

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

VANESSA DEL RIO SZUPSZYNSKI

**DIREITO À AÇÃO AFIRMATIVA: conceito, validade e condições  
necessárias para realização em matéria de emprego e ocupação  
segundo a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy**

**Porto Alegre**

**2012**

VANESSA DEL RIO SZUPSZYNSKI

**DIREITO À AÇÃO AFIRMATIVA: conceito, validade e condições  
necessárias para realização em matéria de emprego e ocupação  
segundo a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy**

Dissertação apresentada ao Programa  
de Pós-graduação em Direito da  
Universidade Federal do Rio Grande do  
Sul como requisito parcial para a  
obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Dr. José Alcebíades  
de Oliveira Junior.

**Porto Alegre**

**2012**

VANESSA DEL RIO SZUPSZYNSKI

**DIREITO À AÇÃO AFIRMATIVA: conceito, validade e condições  
necessárias para realização em matéria de emprego e ocupação  
segundo a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy**

Dissertação apresentada ao Programa  
de Pós-graduação em Direito da  
Universidade Federal do Rio Grande do  
Sul como requisito parcial para a  
obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Dr. José Alcebíades  
de Oliveira Junior.

Aprovada em 10 de dezembro de 2012.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior  
Orientador

---

Prof. Dr. Elton Somensi de Oliveira  
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

---

Prof. Dr. Giovani Agostini Saavedra  
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

---

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Luciane Cardoso Barzotto  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

---

Prof. Dr. Roger Raupp Rios  
Centro Universitário Ritter dos Reis - UniRitter

A Arturo Del Rio Aravena (*in memoriam*),  
mi tata y mi primer profesor.

## AGRADECIMENTOS

Muitos laboraram, obraram e agiram para a realização desta dissertação e, com todos, gostaria de comparti-la. Gostaria de agradecer, sinceramente:

À Paulina Mayela Del Rio Szupszynski, minha mãe, pelas diversas formas de apoio, sem o qual esta pesquisa seria para mim impossível. A ela também cabem todos os frutos deste trabalho.

À Karen Priscila Del Rio Szupszynski, minha irmã, pelo exemplo de dedicação à vida acadêmica e pela motivação que nela sempre encontrei.

A Gustavo Gomes Piaia, meu esposo, por aceitar minha dedicação exclusiva à pesquisa.

A todos meus familiares e amigos, pela compreensão e pelo apoio.

Esta dissertação é resultado de muita pesquisa, reflexão e compromisso, não apenas meu, mas também de muitos professores. Gostaria de agradecer também:

Ao Prof. José Alcebiades de Oliveira Junior, pela amizade, pela confiança e pelo grande e inestimável aprendizado.

À Prof.<sup>a</sup> Luciane Cardoso Barzotto, pela amizade e pelo aprendizado.

Ao Prof. Luis Fernando Barzotto e ao Prof. Luís Afonso Heck, pelo conhecimento compartilhado nas aulas.

Ao Prof. Elton Somensi de Oliveira, ao Prof. Giovani Agostini Saavedra e ao Prof. Roger Raupp Rios, pela contribuição crítica.

Ao Prof. Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles, à Prof.<sup>a</sup> Denise Pires Fincato, ao Prof. Alfredo de Jesus dal Molin, à Prof.<sup>a</sup> Cinara Rosenfield e ao Prof. Giovani Agostini Saavedra, pelo aprendizado que estes mestres a mim possibilitaram, o qual contribuiu para meu ingresso neste curso.

Aos membros da Secretaria do PPGD, Sr.<sup>as</sup> Rose, Denise e Juliana e Sr. Anderson, e aos membros do DIR3, Sr.<sup>as</sup> Ana e Renata, que muito me apoiaram ao longo de todo o curso e do estágio docente.

A meus colegas Angela Vidal, Draiton, Lúcio Almeida, Leonardo da Rocha, Marcelo Sgarbossa, Bruno Leal, João Roschildt, Ardyllis e Roberta Ludwig com quem compartilhei ideias, lições e alegrias.

Agradeço, por fim, à CAPES, que contribuiu para minha dedicação à pesquisa.

You are doing many things here in this struggle.  
You are demanding that this city will respect the dignity of labor.  
So often we overlook the work and the significance  
of those who are not in professional jobs,  
of those who are not in the so-called big jobs.  
But let me say to you tonight that whenever you are engaged  
in work that serves humanity and is for the building of humanity,  
it has dignity and it has worth.

(KING JUNIOR, 1968)

## RESUMO

O objetivo geral desta pesquisa é investigar os principais fundamentos de validade jurídica do direito à ação afirmativa. Na primeira parte desta pesquisa, investiga-se, por uma perspectiva dogmática, se o direito à ação afirmativa tem validade jurídica no ordenamento jurídico brasileiro. As principais conclusões foram que direito à ação afirmativa (1) tem, como objeto, a correção de uma discriminação; (2) tem, como principais fundamentos jurídicos de validade, o direito à igualdade e o direito à proibição de discriminação; (3) não pode ser associado exclusivamente ao direito à igualdade fática; (4) pode estruturar-se como direito de proteção, direito ao procedimento ou direito social; (5) possui fontes formais no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive constitucionais; e (6) não é, em princípio, um direito fundamental. Na segunda parte desta pesquisa, investiga-se, por uma perspectiva zetética, se a realização do direito à ação afirmativa em matéria de emprego e ocupação tem condições necessárias. As principais conclusões foram (7) que a fundamentação jurídica desse direito é constituída por fundamentos jurídicos, fáticos (estatísticos e econômicos), éticos e políticos; e, por fim, (8) que os fundamentos de validade jurídica são também condições necessárias à realização desse direito. Os principais referenciais teóricos adotados foram Robert Alexy (2008), Gary Becker (1971) e Axel Honneth (2003). Esta pesquisa, precipuamente zetética empírica pura, destaca-se por utilizar os métodos de abordagem dialético e dialógico e a técnica de investigação empírica de pesquisa-ação.

**Palavras-Chave:** Direito à ação afirmativa. Conceito. Validade. Condições necessárias para realização. Emprego e ocupação.

## RESUMEN

El objetivo general de este trabajo es investigar los principales argumentos de validez jurídica del derecho a la acción afirmativa. En la primera parte de este trabajo, se investiga, desde una perspectiva dogmática, si el derecho a la acción afirmativa tiene validez jurídica en el ordenamiento jurídico brasileño. Las principales conclusiones fueron que el derecho a la acción afirmativa (1) tiene, como objeto, la corrección de una discriminación; (2) tiene, como principales argumentos jurídicos de validez, el derecho a la igualdad y el derecho a la no discriminación; (3) no puede ser adscrito exclusivamente al derecho a igualdad de hecho; (4) puede ser estructurado como un derecho de protección, un derecho procedimental o un derecho social; (5) tiene fuentes formales en el ordenamiento jurídico brasileño, incluso constitucionales; y (6) no es, en principio, un derecho fundamental. En la segunda parte de este trabajo, se investiga, desde una perspectiva zetética, si la realización del derecho a la acción afirmativa en materia de empleo y ocupación tiene condiciones necesarias. Las principales conclusiones fueron (7) que la argumentación jurídica de ese derecho es constituida por argumentos jurídicos, fácticos (estadísticos y económicos), éticos y políticos; y, finalmente, (8) que los argumentos de validez jurídica son también condiciones necesarias para la realización de ese derecho. Los principales marcos teóricos adoptados fueron Robert Alexy (2008), Gary Becker (1971) y Axel Honneth (2003). Esta investigación, principalmente zetética empírica pura, se destaca por el uso de los métodos de investigación dialéctico y dialógico y la técnica de investigación empírica de investigación-acción.

**Palabras-clave:** Derecho a la acción afirmativa. Concepto. Validez. Condiciones necesarias para realización. Empleo y ocupación



## ABSTRACT

The general objective of this research is to investigate the main arguments for right to affirmative action's legal validity. In the first part of this research, is investigated, by a dogmatic perspective, if the right to affirmative action has legal validity in Brazilian legal system. The main conclusions were that the right to affirmative action (1) has, as its object, the correction of a discrimination; (2) has, as main legal arguments of legal validity, the right to equality and the right to non-discrimination; (3) can't be justified exclusively by the right of substantive equality; (4) can be structured as a protective right, a procedural right and a social right; (5) has formal sources in Brazilian legal system, including constitutional sources; and (6) isn't, in principle, a fundamental right. In the second part of this research, is investigated, by a zetetic perspective, if the realization of the right to affirmative action in respect of employment and occupation has necessary conditions. The main conclusions were (7) that the legal validity of this right is constituted by legal, factual (statistical and economic), ethical and political arguments; and, finally, (8) that the arguments of legal validity are also necessary conditions for the realization of this right. The main theoretical references adopted were Robert Alexy (2008), Gary Becker (1971) and Axel Honneth (2003). This research, mostly zetetic, shows up by using the dialectical and dialogical methods of approach and the empirical research technique of action research.

**Key-words:** Right to affirmative action. Concept. Validity. Necessary conditions for realization. Employment and occupation.

## LISTA DE SIGLAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
BLS	Bureau of Labor Statistics
CAGED	Cadastro Geral de Empregados e Desempregados
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
DIEESE	Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos
EEOC	Equal Employment Opportunity Commission
EUA	Estados Unidos da América
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
MERCOSUL	Mercado Comum do Sul
MTE	Ministério do Trabalho e Emprego
OEA	Organização dos Estados Americanos
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONU	Organização das Nações Unidas
PDET	Programa de Disseminação das Estatísticas do Trabalho
PED	Pesquisa de Emprego e Desemprego
PIDCP	Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos
PIDESC	Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
PME	Pesquisa Mensal de Emprego
PNAD	Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios
RAIS	Relação Anual de Informações Sociais
RFB	República Federativa do Brasil
SEADE	Sistema Estadual de Análise de Dados
STF	Supremo Tribunal Federal
UE	União Europeia

## LISTA DE QUADROS E ILUSTRAÇÕES

Organograma 01	Sistema de direitos subjetivos proposto por Alexy .....	86
Quadro 01	Tempo de ocorrência da discriminação, que é objeto dos direitos à proibição de discriminação e à ação afirmativa ..	95
Ilustração 01	Rendimento médio real habitualmente recebido no trabalho principal, segundo a cor ou raça, por regiões metropolitanas (em reais)* - a preços de dez/11 .....	136
Ilustração 02	Razão da média anual do rendimento médio real habitual do trabalho principal, preta/branca (em %) .....	137
Ilustração 03	Razão da média anual do rendimento médio real habitual do trabalho principal, parda/branca (em %) .....	137
Ilustração 04	Rendimento mensal médio real dos ocupados por cor Regiões Metropolitanas e Distrito Federal 2007-2010 (em R\$ de nov/10) .....	138
Ilustração 05	Rendimento mensal médio real dos assalariados por cor Regiões Metropolitanas e Distrito Federal 2007-2010 (em R\$ de nov/10) .....	139
Ilustração 06	Taxas de desemprego por cor Regiões Metropolitanas e Distrito Federal 2007-2010 (em %) .....	139
Ilustração 07	Rendimento médio real habitualmente recebido no trabalho principal, segundo o sexo (em reais) - a preços de dez/11 .....	140
Ilustração 08	Razão da média anual do rendimento médio real habitual do trabalho principal, mulher/homem (em %) .....	140
Ilustração 09	Rendimento mensal médio real dos ocupados por sexo Regiões Metropolitanas e Distrito Federal 2007-2010 (em R\$ de nov/10) .....	141
Ilustração 10	Rendimento mensal médio real dos assalariados por sexo Regiões Metropolitanas e Distrito Federal 2007-2010 (em R\$ de nov/10) .....	142
Ilustração 11	Taxas de desemprego por sexo Regiões Metropolitanas e Distrito Federal 2007-2010 (em %) .....	142

Ilustração 12	Percentual de rendimento médio das mulheres de 16 anos ou mais de idade ocupadas, em relação ao rendimento médio dos homens, segundo os grupos de anos de estudo - Brasil - 1999/2009 .....	143
Ilustração 13	Proporção de ocupados em situações de trabalho vulnerável (1), por cor e sexo - Regiões Metropolitanas e Distrito Federal 2010 (em %) .....	144
Ilustração 14	Número de cláusulas relativas ao trabalho do negro e à igualdade racial, registradas no SACC-DIEESE, por tipo e ano (número) .....	145
Ilustração 15	Garantias contra a discriminação racial .....	146
Ilustração 16	Ações afirmativas contra a discriminação racial .....	146
Ilustração 17	Número e percentual de cláusulas com garantias relativas à igualdade de gênero, registradas no SACC-DIEESE, por tema e período analisado .....	147
Ilustração 18	Garantias contra a discriminação de gênero .....	148
Quadro 02	Esferas de reconhecimento segundo Axel Honneth .....	170
Quadro 03	Bases normativas das esferas de reconhecimento .....	172
Quadro 04	Relação entre a fundamentação ética e a fundamentação jurídica das ações afirmativas .....	188

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>15</b>
<b>PARTE I – CONCEITO E VALIDADE JURÍDICA DO DIREITO À AÇÃO AFIRMATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO</b>	<b>22</b>
<b>1 DIREITO À IGUALDADE .....</b>	<b>23</b>
<b>1.1 Princípio da igualdade jurídica .....</b>	<b>23</b>
<b>1.2 Princípio da igualdade fática .....</b>	<b>30</b>
<b>1.3 Fundamentalidade do princípio da igualdade jurídica .....</b>	<b>35</b>
<b>2 DIREITO À PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO .....</b>	<b>41</b>
<b>2.1 Fontes formais do princípio da proibição de discriminação .....</b>	<b>41</b>
<b>2.2 Conceito jurídico do princípio da proibição de discriminação e conceito jurídico da discriminação .....</b>	<b>55</b>
<b>2.3 Fundamentalidade do princípio da proibição de discriminação e classificações jurídicas da discriminação .....</b>	<b>68</b>
<b>3 DIREITO À AÇÃO AFIRMATIVA .....</b>	<b>72</b>
<b>3.1 Conceito jurídico do direito à ação afirmativa .....</b>	<b>72</b>
<b>3.2 Estruturas do direito à ação afirmativa .....</b>	<b>84</b>
<b>3.3 Associação do direito à ação afirmativa a direitos fundamentais ..</b>	<b>97</b>
<b>3.4 Fontes formais do direito à ação afirmativa .....</b>	<b>100</b>
<b>3.5 Não fundamentalidade do direito à ação afirmativa .....</b>	<b>106</b>
<b>3.6 Conclusões parciais: conceito e validade do direito à ação afirmativa no ordenamento jurídico brasileiro .....</b>	<b>107</b>
<b>PARTE II – CONDIÇÕES NECESSÁRIAS PARA REALIZAÇÃO DO DIREITO À AÇÃO AFIRMATIVA EM MATÉRIA DE EMPREGO E OCUPAÇÃO .....</b>	<b>109</b>

