's price tag affect its taste*. Disponível em: <https://www.gsb.stanford.edu/insights/baba-shiv-how-wines-price-tag-affect-its-taste>. Acesso em: 28 maio 2018.

<sup>25</sup> EDMONDS, D. *Somos todos racistas? O Teste de Harvard que promete revelar o preconceito implícito*. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-40172331>. Acesso em: 24 dez. 2019.

seus efeitos são deveras sutis, manifestando-se em condutas simples e de pequena repercussão. Desconhecendo que a sua atitude seja discriminadora, o indivíduo não consegue controlá-la e muito menos corrigir seus efeitos<sup>26</sup>.

O fato é que o preconceito implícito se revela em diversos momentos do cotidiano das pessoas e em vários aspectos de suas vidas. No âmbito das relações laborais, máxime nos processos seletivos, candidatos com excelentes currículos acabam sendo discriminados em virtude de pormenores alheios às aptidões profissionais, como gênero, sincretismo religioso, raça, antecedentes penais e deficiência. Foi o que constataram os experimentos sociais acima resumidos.

Percebe-se que a diferença entre o preconceito implícito e o preconceito explícito não está no resultado, pois ambos, consciente ou inconscientemente, conduzem à discriminação. A diferença reside no fato de que, enquanto, no preconceito explícito, a negativa de oportunidade lastreia-se em uma manifestação discriminatória consciente e visível (ainda que dissimulada), no preconceito implícito, os motivos não são admitidos pelo agente discriminador e costumam estar encobertos por uma fachada não preconceituosa<sup>27</sup>.

De outro lado, a preferência é o resultado de um processo de escolha racional. Isso significa que a preferência é consciente (assim como é o preconceito explícito), porém a sua origem não está no reconhecimento de hipotéticos desnivelamentos humanos (no sentido de que um homem é pior do que o outro em razão de determinada característica), e sim na maximização da utilidade – leia-se bem-estar – do agente selecionador.

Na esfera trabalhista, fala-se em preferência, quando o empregador opta pela contratação de uma pessoa do sexo feminino para uma função que exige mais delicadeza e/ou organização, ou quando contrata um homem jovem, recusando mulheres ou até mesmo homens acima de cinquenta anos, em razão das exigências do cargo, como no caso de ajudante de carga. Nesses casos, o critério de descarte não foi uma característica depreciativa dos candidatos preteridos. Racionalmente, utilizou-se de estratégias de mercado.

---

<sup>26</sup> MARMELSTEIN, G. *Discriminação por preconceito implícito*. Disponível em: [https://www.academia.edu/27277313/Discrimina%C3%A7%C3%A3o\\_por\\_Preconceito\\_Impl%C3%ADcito\\_VERS%C3%83O\\_PRELIMINAR\\_.pdf](https://www.academia.edu/27277313/Discrimina%C3%A7%C3%A3o_por_Preconceito_Impl%C3%ADcito_VERS%C3%83O_PRELIMINAR_.pdf). Acesso em: 14 fev. 2019.

<sup>27</sup> MARMELSTEIN, G. *Discriminação por preconceito implícito*. Disponível em: [https://www.academia.edu/27277313/Discrimina%C3%A7%C3%A3o\\_por\\_Preconceito\\_Impl%C3%ADcito\\_VERS%C3%83O\\_PRELIMINAR\\_.pdf](https://www.academia.edu/27277313/Discrimina%C3%A7%C3%A3o_por_Preconceito_Impl%C3%ADcito_VERS%C3%83O_PRELIMINAR_.pdf). Acesso em: 14 fev. 2019.

O próprio Poder Público costuma manifestar preferências, quando se vale, por exemplo, de medidas de discriminação positiva. Ao favorecer alguns grupos supostamente segregados, mediante reserva de vagas excluídas da ampla concorrência (cotas) ou prever aposentadorias antecipadas para mulheres, sem nenhuma dúvida, o Estado está normatizando positivamente a diferença. Por óbvio, a definição de preferências estatais precisa fundamentar-se em critérios objetivos tangíveis, de modo a viabilizar o controle constitucional das escolhas.

