VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

ZULMAR ANTONIO FACHIN

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Copyright © 2023 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

C755

Constituição, teoria constitucional e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Caio Augusto Souza Lara; Lucas Gonçalves da Silva; Zulmar Antonio Fachin – Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-711-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Teoria constitucional. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

Apresentação

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Constituição, Teoria Constitucional e Democracia I durante o VI Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado nos dias 20 a 24 de julho 2023, sob o tema geral “Direito e Políticas Públicas na Era Digital”. O evento foi promovido por esta sociedade científica do Direito com o apoio da Faculdade de Direito de Franca e das Faculdades Londrina. Trata-se da sexta experiência de encontro virtual do CONPEDI em mais de três décadas de existência.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos do Direito Constitucional e dos reflexos do constitucionalismo na atuação dos Poderes da República no país.

Os temas abordados vão desde os direitos fundamentais constitucionalizados, passando pelo controle de constitucionalidade e as experiências diversas de exercício da democracia. Liberdade de expressão, história das constituições brasileiras e sistema constitucional latinoamericano também foram temas marcantes do grupo.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares (double blind peer review). Dessa forma, todos os artigos ora publicados guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Caio Augusto Souza Lara

Zulmar Antonio Fachin

Lucas Gonçalves da Silva

DESIGUALDADE OU DISCRIMINAÇÃO: UMA ANÁLISE DO TEXTO CONSTITUCIONAL DE 1988

INEQUALITY OR DISCRIMATION: AN ANALYSIS OF THE 1988 CONSTITUCIONAL'S TEXT

Mateus Catalani Pirani
Gibran Miranda Rodrigues D'avila

Resumo

Estudo de caráter social e jurídico, este artigo vida entender as semelhanças e diferenças entre os termos “desigualdade” e “discriminação” na Constituição brasileira, analisando os usos dos termos ao longo do documento e melhor entendendo se tal proposta de suprir a necessidade de igualdade no país foi atingida. Para tal trabalho, utilizou-se da metodologia descritiva, expondo, com base em literaturas jurídicas especializadas, construção de tabelas, pela observação e pesquisa, para finalmente expor a opinião destes autores, compreendendo a questão e explicando a trajetória na resolução do questionamento. Por fim, justifica-se sua importância dada a pluralidade da sociedade brasileira e sua incessante busca por igualdade de direitos que deveriam ser garantidos a partir da lei primária do país (Constituição). Percebe-se, outrossim, haver uma questão estrutural na discriminação, existindo relações de poder, vantagens de um grupo em relação a outro, desvantagens duradouras, persistentes, disseminadas e significativas para as minorias discriminadas. Esta pesquisa será embasada em levantamento bibliográfico-analítico, utilizando-se a metodologia hipotético-dedutiva para a defesa dos argumentos evocados.

Palavras-chave: Constituição, Igualdade, Desigualdade, Discriminação, Sociedade plural

Abstract/Resumen/Résumé

A social and legal study, this article seeks to understand the similarities and differences between the term’s “inequality” and “discrimination” in the Brazilian Constitution, analyzing the uses of terms throughout the document and better understanding whether such a proposal to meet the need for equality in the country has been reached. For this work, a descriptive methodology was used, exposing, based on specialized legal literature, construction of tables, through observation and research, to finally expose the opinion of these authors, understanding the issue and explaining the trajectory in solving the question. Finally, its importance is justified given the plurality of Brazilian society and its incessant search for equal rights that should be guaranteed from the primary law of the country (Constitution). It is also perceived that there is a structural issue in discrimination, with power relations, advantages of one group over another, lasting, persistent, widespread and significant

disadvantages for discriminated minorities. This paper will be based on a bibliographic-analytical survey, using the hypothetical-deductive methodology to defend the evoked arguments.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitution, Equality, Inequality, Discrimination, Plural society

1. INTRODUÇÃO

Quando falamos sobre nosso país, logo nos vem a mente sua vastidão territorial e pluralidade de culturas e pessoas. Ao longo das eras, desde seu Descobrimento, muitos foram os desafios, que no século XXI ainda alguns persistem e causam espanto por serem tratados como um problema. Este é o caso da Desigualdade e Discriminação, muitas vezes fomentadas por preconceitos enraizados na sociedade brasileira.

No entanto, não é motivo para desmerecer todos os anos de lutas e conquistas que nossa brava gente já conseguiu como direitos indissolúveis, mediante a todos os desafios impostos, seja por outros países, nosso governo ou insatisfações com a qualidade de vida. É certo afirmar que nossa história é repleta de injustiças sociais, porém, com os avanços tanto das ciências jurídicas, quanto ciências sociais, somos capazes de mudar essa história.