4	CONDIÇÕES JURÍDICAS PARA REALIZAÇÃO DO DIREITO À AÇÃO AFIRMATIVA EM MATÉRIA DE EMPREGO E OCUPAÇÃO ....	111
4.1	<b>Condições jurídicas necessárias para realização do direito à ação afirmativa em relações jurídicas de qualquer natureza .....</b>	<b>111</b>
4.2	<b>Condições jurídicas necessárias para realização do direito à ação afirmativa em matéria de emprego e ocupação .....</b>	<b>121</b>
4.3	<b>Conclusões parciais: condições jurídicas para a realização do direito à ação afirmativa em matéria de emprego e ocupação .....</b>	<b>131</b>
5	CONDIÇÕES ESTATÍSTICAS PARA REALIZAÇÃO DO DIREITO À AÇÃO AFIRMATIVA EM MATÉRIA DE EMPREGO E OCUPAÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO ...	132
5.1	<b>Pesquisas estatísticas sobre o mercado de trabalho brasileiro .....</b>	<b>132</b>
5.2	<b>Discriminação por etnia .....</b>	<b>137</b>
5.3	<b>Discriminação por gênero .....</b>	<b>140</b>
5.4	<b>Cláusulas sobre discriminação e ações afirmativas em negociações coletivas de trabalho .....</b>	<b>145</b>
5.5	<b>Conclusões parciais: condições estatísticas para realização do direito à ação afirmativa em matéria de emprego e ocupação .....</b>	<b>149</b>
6	CONDIÇÕES ECONÔMICAS PARA REALIZAÇÃO DO DIREITO À AÇÃO AFIRMATIVA EM MATÉRIA DE EMPREGO E OCUPAÇÃO ....	152
6.1	<b>Análise econômica da discriminação no mercado de trabalho .....</b>	<b>152</b>
6.2	<b>Análise econômica das ações afirmativas no mercado de trabalho .....</b>	<b>161</b>
6.3	<b>Conclusões parciais: condições econômicas para realização do direito à ação afirmativa em matéria de emprego e ocupação .....</b>	<b>164</b>
7	CONDIÇÕES FILOSÓFICAS PARA REALIZAÇÃO DO DIREITO À AÇÃO AFIRMATIVA EM MATÉRIA DE EMPREGO E OCUPAÇÃO ....	166
7.1	<b>Trabalho como reconhecimento e discriminação como negação de reconhecimento .....</b>	<b>167</b>
7.2	<b>Fundamentação ética da ação afirmativa na justiça social .....</b>	<b>177</b>

<b>7.3</b>	<b>Conclusões parciais: condições filosóficas para realização do direito à ação afirmativa em matéria de emprego e ocupação .....</b>	<b>193</b>
	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>194</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>198</b>
	<b>APÊNDICE A – Fontes formais do direito à proibição de discriminação e do direito à ação afirmativa em matéria de emprego e ocupação no ordenamento jurídico brasileiro .....</b>	<b>211</b>
<b>A.1</b>	<b>Constitucionais .....</b>	<b>211</b>
<b>A.2</b>	<b>Infraconstitucionais não internacionais .....</b>	<b>211</b>
<b>A.3</b>	<b>Infraconstitucionais internacionais .....</b>	<b>217</b>
<b>A.3.1</b>	<b>ONU .....</b>	<b>217</b>
<b>A.3.2</b>	<b>OIT .....</b>	<b>218</b>
<b>A.4</b>	<b>Infraconstitucionais internacionais comunitárias .....</b>	<b>220</b>
<b>A.4.1</b>	<b>OEA .....</b>	<b>220</b>
<b>A.4.2</b>	<b>MERCOSUL .....</b>	<b>221</b>
	<b>APÊNDICE B – Fontes formais do direito à proibição de discriminação e do direito à ação afirmativa em matéria de emprego e ocupação no ordenamento jurídico comunitário europeu .....</b>	<b>223</b>
	<b>APÊNDICE C – Bibliografia brasileira sobre discriminação e/ou ações afirmativas em matéria de emprego e ocupação .....</b>	<b>225</b>
<b>C.1</b>	<b>Obras coletivas .....</b>	<b>225</b>
<b>C.2</b>	<b>Obras individuais .....</b>	<b>225</b>

## INTRODUÇÃO

Em 1998, a OIT declarou que um dos direitos fundamentais no trabalho é a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.<sup>1</sup> O mais recente relatório global da OIT sobre discriminação (2011b) informa que a discriminação no trabalho não apenas causa, como também exacerba a pobreza. O relatório também releva que a discriminação com base em múltiplos fundamentos está deixando de ser a exceção e tornando-se a regra. Para combater a discriminação nas relações de emprego e ocupação, têm sido crescentemente positivadas <<medidas especiais>>, também denominadas <<ações afirmativas>>. Um dos primeiros doutrinadores a defender a possibilidade de ações afirmativas nas relações de trabalho foi Gomes (2001, 2003). Atualmente, as ações afirmativas são conceituadas pela doutrina como “(1) medidas (2) que se valem de modo deliberado de critérios raciais, étnicos ou sexuais (3) com o propósito específico de (4) beneficiar (5) um grupo (6) em situação de desvantagem prévia ou de exclusão, em virtude de sua respectiva condição racial, étnica ou sexual” (RIOS, 2008, p. 191).

Muitas razões justificam a importância do estudo teórico das ações afirmativas. Desde a década de 90, é possível observar, na sociedade brasileira, uma crescente expansão do recente fenômeno social e jurídico das ações afirmativas. Corroborando esse fato, observa-se a audiência pública, realizada no mês de março de 2010 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), a qual pode ser considerada o maior debate público ocorrido na sociedade brasileira sobre as ações afirmativas. Outra razão para o estudo teórico das ações afirmativas é o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186 (STF, 2012), ocorrido do mês de abril de 2012 e que teve como finalidade resolver a antiga controvérsia sobre a constitucionalidade das ações afirmativas. Outro motivo pelo qual urge estudos doutrinários sobre esse tema é a positivação de ações afirmativas por meio de normas próprias do ordenamento jurídico interno, como, por exemplo, as Leis nº 12.288 e 12.711 (BRASIL, 2010, 2012). Essas fontes formais do ordenamento jurídico brasileiro não apenas permitem a realização de ações afirmativas, inclusive nas relações de emprego e ocupação, como também ordenam expressamente a realização destas. Ainda como fonte material, figura o Anteprojeto

---

<sup>1</sup> Artigo 2, alínea “d” da Declaração da OIT (1998).



da Convenção Interamericana contra o Racismo e toda forma de Discriminação e Intolerância da OEA (2006)<sup>2</sup>, que visa a outorgar a toda pessoa humana o <<direito à ação afirmativa>>. Vale ressaltar que a justificação do fenômeno jurídico das ações afirmativas necessita de estudos interdisciplinares pelos quais seja possível compreender o fenômeno social da discriminação e das ações afirmativas.

A doutrina brasileira sobre o tema caracteriza-se, majoritariamente, por deter-se à fundamentação jurídica das ações afirmativas. Raras são as pesquisas que se dedicam ao direito à ação afirmativa como objeto de estudo e é quase inexistente a fundamentação doutrinária desse direito. Outra limitação dos estudos já realizados é, por exemplo, a falta de investigação dos princípios que podem contrapor-se ao direito à ação afirmativa na relação de emprego e ocupação. A realização de ações afirmativas na relação de trabalho, somada à escassez desses estudos, provavelmente implicará insegurança jurídica não apenas ao empregador e ao trabalhador, mas a toda a sociedade.

Nesse contexto, esta pesquisa tem dois objetivos principais. O objetivo geral da primeira parte é investigar se o direito à ação afirmativa tem validade jurídica no ordenamento jurídico brasileiro. O objetivo geral da segunda parte é investigar se a realização desse direito em matéria de emprego e ocupação possui condições necessárias de natureza jurídica, estatística, econômica e filosófica.<sup>3</sup> Esta pesquisa aborda o tema das ações afirmativas sob perspectivas inéditas e tem como finalidade principal ser uma contribuição útil à sociedade brasileira. Trata-se, nesta pesquisa, portanto, de um tema atual, pouco investigado, complexo, porém muito relevante. Vale destacar que se trata também de um tema muito controverso e, justamente por isso, espera-se que os argumentos apresentados a seguir provoquem ao leitor ainda mais questionamentos.

---

<sup>2</sup> No capítulo III, intitulado “Direitos Protegidos”, o artigo 4 dispõe que “Todos os seres humanos têm direito ao reconhecimento, desfrute, exercício e proteção de todos os direitos humanos e liberdades consagrados nesta Convenção e em todos os instrumentos regionais e internacionais relativos aos direitos humanos, seja no plano individual ou coletivo, sem qualquer discriminação. Estes direitos abrangem, entre outros: [...] VII. direito à discriminação positiva.” (OEA, 2006, p. 10).

<sup>3</sup> Caso seja confirmada a hipótese de haver fundamentação jurídica, é importante questionar também se o direito à ação afirmativa seria um novo direito e se esse novo direito seria um direito fundamental. Sustentando a possibilidade de novos direitos fundamentais, Oliveira Junior (2008, p. 3670-3671) ensina que os direitos humanos são “o resultado de um regramento dinâmico que historicamente vai sendo estabelecido e que é passível de sucessivos acréscimos e desenvolvimentos, frutos de renovações das consciências, de lutas históricas e atitudes políticas, muito embora as bases principiológicas desses Direitos, já estejam constitucionalmente assentadas desde 1988.”

É comum os doutrinadores afirmarem que o tema das ações afirmativas é apaixonante. Todavia, para fundamentar esse novo direito no ordenamento jurídico brasileiro, é preciso dele desapaixonar-se. Para lograr o objetivo geral da primeira parte desta pesquisa, optou-se por realizar uma investigação dogmática e adotou-se como referencial uma teoria procedimentalista.<sup>4</sup> A investigação dogmática da validade de um direito em qualquer ordenamento jurídico pressupõe uma teoria de validade.<sup>5</sup> A teoria de validade adotada, nesta pesquisa, foi a teoria dos direitos fundamentais proposta pelo jurista alemão Robert Alexy, que, atualmente, é Professor da *Universität zu Kiel*. Segundo a teoria de Alexy (2008), a validade de um direito depende de sua associação aos direitos fundamentais de um ordenamento jurídico.<sup>6</sup> Com efeito, a associação a direitos fundamentais não só fundamenta a validade jurídica de um direito, como também condiciona suas características nesse ordenamento jurídico. Ressalte-se que o referencial adotado é uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais da Lei Fundamental alemã,<sup>7</sup> a qual foi adaptada ao ordenamento jurídico brasileiro no que foi necessário. A principal referência bibliográfica de Alexy utilizada nesta pesquisa foi a obra intitulada “Teoría de los derechos fundamentales”.

Utilizando uma das expressões que caracteriza esse autor, afirma-se que a escolha desse referencial teve boas e fortes razões. A principal razão é que a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy teve grande repercussão e recepção no direito interno europeu e latino-americano, tornando-se uma referência para a solução dos problemas da dogmática jurídica e da aplicação dos direitos fundamentais (PULIDO, 2008). Destacando sua relevância prática, Pulido (2008) afirma que essa teoria tem sido um importante subsídio para a aplicação da Lei Fundamental da Alemanha pelo Tribunal Constitucional Federal. Descrevendo o contexto científico dessa obra, Pulido (2008) também afirma que a teoria dos direitos

---

<sup>4</sup> Ensina Oliveira Junior (2011, p. 85) que a legitimidade do direito, segundo as teorias procedimentalistas, como, por exemplo, a de Alexy e a de Habermas, pressupõe uma racionalidade procedimental com teor moral e, para isso, são necessários dogmas metodológicos de interpretação e aplicação do direito. Um dos objetivos específicos desta pesquisa é investigar se a fundamentação do direito à ação afirmativa a partir de uma teoria procedimentalista traz consequências à interpretação e aplicação desse novo direito.

<sup>5</sup> Alexy conceitua que uma teoria de validade jurídica é aquela “que proporciona critérios para saber quando uma norma é válida” (ALEXY, 2008, p. 41, tradução nossa).

<sup>6</sup> Segundo o referencial teórico adotado, essa associação é necessária à fundamentação de qualquer direito. Optou-se por utilizar o termo <<direito>> para fazer referência tanto à espécie normativa <<regra>>, quanto à espécie normativa <<princípio>>. Quando houver referência a uma determinada espécie, ela será expressa.