Em algumas situações, o legislador transparece com honestidade os seus objetivos, mesmo quando discutíveis e polêmicos, indicando, na exposição de motivos, as razões que levaram à proposição do ato normativo. Foi o que aconteceu com a Lei nº 12.990, de 2014, que dispõe sobre a reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da Administração Pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Segundo a exposição de motivos que acompanhou o Projeto de Lei nº 6.738/2013, à época, considerava-se necessária a adoção de uma política afirmativa que, durante o período de dez anos, aproximasse a composição dos quadros da Administração Pública federal dos percentuais da população brasileira. A propósito, vale o registro de que o STF, nos autos ADC 41, em junho de 2017, por unanimidade, declarou a constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014.

Noutras vezes, os desígnios do legislador não estão explícitos, mas são facilmente deduzíveis. Cita-se, como exemplo, a exigência de idade mínima de 25 (vinte e cinco) anos para aquisição de armas de fogo nos termos do Estatuto de Desarmamento (Lei nº 10.826/2003). Certamente, a fixação de uma idade mínima (independentemente de qual seja) foi um ato de prudência e precaução baseado na crença de que pessoas destituídas de maturidade não teriam discernimento e controle emocional suficientes para adquirir um instrumento letal. Outro exemplo envolve a previsão de teste de aptidão física (corrida de resistência, barra fixa etc.) como etapa eliminatória para concursos públicos bastante concorridos (polícias militar, civil e federal). Nesse caso, o objetivo é selecionar, exclusivamente, candidatos que possuam bom condicionamento físico.

Contudo, nem sempre existe clareza (explícita ou implícita) nos parâmetros eleitos pelo Estado. Nesses casos, o grau de subjetivismo tende a ser maior, e a possibilidade de questionamentos judiciais aumenta significativamente. Parece ser o caso da exigência de altura mínima para o exercício de determinadas funções de policiamento. Conquanto a jurisprudência do STF repute válida a exigência de altura mínima para o cargo de policial militar, desde que prevista em lei e no edital do concurso (ARE 906295, 24/11/2015), o próprio Tribunal já considerou irrelevante a exigência de altura mínima para o cargo de escrivão, por entender que suas funções seriam eminentemente internas e burocráticas (AI 384050, 09.09.2003).

Ainda sobre a judicialização das preferências, o STF editou a Súmula nº 683 com o seguinte teor: “O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido”.

Se existem regramentos legais e precedentes judiciais favoráveis às preferências no serviço público, por que não admitir a mesma lógica na esfera privada, que ainda conta, em seu favor, com a garantia da livre iniciativa? Conforme salientado na introdução deste artigo, poderia um dono de academia exigir níveis adequados de IMC (índice de massa corporal) num processo seletivo para contratação de educadores físicos? Na situação específica, é evidente que a preferência por candidatos com bons índices de massa corporal pode ser associada a inúmeros fatores racionais (bem-estar dos empregados e coerência com a política institucional de saúde, por exemplo) sem nenhum tipo de conexão, próxima ou remota, com um preconceito.

Estabelecer parâmetros que diferenciem dois conceitos que levam a consequências idênticas a partir de causas diferentes é um empreendimento teórico complexo. Porém, é razoável defender que a noção de preconceito está presente quando o critério de seletividade, além de ser preexistente à escolha, é arbitrário, no sentido de que não possui fundamentação jurídica racional e independe do cenário factual. Em uma pesquisa desenvolvida pela empresa Catho, em 2013, constatou-se que, independente da função a ser exercida pelo funcionário, 6,2% dos empregadores preferem não contratar obesos<sup>28</sup>. De outro

---

<sup>28</sup> CATHO. *Pesquisa dos profissionais brasileiros: um panorama sobre contratação, demissão e carreira*. Disponível em: <https://img.catho.com.br/site/landing/pesquisa-profissionais/images/pdf/>

lado, havendo transparência na contratação com a explicitação das preferências (edital de chamamento) e ainda a conexão lógica entre o tratamento díspar e a justificativa, desde que lastreada em interesses prestigiados no ordenamento jurídico, não há de se falar em infringência ao princípio da igualdade.