Deste ponto, destacamos a importância de se mencionar as lutas por direitos que são, atualmente, o maior desafio enfrentado por algumas comunidades, sejam elas os grupo LGBTQIA+, grupos raciais, grupos de pessoas com deficiência, entre muitos outros que formam a nação brasileira. Entretanto, o próprio objetivo de igualar as comunidades, acaba por gerar certa desigualdade, a qual iremos abordar nesta curta e simples análise da nossa Constituição, denominada como “cidadã” por garantir além da união indissolúvel dos Estados, bem como as garantias da dignidade da pessoa humana, promover o bem de todos e impedir a instauração de um poder ditatorial, como anteriormente ocorrido.

Nesta pesquisa de caráter elucidativo, objetiva-se a responder três problemas: (a) qual é a diferença entre desigualdade e discriminação?; (b) existem condições objetivas que permitam realizar esta distinção?; (c) há confusão terminológica entre “discriminação” e “desigualdade” na Constituição? Dentre os três problemas, devemos pontuar que o (c) é nosso problema central, sendo (a) e (b) acessórios a ele. Ou seja, são nosso caminho para obter a resposta principal.

Para cumprirmos nossos objetivos, vamos primeiro responder a (a): procuraremos a distinção entre desigualdade e discriminação. Isso será feito de modo a evidenciar que a desigualdade não pode se confundir com o conceito de discriminação (cuja matéria é objeto de um direito antidiscriminatório). Comprovaremos, assim, que a desigualdade é um conceito muito mais amplo e, a discriminação, por possuir exigências mais específicas, torna-se uma desigualdade qualificada.

Além disso, para que seja possível uma análise para o (c), teremos que procurar e estabelecer condições que permitam uma constatação objetivamente apurável de nosso texto constitucional vigente. Desta maneira, procuramos uma obra paradigma (*"A Theory of Discrimination Law*") que, com sucesso, os estabeleceu, respondendo a (b).

Feita a exposição de nossas condições e tendo elencado quais delas seriam necessárias estarem presentes para a análise de (c), foi feita uma busca empírico-qualitativa em nossa Constituição pelos termos "discriminação", "discriminarão", "discriminatórias" e "discriminados". Feito isso, separamos todos os artigos cujo significado da palavra empregado fosse condizente com o que se pretende investigar e se procedeu com a avaliação destas normas. A avaliação foi feita em seis tabelas distintas, justificando a presença e a ausência de cada condição, de modo que ao final de cada qual afirmamos se determinada norma era de direito antidiscriminatório ou "mera" desigualdade.

2. A DESIGUALDADE E A DISCRIMINAÇÃO

Sabemos que com o passar das épocas, diversos termos que recebiam significados distintos foram transformados e ressignificados. Assim é com a Língua Portuguesa e diversas outras línguas. Para tanto, iremos abordar, seguindo a temática proposta, a distinção entre os termos "desigualdade" e "discriminação". Por serem de semelhantes significados, discriminação pode não ser algo totalmente distinto da desigualdade, a diferença é facilmente compreendida por uma análise mais profunda, com critérios e condições específicos que a tornam palavras qualificadas para cada caso.

A importância dada as distinções das palavras são envolvidas se fazem importante para entender o conteúdo jurídico do Direito à Igualdade e separá-lo do que muitos juristas chamam de "igualdade formal" e "igualdade material"[1]. Essa separação se deve, principalmente, ao fato de que ambos os programas acima expostos são contraditórios e inconciliáveis, utilizando de um mesmo substantivo abstrato (igualdade). (DIMOULIS, 2021, p.65).

Afirmar que se deve tratar os "iguais de modo igual" e os "diferentes de modo diferente para que se atinja a igualdade" pouco nos diz do conteúdo jurídico deste direito. Por outro lado,

[1] Como exemplos dos que seguem essa vertente, temos Masson (2018), Lenza (2018), Cunha Júnior (2019) e Moraes (2019).

o cenário muda quando tratamos a igualdade em uma perspectiva relacional[2]. A igualdade tem como base uma relação entre critérios, sendo um deles tido como o preponderante. (DIMOULIS, 2021, p.48 e 52).

A necessidade deste critério decisivo torna a "igualdade" um direito em que se deve decidir, em primeiro plano, qual que é critério preponderante para que se aplique a igualdade (por isso é relacional) (DIMOULIS, 2021, p.55).

Quanto tratamos um indivíduo diferentemente de outro, isso não decorre por ele ser "diferente", pois, de maneiras diversas, somos indivíduos plurais, de diferentes culturas e origens. Esse tratamento surge em razão de critérios determinantes, escolhidos a partir de uma fundamentação para que esses sejam os preponderantes, de modo que seja justificada qualquer diferenciação.