<sup>7</sup> A teoria dos direitos fundamentais de Alexy pressupõe uma teoria dos princípios e uma teoria das posições jurídicas básicas dos direitos fundamentais.

fundamentais de Alexy está inserida tanto na tradição da teoria analítica do direito<sup>8</sup>, cujos objetos de estudo são os conceitos jurídicos, sua estrutura e suas relações, quanto, especificamente, na tradição da teoria analítica do direito público alemão, cujos objetos de estudo são o direito do Estado e a relação deste com os particulares. Além da relevância destacada por Pulido, a teoria de Alexy tem, a nosso juízo, duas grandes vantagens. A primeira é que o conceito semântico de norma, defendido pelo autor, distingue o conceito de norma do conceito de sua validade, o que é necessário, pois “o conceito de norma não pode ser definido de uma maneira tal que já pressuponha a validade ou a existência” da norma (ALEXY, 2008, p. 39, tradução nossa).<sup>9</sup> Para construir essa distinção, Alexy diferencia <<norma>> de <<proposição normativa>>, sustentando que “uma norma é, pois, o significado de uma proposição normativa” (ALEXY, 2008, p. 34, tradução nossa).<sup>10</sup> Segundo o autor, uma das vantagens do conceito semântico de norma é que ele “não apenas é compatível com teorias de validade dos mais diferentes tipos, mas também é pressuposto por elas” (ALEXY, 2008, p. 41, tradução nossa). A segunda vantagem é que, ao compreender a divisão de poderes e a democracia como princípios formais, conferindo-lhes, portanto, natureza deôntica, essa teoria estabelece fundamentos jurídicos para a <<margem de ação>><sup>11</sup> do destinatário dos direitos fundamentais.

Outros três referenciais teóricos foram fundamentais à realização da primeira parte da pesquisa. Um deles foi a obra de Joaquim B. Barbosa Gomes, intitulada “Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: (o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA)”. Igualmente importante foi a obra Roger Raupp Rios, intitulada “Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas”. O conceito jurídico do direito à ação afirmativa somente

---

<sup>8</sup> Pulido (2008, p. XXVII) explica que, na tradição da teoria analítica do direito, “Alexy segue a senda traçada no âmbito continental europeu por autores como Jhering, Savigny, Kantorowitz, Kelsen e Radbruch, e no âmbito anglosaxão por Austin, Hohfeld, Hart e Dworkin”. Já na teoria analítica do direito público alemão, “Alexy é epígono Gerber, von Gierke, Laband, Jellinek e Kelsen” (PULIDO, 2008, p. XXVII).

<sup>9</sup> Explica o autor que o conceito de norma de direito fundamental deve ser mais amplo que o conceito de direito fundamental, pois se somente são normas de direito fundamental aquelas que conferem direitos subjetivos poderia haver normas no catálogo que não pudessem ser classificadas como fundamentais (ALEXY, 2008).

<sup>10</sup> Argui o autor que o critério para identificação das normas deve ser as modalidades deônticas básicas, uma vez que elas “se encontram reciprocamente em uma ordem bem definida” (ALEXY, 2008, p. 36, tradução nossa) e que “toda proposição normativa pode ser transformada em uma proposição deôntica” (ALEXY, 2008, p. 37, tradução nossa). Portanto, esse critério não está nos enunciados normativos, mas, sim, nas próprias normas.

<sup>11</sup> O conceito de margem de ação será desenvolvido no tópico 1.1. A fim de evitar repetições e garantir concisão à exposição desta pesquisa, encontram-se indicados ao longo do texto os tópicos em que um argumento foi oportunamente desenvolvido.

pode ser construído dialeticamente a partir dos conceitos de ação afirmativa, sustentados por esses dois autores, pioneiros no tema.

Para a consecução do objetivo geral da segunda parte desta pesquisa, adotaram-se dois principais referenciais teóricos. Um deles é o modelo teórico do economista norte-americano Gary Stanley Becker, que atualmente é Professor da *University of Chicago*. Dentre outros prêmios, Becker recebeu o Prêmio Nobel de Economia no ano de 1992, por haver “estendido o domínio da análise microeconômica para uma ampla gama de comportamento e interação humana, incluindo o comportamento que não é de mercado” (UNIVERSITY OF CHICAGO, 2012). Sua teoria básica fundamenta-se na ideia de que os agentes econômicos individuais comportam-se racionalmente e de que seus comportamentos podem ser descritos como se eles fossem maximizados em função de um objetivo específico (UNIVERSITY OF CHICAGO, 2012). Becker aplicou esse princípio básico para compreender o comportamento humano discriminatório no mercado de trabalho, o que resultou em uma de suas mais notórias obras, intitulada “The Economics of Discrimination”, no ano 1957. A abordagem econômica de Becker é a mais proeminente explicação neoclássica da discriminação existente no mercado de trabalho (OPEN UNIVERSITY, 2012).<sup>12</sup> O modelo teórico de Becker influenciou e influencia tanto pesquisas das ciências econômicas, quanto pesquisas de outros ramos das ciências sociais, como a sociologia e a ciência política (UNIVERSITY OF CHICAGO, 2012).

Por fim, o último grande referencial teórico desta pesquisa é a teoria do reconhecimento do filósofo e sociólogo alemão Axel Honneth, que atualmente é Professor da *Universität Frankfurt am Main*. A teoria do reconhecimento, integrada por Axel Honneth, é uma tentativa abrangente de renovação e ampliação da teoria crítica nascida na Escola de Frankfurt (SAAVEDRA; SOBOTTKA, 2008). Essa teoria deu um novo impulso na reflexão teórica sobre o trabalho social ao incluir essa categoria em uma teoria que permita perspectivas de melhorias qualitativas de trabalho que não sejam meramente utópicas (HONNETH, 2008). Ao contrário das interpretações exclusivamente distributivistas, a teoria do reconhecimento permite identificar novos significados e configurações objetivas do trabalho na sociedade

---

<sup>12</sup> Segundo Borjas (2012), o primeiro estudo econômico sobre a discriminação foi realizado por Gary Becker em sua obra, de 1957, *The economics of discrimination*, Chicago: University of Chicago Press. A grande maioria dos estudos subsequente parte do referencial teórico construído por Becker.

contemporânea, ao fundamentar-se na ideia de que a autorrealização e autonomia do indivíduo só são possíveis socialmente pelo processo intersubjetivo e discursivamente estruturado, chamado de reconhecimento recíproco, que ocorre também nas relações sociais de trabalho. As principais referências bibliográficas de Honneth utilizadas nesta pesquisa foram a obra intitulada “Luta por Reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais” (2003) e artigo intitulado “Trabalho e reconhecimento: tentativa de uma redefinição” (2008). Além desses referenciais, outros foram adotados ao longo desta pesquisa.

Como referencial teórico metodológico, selecionou-se Bittar (2009), Ferraz Junior (2011) e Furasté (2011). Por meio de uma análise holística, pode-se constatar que esta pesquisa caracteriza-se por ser predominantemente dogmática na primeira parte e predominantemente zetética na segunda parte. Esta pesquisa, também classificada como teórica, descritiva e exploratória, adotou a metodologia abaixo descrita. O principal método de abordagem adotado para o desenvolvimento desta pesquisa foi o dedutivo<sup>13</sup>. Na primeira parte da pesquisa, foram também adotados os métodos de abordagem o indutivo<sup>14</sup> e o dialético<sup>15</sup>; as técnicas de investigação teórica precipuamente utilizadas foram a normativa<sup>16</sup> (legislativa e doutrinária)<sup>17</sup> e a conceitual<sup>18</sup>; e a técnica de investigação empírica utilizada foi a de pesquisa-ação<sup>19</sup>. No capítulo 3, o método de pesquisa dialético foi utilizado, principalmente, na

---

<sup>13</sup> Segundo Bittar (2009, p. 18), o método dedutivo “corresponde à extração discursiva do conhecimento a partir de premissas gerais aplicáveis a hipóteses concretas”.

<sup>14</sup> Segundo Bittar (2009, p. 18), o método indutivo “corresponde a extração discursiva do conhecimento a partir de evidências concretas passíveis de serem generalizadas”.

<sup>15</sup> Segundo Bittar (2009, p. 18), o método dialético “corresponde à apreensão discursiva do conhecimento a partir da análise dos opostos e da interposição de elementos diferentes”.

<sup>16</sup> Acerca da técnica de pesquisa conceitual, Bittar (2009, p. 182) explica que ela é utilizada “quando o objeto de pesquisa [...] se restrinja a cercar, exclusivamente em nível conceitual, o tratamento do fenômeno focado [...], adota-se ou um referencial teórico, ou um modelo de análise, ou um sistema de ideias, ou uma problemática lógico-conceitual, e, a partir daí, passa-se a construir a logicidade interna e o desenvolvimento conceitual adequado para o tratamento do problema”.

<sup>17</sup> Na medida em que o julgamento da ADPF 186 (STF, 2012) fundamentou-se em pressupostos dos quais divergimos ao longo desta pesquisa, optamos por não utilizar a técnica de investigação teórica normativa jurisprudencial.

<sup>18</sup> Acerca da técnica de pesquisa normativa, Bittar (2009, p. 182) explica que ela circunscreve-se “a um tipo de investigação que coloca em foco o estudo normativo-jurídico de um fenômeno (direito positivo brasileiro, direito comparado), de modo a dotar-lhe de uma feição de dever-ser (e demais qualificações do instituto estudado), de prescrição jurídica, acompanhada de comentários doutrinários sobre determinado tema de pesquisa”.

<sup>19</sup> Acerca da técnica de pesquisa-ação, Bittar (2009, p. 187-188) explica que “é um recurso útil para temas jurídicos, na medida em que propõe uma responsabilização entre o trabalho de pesquisa e a mobilização social [...] trata-se de um mecanismo bastante envolvente para temas de cidadania e ativismo social, onde o fato de o pesquisador desenvolver sua atividade já importa em uma mudança qualitativa da condição do meio sobre o qual intervém”.

construção do conceito jurídico do direito à ação afirmativa.<sup>20</sup> Na segunda parte da pesquisa, adotou-se a seguinte metodologia para investigação zetética da discriminação e das ações afirmativas na sociedade brasileira: além do método dedutivo, utilizaram-se os métodos de abordagem indutivo, comparativo, dialético e dialógico<sup>21</sup>; a técnica de investigação teórica utilizada foi a conceitual; e a técnica de investigação empírica utilizada foi a de pesquisa-ação. As fontes normativas de pesquisas utilizadas foram, predominantemente, as fontes formais (FERRAZ JUNIOR, 2011). Os instrumentos de integração jurídica, predominantemente, utilizados foram a analogia, o direito comparado e a doutrina (FERRAZ JUNIOR, 2011). Os métodos dogmáticos de interpretação jurídica utilizados ao longo da dissertação foram os seguintes: gramatical, lógico, sistemático, histórico, sociológico, teleológico e axiológico (FERRAZ JUNIOR, 2011). O sistema de chamada de citações utilizado em toda a dissertação foi o alfabético, seguindo-se o entendimento de Furasté (2011).

---

<sup>20</sup> A tese foi construída pelos fundamentos jurídicos de validade jurídica da ação afirmativa sustentados pela doutrina brasileira; a antítese foi construída pela análise dogmática dos conceitos do princípio da igualdade e do princípio da proibição de discriminação na relação de trabalho; e a síntese foi construída através da investigação zetética empírica pura dos elementos conceituais das ações afirmativas.

<sup>21</sup> Segundo Bittar (2009, p. 18), o método dialógico “corresponde à construção do conhecimento compartilhado, pelo diálogo interdisciplinar” e caracteriza-se por partir “da evidência de que não existe uma verdade estanque, e pondera sobre diversos conhecimentos adquiridos para construir convenções transitórias úteis ao conhecimento e à aplicação”.

## **PARTE I – CONCEITO E VALIDADE JURÍDICA DO DIREITO À AÇÃO AFIRMATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

A primeira parte desta pesquisa tem como objeto geral investigar se o direito à ação afirmativa tem validade jurídica no ordenamento jurídico brasileiro. O primeiro objetivo específico, desenvolvido no capítulo 1, é definir o conceito jurídico do princípio da igualdade a partir dos pressupostos da teoria dos direitos fundamentais de Alexy. O segundo objetivo específico, desenvolvido no capítulo 2, é definir o conceito jurídico do princípio da proibição de discriminação a partir da referida teoria e das fontes formais do ordenamento jurídico brasileiro. Finalmente, o terceiro objetivo específico, desenvolvido no capítulo 3, é construir dialeticamente um possível conceito jurídico do direito à ação afirmativa, válido segundo os direitos fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro.

## 1 DIREITO À IGUALDADE

O princípio da igualdade é enunciado por muitos autores, ainda hodiernamente, por meio da fórmula clássica de igualdade, segundo a qual “deve-se tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente”. Essa fórmula, todavia, é insuficiente para definir o que é um tratamento igual e o que é um tratamento desigual, bem como em que circunstâncias está ordenado, proibido ou permitido um tratamento igual ou um tratamento desigual. Um adequado exemplo dessa indefinição pode ser observado na ADPF 186 (STF, 2012), na qual o princípio da igualdade foi utilizado como fundamento tanto das opiniões favoráveis quanto das contrárias às ações afirmativas. Para interpretar o conceito jurídico do princípio da igualdade, será utilizado como referencial teórico a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. Por meio da solução a um dos problemas centrais da dogmática do direito contemporâneo, a interpretação e aplicação do direito fundamental à igualdade, buscar-se-á investigar o conceito jurídico de ação afirmativa, bem como quais são os fundamentos de validade jurídica desta.