Sabe-se que, no Brasil, a transparência na contratação mediante explicitação das preferências seria uma estratégia extremamente incerta e perigosa, considerando o elevado risco de processos judiciais fundados em queixas de discriminação. Não é por acaso que códigos empresariais de conduta e *compliance*<sup>29</sup> recomendam fortemente a vedação a qualquer tipo de medida que, de alguma maneira, possa ser associada à discriminação e ao preconceito. A consequência disso é simples: ao invés de a preferência ser indicada previamente no edital de convocação, opta-se pelo chamamento universal e pelo posterior descarte de candidatos que não atendam às preferências dos agentes selecionadores. Ou seja, o receio de não sofrer algum tipo de reprimenda judicial apenas torna a seleção mais desgastante para todos os envolvidos, inclusive com geração de expectativas infundadas – afinal, o desfecho será o mesmo.

Contudo, não se pode olvidar que já há, no Brasil, legislação objetivando pôr fim a qualquer conduta discriminatória por parte do empregador, conforme os termos do art. 373-A, I, da CLT, o qual veda a publicação de anúncios de emprego com referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, assim como da Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995, que considera crime qualquer prática discriminatória na contratação de um funcionário, seja por motivo de gênero, cor, situação familiar, deficiência, entre outros, além de proibir a exigência de atestados de gravidez e esterilização, com a punição de multa de dez vezes o valor do maior salário pago pelo empregador, elevado em 50% em caso de reincidência, além da proibição de obter empréstimo ou financiamento junto a instituições financeiras oficiais.

Embora sejam inadmissíveis as práticas discriminatórias, a isonomia não é um toque mágico do Direito que elimina as diferenças entre as pessoas. Com

---

pesquisa-profissionais-catho-2014.pdf?\_ga=2.17407676.421371256.1577274659-675704792.1577274659. Acesso em: 25 dez. 2019.

<sup>29</sup> Um código de ética e *compliance* pode ser interpretado como um conjunto de regras e condutas que as empresas estabelecem que devem ser seguidas por seus funcionários. É um ponto de partida para a prática de condutas éticas nas empresas. (DE CARLI, C. V. *Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2017)

isso, quer-se dizer que o sistema jurídico não pode, simplesmente, regular a diferença por meio da imposição universal de isonomia. Portanto, apesar de diferentes, todos são iguais, independentemente das circunstâncias. Além disso, quaisquer medidas que suprimam ou restrinjam o direito de preferência comprometem o núcleo rígido das liberdades em geral. Você tem o direito de escolher a pessoa com quem quer casar a partir de critérios puramente estéticos, mas não pode divulgar a sua preferência por pessoas supostamente saudáveis para o seu próprio negócio?

Todas as situações até então narradas envolviam aspectos físicos e corporais de pessoas (idade, altura, sexo etc.). Mas o que dizer de critérios de admissão relacionados a atos pretéritos praticados pelos candidatos? Poderia uma empresa, *v.g.*, num processo seletivo, exigir a apresentação de certidão de antecedentes criminais? Essa questão chegou a ser analisada pelo Tribunal Superior do Trabalho em sede de recurso repetitivo. Na oportunidade, a Subseção Especializada em Dissídios Individuais (SBDI) firmou as seguintes teses no Processo nº TST-RR-1124-06.2017.5.07.0033: i) não é legítima e caracteriza lesão moral a exigência de certidão de antecedentes criminais de candidato a emprego quando traduzir tratamento discriminatório ou não se justificar em razão de previsão de lei, da natureza do ofício ou do grau especial de fidúcia exigido; ii) a exigência de certidão de antecedentes criminais de candidato a emprego é legítima e não caracteriza lesão moral quando amparada em expressa previsão legal ou justificar-se em razão da natureza do ofício ou do grau especial de fidúcia exigido, a exemplo de empregados domésticos, cuidadores de menores, idosos ou deficientes (em creches, asilos ou instituições afins), motoristas rodoviários de carga, empregados que laboram no setor da agroindústria no manejo de ferramentas de trabalho perfurocortantes, bancários e afins, trabalhadores que atuam com substâncias tóxicas, entorpecentes e armas, trabalhadores que atuam com informações sigilosas; iii) a exigência de certidão de antecedentes criminais, quando ausente alguma das justificativas de que trata o item II, *supra*, caracteriza dano moral *in re ipsa*, passível de indenização, independentemente de o candidato ao emprego ter ou não sido admitido.