Com base nisso, podemos constatar a desigualdade mediante a seguinte análise: precisamos apurar os meios para averiguar se existiu um tratamento divergente (igual ou desigual) (DIMOULIS, 2021, p.76). Feito isso, passaremos a observar qual foi a finalidade de um tratamento empregado e quais resultados esse tratamento produziu, somente assim podendo determinar se o propósito intencionado foi atingido e a norma da igualdade cumprida (DIMOULIS, 2021, p.77-78).

Outro exemplo em que podemos identificar uma discrepância de tratamentos ao longo da Constituição seria na perspectiva diferenciadora a respeito do imposto para grandes fortunas, quando, nesse caso, o critério determinante é o econômico, sendo a justificação para tal tratamento não somente o texto constitucional, mas também a capacidade contributiva diferenciada das pessoas que se encontram nessa posição financeira mais avantajada.

Isto posto, mediante o que foi trabalhado até então, podemos concluir que a igualdade é algo relacional, dependendo de critérios decisivos, devendo toda solução acerca do critério preponderante ser devidamente fundamentada (constitucionalmente). Assim, a igualdade pode variar entre tratamentos iguais ou diferentes (para atingir ao objetivo da igualdade).

Se a finalidade fosse uma diferenciação injustificada, ou se o resultado produzido por uma finalidade não atingisse os objetivos do direito da igualdade, então teríamos a figura da

[2] Alguns autores que trabalham nessa perspectiva são Dimoulis (2021) e Frischeisen (2007).

desigualdade, ou seja, o produto de uma relação cujo tratamento diferenciado em relação ao critério determinante "X" não é constitucionalmente justificável.

A título de exemplo, imaginamos que em uma empresa existem os empregados "A" e "B". O empregado "A" trabalha diligentemente todos os dias, fazendo horas extras e entregando excelentes resultados. Por outro lado, "B" chega atrasado e não entrega os trabalhos nos prazos. Entretanto, "B" possui amizade com o presidente da empresa por mais de 20 anos e, quando chega na hora de implementar um aumento de salário, o faz para "B". Nesse exemplo ilustrado, "A" possuía mais rendimento no serviço, mas foi tratado de maneira diferente em virtude do critério "relação com o chefe". Ora, essa diferenciação realizada com esse tratamento foi com base em um critério cuja substância não seria justificável porque o tratamento produziu resultados desiguais. Desta maneira, naquele âmbito, o critério preponderante a ser considerado deveria ser "desempenho no local de trabalho".

O leitor deve se perguntar agora: mas diante das situações expostas, discriminar não seria também uma relação de desigualdade com base em um critério preponderante fundamentado? A resposta que devemos dar é sim e não. Estruturalmente, existem semelhanças entre a desigualdade e a discriminação, pois esta também é relacional e com base em um critério preponderante. Entretanto, o critério para este caso sempre será a característica protegida.

A discriminação envolve uma desvantagem sofrida em razão destas características protegidas pelo outro grupo cognata (de mesma origem). Nesse caso, "A" poderia sofrer com a desvalorização por ser negro, o tratamento desigual, então, se daria em virtude da "raça" (critério determinante, que engloba grupos cognatas de pessoas brancas, pardas, negras...).

Mas, apesar das proximidades estruturais (BRYDE; STEIN, 2013, p.288), a desigualdade é um conceito mais amplo. O problema é que muitos autores, em virtude desta proximidade, confundem os conceitos e usam a desigualdade como se discriminação fosse. Um exemplo de um autor que faz isso é Silva (1998)[3]. Segundo o autor, há uma discriminação configurada pela mera falha em propiciar um "igual tratamento", sendo a discriminação presente quando se trata diferentemente "pessoas em situação de igualdade". (SILVA, 1998, p.231-232).

[3] Outro exemplo seria Cunha Júnior (2019), Mello (2013) e Moreira (2020). No último caso, o autor faz um estudo específico do direito antidiscriminatório, mas confunde ambos os conceitos.

Isso é um equívoco relevante, pois as palavras possuem um significado e, utilizar o termo “discriminação” em contextos de “mera” desigualdade seria o mesmo que reduzir lutas travadas pelas pessoas cujas características protegidas são alvos de múltiplos ataques.