### 1.1 Princípio da igualdade jurídica

Segundo Alexy (2008), o direito geral à igualdade estrutura-se na forma de princípio, isto é, é um mandado de otimização de igualdade. O direito geral à igualdade (princípio da igualdade) distingue-se dos direitos especiais de igualdade, os quais proíbem, permitem ou ordenam determinados tratamentos iguais ou desiguais (ALEXY, 2008). O princípio da igualdade está previsto, no ordenamento jurídico brasileiro, ao *caput* do artigo 5º da CRFB (BRASIL, 1988), o qual preceitua que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se [...] a inviolabilidade do direito [...] à igualdade”. Este princípio vincula não só a aplicação do direito, mas também a criação deste (ALEXY, 2008). O princípio de igualdade, conhecido classicamente como igualdade perante a lei, é destinado ao aplicador jurisdicional ou administrativo do direito e determina que “toda norma jurídica seja aplica a *todo* caso que caia sob seu suporte fático e a *nenhum* caso que não caia sob dito suporte” (ALEXY, 2008, p. 348, tradução nossa). Alexy aponta que, por duas razões, não teria sentido uma interpretação restritiva, pela qual o princípio de igualdade não seria destinado também ao Legislador. A primeira é que o princípio



de igualdade exigiria apenas aquilo que as próprias normas válidas exigem: que as normas sejam cumpridas (ALEXY, 2008)<sup>22</sup>. A segunda é que seriam admissíveis normas que determinassem tratamentos desiguais<sup>23</sup>, desde que elas fossem aplicadas a todos os casos. Essa interpretação que estende o princípio da igualdade ao Legislador é comumente denominada de igualdade na lei. Além disso, o referido jurista agrega três fortes argumentos a favor da interpretação do princípio de igualdade também como um mandado de igualdade na criação do direito. Seriam eles a vinculação dos três poderes aos direitos fundamentais, a vontade do Constituinte de vincular o Legislador ao mandado de igualdade e a ideia de que os direitos fundamentais expressam uma desconfiança frente ao Legislador (ALEXY, 2008). Por força do artigo 2º e do inciso III do §4º do artigo 60 da CRFB (BRASIL, 1988) e pela uníssona doutrina brasileira<sup>24</sup>, pode-se afirmar que esses argumentos também estão presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Para a interpretação e a aplicação do princípio de igualdade, Alexy busca aferir seu conteúdo. A primeira questão a se considerar é que “não se pode exigir que todos sejam tratados exatamente da mesma maneira nem também que todos devam ser iguais, desde todos os pontos de vista” (ALEXY, 2008, p. 351, tradução nossa). Posteriormente, o autor atenta para o fato de que a fórmula clássica segundo a qual “deve-se tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente”

<sup>22</sup> Atribui-se à Kelsen esse argumento e a clássica diferenciação entre <<igualdade na lei>> e <<igualdade perante a lei>> (MELLO, 1993; ÁVILA, 2009). Silva (José, 2011) equipara as expressões <<igualdade perante a lei>> e <<igualdade formal>>, bem como as expressões <<igualdade na lei>> e <<igualdade material>>. Entendemos não ser conveniente a equivalência entre esses pares conceituais, uma vez que, segundo a doutrina de Alexy, a vinculação ao princípio da igualdade seja do aplicador (<<igualdade perante a lei>>) seja do legislador (<<igualdade na lei>>) é tanto formal quanto material (a qual, como será visto, é igualdade valorativa em sentido limitado). O entendimento de Silva (José, 2011) é, contudo, amplamente acolhido na doutrina brasileira. Silva (José, 2011) critica a distinção entre <<igualdade perante a lei>> e <<igualdade na lei>> sob o fundamento de que ela é desnecessária no direito brasileiro. Em sentido contrário, pode-se argumentar que a justificação da vinculação do Legislador aos direitos fundamentais é um dos principais pressupostos da interpretação do princípio da igualdade, bem como da definição e do controle da margem de ação epistêmica normativa do Legislador (ALEXY, 2008). Ademais, a distinção é relevante em virtude da confusão conceitual, já referida, existente entre <<igualdade perante a lei>> e <<vinculação formal>>, bem como <<igualdade na lei>> e <<vinculação material>>. Ávila (2009) também analisa argumentativa e detalhadamente essas diferenças terminológicas.

<sup>23</sup> Não se optou pela qualificação das normas como discriminadoras, para que fosse mantida a coerência com a interpretação do conceito jurídico de discriminação, que será apresentado no tópico 2.2. Entendemos que os tratamentos desiguais ordenados não podem ser qualificados como discriminatórios, pois, uma vez que estão justificados, não causam dano a direito alheio. Eles podem, conforme o caso, ter como fundamento, justamente, danos anteriormente ocorridos em virtude de uma discriminação. Sustenta-se, nesta pesquisa, que o termo discriminação deve ser utilizado apenas para fazer referência à violação do princípio da proibição de discriminação, a fim de evitar uma terminologia contraditória. Registre-se, todavia, que parte da doutrina, da jurisprudência e das fontes formais do direito brasileiro utilizam o termo discriminação para fazer referência tanto às igualdades ou desigualdades de pessoas, coisas ou situações quanto aos tratamentos iguais ou desiguais determinados pela norma.

<sup>24</sup> Como exemplo, aponta-se o entendimento de Mello (1993, p. 9).

pode ser interpretada de duas formas diferentes. Segundo a primeira interpretação, basta que as normas sejam universalmente condicionantes e estruturadas da seguinte forma: “para todo  $x$  é válido que se  $x$  tem as propriedades  $P_1, P_2, \dots, P_n$ , então está ordenado que para  $x$  valha a consequência jurídica  $C$ ”, limitando, assim, o mandado de igualdade a um postulado básico da racionalidade prática (ALEXY, 2008, p. 351, tradução nossa). Afirma o autor, contudo, que essa interpretação não representa um grande avanço, pois não define de que forma devem ser tratados quais indivíduos com quais propriedades e, assim, permite que o Legislador proceda *qualquer* tipo de diferenciação sem violar o mandado de igualdade. Por isso, Alexy (2008) adota a segunda interpretação conforme a qual o mandado de igualdade vincula o Legislador não apenas formalmente (ou seja, quanto à forma lógica das normas), mas também materialmente (ou seja, quanto ao conteúdo das normas).<sup>25</sup> Para interpretar o que seria essa vinculação material, o autor testa a hipótese de ser fática a igualdade (desigualdade) referida na fórmula clássica de igualdade. Inicialmente, o autor considera que os juízos de igualdade (desigualdade) fática são sempre parciais, relativos a determinadas propriedades e estruturados da seguinte forma: “ $a$  é igual a  $b$  com respeito à propriedade  $P$ ” (ALEXY, 2008, p. 352, tradução nossa), uma vez que “não existe tanto uma igualdade como uma desigualdade, desde todos os pontos de vista (igualdade/desigualdade fática universal) entre os indivíduos e as situações humanas” (ALEXY, 2008, p. 353, tradução nossa). Posteriormente, o autor considera que os juízos de igualdade (desigualdade) fática não vinculam o Legislador deonticamente a um tratamento igual ou desigual, uma vez que “a igualdade fática parcial é conciliável com um tratamento desigual e a desigualdade fática parcial, com um tratamento igual” (ALEXY, 2008, p. 352, tradução nossa). Considerando que “não existem duas pessoas ou duas situações humanas entre as quais não exista tanto uma igualdade fática parcial como uma desigualdade fática parcial, tudo teria que se tratar sempre, ao mesmo tempo, como igual e como desigual” (ALEXY, 2008, p. 353, tradução nossa). Alexy, então, refuta a hipótese de ser fática a igualdade (desigualdade) referida fórmula de igualdade,

---

<sup>25</sup> Em decorrência da adoção dessa interpretação, não julgamos conveniente a equivalência entre as expressões <<igualdade material>> e <<igualdade fática>>, pois, conforme será fundamentado ao longo de todo o tópico 1.1, o destinatário do direito geral de igualdade está obrigado, pelo artigo 5º da CRFB, tanto à igualdade material (a qual, como será visto, é igualdade valorativa), quanto à igualdade fática, mas esta última obrigação não se caracteriza como norma de direito fundamental diretamente estatuída, nem gera, em princípio, direito subjetivo judicialmente exigível.

ainda que a igualdade (desigualdade) fosse parcial. Ao refutar essa hipótese, ele conclui que a igualdade (desigualdade) utilizada na fórmula só pode ser valorativa.

Partindo desse pressuposto, o autor argui que, para a interpretação e a aplicação da fórmula de igualdade, são necessárias três relativizações valorativas.<sup>26</sup> Para que seja possível preceituar um tratamento, a igualdade (desigualdade) valorativa será *sempre* relativa a igualdades (desigualdades) fáticas parciais, bem como será *sempre* relativa a determinados tratamentos. Para que seja possível dizer o que é valorativamente igual ou desigual, a igualdade (desigualdade) valorativa será *sempre* relativa a um critério de valoração. Explica Alexy (2008, p. 353, tradução nossa) que a igualdade (desigualdade) referida na fórmula de igualdade:

Tem que ser uma igualdade valorativa relativa a igualdades (desigualdades) fáticas parciais, pois se se esgotasse em uma igualdade valorativa, sem mais nem menos, dos indivíduos, não poderia contribuir, em absoluto, para a fundamentação de tratamentos diferenciados. Tem de ser, ademais, uma igualdade valorativa relativa a determinados tratamentos, pois, se não fosse, não se poderia explicar por que duas pessoas que, desde um ponto de vista, tem de ser tratadas igualmente, não hão de ser tratadas igualmente, desde todos os pontos de vista. A essas duas relativizações, agrega-se uma terceira, a relativização com respeito a um critério de valoração que permite dizer o que é valorativamente igual ou desigual.

Resta ainda solucionar uma das duas questões centrais<sup>27</sup> para a interpretação e a aplicação do mandado de igualdade: se e em qual medida é possível fundamentar racionalmente esses juízos de valor (ALEXY, 2008). Alexy sugere que essa valoração possa ser feita tanto pelo Legislador ou quanto pelo Tribunal Constitucional por meio do exame de arbitrariedade do tratamento desigual. Para compreender como se realiza esse exame, é necessário investigar no que consiste (1) a estrutura do mandado de tratamento desigual, (2) o conceito de arbitrariedade e (3) como e quando esse exame é feito pelo Legislador e pelo Tribunal Constitucional.

---

<sup>26</sup> Em respeito aos limites da presente pesquisa, não será analisado o pressuposto nela adotado de que a moral está presente no direito como uma pretensão de correção. A partir do marco teórico do direito discursivo, cuja validade fundamenta-se na argumentação e na ponderação, é possível compreender que essa pretensão de correção, exercida pela moral, ocorre tanto no discurso geral feito pelo Legislador quanto no particular feito pelo aplicador do direito (ALEXY, 2008). Assim, pontuou o Ministro Celso de Mello, na introdução de seu voto na ADPF 186 (STF, 2012), que a relação entre moral e direito é pressuposto das ações afirmativas. No capítulo 7, serão analisadas possíveis limitações éticas às ações afirmativas nas relações de emprego e ocupação.

<sup>27</sup> A outra questão central, que indaga “quem há de ter no sistema jurídico a competência para formular, em última instância e com caráter vinculante, aqueles juízos: o legislador ou o Tribunal Constitucional?” (ALEXY, 2008, p. 353, tradução nossa), será omitida em respeito aos limites da presente pesquisa. A interpretação do mandado de igualdade está vinculada a essa questão, pois condiciona a interpretação à versão fraca.

Para revelar a estrutura do mandado de tratamento desigual, Alexy analisa os possíveis enunciados decorrentes da utilização dos conceitos de arbitrariedade e de essencialidade na primeira parte da fórmula clássica de igualdade, segundo os quais o Legislador está proibido de tratar “desigualmente o igual”, “desigualmente o essencialmente igual” ou “arbitrariamente desigual o essencialmente igual” (ALEXY, 2008, p. 355, tradução nossa). O autor refuta o conceito de igualdade essencial como *igualdade fática parcial*, pois, como já visto, ele seria muito fraco, já que “toda coincidência em qualquer propriedade deveria ser qualificada de essencial” (ALEXY, 2008, p. 357, tradução nossa) e também refuta o conceito de igualdade essencial como *igualdade relevante*, pois ele seria muito forte, na medida em que o próprio critério de relevância seria um critério arbitrário. Uma das premissas utilizadas por Alexy é o enunciado do Tribunal Constitucional Federal alemão, segundo o qual “viola-se o princípio da igualdade quando para a diferenciação legal ou para outorgar um tratamento jurídico igual não é possível encontrar uma razão razoável, que surja da natureza da coisa ou que, de alguma outra forma, seja concretamente compreensível” (ALEXY, 2008, p. 356, tradução nossa). Alexy sustenta que, a partir da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, o conceito de igualdade essencial pode ser definido por meio do conceito de arbitrariedade do tratamento desigual, uma vez que “existe uma igualdade essencial se e somente se um tratamento desigual seria arbitrário” (ALEXY, 2008, p. 357, tradução nossa). Substituindo o conceito de igualdade essencial na fórmula “o essencialmente igual não deve se tratar de forma desigual”, obtém-se a fórmula “estão proibidos os tratamentos arbitrariamente desiguais”. Seguindo essa linha de raciocínio, Alexy sustenta que o enunciado que melhor expressaria a fórmula clássica de igualdade seria “estão proibidos os tratamentos arbitrariamente desiguais” (ALEXY, 2008, p. 357, tradução nossa), o qual utiliza apenas o conceito de arbitrariedade.<sup>28</sup>

Com o auxílio do conceito de arbitrariedade, Alexy define a estrutura do mandado de igualdade por meio de dois mandados: o mandado de tratamento igual e o mandado de tratamento desigual. O autor afirma que o mandado de tratamento igual pode ser expresso pelo seguinte enunciado: “se não há uma razão suficiente para permitir um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento igual”

---

<sup>28</sup> Michael (2010) afirma que, na jurisprudência Tribunal Constitucional Federal alemão, distingui-se o mero controle de arbitrariedade da revisão de proporcionalidade. Segundo o autor “rigorosamente considerado, o controle de arbitrariedade é um exame de proporcionalidade limitado à idoneidade” (MICHAEL, 2010, p. 199). No capítulo 4, serão abordados alguns aspectos do juízo de proporcionalidade relativo ao princípio de igualdade.

(ALEXY, 2008, p. 360, tradução nossa). Logo, para o tratamento igual, é suficiente que não haja uma fundamentação capaz de permitir um tratamento desigual (ALEXY, 2008). Já o mandado de tratamento desigual é enunciado pelo autor da seguinte forma: “se há uma razão suficiente para ordenar um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento desigual”<sup>29</sup> (ALEXY, 2008, p. 361, tradução nossa). Alexy evidencia que as estruturas do mandado de tratamento igual e do mandado de tratamento desigual são assimétricas, o que gera uma carga de argumentação favorável aos tratamentos iguais e desfavorável aos tratamentos desiguais. Em razão dessa assimetria, Alexy (2008, p. 363, tradução nossa) afirma que “o princípio geral de igualdade pode ser interpretado no sentido de um *princípio de igualdade* que, *prima facie*, exige um tratamento igual e somente permite um tratamento desigual se este puder ser justificado com razões contrapostas”.