Em síntese: a exigência de certidão de antecedentes criminais de candidato a emprego é descabida sempre que traduzir tratamento discriminatório ou não se justificar em razão de previsão de lei, da natureza do ofício ou do grau

especial de fidedignidade exigido. Porém, a quem cabe dizer se a exigência é ou não justificável? Ponto para o Judiciário.

## 2 O PAPEL DA SOCIEDADE NA NORMALIZAÇÃO DA DIFERENÇA

Em termos práticos, a participação do Estado na luta contra a discriminação iniciou-se com a instituição do concurso público, modelo de admissão que garantiu o acesso democrático ao serviço público mediante análise cega do desempenho dos candidatos, sem qualquer investigação sobre as características pessoais e físicas do candidato<sup>30</sup>.

Processo similar acontece no meio acadêmico, quando um artigo científico é submetido para fins de publicação em um periódico. Recebido o texto, o editor envia o texto para os avaliadores sem nenhum tipo de identificação (*double blind peer review* – revisão duplamente cega). O objetivo é garantir a imparcialidade da avaliação.

Nesse contexto, é plausível a citação de um caso que envolveu uma orquestra sinfônica europeia. Por força de decisão judicial, fruto da irresignação de uma candidata que se sentiu preterida pelo fato de ser mulher, as audições passaram a acontecer às cegas, a fim de evitar quaisquer juízos potencialmente discriminatórios. Coincidentemente (ou não), após a implantação desse método de seleção, houve um aumento significativo (superior a 25%) do número de musicistas do sexo feminino eleitas para a orquestra<sup>31</sup>.

Ambos os modelos prestigiam a ideia de uniformidade de tratamento, algo que está perfeitamente alinhado ao princípio da isonomia formal. Porém, ao longo tempo, percebeu-se que o tratamento idêntico, quando aplicado a pessoas diferentes, pode não ser a melhor solução. A igualdade absoluta em um ambiente de contraste social apenas perpetua a diferença. Disso resulta a necessidade de veiculação de mecanismos de discriminação reversa.

Reconhecer o direito de ter preferências nem de longe compromete o projeto constitucional de construção de uma sociedade mais tolerante e menos preconceituosa. Contudo, o ponto de partida dessa trajetória não é a noção utópica e quase irracional de isonomia. Ao contrário, o combate ao preconceito

<sup>30</sup> Eventualmente, algumas seleções fazem uma análise da vida pregressa do candidato.

<sup>31</sup> GOLDIN, C.; ROUSE, C. Orchestrating impartiality: the impact of “blind” auditions on female musicians. *American Economic Review*, 2000.

precisa partir da ideia pragmática de que os homens são diferentes, e as diferenças são necessárias. Não se trata, portanto, de implementar políticas de igualação, e sim de implementar políticas que visem à normalização das diferenças.

Não obstante o Brasil seja um país plural e heterogêneo, riquíssimo em diversidades, lamentavelmente, hospeda desigualdades associadas a diversos aspectos (gênero, cor da pele, origem, orientação sexual etc.). Em relação às mulheres, por exemplo, de acordo com um estudo realizado pelo IBGE em 2018, constatou-se que, apesar de elas possuírem grau de escolaridade superior ao dos homens, seu rendimento médio é 23,5% inferior ao dos trabalhadores do sexo masculino<sup>32</sup>.

Da mesma forma, qualquer análise sociológica sobre identidade de gênero, independentemente da orientação sexual do público alvo (transexuais, travestis, homossexuais, *crossdressers*, transformistas, cisgêneros, não binários e bissexuais), indicará a existência de preconceitos no âmbito das relações de trabalho. Nesse caso, o fator de estigmatização é amplo e se estende a todas as profissões e classes sociais. Não importa qual seja a profissão de um homossexual (cabeleireiro, professor, técnico de enfermagem, médico ou administrador), muito menos qual seja a sua remuneração, pois sempre existirá espaço para a hostilidade, que pode se revelar de vários modos – desde comentários jocosos até manifestações mais agressivas, como demissões e eliminações precoces em processos seletivos.