A antidiscriminação deve ser utilizada em contextos de relação de poder, em que existe uma forma de opressão (DIMOULIS, 2021, p.85). Existem “desvantagens estruturais decorrentes da existência de um ou mais sistemas de discriminação que operam paralelamente ao longo do tempo” (MOREIRA, 2020, p.50-51). Diante do exposto, percebemos que a discriminação assume caráter estrutural e permanente, ela é uma construção social em que os indivíduos são convenientemente atrelados a estereótipos (DIMOULIS, 2021, p.92). Os estigmas criados “são responsáveis pela transformação de certos grupos em castas sociais, um processo que impede o reconhecimento deles como pessoas que devem ter a mesma consideração e respeito” (MOREIRA, 2020, p.60). Assim, nos ocorre que a discriminação que um indivíduo sofre não se dá, especificamente, por ele possuir uma dada característica, mas também por este receber um tratamento discriminatório (DIMOULIS, 2021, p.89).

Esse sistema de perseguições cria uma dominação prejudicial no sentido de que são gerados danos cumulativos em várias áreas da vida das pessoas que sofrem esse comportamento discriminatório (DIMOULIS, 2021, p.92; MOREIRA, 2020, p.62). Contudo, para os grupos dominantes (os não-discriminadores e discriminadores) cria-se uma série de vantagens indevidas que são tanto materiais quanto simbólicas (DIMOULIS, 2021, p.92-93).

Esses tratamentos criam barreiras sociais para os indivíduos, sendo estes os mecanismos pelo qual a discriminação se opera, podendo ou excluir os indivíduos em qualquer hipótese, ou tornar necessário o empreendimento de um esforço maior para que a pessoa consiga atingir seus objetivos (DIMOULIS, 2021, p.90).

Portanto, não se busca apenas uma igualdade de oportunidades, bem como uma mitigação das vantagens historicamente obtidas pelos grupos dominantes, mas sim de, nesse sentido, esclarecer que há uma série de “categorias especiais de proteção jurídica”, de modo que se combata a essas desvantagens “significativas entre grupos” (MOREIRA, 2020, p.62).

Visto isso, não se pode afirmar que um indivíduo “A” ao receber tratamento diferenciado porque seus olhos não são azuis assim como os de “B” sofre discriminação, mas sim sofrerá o fenômeno da **desigualdade em um sentido mais amplo**.

Tal desigualdade é facilmente explicada, pois não há em nossa história a criação de privilégios em relações de poder para com as pessoas sem olhos azuis, perseguidas, de modo a se identificar grandes diferenças valorativas entre ambos os conceitos. Eles não estão totalmente separados, mas a dimensão antidiscriminatória é de uma especificidade muito maior.

3. REQUISITOS PARTICULARES PARA QUE UMA NORMA SEJA DE DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO

Seguindo o estudo e análise do Direito Antidiscriminatório, após pesquisas em diversas doutrinas, pode-se identificar a obra *A Theory of Discrimination Law* de Tarunabh Khaitan (2015), que dentre suas análises, contatou-se condições objetivamente apuráveis para determinar se uma norma é, ou não, de direito antidiscriminatório, sendo esta um paradigma para estipular as condições que serão utilizadas no item subsequente deste artigo.

Segundo Khaitan (2015, p.23), o Direito Antidiscriminatório é uma disciplina que pode se manifestar tanto de maneira concentrada como dispersa, podendo ser encontrado em constituições e estatutos jurídicos, utilizando de complexas ferramentas como a discriminação indireta, direta, adaptações razoáveis e outras. Normas desta natureza apresentam certas dificuldades na medida que estão presentes em diversas disciplinas jurídicas, como a do Direito Civil, do Direito Constitucional, do Direito Penal (KHAITAN, 2015, p.24).

Como antes já especificado, o proposito do Direito Antidiscriminação é a redução ou eliminação das "disparidades significativas entre grupos" (MOREIRA, 2020, p.50). Desta frase podemos depreender que existem condutas a serem observadas como prejudiciais; grupos a serem protegidos; e desvantagens significativas sofridas por determinados grupos. Para Khaitan (2015), a natureza desta disciplina pode ser dividida em quatro diferentes condições.

3.1. A primeira condição

A primeira condição trata da correlação entre conduta proibida ou demandada e um grupo com determinadas características protegidas. Isso é o mesmo que dizer que existe uma

relação entre um critério de conduta e algo que é protegido pelo direito (no caso, uma característica pertencente a um determinado grupo) (KHAITAN, 2015, p.28).

Essas características se enquadram dentro de algo que está "fundamentalmente protegido", e são pessoais, devendo essas características serem uma das razões primordiais pela qual é tomada uma decisão para criação de uma proteção (KHAITAN, 2015, p.29).

Assim, podemos afirmar que não se trata de uma característica qualquer, mas sim apenas certas características (razão pela qual é o que é "fundamentalmente protegido") (KHAITAN, 2015, p.29).

Para Khaitan (2015), essas características se associam a um grupo específico protegido, abarcando algumas como raça, peso, orientação sexual, ou seja, grupos protegidos pelo Direito Antidiscriminatório.