Resta, portanto, descobrir no que consiste o conceito de arbitrariedade. Como ficou evidenciado, uma razão será suficiente para permitir um tratamento desigual se o tratamento não for arbitrário. Em outras palavras, um tratamento desigual não será arbitrário se, e somente se, é a solução mais justa. O exame de arbitrariedade consiste, então, em verificar se a segunda proposição que compõe essa bicondicional tem valor lógico verdadeiro no caso concreto. Segundo o autor, a qualificação de uma razão como suficiente, seja para permitir um tratamento desigual, seja para ordená-lo, deve ser realizada por meio de uma fundamentação jurídica racional. A interpretação e a aplicação do princípio de igualdade pressupõem, portanto, a fundamentação iusfundamental correta.<sup>30</sup> Explica Alexy (2008, p. 364, tradução nossa) que:

[...] caso existam razões suficientes para permitir um tratamento desigual, não está ordenado um tratamento igual. No entanto, sob essa condição, também está ordenado um tratamento desigual, pois, para isso, exigem-se

<sup>29</sup> O autor defende a estrutura do mandado de tratamento desigual não pode ser igual à estrutura do mandado de tratamento igual, ou seja, não poderia estruturar-se pelo seguinte enunciado: “se não há uma razão suficiente para permitir um tratamento igual, então está ordenado um tratamento desigual” (ALEXY, 2008, p. 361, tradução nossa), uma vez que se estabeleceria carga de argumentação tanto para os tratamentos desiguais como para os tratamentos iguais e o princípio de igualdade tornar-se-ia “uma simples exigência de fundamentação de normas” (ALEXY, 2008, p. 361, tradução nossa).

<sup>30</sup> Esse modelo teórico coaduna-se com a lição de Bobbio (2004) e de Oliveira Junior (2008). Segundo Bobbio, os chamados direitos fundamentais são direitos históricos, que se desenvolvem a medida que determinados carecimentos são gerados, por exemplo, ou por mudanças nas condições sociais ou por desenvolvimento tecnológico. Ensina Bobbio que, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, apesar de ter representado um marco na discussão teórica dos direitos fundamentais, a qual se deslocou da busca de um fundamento absoluto para a eficácia e a efetividade desses direitos, não resolveu definitivamente o problema da justificação dos direitos fundamentais.

razões suficientes não somente para permitir mas também para ordenar um tratamento desigual. Se há casos nos quais há razões suficientes para permitir mas não para ordenar um tratamento desigual, também há casos nos quais o princípio geral de igualdade não ordena nem um tratamento igual nem um desigual mas permite tanto um tratamento igual como um desigual, isto é, confere ao legislador uma margem de ação.

A interpretação do conceito de razão suficiente, com a ajuda do conceito de arbitrariedade, visa a que existam casos nos quais certas razões suficientes joguem a favor de permitir mas não de ordenar um tratamento desigual. Uma razão é suficiente para permitir um tratamento desigual se, em virtude desta razão, o tratamento desigual é arbitrário. Como expôs Leibholz, a arbitrariedade é uma versão aumentada da incorreção. Portanto, um tratamento desigual não é arbitrário não somente quando é a melhor solução ou a mais justa, mas também quando existem razões plausíveis para permiti-lo.

Alexy (2008) argumenta que o exame de arbitrariedade de um tratamento deve sempre feito por meio de pares de comparação, isto é, por meio de ponderação entre disposições iusfundamentais específicas. O autor refuta a tese segundo a qual o mandado de igualdade deveria ser reduzido a uma proibição geral de arbitrariedade, uma vez que, sem a formação de algum par de comparação, qualquer tratamento de um direito fundamental violaria sempre outro direito fundamental e seria, portanto, arbitrário.<sup>31</sup> No mesmo sentido, Mello (1993, p. 42) sustenta que o fundamento de diferenciação de uma norma e o tratamento igual ou desigual por ela estabelecido devem ter uma correlação lógica, em concreto, “com os valores transfundidos no sistema constitucional ou nos padrões éticos-sociais acolhidos neste ordenamento”, sob pena de violar o princípio da igualdade.

Alexy sustenta também que há duas versões da igualdade valorativa. De um lado, há uma versão forte, que atribui à igualdade valorativa um sentido ideal, segundo a qual a igualdade seria a solução mais justa e mais conforme à finalidade do direito e, como consequência, o Tribunal Constitucional poderia impor suas concepções acerca da legislação mais correta, razoável ou justa, privando, assim, o Legislador de <<margem de ação>><sup>32</sup>. De outro lado, há uma versão fraca, que

<sup>31</sup> De acordo com essa tese, seria errônea a tese adotada pela petição inicial da ADPF 186 (STF, 2012), ajuizada pelo Partido Democratas, a qual sustentou que as ações afirmativas seriam uma violação ao preceito fundamental da igualdade da CRFB e não demonstrou a colisão do princípio da igualdade com outros princípios.

<sup>32</sup> Alexy conceitua margem de ação estrutural do Legislador como a discricionariedade que este possui para realizar aquilo que está permitido. Os limites da margem de ação são aquilo que está ordenado e aquilo que está proibido. A margem de ação estrutural pressupõe três margens de ação: margem para fixação de fins, margem para eleição de meios e margem para a ponderação. As duas primeiras margens referem-se às possibilidades fáticas; a terceira, às possibilidades jurídicas. Para a realização da margem de ação estrutural, é necessário que o destinatário tenha também <<margem de ação epistêmica>> (ALEXY, 2008). A margem de ação epistêmica será empírica, quando referir-se ao conhecimento de fatos relevantes, e normativa, quando se referir às incertezas sobre aquilo que está ordenado, proibido ou permitido ou à incerteza da ponderação devida (ALEXY, 2008). A

atribuindo à igualdade um sentido limitado, confere margem de ação ao Legislador, mas impõe a este limites traçados tanto pela estrutura dual do princípio de igualdade quanto pelo conceito de arbitrariedade. Dessa forma, nem o Tribunal Constitucional pode impor injustificadamente suas valorações sobre as do Legislador, nem o Legislador pode impor valorações iusfundamentalmente injustificáveis. Alexy propugna que o princípio da igualdade deva ser interpretado em sua versão fraca, pois ela se coaduna com o desejo de limitar a competência do Tribunal Constitucional e respeita a distribuição de competências feita pelo Constituinte.

Uma vez que estas duas razões também existem no ordenamento jurídico brasileiro por força do artigo 2º da CRFB (BRASIL, 1988), que preceitua a harmonia e a independência dos poderes, e do inciso III do §4º do artigo 60 da CRFB (BRASIL, 1988), que proíbe a abolição da separação dos poderes, deve ser adotada a versão fraca do conceito de igualdade na interpretação do princípio da igualdade. Ressalte-se também que, no ordenamento jurídico brasileiro, o próprio Constituinte fixa as três valorações da igualdade, pressupostas pelo princípio da igualdade jurídica, em diversas proposições normativas, inclusive nas relações de emprego e ocupação, conforme será demonstrado no tópico 2.1. Um bom exemplo disso pode ser dado pelo § único do artigo 7º da CRFB (BRASIL, 1988) que qualifica a natureza doméstica do trabalho como uma razão suficiente para tratar desigualmente os trabalhadores domésticos.<sup>33</sup>

## 1.2 Princípio da igualdade fática

Investigou-se o conceito de igualdade (desigualdade) contida na fórmula de igualdade e evidenciou-se que a igualdade não é fática, mas, sim, valorativa no sentido limitado. Da mesma forma, pode-se questionar se o conceito de tratamento contido na fórmula de igualdade deve ser interpretado como um tratamento jurídico ou um tratamento fático. Para Alexy, a questão de associar ou não a igualdade fática ao direito geral à igualdade tem como pressuposto questões sobre teoria do direito, teoria do Estado e epistemologia. Relegando as duas últimas discussões, o autor sustenta ser possível encontrar uma solução na teoria do direito. Defende o autor

---

margem de ação estrutural e a epistêmica do Legislador estão sujeitas ao controle do Judiciário. Acerca desse controle, deve ser consultada as notas de rodapé nº 38 e 40 desta dissertação.

<sup>33</sup> No tópico 3.2, serão apresentadas algumas posições jurídicas pelas quais pode estruturar-se o direito à igualdade.

que a teoria dos princípios é capaz de não apenas considerar os dois princípios em questão, mas também de permitir diferentes concepções sobre o peso desses princípios, sendo, portanto, a “chave teórico-normativa e metodológica” para ter-se uma concepção mais ampla de igualdade sem que se prejulgue o conceito de igualdade. Sobre os conceitos de tratamento igual ou desigual contidos na fórmula de igualdade, Alexy (2008, p. 367, tradução nossa) expõe que:

Os conceitos de tratamento igual e desigual têm uma ambiguidade básica. Podem ser interpretados como referidos aos atos e como referidos às consequências. A interpretação *referida aos atos* aponta exclusivamente à ação estatal em si, que há de se julgar. Por outro lado, para a interpretação *referida às consequências*, o decisivo são as consequências práticas da ação estatal.

Para Alexy, a interpretação do princípio geral de igualdade como um mandado de criação de igualdade fática produz uma insuperável colisão dentro do princípio de igualdade: a criação de igualdade fática (igualdade de tratamento referida às consequências) implica desigualdade jurídica (desigualdade de tratamento referida aos atos). Assim, argumenta Alexy (2008, p. 368, tradução nossa):

O Tribunal Constitucional Federal o (*problema*) expressa com as seguintes palavras: <<a promoção de determinados grupos significa tratar a outros desigualmente>>. Quem desejar criar igualdade de fato tem que aceitar uma desigualdade jurídica. Por outro lado, devido à desigualdade fática das pessoas, a igualdade jurídica deixa sempre que existam algumas desigualdades de fato e, frequentemente, inclusive as reforça. Se se associar ao artigo 3 parágrafo 1 LF tanto um *princípio de igualdade jurídica* como um *princípio de igualdade de fato*, produz-se dentro do marco do princípio de igualdade uma colisão fundamental: o que segundo um dos princípios é um tratamento igual é, segundo o outro, um tratamento desigual e vice-versa. Por isso, se se unirem ambos os princípios em um princípio superior de igualdade, pode se dizer que este princípio onicompreensivo da igualdade implica um <<paradoxo da igualdade>>.

Ele refuta a hipótese de evitar essa colisão por meio da absoluta renúncia de um dos princípios, ou o da igualdade jurídica ou o da igualdade fática. Para evitar essa colisão, ele propõe a seguinte solução: não associar o princípio de igualdade fática à proposição normativa que, no ordenamento jurídico brasileiro, corresponderia ao *caput* do artigo 5º, como um “princípio juridicamente vinculante e que confere direitos subjetivos exigíveis judicialmente” (ALEXY, 2008, p. 370,



tradução nossa);<sup>34</sup> mas, sim, associar o princípio de igualdade fática ou à proposição normativa do *caput* do artigo 5º ou às proposições normativas do Estado Social<sup>35</sup>, como uma norma que vincula juridicamente o Legislador, mas que não confere, em princípio, direitos subjetivos exigíveis judicialmente. Em decorrência dessa interpretação, tem-se que, tanto no mandado de tratamento igual, quanto no mandado de tratamento desigual, o conceito de igualdade (desigualdade) de tratamento refere-se ao ato, ou seja, à igualdade jurídica. É muito importante observar que a igualdade jurídica e a igualdade fática são, portanto, princípios diferentes e não conferem, em princípio, os mesmos direitos subjetivos.

Por fim, Alexy sustenta que o princípio da igualdade fática, apesar de não conferir, em princípio, direitos subjetivos exigíveis judicialmente, deve ser ponderado, juntamente com outros princípios contrapostos, na classificação de uma razão como suficiente para os mandados do direito geral à igualdade. Nessa hipótese, caso o princípio da igualdade fática tenha prioridade sobre outros princípios e justifique restrições a outros direitos subjetivos, ele poderia fundamentar, inclusive, direitos subjetivos definitivos a um tratamento jurídico desigual para a criação da igualdade fática, desde que fosse interpretado como uma norma associada ao direito fundamental de igualdade.<sup>36</sup> Portanto, para que essa derivação seja possível, Alexy defende que o princípio de igualdade fática seja associado à proposição normativa, que, no ordenamento jurídico brasileiro, corresponderia ao *caput* do artigo 5º, visto que essa é uma norma de direito fundamental diretamente estatuída pela Constituição, não devendo o princípio de igualdade fática ser exclusivamente associado às proposições normativas do Estado Social, uma vez que o princípio do Estado Social não é, em princípio, uma norma de direito fundamental.<sup>37</sup> O autor lembra que, diferentemente do que ocorre com o princípio da igualdade jurídica, não existe uma carga de argumentação favorável ao princípio da

---

<sup>34</sup> Um direito é judicialmente exigível quando há “possibilidade jurídica de fazer efetivos os direitos subjetivos” por meio de uma demanda judicial (ALEXY, 2008, p. 156, tradução nossa). A exigibilidade judicial de um direito possui diversos pressupostos, que, na presente pesquisa, não serão investigados.

<sup>35</sup> As proposições normativas dos artigos 1º, 3º, 6º, 7º, dentre outras, da CRFB, fundamentam o princípio do Estado Social, que pode ser definido como a obrigação do Estado de promoção dos direitos sociais.

<sup>36</sup> A caracterização de uma norma jurídica como de direito fundamental é apresentada no tópico 1.3. Segundo o referencial apresentado nesse tópico, o princípio da igualdade fática não atende nem ao critério estrutural, nem ao critério formal de fundamentalidade de normas diretamente estatuídas pela Constituição, mas pode, por meio de fundamentação, ser associado ao direito geral de igualdade, entendimento ora adotado.