Eventualmente, a discriminação acaba alcançando pessoas que se encontram dentro de “padrões de normalidade”. Se um gestor pretende demitir um homossexual, certamente receberá orientação jurídica para demitir, na mesma oportunidade, um grupo de empregados heterossexuais e justificar as baixas com base em ajustes orçamentários.

O Brasil é um país multiétnico, mas o preconceito contra negros ainda é bastante evidente. Em geral, eles ocupam funções braçais ou de reduzido

---

<sup>32</sup> AGÊNCIA IBGE NOTÍCIA. *Mulher estuda mais, trabalha mais e ganha menos do que o homem*. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20234-mulher-estuda-mais-trabalha-mais-e-ganha-menos-do-que-o-homem.html>. Acesso em: 21 jan. 2019.

nível intelectual (zelador, segurança, frentistas etc.)<sup>33</sup>. Nos últimos anos, o Estado brasileiro, sob a influência norte-americana, deflagrou um processo de democratização e diversificação nas universidades e no serviço público. Como era de se esperar, as medidas foram questionadas no Supremo Tribunal Federal (ADPF 186 e ADC 41), que reconheceu a constitucionalidade em ambos os casos.

Conquanto se trate de pauta polêmica, não há como negar a existência de bons argumentos em favor do sistema de reserva de vagas pautado na descrição étnica (negros e pardos) dos candidatos. Não se trata, simplesmente, de assegurar atalhos, corrigindo disfunções do ineficiente modelo da educação pública. Mecanismos de diversificação humana afiançam a tolerância, a aproximação das raças, a eliminação das diferenças, a incorporação de novos valores culturais e o fortalecimento do pluralismo. Ainda levam à criação de *role models*, personalidades simbólicas oriundas de grupos sociais discriminados que conquistaram sucesso pessoal e profissional e que, por isso, funcionam como modelo para gerações mais jovens<sup>34</sup>.

Por outro lado, é bom lembrar que o STF ressaltou que as políticas de ação afirmativa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas podem converter-se em benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social em detrimento da coletividade como um todo. Daí a importância de revisão, com periodicidade, dessas políticas, avaliando se persiste a situação que justificou sua adoção, bem como as correções necessárias em sua implementação.

Além da definição temporal, outro aspecto importante tem a ver com o limite percentual das cotas. Até que ponto devem ir as cotas? A busca por diversidade não pode comprometer excessivamente a ampla concorrência. Com efeito, se fossem instituídas cotas concomitantes para todas as minorias, não restariam vagas para o grande público (maioria). Logo, a definição de

---

<sup>33</sup> DE ASSIS MACHADO, M. R.; LIMA, M.; NERIS, N. Racismo e insulto racial na sociedade Brasileira. *Novos Estudos Cebrap*, 35.3: 11-28, 2016.

<sup>34</sup> LEITÃO, A. S.; FREITAS, B. B.; DIAS, E. R. Inclusão excludente, assistência, educação e paternalismo. *Revista de Direito Brasileira*, v. 17, n. 7, 2017. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3059/2789>. Acesso em: 14 fev. 2019. Durante os debates do ADPF 186, os Ministros Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa destacaram a importância dos *role models*.

um limite razoável é um pressuposto importante para a eficiência da política pública.

Fixado o limite das cotas, resta ainda a definição dos grupos que seriam contemplados com os acessos diferenciados. Nesse segundo momento, as escolhas não podem ser aleatórias, devendo estar subsidiadas em estudos sociológicos consistentes que sejam capazes de justificar as decisões normativas.

No setor privado, a definição de critérios seletivos também é uma pauta extremamente complexa. Existem aqui alguns ingredientes adicionais relevantes: a liberdade, a autonomia e a não intervenção do Estado nas relações privadas. O Estado dispõe de autoridade para controlar a escolha realizada pelo empregador? Poderia o Estado partir em defesa de pessoas que alegaram, de maneira vaga, que se sentiram preteridas em razão de particularidades?