3.2. A segunda condição

A segunda condição está associada a existência de grupos cognatas. Essa abordagem significa o mesmo que dizer "grupos de mesma origem". Para o direito antidiscriminatório, há uma ordem maior de características que justificam a opção pela proteção de algumas dentre tantas outras (KHAITAN, 2015, p.29).

Essas proteções se justificam porque as características fundamentalmente protegidas fazem parte de uma ordem maior, de um gênero que possui diversas outras categorias (KHAITAN, 2015, p.29).

Talvez esse caso fique mais simples mediante um exemplo: o sexo divide as pessoas em homens e mulheres (assim biologicamente considerados), e dentro desse universo maior (sexo), optou-se por proteger as mulheres por uma série de razões referentes à terceira condição (a da desvantagem relativa). As mulheres são um grupo cognata em relação aos homens, pois partem de uma mesma origem (de um gênero maior, o sexo).

Com isso, depreendemos que o direito antidiscriminatório é específico em relação a um (ou alguns) grupos cognatas (que são os protegidos) e pertencem a um universo maior (são espécies) e ainda, segundo Khaitan (2015, p.30), é necessária a presença desta condição.

3.3. A terceira condição

Quanto a terceira condição, esta relaciona-se com a "desvantagem relativa". Essa é a condição mais relevante entre todas as outras. Ao falar sobre desvantagem, falamos sobre grupos que são socialmente mais fracos que outros, onde há uma discriminação com base nas relações de poder e dominação (DIMOULIS, 2021, p.91).

A principal distinção entre uma desigualdade e uma discriminação se dá pelo fato que uma discriminação advém de uma relação muito mais profunda do que uma simples distinção entre indivíduos.

O grupo cognata fundamentalmente protegido deve sofrer desvantagens (ou se mostrar muito propício a isso) em relação a outro grupo cognata. A força de tais desvantagens, sua duração, seu histórico são determinantes para averiguar se estas permanecerão vigentes. Portanto, essas desvantagens devem ser duradouras (no sentido de se estenderem no tempo), devem abranger de maneira significativa várias áreas da vida humana (não podem ser um evento isolado, mas sim difundido no âmbito social) e devem ser substanciais (significativas) (KHAITAN, 2015, p.31 e 34-35).

Essas desvantagens são relativas pois depende da presença destes critérios expostos para que exista. Em um mundo hipotético em que o gênero criasse uma relação de poder das mulheres em relação aos homens, sendo eles os prejudicados historicamente. Então, o critério se alternaria, e o grupo cognata protegido que sofre a desvantagem seria o dos homens. Mas isso não acontece, e são as mulheres que sofrem, elas que são as submetidas a relações de poder. Eis a razão pela qual são protegidas em nosso universo.

Para Khaitan, a desvantagem relativa é uma condição cuja presença é imprescindível.

3.4. A quarta condição

Por fim, a quarta condição trata "distribuição excêntrica". Para o autor, esta condição é aquela que se refere às exigências de um comportamento, das necessidades de uma ação em sentido positivo (KHAITAN, 2015, p.39). Nesses casos, deve-se perceber que a incidência não pode ser global (de beneficiar todas as pessoas de um grupo cognata protegido), mas sim deve representar a possibilidade de as beneficiar (KHAITAN, 2015, p.39). Assim, não é feita para

todos os indivíduos, caso contrário ao invés de ser uma norma de direito antidiscriminatório, seria uma norma de direito social (KHAITAN, 2015, p.39).

Quando um empregador realiza uma ação afirmativa para contratar uma quantidade "x" de pessoas com deficiência, isso não significa que todos os funcionários de tal empresa passariam a ser do grupo cognata protegido. O que aconteceria é que apenas uma parcela ocuparia aquelas vagas. Tal exemplificação demonstra que essa condição busca averiguar se há uma oportunidade efetiva dessas pessoas integrarem alguns benefícios, e não todos (KHAITAN, 2015, p.39).

Para Khaitan, essa não seria uma condição imprescindível de análise cuja presença é sempre necessária. Além disso, ela somente entraria em "jogo" quando houver uma norma que demande um comportamento.

4. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E SEU TEXTO: O TERMO "NÃO-DISCRIMINAR" IMPORTA SEMPRE EM UMA NORMA DE DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO?

Objetivando responder ao problema de pesquisa apresentado, iremos realizar uma análise de quais dispositivos da Constituição que, utilizando o termo "não discrimine" se apresenta como de direito antidiscriminatório. De igual forma, responderemos em quais hipóteses essa terminologia é usada equivocadamente para apresentar uma mera relação de desigualdade. Como apresentamos, a discriminação é uma relação de desigualdade qualificada com critérios próprios e específicos a ela. Razão pela qual devemos, tecnicamente, distinguir ambas as hipóteses que não se confundem.