<sup>37</sup> Da mesma forma que o princípio da igualdade fática, o princípio do Estado Social não é uma norma de direito fundamental diretamente estatuída pela Constituição, mas pode, por meio de fundamentação, ser associado ao direito geral de igualdade.

igualdade fática. Alexy (2008, p. 372-373, tradução nossa) explica a ponderação entre o princípio da igualdade fática e outros princípios, que ocorre por meio do conceito de razão suficiente, da seguinte forma:

O princípio da igualdade de fato se faz valer na aplicação de ambas as normas dentro do marco do conceito de razão suficiente. Pode ser tanto uma razão suficiente para permitir um tratamento desigual como uma razão suficiente para sua imposição. No primeiro caso, é a razão para um não direito definitivo a um determinado tratamento jurídico igual; no segundo, é a razão para um direito definitivo a um determinado tratamento jurídico desigual, que serve para a criação de uma igualdade de fato [...] somente se desloca todos os outros princípios contrapostos que estejam em jogo. [...] a classificação do princípio da igualdade fática como uma possível razão suficiente para a obrigatoriedade de um tratamento jurídico desigual, que sirva para a criação de uma igualdade de fato, não implica que a igualdade jurídica ou a liberdade negativa se desloque injustificadamente pela igualdade de fato, nem que a competência para a configuração da ordem social se desloque inadmissivelmente do Legislador ao Tribunal Constitucional.

Dentre os princípios que podem estar contrapostos na fundamentação de um direito subjetivo definitivo a um tratamento jurídico desigual para a criação da igualdade fática, o autor aponta a igualdade jurídica, as liberdades negativas e “o princípio formal da liberdade de configuração do Legislador, democraticamente legitimado para a configuração social”<sup>38</sup> (ALEXY, 2008, p. 373, tradução nossa).<sup>39</sup>

Alexy entende que os deveres prestacionais em sentido amplo, principais posições em que se estrutura o princípio da igualdade fática e o princípio do Estado Social, são, em princípio, deveres vinculantes *prima facie*, isto é, eles vinculam objetivamente o destinatário à realização da igualdade fática ou do Estado Social, mas não conferem, por si só, direitos subjetivos exigíveis judicialmente. A vinculação do destinatário implica que esses mandados não são normas meramente programática (ALEXY, 2008). Todavia, como deveres *prima facie* (e não definitivos), os deveres prestacionais em sentido amplo devem ser realizados “na maior medida

<sup>38</sup> Alexy (2008) sustenta que, por razões metodológicas e sistemático-constitucionais, é impossível subjazer e, portanto, extrair da Lei Fundamental um programa de distribuição de bens. A razão metodológica é a pluralidade e incompatibilidade das teorias da distribuição existentes, o que gera alta insegurança. A razão sistemático-constitucional é que, segundo a divisão de competências, que também é adotada pelo Constituinte brasileiro, o Legislador tem liberdade tanto jurídica quanto financeira para a realização do Estado Social. Para Alexy (2008), a associação de direitos subjetivos definitivos à criação de igualdade fática pelo Judiciário limita a liberdade do Legislador não apenas de conferir ou não esses direitos, como também de tomar outras medidas. Contrapondo essas duas razões, ele reforça sua tese de ser possível a associação de direitos subjetivos definitivos à criação de igualdade fática com o argumento de que a decisão sobre determinadas posições do indivíduo não pode ser deixada a critério de uma maioria parlamentar.

<sup>39</sup> No capítulo 4, serão abordados alguns possíveis princípios contrapostos ao direito à ação afirmativa.

possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas” (ALEXY, 2008, p. 402, tradução nossa).

Tais deveres objetivos podem, contudo, ser subjetivados por meio do controle pelo Judiciário da margem de ação do Legislador.<sup>40</sup> Explica Alexy (2008, p. 460, tradução nossa) que “um dever *prima facie* pode, se não existir nenhuma razão aceitável para sua não satisfação, conduzir a um dever definitivo”, pois “de acordo com a lei fundamental, a vinculação jurídica implica controle judicial” (ALEXY, 2008, p. 460, tradução nossa).

O principal argumento dessa interpretação é que o descumprimento desses deveres pelo destinatário (por exemplo, o Estado) não pode, em princípio, ser declarada pelo Judiciário. O exemplo mais claro desse argumento é o artigo 6º da CRFB (BRASIL, 1988), contido no Capítulo II (Dos direitos sociais) do Título I (Dos direitos e garantias fundamentais), que apresenta um extenso rol de direitos que apenas são exigíveis judicialmente na forma em que o Legislador houver cumprido sua competência de realização do Estado Social.

Apesar de o direito discursivo não ser isento de críticas<sup>41</sup>, ele permite maior racionalidade e legitimidade a ordenamentos jurídicos que, como demonstrou a

---

<sup>40</sup> Nesse sentido, exemplifica o autor que “ao dever do legislador de <<realização do Estado Social>> não correspondem, em geral, direitos subjetivos, mas se <<o legislador omite arbitrariamente, isto é, sem razão objetiva, o cumprimento deste dever, poderia surgir daqui um direito do indivíduo que possa exigir-se por meio do recurso de amparo>>” (ALEXY, 2008, p. 386, tradução nossa). Portanto, se violado o dever de proteção do Estado, pelo seu descumprimento injustificado, admite-se a subjetivização desse direito. Justifica o autor que “a subjetivização dos deveres de proteção pode formular-se com o caráter de princípio dos direitos fundamentais” (ALEXY, 2008, p. 402, tradução nossa). Afirma o autor que “em modo algum um tribunal constitucional é impotente frente a um legislador inoperante. O espectro de possibilidades processuais-constitucionais estende-se [...] até a formulação judicial direta do ordenado pela Constituição” (ALEXY, 2008, p. 456, tradução nossa). Esclarece Alexy (2008, p. 460, tradução nossa) que: “Por uma parte, não pode ser objeto do controle o cumprimento de tudo o que exige um dever *prima facie*, mas somente se é cumprido aquilo que fica como dever definitivo em vista dos deveres *prima facie* contrapostos. Por outra, nos princípios contrapostos têm um papel decisivo, não somente os princípios materiais, mas também os princípios formais, sobretudo a competência do legislador democraticamente legitimado. No entanto, ambas as coisas não modificam em nada o fato de que pode ser objeto do controle do Tribunal Constitucional se, a luz dos princípios contrapostos, o dever *prima facie* foi satisfeito em uma medida suficiente. A competência do Tribunal termina nos limites do que é devido definitivamente”. No mesmo sentido, mas com fundamento em Ekkerhart Steinn, Rios (2002). No capítulo 4, será abordada a possibilidade de exigibilidade do direito à ação afirmativa.

<sup>41</sup> Uma das principais críticas é que os modelos teóricos discursivos, como o de Alexy, não resolvem o problema de justificação dos direitos fundamentais, apontado por Bobbio (2004). Excede os limites desta pesquisa a abordagem dessas críticas. Contudo, elas são relevantes à fundamentação do direito à ação afirmativa. Da mesma forma, é pertinente a contraposição desse modelo teórico discursivo com outros, como o de Ávila, que se destaca no direito brasileiro. Ávila sustenta que a igualdade, além de estruturar-se como regra e como princípio, estrutura-se também como postulado específico, isto é, não apenas como norma, mas como meta norma. O autor afirma que, como postulado, a igualdade estrutura “a aplicação do Direito em função de elementos (critério de diferenciação e finalidade de distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim)” (ÁVILA, 2012, p. 171). Diferentemente de Ávila, Alexy, em sua teoria dos direitos fundamentais da Lei Fundamental do ordenamento jurídico alemão, compreende a igualdade, apenas, como regra e como princípio.

experiência humana, não devem ser compostos puramente de regras. Como vantagens de seu modelo teórico, Alexy (2008, p. 378, tradução nossa) resume que “tudo isso se encaixa sem contradição em um modelo de grau de complexidade relativamente reduzido que, ademais, deixa espaço para valorações diferentes”.

### 1.3 Fundamentalidade do princípio da igualdade jurídica

Conforme já foi evidenciado, no ordenamento jurídico brasileiro, a proposição normativa do direito à igualdade, estruturado na forma de princípio, está contida no *caput* do artigo 5º da CRFB (BRASIL, 1988), o qual preceitua que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Além dessa proposição normativa, outras proposições normativas do Texto Constitucional devem ser interpretadas sistematicamente com o *caput* do artigo 5º, como, por exemplo, a proposição normativa que define o regime político democrático e social de direito (*caput* do artigo 1º da CRFB) e a que define a dignidade da pessoa humana (inciso III do artigo 1º da CRFB).

Para aferir se a norma jurídica decorrente das proposições normativas supracitadas é caracterizada como norma de direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, é necessário adotar um conceito de norma de direito fundamental. Proceder-se-á uma abordagem dedutiva e comparativa das diferenças entre os conceitos de norma de direito fundamental propostos por dois importantes doutrinadores jurídicos contemporâneos, Robert Alexy (2008) e Ingo Wolfgang Sarlet (2010). Os dois critérios utilizados pelos autores para a caracterização das normas de direito fundamental foram a importância e a forma das normas. Os autores divergem, contudo, sobre como é caracterizada essa importância e qual é essa forma.

Foram identificadas quatro diferentes consequências decorrentes da adoção do conceito proposto por Alexy, as quais serão apresentadas a seguir. De acordo com o conceito amplo de norma de direito fundamental, defendido por Alexy (2008)<sup>42</sup>, as normas de direitos fundamentais podem ser classificadas em dois grupos. Em um grupo, estariam as normas que estão diretamente (expressamente) estatuídas pelo Texto Constitucional. Em outro grupo, estariam as normas

---

<sup>42</sup> Como se demonstrará adiante, esse conceito é amplo, pois admite tanto a abertura estrutural quanto a semântica.

associadas a uma proposição normativa de direito fundamental diretamente estatuídas, que serão válidas, se, e somente se, a elas subjazer uma fundamentação iusfundamental correta.<sup>43</sup>

A primeira e principal consequência da adoção do conceito proposto por Alexy é o fundamento pelo qual as normas são caracterizadas como de direito fundamental. Alexy sustenta que proposição normativa de direito fundamental é aquela que atende aos critérios estrutural *ou* formal. Segundo o critério estrutural são proposições normativas de direitos fundamentais somente aquelas que confirmam direitos subjetivos e que sejam estatuídas por disposição da Lei Fundamental (ALEXY, 2008). É o critério estrutural que caracteriza a importância da norma de direito fundamental, uma vez que consiste principalmente em garantir competência de revisão judicial dos direitos fundamentais ao Tribunal Constitucional e pressupõe que os “direitos fundamentais são direitos tão importantes que a decisão de protegê-los não pode ser deixada para a simples maioria popular” (ALEXY, 2010, p. 125-126, tradução nossa). No direito brasileiro, o critério estrutural é constituído principalmente pelas garantias constitucionais previstas no próprio artigo 5º da CRFB, bem como pelo § 4º do artigo 60 da CRFB, o qual proíbe reforma constitucional que tenda a abolir tanto os direitos quanto as garantias fundamentais. Já, segundo o critério formal, baseado na forma de positivação, proposições normativas de direitos fundamentais são aquelas contidas no catálogo ou seção de direitos fundamentais de uma Lei Fundamental, independentemente do conteúdo e da estrutura dos direitos fundamentais que elas estatuem (ALEXY, 2008). É o critério formal que caracteriza a forma da norma de direito fundamental no ordenamento jurídico. Como se evidenciará adiante, o critério formal de Alexy é mais restrito que o de Sarlet. Alexy conjuga os critérios estrutural e formal, definindo como proposições normativas de direitos fundamentais tanto as proposições normativas da seção de direitos fundamentais da Lei Fundamental alemã (critério formal) quanto as proposições normativas da Lei Fundamental alemã que conferem direitos subjetivos, isto é, que estatuem direitos exigíveis judicialmente por meio de recursos de amparo (critério estrutural). Ele também define como normas de direitos fundamentais tanto as normas diretamente expressadas por essas proposições quanto as normas de direito fundamental a elas associadas “a favor das quais é possível aduzir uma

---

<sup>43</sup> Alexy (2008) preconiza que essa argumentação que pode ser feita por meio dos critérios normativo-positivista, empírico e ético de validade jurídica.

fundamentação iusfundamental correta” (ALEXY, 2008, p. 55, tradução nossa). Alexy não nega que a fundamentalidade material atribua importância às normas de direito fundamental, mas ele não utiliza o critério material para caracterizar a fundamentalidade das normas. O autor sustenta que “à fundamentalidade formal se soma a fundamentalidade material” (ALEXY, 2008, p. 461, tradução nossa), que é constituída pelos direitos fundamentais e pelas normas iusfundamentais e que define os conteúdos que são constitucionalmente necessários e os que são constitucionalmente impossíveis. Como consequência, o fenômeno político não fica resumido no jurídico e ao direito são conferidas maiores racionalidade e legitimidade.