Não obstante seja inegável que as discriminações ou preferências gerem reflexos socioeconômicos relevantes, entende-se não ser papel do Poder Público interferir diretamente nos processos seletivos das empresas, regrido procedimentos, sob pena de violação aos princípios de liberdade consagrados constitucionalmente.

A realização de processos seletivos impessoais, com a utilização de programas de inteligência artificial baseados em algoritmos, também não parece ser uma solução imune à discriminação, considerando que os algoritmos, apesar de neutros na tomada das decisões, são desenvolvidos a partir das preferências e dos preconceitos dos agentes projetistas. Ou seja, eles incorporam os vieses e as visões dos seus idealizadores. Cathy O'Neil aponta para o fato de o processo de seleção de empregados estar sendo cada vez mais automatizado<sup>35</sup>. Isto inclui testes psicológicos padronizados que podem conter inexatidões e mesmo veicular injustiças, especialmente com candidatos do sexo feminino e de etnias não majoritárias.

Exatamente por isso, a única solução viável é a implementação de políticas públicas que visem à normalização da diferença. O Estado poderia,

---

<sup>35</sup> O'NEIL, C. *Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy*. New York: Crown Publishers, 2016. p. 91.

por exemplo, valer-se de campanhas de conscientização, de *nudges*<sup>36</sup> e de medidas mais concretas de discriminação positiva (cotas). A paisagem social diversificada, com a presença dos mais variados grupos, ocupando papéis equivalentes, precisa ser uma imagem normal aos olhos de todos. A partir do momento em que as pessoas considerarem normal que as mulheres exerçam determinadas funções antes desempenhadas exclusivamente por homens, com níveis idênticos de remuneração, não existirá mais espaço para tantas discriminações.

Defende-se, pois, que a normalização da diferença é a melhor alternativa para combater a discriminação. A isonomia não é uma espécie de remédio para a diferença. Muito pelo contrário, reconhecer e prestigiar a diferença é o caminho mais promissor para pôr fim aos preconceitos (explícitos e implícitos).

## CONCLUSÃO

O debate sobre a igualdade e o combate à discriminação deve ser enriquecido a partir da incorporação de noção de preferência. Enquanto o preconceito é manifestação clara de intolerância, discriminando negativamente, a preferência pode ser considerada expressão legítima de tratamento diferenciado.

A tutela da igualdade a partir de normas rígidas e detalhistas se mostra, na verdade, uma estratégia simbólica e de eficácia questionável. Como controlar preferências e combater preconceitos em um mundo cuja riqueza está nas diferenças? Nesse sentido, é bom lembrar que, além do preconceito explícito, existe o preconceito implícito de difícil identificação, o qual está relacionado a associações mentais implícitas preexistentes que são acionadas automaticamente. Muitas vezes, o agente discriminador sequer tem consciência de sua conduta, pois seus efeitos são deveras sutis, manifestando-se em condutas simples e de pequena repercussão.

De outro lado, a preferência é o resultado de um processo de escolha racional. Isso significa que a preferência é consciente (assim como é o preconceito explícito), porém a sua origem não está no reconhecimento de hipotéticos desnivelamentos humanos (no sentido de que uma pessoa é pior

---

<sup>36</sup> *Nudges* são gatilhos utilizados para facilitar a tomada de decisão em prol daquilo que teoricamente seria mais benéfico para a sociedade ou para o agente envolvido (THALER, R. H.; SUNSTEIN, C. R. *Nudge: o empurrão para a escolha certa*. Tradução: Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009).

do que outra em razão de determinada característica), e sim na maximização da utilidade (bem-estar) do agente selecionador. O próprio Poder Público costuma manifestar preferências, quando se vale, por exemplo, de medidas de discriminação positiva.

A noção de preconceito está presente quando o critério de seletividade, além de ser preexistente à escolha, é arbitrário, no sentido de que não possui fundamentação jurídica racional e independe do cenário factual. Também se pode consagrar preconceito se não se definem previamente à escolha critérios objetivos relacionados com a atividade que se quer desempenhar. De outro lado, havendo transparência na contratação com a explicitação das preferências (edital de chamamento) e ainda a conexão lógica entre o tratamento díspar e a justificativa, desde que lastreada em interesses prestigiados no ordenamento jurídico, não há de se falar em infringência ao princípio da igualdade.