Com este propósito, procuramos pela Constituição alguns dos termos relacionados a palavra "discriminação", obtendo algumas de suas variantes, como "discriminação", "discriminarão", "discriminatórias" e "discriminados".

No primeiro termo, "discriminação", encontramos sua menção no art. 3º, IV; art. 5º, XLI; art. 7º, XXXI; art. 227, *caput* e art. art. 227, §1 º, II; para o termo "discriminarão", encontramos: art. 71, §3º; para o termo "discriminatórias", encontramos: art. 225, §5º; art. 227, §6º; e, por fim, para o termo "discriminados", encontramos: art. 146, III, "a"; art. 154, I; art. 162, parágrafo único.

Nesta avaliação, percebemos que todos os itens foram condizentes com a significação procurada, sendo esta: distinção ou separação empregada com sentido negativo.

Já no caso do item "discriminarão", o art. 71, §3º emprega o sentido de "especificar" fontes e usos do Fundo Social de Emergência mencionado no *caput*. Desta forma, não foi atingido o significado procurado.

Para o item "discriminatórias", o art. 227, §6º já se apresenta próximo do que é procurado.

Por fim, quanto ao item "discriminados", o art. 146, III, "a" o termo "discriminados" é empregado no sentido de "especificados", "indicados". O art. 154, I e o art. 162, parágrafo único trazem o termo com o mesmo sentido do anterior.

Sendo assim, devemos expor que os artigos que serão objeto de nossa análise serão: art. 3º, IV; art. 5º, XLI; art. 7º, XXXI; art. 227, *caput*, art. 227, §1 º, II e o art. 227, §6º (6 dispositivos).

Com a intenção de realizar a análise de cada dispositivo, um por um, utilizamos um método de verificação por meio de tabelas junto das condições expostas no item anterior deste artigo[4]. Tais condições e tal método de análise nos permitem uma verificação de condições objetivas para verificar se uma norma é de direito antidiscriminatório ou não. Devemos esclarecer que, apesar de existirem quatro condições utilizadas pelo autor paradigma (Khaitan), só utilizaremos as três primeiras porque a última não é elementar para determinar se uma norma é de direito antidiscriminatório, ou não (apesar de ser importante para identificar se um benefício que pode ser concedido mediante comportamento positivo ser parte desta natureza). A seguir, análise detalhada dos artigos supracitados:

[4] Tal método foi desenvolvido pelo autor em sua pesquisa de Iniciação Científica na FGV Direito SP (que ainda está em andamento), sob orientação do Prof. Dr. D. Dimoulis, com bolsa CNPQ e FGV-SP. Como se demonstrou um método eficaz em apurar, por condições objetivas, se uma norma é de direito antidiscriminatório (ou não), optamos por utilizá-la nesta pesquisa para responder ao problema de pesquisa apresentado. Devemos ressaltar que o problema aqui que se procura responder é diverso do apresentado para a pesquisa na FGV-SP, razão pela qual este artigo mantém a originalidade proposta.

Tabela 1: Análise do Art. 3, IV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Dispositivo em análise	Art. 3º, IV (CF/88): Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.	
Condições	Presente (sim/não)	Justificativa
Condição características protegidas e correlação entre conduta proibida e um grupo com tais características	Sim	Existe uma proibição aos "preconceitos" em relação a uma série de características protegidas, sendo estas a "origem", "raça", "sexo", "cor" e "idade".
Condição de grupos cognatas	Não	As características protegidas não fazem parte de um gênero, mas sim são um. O sexo, por exemplo, pode dividir homens e mulheres, são grupos cognatas pois sua origem é a mesma (o sexo)[5]. Contudo, isso não ocorre em relação às características elencadas, não podendo se afirmar que "origem" é um grupo cognata em relação a "idade", sendo ambos distintos. É necessária uma especificidade de quais dos cognatas é protegido.
Condição da desvantagem relativa	Não	Como não se pode determinar grupos cognatas protegidos, então não é possível verificar entre eles qual é o mais propício a sofrer uma desvantagem em relação ao outro, nem para qual a norma se destina. Por exemplo, a norma que fala idade não especifica quais são as faixas etárias consideradas protegidas, sendo que existem várias possíveis.
Resultados		
Norma antidiscriminatória (sim/não)	Justificativa	
Não	Somente um dos três requisitos obrigatórios estão presentes. Portanto, essa norma trata de uma proibição da desigualdade e não da discriminação. Proíbe-se a desigualdade pois não elenca quais entre os grupos cognatas estão protegidos. É mais um mandamento de "não-distinção" do que de "não-discriminação".	