Para os fins desta pesquisa, tem-se como objetivo investigar se o *caput* do artigo 5º da CF/88, que prevê diretamente o direito à igualdade, é uma proposição normativa de direito fundamental. Pelo fato de essa proposição normativa estar contida na seção de direitos fundamentais da CF/88, conclui-se que ela é fundamental, consoante o critério formal. Ademais, pelo fato de essa proposição normativa conferir direitos subjetivos, que são protegidos pelas garantias fundamentais constitucionais e não podem ser abolidos do ordenamento, conclui-se que ela é fundamental, consoante o critério estrutural.<sup>44</sup>

Por outro lado, Sarlet (2010) sustenta que norma de direito fundamental é aquela que atende aos critérios formal *ou* material. Segundo o critério material são normas de direitos fundamentais somente aquelas que, “do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância, integradas ao texto da Constituição [...] bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal” (SARLET, 2010, p. 77). É o critério material que caracteriza a importância da norma de direito fundamental, uma vez que a fundamentalidade material consiste, para Sarlet, nas decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade. Segundo o critério formal, são normas de direitos fundamentais somente aquelas que possuem “caráter supralegal” por estarem

---

<sup>44</sup> Três outras consequências decorrem dos conceitos de norma de direito fundamental propostos por Alexy (2008). Ainda que não analisados profundamente nesta dissertação, é possível supor que os direitos humanos, o conteúdo das normas de direito fundamental e a natureza do sistema jurídico que elas constituem variam conforme o conceito de norma de direito fundamental adotado. Segundo a teoria de Alexy, um direito fundamental, por exemplo, o direito fundamental à igualdade seria um direito humano, pois, para o autor, direito fundamental é o direito humano que foi positivado. Para Alexy, o conteúdo da norma de direito fundamental é objetivo, deve ter fundamentação iusfundamental correta e não admite mutação ou transmutação. Por último, adotando-se a teoria de Alexy, tem-se que o direito à igualdade estaria contido em um sistema lógico-dedutivo, formado pelos direitos fundamentais.

situadas “no ápice de todo o ordenamento jurídico”, limitação formal (procedimento agravado) e material (cláusulas pétreas) de reforma constitucional e aplicabilidade imediata (SARLET, 2010, p. 74-75). É o critério formal que caracteriza a forma da norma de direito fundamental no ordenamento jurídico, que, para Sarlet, consiste em ter caráter supralegal, estar fora da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos e ter aplicabilidade imediata. Por esta razão, é possível afirmar que o critério formal de Sarlet é mais amplo que o de Alexy. Retomando a primeira observação feita nesta discussão, deve-se atentar, portanto, ao fato de que, apesar de o predicativo ser igual, o critério formal de Sarlet é muito diferente do critério formal de Alexy.

Fundamentando o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais do direito constitucional positivo brasileiro no § 2º do artigo 5º da CF/88, Sarlet (2010, p. 80) sustenta que o critério material deve ter como referencial “a ordem de valores dominante (no sentido de consensualmente aceito pela maioria), bem como as circunstâncias sociais, políticas, econômicas e culturais de uma dada ordem constitucional” e ser amplo, incluindo, ao mesmo tempo, os direitos do catálogo, os constantes em outras partes do texto constitucional, os não escritos e os constantes em tratados internacionais. Para superar a ausência de critérios relativos à identificação do conteúdo substancial dos direitos fundamentais, Sarlet constrói alguns referenciais, como os critérios da equiparação (quanto à substância e à importância), os princípios fundamentais, com especial atenção para o princípio da dignidade da pessoa humana, o radical subjetivo, a função protetiva, os bens considerados essenciais, o conceito unitário e abrangente de direitos fundamentais, que engloba diferentes grupos com diferentes funções e sentidos e, por fim, a distinção entre normas definidoras de direitos e garantias fundamentais e normas organizacionais da Constituição. Acerca deles, Sarlet (2010, p. 115, grifo nosso) afirma que existem critérios distintos e calcados de forma direta ou indireta na ordem constitucional positiva, que “propiciam, no caso concreto, uma identificação constitucionalmente adequada e, portanto, *relativamente* segura, dos direitos materialmente fundamentais”.

Por meio do modelo teórico proposto por Sarlet, busca-se investigar se o *caput* do artigo 5º da CRFB, que prevê diretamente o direito à igualdade, é uma proposição normativa de direito fundamental. Pelo fato de essa proposição normativa estar no ápice de todo o ordenamento jurídico, ter limitação formal

(procedimento agravado) e material (cláusulas pétreas) de reforma constitucional e aplicabilidade imediata, conclui-se que ela é fundamental, consoante o critério formal. Utilizando o conceito de norma de direito fundamental de Sarlet como premissa maior e as proposições normativas supracitadas como premissa menor, é possível concluir que elas são proposições normativas de direito fundamental e estatuem a norma de direito fundamental à igualdade. Não obstante, deve-se atentar para o fato de que não há como aferir se essa proposição normativa é fundamental consoante o critério material em virtude da ausência de critérios objetivos de identificação da fundamentalidade material dos direitos. A busca de tais critérios restou prejudicada, uma vez que não se observou na construção teórica de Sarlet a diferenciação entre proposição normativa e norma.

Como já constatado, o critério material preconizado por Sarlet é evitado por Alexy. Com efeito, entende-se que, se por um lado, Alexy defende que a importância das normas decorre de sua fundamentação iusfundamental correta, por outro lado, Sarlet defende que a importância das normas decorre de seu conteúdo e busca definir *prima facie* o que é e o que não é fundamental. Por estas razões, prefere-se adotar os critérios propostos por Alexy para interpretar as proposições normativas contidas nos referidos dispositivos constitucionais, bem como para caracterizar a norma deles decorrente, qual seja, o direito à igualdade, como norma de direito fundamental. Ressalve-se, por último, que as teorias dos dois autores são, atualmente, válidas para caracterização de uma norma como norma de direito fundamental.<sup>45</sup>

Em síntese, pelos fundamentos expostos, pode-se concluir que, no ordenamento jurídico brasileiro, o direito geral à igualdade está estruturado na forma de princípio, bem como está diretamente expresso nas proposições normativas constitucionais dos artigos 5º e 1º. Por cumprir com os critérios estrutural e formal, o direito geral à igualdade é uma norma de direito fundamental diretamente estatuída pela CRFB. O direito geral à igualdade estrutura-se no mandado de tratamento igual (se não há uma razão suficiente para permitir um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento igual) e no mandado de tratamento desigual (se há uma razão suficiente para ordenar um tratamento desigual, então está ordenado um

---

<sup>45</sup> Ademais, as duas teorias analisadas podem ser classificadas como procedimentalistas.



tratamento desigual).<sup>46</sup> A assimetria entre esses mandados gera uma carga de argumentação favorável aos tratamentos iguais e desfavorável aos tratamentos desiguais. A igualdade (desigualdade) contida na fórmula clássica de igualdade deve ser interpretada como valorativa em sentido limitado e está condicionada à fundamentação iusfundamental correta. Evidenciou-se também que, em ambos os mandados, o conceito igualdade (desigualdade) de tratamento se refere ao ato, ou seja, à igualdade jurídica, e não à igualdade fática. O princípio da igualdade fática sempre será ponderado com outros princípios contrapostos no caso concreto e poderá, inclusive, fundamentar um direito subjetivo definitivo a um tratamento jurídico desigual para a criação da igualdade fática.

---

<sup>46</sup> No tópico 3.2, será demonstrado que os direitos subjetivos decorrentes do direito geral à igualdade podem apresentar diversas estruturas.

## 2 DIREITO À PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO

A exploração da força de trabalho e as condições precárias de trabalho e de vida experimentadas a partir da primeira Revolução Industrial originaram grandes movimentos sociais que reivindicavam a positivação e a efetividade de direitos prestacionais. Essas reivindicações instituíram o Estado de Bem-Estar Social e o direito do trabalho clássico (MARSHALL, 1967), cujo principal fundamento era a proteção do trabalhador. Com diferentes razões, surgem hodiernamente reivindicações de novos direitos prestacionais em matéria de emprego e ocupação, dentre os quais está a proteção do trabalhador contra discriminação. O fato de o trabalhador ser ainda, em regra, a parte hipossuficiente (OIT, 2011a) justifica a aplicação do princípio da proibição de discriminação a essa espécie de relação jurídica. Nas relações de emprego e ocupação contemporâneas, diversos grupos de trabalhadores são discriminados sob diferentes fundamentos, o que pode ser evidenciado com a crescente positivação do princípio da proibição de discriminação em ordenamentos jurídicos de todo o mundo e a judicialização dos casos de discriminação. É possível que haja consenso acerca da possibilidade de, por exemplo, admitir trabalhadores apenas de gênero masculino e de cor preta para interpretar Othello e trabalhadores apenas do gênero feminino e de cor branca para interpretar Desdemona na peça Othello, de William Shakespeare (POSNER, 2005). Não obstante, diz-se que constitui discriminação recusar a admissão de trabalhadores, se essa recusa tiver como fundamento o gênero do trabalhador. Afinal, quando um fundamento é discriminatório? Neste tópico, será investigado o princípio da proibição de discriminação por meio da apresentação de suas fontes formais (2.1), da definição de seu conceito jurídico (2.2) e de sua caracterização no ordenamento jurídico brasileiro (2.3).

### **2.1 Fontes formais do princípio da proibição de discriminação**

Interpretado como corolário do princípio da igualdade, o princípio da proibição de discriminação está positivado por meio de proposições normativas de diversos diplomas normativos. Esta pesquisa qualitativa buscou identificar as fontes formais do princípio da proibição de discriminação na relação de emprego e ocupação no ordenamento jurídico brasileiro. A fim de sistematizar essas fontes formais, optou-se

por classificá-las segundo o ordenamento jurídico ao qual originalmente pertencem. Adotando-se esse critério, foram identificados três grupos de fontes formais. De forma não-aleatória, por conveniência e por julgamento (OLIVEIRA, 2001), optou-se por analisar as proposições normativas do ordenamento jurídico interno, do ordenamento jurídico internacional e dos ordenamentos jurídicos comunitários dos quais o Brasil é Estado-Membro, pois tais proposições são, segundo a classificação de Ferraz Junior (2011), fontes formais do direito. Optou-se também por analisar as proposições normativas do ordenamento jurídico comunitário da União Europeia (UE) por dois motivos: pela especificidade com que elas definem o conceito de discriminação em matéria de emprego e ocupação e pelo fato de essa definição aproximar-se dos conceitos jurídicos de igualdade e de proibição de discriminação construídos, respectivamente, nos tópicos 1.1 e 2.2. Ressalve-se, todavia, que, segundo a classificação de fontes adotada, as proposições do ordenamento jurídico comunitário europeu não são fontes formais de direito, mas, tão somente, instrumentos de integração jurídica (FERRAZ JUNIOR, 2011). Em face das limitações da presente pesquisa, serão apresentadas, a seguir, as proposições normativas mais relevantes. Nos Apêndices A e B desta dissertação, estão apresentadas todas as proposições normativas selecionadas.<sup>47</sup>

Antes iniciar a análise das fontes, convém observar uma peculiaridade da aplicação do direito do trabalho brasileiro. Em virtude da diversidade fontes formais existentes e suas conseqüentes antinomias, é necessário adotar critérios de harmonização. Há quatro principais critérios de harmonização de regras, utilizados pela doutrina clássica: os de temporalidade (*prior in tempore potior in jus* e *lex posterior derogat priori*)<sup>48</sup>, o de especialidade (*lex specialis derogat generali*) e o de hierarquia (*lex superior derogat inferiori*). Quanto a este último critério, Delgado (2012) sustenta que a teoria trabalhista de hierarquização normativa difere da teoria geral de hierarquização normativa. Para o autor, a teoria geral de hierarquização normativa, pertencente ao direito comum, classifica os diplomas normativos conforme “a extensão da eficácia e a intensidade criadora do direito” (DELGADO, 2012, p. 1408). Dessa forma, a pirâmide hierárquica normativa construída pela teoria

---

<sup>47</sup> Aconselha-se ao leitor, a consulta ao Apêndice A desta dissertação.

<sup>48</sup> Ferraz Junior (2011, p. 181) explica que a regra da *lex prior* “dá preeminência ao primeiro tratado sobre o segundo sempre que os dois não tenham sido feitos pelas mesmas partes; trata-se do princípio da primazia da obrigação anteriormente assumida”, ao passo que a regra da *lex posterior* exige que as partes dos dois tratados sejam as mesmas. A regra da *lex prior* é utilizada em antinomias de ordenamento internacional e as demais são utilizadas tanto em antinomias do ordenamento interno quanto do internacional.

geral apresenta-se segundo o clássico modelo kelseniano: Constituição no ápice, seguida de Emendas Constitucionais, Leis Complementares, Leis Ordinárias e, assim, sucessivamente. A teoria trabalhista de hierarquização normativa apresenta duas diferenças essenciais em relação à teoria geral (DELGADO, 2012). A primeira é que a hierarquização se dá entre normas jurídicas, não entre os diplomas normativos. A segunda é que, para a organização hierárquica das normas, ela adota como critério a norma mais favorável ao trabalhador. Delgado (2012, p. 1409) explica, de forma clara, a aplicação do critério trabalhista de hierarquização:

O critério normativo hierárquico vigente no Direito do Trabalho opera da seguinte maneira: a pirâmide normativa constrói-se de modo plástico e variável, elegendo a seu vértice dominante a norma que mais se aproxime do caráter teleológico do ramo justralhista. À medida que a matriz teleológica do Direito do Trabalho aponta na direção de conferir solução às relações empregatícias segundo um sentido social de restaurar, hipoteticamente, no plano jurídico, um equilíbrio não verificável no plano da relação econômico-social de emprego – objetivando, assim, a melhoria das condições socioprofissionais do trabalhador –, prevalecerá, tendencialmente, na pirâmide hierárquica, aquela norma que melhor expresse e responda a esse objetivo teleológico central justralhista. Em tal quadro, a hierarquia de normas jurídicas não será estática e imutável, mas dinâmica e variável, segundo o princípio orientador de sua configuração e ordenamento.