O sistema jurídico, por outro lado, não pode, simplesmente, regular a diferença por meio da imposição universal de isonomia, pois medidas que suprimam ou restrinjam o direito de preferência comprometem o núcleo rígido das liberdades em geral. O combate ao preconceito precisa partir da ideia pragmática de que as pessoas são diferentes, e as diferenças são necessárias. Não se trata, portanto, de implementar políticas de igualação, e sim de implementar políticas que visem à normalização das diferenças.

Estímulos à diversidade, ao pluralismo, que levem à criação de *role models* são medidas que conduzem a maior tolerância e a eliminação das diferenças. No setor privado, a definição de critérios seletivos também é uma pauta extremamente complexa. Existe aqui um ingrediente adicional relevante: a liberdade, a autonomia e a não intervenção do Estado nas relações privadas. Por isso, entende-se não ser papel do Poder Público interferir diretamente nos processos seletivos das empresas, regrando procedimentos, sob pena de conspurcar princípios de liberdade consagrados constitucionalmente.

A realização de processos seletivos impessoais, com a utilização de programas de inteligência artificial baseados em algoritmos, também não garante a eliminação da possibilidade de discriminação, já que são desenvolvidos a partir das preferências e dos preconceitos de quem os projetou, principalmente se não permitirem um *feedback* adequado e uma revisão de seus resultados.

Exatamente por isso, a única solução viável é a implementação de políticas públicas que visem à normalização da diferença. Iniciativas de caráter

não vinculante e impositivo, como campanhas de conscientização e *nudges* e medidas mais concretas de discriminação positiva (cotas), passíveis de avaliação periódica, mostram-se como o caminho mais adequado para garantir diversificação na sociedade, de forma a refletir sua riqueza.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA IBGE NOTÍCIA. *Mulher estuda mais, trabalha mais e ganha menos do que o homem*. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20234-mulher-estuda-mais-trabalha-mais-e-ganha-menos-do-que-o-homem.html>. Acesso em: 21 jan. 2019.

ARALDI JÚNIOR, J. I. O princípio da igualdade como expressão dos direitos fundamentais do cidadão. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, p. 82, 2010. Disponível em: [http://ambitojuridico.com.br/site/index.php/abrebanner.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8414&revista\\_caderno=9](http://ambitojuridico.com.br/site/index.php/abrebanner.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8414&revista_caderno=9). Acesso em: 14 fev. 2019.

BRASIL, Planalto. *Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003*. Legislação sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília/DF, 22 dez. 2003. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/Leis/2003/L10.826.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2003/L10.826.htm). Acesso em: 28 maio 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 6.738/2013*. Dispõe sobre a oferta de vinte por cento das vagas oferecidas nos concursos públicos aos negros para provimento de cargos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1177136&filename=PL+6738/2013](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1177136&filename=PL+6738/2013). Acesso em: 30 nov. 2018.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial [dos] Estados Unidos do Brasil: secção 1, Rio de Janeiro, DF, a. 82, n. 184, p. 11937-11984, 9 ago. 1943.

BRASIL. *Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Lei/L12990.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12990.htm). Acesso em: maio 2018.

BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria do Trabalho. *Em dez anos, cai diferença entre homens e mulheres no mercado de trabalho*. 19 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://trabalho.gov.br/noticias/5497-em-dez-anos-cai-diferenca-entre-homens-e-mulheres-no-mercado-de-trabalho-2>. Acesso em: 23 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 683*. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_601\\_700](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700). Acesso em: 28 maio 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADC n. 41*. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur371754/false>. Acesso em: 28 maio 2018.

CATHO. *Pesquisa dos profissionais brasileiros: um panorama sobre contratação, demissão e carreira*. Disponível em: [https://img.catho.com.br/site/landing/pesquisa-profissionais/images/pdf/pesquisa-profissionais-catho-2014.pdf?\\_ga=2.17407676.421371256.1577274659-675704792.1577274659](https://img.catho.com.br/site/landing/pesquisa-profissionais/images/pdf/pesquisa-profissionais-catho-2014.pdf?_ga=2.17407676.421371256.1577274659-675704792.1577274659). Acesso em: 25 dez. 2019.