[5] Poderiam até mesmo comentar que essas características são cognatas por pertencerem ao gênero "grupos protegidos", mas isso em nada nos auxilia em matéria de direito antidiscriminatório ou ajuda em entender questões de "desvantagem relativa" em relação a agrupamentos de características tão distintas.

Tabela 2: Análise do Art. 5, XLI da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Dispositivo em análise	Art. 5º, XLI (CF/88): a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.	
Condições	Presente (sim/não)	Justificativa
Condição características protegidas e correlação entre conduta proibida e um grupo com tais características	Não	A norma é ampla e não é direcionada a nenhum grupo protegido. Não há a correlação entre o que é proibido (o comportamento discriminatório) e um grupo com características protegidas.
Condição de grupos cognatas	Não	Pela ausência de um grupo protegido, não é possível verificar se há um pertencimento a um gênero com outros grupos cognatas.
Condição da desvantagem relativa	Não	Sendo impossível de verificar grupos cognatas entre si, não há como verificar se um sofre uma desvantagem em relação ao outro.
Resultados		
Norma antidiscriminatória (sim/não)	Justificativa	
Não	A norma não satisfaz nenhum dos critérios do direito antidiscriminatório. É uma proibição à desigualdade.	

Tabela 3: Análise do Art. 7, XXXI da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Dispositivo em análise	Art. 7º, XXXI (CF/88): proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.	
Condições	Presente (sim/não)	Justificativa
Condição características protegidas e correlação entre conduta proibida e um grupo com tais características	Sim	A norma proíbe o comportamento "discriminação de salários e quanto a admissão" e uma característica protegida "pessoa com deficiência".
Condição de grupos cognatas	Sim	É possível verificar que a "pessoa com deficiência" faz parte de um grupo cognata em relação às "pessoas sem deficiência", fazendo parte de um gênero que engloba ambos.
Condição da desvantagem relativa	Sim	É possível verificar que as "pessoas com deficiência" sofrem inúmeras desvantagens na sociedade em relação às "pessoas sem deficiência".
Resultados		
Norma antidiscriminatória (sim/não)	Justificativa	
Sim	Os três requisitos principais estão presentes, razão pela qual se reúne todos os elementos de uma norma de direito antidiscriminatório.	

Tabela 4: Análise do Art. 227, *Caput* da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Dispositivo em análise	Art. 227, *caput* (CF/88): É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.	
Condições	Presente (sim/não)	Justificativa
Condição características protegidas e correlação entre conduta proibida e um grupo com tais características	Sim	A norma proíbe a "negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão" em relação a um grupo cujas caraterísticas determinantes são "crianças e adolescentes".
Condição de grupos cognatas	Sim	É possível verificar que as "crianças e adolescentes" constituem um grupo cognata entre tantos outros, como os "adultos", "idosos", entre outras classificações cuja origem é a idade (gênero).
Condição da desvantagem relativa	Não	Não é possível afirmar que as crianças e os adolescentes sofrem desvantagens significativas em relação aos demais grupos cognatos pertencentes ao mesmo gênero.
Resultados		
Norma antidiscriminatória (sim/não)	Justificativa	
Não	Apesar de satisfazer dois das condições objetivas principais, não satisfez a condição da desvantagem relativa, razão pela qual não pode ser de direito antidiscriminatório, haja vista que ela é determinante para os direitos de tal natureza. É uma proibição da desigualdade.	

Tabela 5: Análise do Art. 227, §1º, II da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Dispositivo em análise	art. 227,§1 º, II (CF/88): O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: (...) criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.	
Condições	Presente (sim/não)	Justificativa
Condição características protegidas e correlação entre conduta proibida e um grupo com tais características	Sim	A norma proíbe a "discriminação" em relação as "crianças e adolescentes com deficiência".
Condição de grupos cognatas	Sim	É possível verificar um grupo cognata em relação a "crianças e adolescentes com deficiência" e "crianças e adolescentes sem deficiência". Ambos pertencem a um mesmo gênero (origem).
Condição da desvantagem relativa	Sim	É possível verificar desvantagens significativas das "crianças e adolescentes com deficiência" em relação às "crianças e adolescentes sem deficiência".
Resultados		
Norma antidiscriminatória (sim/não)	Justificativa	
Sim	A norma satisfaz todos os requisitos de uma norma de direito antidiscriminatório. Não é uma norma sobre uma "mera" desigualdade.	

Tabela 6: Análise do Art. 227, §6 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Dispositivo em análise	art. 227, §6º (CF/88): os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.	
Condições	Presente (sim/não)	Justificativa
Condição características protegidas e correlação entre conduta proibida e um grupo com tais características	Sim	A norma proíbe a "designação discriminatória de filiação" em relação aos filhos "havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção".
Condição de grupos cognatas	Sim	É possível identificar alguns grupos cognatas. Neste caso, de filhos "havidos ou não da relação do casamento" e "de filhos adotivos e não adotivos". São dois grupos cognatas identificados. Ou ainda, de um só grupo em relação a origem, nesse caso, fariam parte, também, os "filhos provenientes do casamento", junto dos "filhos não advindos do casamento" e "filhos adotados".
Condição da desvantagem relativa	Não	Nesse cenário, não se pode afirmar há uma desvantagem duradoura e disseminada (apesar da possibilidade de ser uma desvantagem significativa).
Resultados		
Norma antidiscriminatória (sim/não)	Justificativa	
Não	A norma não satisfaz a condição da desvantagem relativa, apesar de satisfazer as outras duas. Não é norma de direito antidiscriminatório e sim de proibição de desigualdade.	

Após análise do devido material podemos, de pronto, identificar que é inverídica qualquer afirmação no sentido de que toda norma que proíba a "discriminação" importe em uma norma de natureza de direito antidiscriminatório. Dos 6 dispositivos encontrados (com base nos parâmetros estabelecidos), 4 (quatro) normas demonstraram ser de "mera" desigualdade. Enquanto apenas 2 (duas) foram categorizadas como de natureza do direito antidiscriminatório. Isso significa que, aproximadamente, 67% dos resultados foram de normas de desigualdade. O que nos leva a apenas 33% de resultados positivos de direito antidiscriminatório.

Concomitantemente, isso nos permite afirmar que existem normas que dizem "é proibida a discriminação" que não são de Direito Antidiscriminatório, mas sim de "mera" desigualdade; que há uma confusão entre desigualdade e discriminação; e que nossa Constituição possui normas de Direito Antidiscriminatório.

Essa resposta, inclusive, nos permite avaliar incorreta a afirmação de que o Brasil somente teria provisões gerais sobre igualdade na Constituição de Bryde e Stein (2013, p.289). Afinal, o Brasil possui normas antidiscriminatórias e de igualdade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição é, em sua essência, uma norma de organização estatal, servindo de parâmetro para a elaboração de outras normas. Nela podemos identificar que a República Federativa do Brasil tem como objetivos "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação", como preconiza o seu Artigo 3º, IV. Esta segue os preceitos contidos na Declaração de Direitos Humanos (1948), favorecendo garantias individuais e dignas para a sociedade, de forma igualitária, bem como impedir os crimes de ódio e formalização de movimentos ditatoriais.

Ao longo deste estudo, buscamos responder acerca dos fenômenos da "discriminação" e "desigualdade", estabelecendo que, em relação ao primeiro termo, a construção do conceito é muito maior, possuindo uma grande carga valorativa, normalizada em seu uso em contextos de "mera" desigualdade perdendo, assim, sua relevância (ou a tem reduzida) e importância.

Há uma questão estrutural na discriminação, existindo relações de poder, vantagens de um grupo em relação a outro, desvantagens duradouras, persistentes, disseminadas e

significativas para os discriminados. Fato que nem sempre se constata quando afirmamos que a desigualdade esta presente em um dado contexto.

Conseguimos perceber, portanto, que os termos estão sendo não somente equivocadamente interpretados por vários juristas pátrios, mas que nossa própria Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, realiza confusões conceituais entre desigualdade e discriminação.

Apenas algumas das normas restantes possuíam a especificidade demandada pelo Direito Antidiscriminatório. Isto deve ser ressaltado e corrigido, não somente para questões técnico-jurídicas, mas também para não depreciar ou reduzir o valor da luta travada contra a discriminação.

6. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 03 abr. 2023

BRYDE, Brun-Otto; STEIN, Michael Ashley. General provisions dealing with equality. In: TUSHNET, Mark; FLEINER, Thomas; SAUNDERS, Cheryl. **Routledge Handbook of Constitutional Law.** New York: Routledge, 2013. p.287-300.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 13.ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

DIMOULIS, Dimitri. **Direito de igualdade**: **antidiscriminação, minorias sociais, remédios constitucionais.** São Paulo: Almedina, 2021.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Construção da igualdade e o sistema de justiça no Brasil: alguns caminhos e possibilidades.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

KHAITAN, Tarunabh. **A theory of discrimination law**. United Kindgom: Oxford University Press, 2015.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 22 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 6 ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPODIVM, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 35 ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MOREIRA, Adilson José. **Tratado de direito antidiscriminatório**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 15.ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 1998.