DA SILVA, G. H. G. Equidade e educação matemática. *Educação Matemática Pesquisa: Revista do Programa de Estudos Pós-Graduados em Educação Matemática*, v. 18, n. 1, 2016.

DE CARLI, C. V. *Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2017.

EDMONDS, D. *Somos todos racistas? O Teste de Harvard que promete revelar o preconceito implícito*. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-40172331>. Acesso em: 24 dez. 2019.

GOLDIN, C.; ROUSE, C. Orchestrating impartiality: the impact of “blind” auditions on female musicians. *American Economic Review*, 2000.

HESSE, K. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOME PAGE IMPLÍCITO. Disponível em: <https://implicit.harvard.edu/implicit/brazil/>. Acesso em: 28 maio 2018.

JORGE, M.; NETO, S. *A Suprema Corte dos Estados Unidos e o direito à intimidade*. Brasília/DF, a. 7, n. 28/29, jul./dez. 2008.

LEITÃO, A. S.; FREITAS, B. B.; DIAS, E. R. Inclusão excludente, assistência, educação e paternalismo. *Revista Brasileira de Direito*, v. 17, n. 7, 2017. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3059/2789>. Acesso em: 14 fev. 2019.

LEONEL, A. L. A. R. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: constitucionalizando o contrato na socialização do direito*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=84d6700e5e27922b>. Acesso em: 14 fev. 2019.

MACHADO, C.; PINHO NETO, V. *The labor market consequences of maternity leave policies: evidence from Brazil*. December 2016. Disponível em: [https://portal.fgv.br/sites/portal.fgv.br/files/the\\_labor\\_market\\_consequences\\_of\\_maternity\\_leave\\_policies\\_evidence\\_from\\_brazil.pdf](https://portal.fgv.br/sites/portal.fgv.br/files/the_labor_market_consequences_of_maternity_leave_policies_evidence_from_brazil.pdf). Acesso em: 23 dez. 2019.

MACHADO, M. R. de A.; LIMA, M.; NERIS, N. Racismo e insulto racial na sociedade brasileira. *Novos Estudos Cebrap*, 35.3: 11-28, 2016.

MARMELSTEIN, G. *Curso de direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MARMELSTEIN, G. *Discriminação por preconceito implícito*. Disponível em: [https://www.academia.edu/27277313/Discrimina%C3%A7%C3%A3o\\_por\\_Preconceito\\_Imp%C3%ADcito\\_VERS%C3%83O\\_PRELIMINAR\\_.pdf](https://www.academia.edu/27277313/Discrimina%C3%A7%C3%A3o_por_Preconceito_Imp%C3%ADcito_VERS%C3%83O_PRELIMINAR_.pdf). Acesso em: 14 fev. 2019.

MELLO, C. A. B. de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

O'NEIL, C. *Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy*. New York: Crown Publishers, 2016.

RAWLS, J. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

ROSANVALLON, P. *A crise do Estado-providência*. Brasília: UNB, 1997.

SARLET, I. W. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado. *Revista Eletrônica de Direito Civil*, 2012.

SELLES, M. *Sobre preconceitos explícitos e implícitos*. Disponível em: <https://www.diarioliberalidade.org/brasil/comunicacom/8274-sobre-preconceitos-implicitos-e-explicitos.html>. Acesso em: 2 maio 2018.

SILVA, V. A. da. *A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2014.

THALER, R. H.; SUNSTEIN, C. R. *Nudge: o empurrão para a escolha certa*. Tradução: Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

TREL, L. *Baba Shiv: how a wine's price tag affect its taste*. Disponível em: <https://www.gsb.stanford.edu/insights/baba-shiv-how-wines-price-tag-affect-its-taste>. Acesso em: 28 maio 2018.

UHLMANN, E. L.; COHEN, G. L. Constructed criteria: redefining merit to justify discrimination. *American Psychological Society*, v. 16, n. 6, p. 474-480.

Submissão em: 14.01.2023

Avaliado em: 17.01.2023 (Avaliador A)

Avaliado em: 17.01.2023 (Avaliador B)

Aceito em: 19.01.2023