Portanto, a natureza teleológica do critério da norma mais favorável torna-o mais flexível do que os critérios da teoria geral, os quais são mais rígidos e formalistas. O vértice da pirâmide normativa construída pelo critério da norma mais favorável é variável e mutável, mas o critério (ser favorável ao trabalhador) é sempre fixo (DELGADO, 2012).<sup>49</sup> Como consequência da adoção do modelo justralhista de hierarquização normativa, tem-se que basta uma proposição normativa do direito à proibição de discriminação para sua aplicação a todas as relações de trabalho regidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que tal norma é mais favorável ao trabalhador. Não obstante, caso não seja adotado o modelo trabalhista de hierarquização, mas, sim, o modelo geral de hierarquização normativa, tem-se também que o direito à proibição de discriminação é aplicado a todas as relações de

---

<sup>49</sup> Delgado (2012) sustenta que, além da rigidez do critério, a hierarquização trabalhista tem limites objetivos e rígidos, os quais, segundo sua classificação de fontes, são as normas heterônomas estatais proibitivas. O autor também adverte que a flexibilidade do critério trabalhista de hierarquização tem uma desvantagem em relação aos critérios da teoria geral, que consiste em definir, no caso concreto, qual norma é a mais favorável. Com a finalidade de fazer essa definição, existem, atualmente, duas principais teorias, a teoria da acumulação e a teoria do conglobamento, as quais não poderão ser analisadas nesta pesquisa. Para uma análise detalhada, tem-se: DELGADO, 2012, p. 1410-1412.

trabalho, uma vez que tal princípio foi positivado na norma fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, assim como em diversos diplomas normativos internacionais que versam sobre direitos humanos, como será possível observar a seguir. Ainda na doutrina brasileira, Marques (2012, p. 19-20) propõe o método do diálogo das fontes, o qual, por suas três modalidades (diálogo de coerência, de subsidiariedade e de adaptação)<sup>50</sup>, possibilita a “aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas” (p. 19-20).<sup>51</sup>

As fontes formais do primeiro grupo de fontes pertencem ao ordenamento jurídico interno. Por meio desta pesquisa, constatou-se que o princípio da proibição de discriminação é também denominado de princípio da não discriminação e de princípio da igualdade de tratamento. Esse grupo de fontes pode ser dividido em fontes constitucionais e fontes infraconstitucionais. As proposições normativas do *caput* e do inciso III do artigo 1º e do *caput* do artigo 5º, ambos da CRFB (BRASIL, 1988), também fundamentam o princípio da proibição de discriminação. Definindo o conceito do termo “todos” utilizado *caput* do artigo 5º, o inciso I desse artigo dispõe que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta constituição” e seu inciso XLI reforça que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.<sup>52</sup> Note-se que o Constituinte optou por determinar expressamente, no artigo 7º, a aplicação desse mandado nas relações de trabalho por meio do inciso XXX, o qual proíbe a diferença de salário, de exercício de função e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil, do inciso XXXI, o qual proíbe qualquer discriminação no tocante a

---

<sup>50</sup> Fazendo analogia aos critérios de antinomia, a autora conceitua cada uma dos três tipos de diálogos da seguinte forma: “Como os critérios da escolástica eram três – hierarquia, especialidade e anterioridade –, esta nova visão deve ter ‘diálogos’: a nova hierarquia, que é a coerência dada pelos valores constitucionais e a prevalência dos direitos humanos; a nova especialidade, que é a ideia de complementação ou aplicação subsidiária das normas especiais, entre elas, com tempo e ordem nesta aplicação, primeiro a mais valorativa, depois, no que couberem, as outras; e a nova anterioridade, que não vem do tempo de promulgação da lei, mas sim da necessidade de adaptar o sistema cada vez que uma nova lei nele é inserida pelo legislador. Influências recíprocas guiadas pelos valores constitucionais vão guiar este diálogo de adaptação sistemático.” (MARQUES, 2012, p. 30-31).

<sup>51</sup> Explica a autora que, pelo método do diálogo das fontes, “[...] há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes pela fonte prevalente (especialmente em matéria de convenções internacionais e leis modelos) ou mesmo a opção por uma solução flexível e aberta, de interpretação, ou solução mais favorável ao mais fraco da relação. O diálogo das fontes é iluminado pelos valores constitucionais e os direitos humanos ou fundamentais. Realmente, o diálogo das fontes – como método – valoriza os valores constitucionais que iluminam este solução de coerência restaurada do sistema, de um direito privado que coloca a pessoa humana em seu centro [...]” (MARQUES, 2012, p. 28).

<sup>52</sup> Gurgel (2010) e Andreucci (2012) informam que o princípio da igualdade está positivado nas Constituições brasileiras desde 1824, mas que a primeira Constituição a positivar o princípio da proibição de discriminação foi a de 1934.

salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência, e do inciso XXXII, o qual proíbe a distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos. Além desses dispositivos, são proposições normativas constitucionais que subsidiam o princípio da proibição de discriminação, bem como a aplicação deste às relações de trabalho: o preâmbulo da CF/88, que afirma a igualdade como um valor supremo de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos; o inciso IV do artigo 1º, que define o valor social do trabalho como fundamento da RFB; o inciso I do artigo 3º, que define como objetivo da RFB a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação; os *caputs* dos artigos 170 e 193, que, respectivamente, determinam que a justiça social é valor-meio da ordem econômica brasileira e valor-fim da ordem social brasileira (BARZOTTO, L. F., 2010); dentre outras proposições apresentadas no Apêndice A.

Proposições normativas infraconstitucionais também fundamentam o princípio da proibição de discriminação e a aplicação deste às relações de trabalho.<sup>53</sup> Na legislação infraconstitucional, sobressai o artigo 461 da CLT (BRASIL, 1943), abaixo transcrito:

Art. 461 - Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade.

§ 1º - Trabalho de igual valor, para os fins deste Capítulo, será o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço não for superior a 2 (dois) anos.

§ 2º - Os dispositivos deste artigo não prevalecerão quando o empregador tiver pessoal organizado em quadro de carreira, hipótese em que as promoções deverão obedecer aos critérios de antigüidade e merecimento.

§ 3º - No caso do parágrafo anterior, as promoções deverão ser feitas alternadamente por merecimento e por antingüidade, dentro de cada categoria profissional.

§ 4º - O trabalhador readaptado em nova função por motivo de deficiência física ou mental atestada pelo órgão competente da Previdência Social não servirá de paradigma para fins de equiparação salarial.<sup>54</sup>

A fonte infraconstitucional mais relevante é a Lei nº 9.029 (BRASIL, 1995), que, dentre outras medidas, tipificou como crime “a adoção de qualquer prática

---

<sup>53</sup> Barzotto (L.C., 2012, p. 49) aponta como uma das primeiras proposições normativas infraconstitucionais a prever a proibição de discriminação na relação de trabalho a Lei nº 1.390/51, conhecida como Lei Afonso Arinos, que tipificou a conduta de “negar emprego ou trabalho por preconceito de raça ou cor”. A Lei nº 7.437/85 estendeu a proibição por preconceito de sexo ou estado civil.

<sup>54</sup> A redação do *caput* e dos parágrafos 1º e 2º artigo 461 foi dada pela Lei nº 1.723, de 08 de novembro de 1952. Essa lei incluiu os parágrafos 3º e 4º do referido artigo.

discriminatória ou limitativa para efeito de acesso à relação de emprego ou sua manutenção”. Outras fontes infraconstitucionais que tratam da proibição de discriminação, seja na relação de trabalho, seja nas relações de outra natureza jurídica, estão apresentadas no Apêndice A desta dissertação. Rios (2008) propugna que esse grupo de fontes formais, associado à doutrina e jurisprudência nacionais, constitui, no âmbito brasileiro, o direito da antidiscriminação.

As fontes formais do segundo grupo de fontes pertencem originalmente ao ordenamento jurídico internacional. A classificação das normas de direito internacional como fontes formais pressupõe a jurisprudência atualizada do Supremo Tribunal Federal quanto à possibilidade de antinomias de normas do ordenamento interno e do internacional, a teoria por esse Tribunal adotada acerca da incorporação de atos internacionais pelo ordenamento interno e a teoria por esse Tribunal adotada acerca da posição hierárquica na qual são incorporados os atos internacionais.<sup>55</sup> Dessa forma, tem-se que os tratados e convenções que serão apresentados a seguir foram devidamente incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, no qual possuem *status* supralegal, pois versam sobre direitos humanos.<sup>56</sup> O ordenamento jurídico internacional é o que apresenta o maior número de positivações do princípio da proibição de discriminação. As fontes desse grupo podem ser divididas em fontes da ONU e fontes da OIT.

Quanto às fontes da ONU, Gurgel (2010) afirma que o princípio da proibição de discriminação fundamenta o sistema global – geral e especial – de proteção dos direitos humanos. Segundo a autora, o sistema global geral de proteção seria constituído pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, pela Carta das Nações

---

<sup>55</sup> Não seria possível, nesta pesquisa, apresentar as interpretações encontradas acerca desses pressupostos. Acerca da incorporação de atos internacionais pelo ordenamento interno, afirma-se, resumidamente, que o Brasil adotou a teoria do dualismo moderado, segundo a qual os atos internacionais incorporam-se, de forma não automática, por meio de um procedimento complexo (não por lei formal), previsto nos incisos I do artigo 49 e VIII do artigo 84 da CRFB. Quanto ao *status* que adquirem após sua incorporação, interpretando-se a recente jurisprudência do STF, afirma-se que (1) terão *status* constitucional os tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos e sejam aprovados com *quorum* de Emenda Constitucional por força do §3º do artigo 5º da CRFB; (2) terão *status* supralegal os tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos, mas que não sejam aprovados com esse *quorum*; (3) terão *status* legal os tratados e convenções internacionais que não versem sobre direitos humanos.

<sup>56</sup> Acerca da classificação do princípio da proibição de discriminação como um direito humano, adotou-se o entendimento de Barzotto (L.C., 2012), segundo o qual o princípio da proibição de discriminação, previsto na Convenção nº 111 da OIT, foi declarado como direito humano em 1998 por meio da Declaração da OIT relativa aos princípios e direitos fundamentais no trabalho (OIT, 1998). Representando parte da doutrina brasileira, a autora (BARZOTTO, L.C., 2012, p. 47) sustenta ainda que “as Convenções de Direitos Humanos pertencem à ordem pública internacional, o chamado *ius cogens*, relevando um patamar civilizatório com relação ao qual é impossível o retrocesso e estão além dos atos de reconhecimento, ratificação ou recepção das esferas jurídicas nacionais”.

Unidas, pelo PIDCP (BRASIL, 1992b) e pelo PIDESC (BRASIL, 1992a). Já o sistema global especial seria constituído pelas convenções e tratados que tratam de fundamentos específicos de discriminação. Algumas proposições normativas do primeiro subgrupo de fontes do ordenamento jurídico internacional definem expressamente o princípio em análise. Dispôs o artigo 26 do PIDCP que “todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da lei” (ONU, Pacto Internacional de Direitos Civis..., 1966; BRASIL, 1992b). O Comitê dos Direitos do Homem da ONU (2008, p. 05) elaborou um conceito amplo de discriminação, segundo o qual discriminação é:

[...] qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em qualquer fundamento como a raça, a cor, o sexo, a língua, a religião, a opinião política ou outra, a origem nacional ou social, a propriedade, o nascimento ou outra condição, e que tenha como objetivo ou como efeito anular ou impedir o reconhecimento, o gozo ou o exercício por todas as pessoas, em condições de igualdade, de todos os direitos e liberdades.

Quatro pressupostos desse conceito chamam a atenção: (1) as expressões “qualquer fundamento” e “outra condição”, as quais determinam que esse rol de fundamentos discriminatórios não é taxativo; (2) a proibição de distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha *por efeito* anular ou impedir o reconhecimento, o gozo ou o exercício de direitos, ainda que essa distinção não tenha *por objetivo* anulá-los ou impedi-los; (3) a proibição expressa de negação de reconhecimento de direitos com base em fundamentos discriminatórios; e, por último, (4) a referência expressa à ideia de igualdade de condições para o exercício de direitos. Há fontes formais, como, por exemplo, a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, que utilizam o conceito amplo de discriminação. O artigo 1º dessa Convenção define que discriminação racial é:

[...] toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica, que tenha o objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública.

Por outro lado, há fontes formais que adaptam o conceito amplo de discriminação às características específicas de um fundamento discriminatório. Como exemplo, tem-se a Convenção sobre Eliminação de todas as formas de



Discriminação contra a Mulher, que conceitua a discriminação contra a mulher, agregando, ao conceito amplo, que o reconhecimento, o gozo ou o exercício de direitos pela mulher independem do estado civil desta. Dispõe seu artigo 1º (ONU, 1979; BRASIL, 2002a; BRASIL, 2002b) que:

[...] toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo, exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

No mesmo sentido, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência estabelece que a recusa de adaptação razoável configura discriminação. Rios (2012) destaca a importância dessa fonte normativa, que, no ordenamento jurídico brasileiro, é fonte positivada constitucionalmente. Define o artigo 2º da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (ONU, 2007; BRASIL, 2009b) que:

[...] “Discriminação por motivo de deficiência” significa qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro. Abrange todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável. [...]

Quanto às fontes da OIT, Barzotto afirma que há duas principais espécies de normas. A primeira delas são as convenções, que são “tratados multilaterais abertos, que são classificados como tratados-leis, porque formulam regras e princípios, de ordem geral, [...], estabelecendo normas gerais de ação e confirmando ou modificando costumes adotados entre as nações” (BARZOTTO, L. C., 2007, p. 90). A segunda espécie são as recomendações, cujas funções primordiais são complementar, interpretar e integrar as convenções (BARZOTTO, L. C., 2007). O princípio da proibição de discriminação, denominado pela OIT como princípio da eliminação de discriminação em matéria de emprego e ocupação, foi positivado por esta organização internacional desde sua Constituição, por meio dos seguintes termos:

[...] II. A Conferência, convencida de ter a experiência plenamente demonstrado a verdade da declaração contida na Constituição da Organização Internacional do Trabalho, que a paz, para ser duradoura, deve assentar sobre a justiça social, afirma que:

- a) todos os seres humanos de qualquer raça, crença ou sexo, têm o direito de assegurar o bem-estar material e o desenvolvimento espiritual dentro da liberdade e da dignidade, da tranquilidade econômica e com as mesmas possibilidades;
- b) a realização de condições que permitam o exercício de tal direito deve constituir o principal objetivo de qualquer política nacional ou internacional.

A Convenção nº 111 da OIT trata especificamente da proibição da discriminação em matéria de emprego e ocupação. Dispõe seu artigo 1º (OIT, 1958; BRASIL, 1968, tradução nossa) que discriminação é toda distinção, exclusão ou preferência em algum fundamento proibido que destrua ou altere a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou ocupação, nos seguintes termos:

1. Para fins da presente convenção, o termo “discriminação” compreende:
  - a) Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;
  - b) Qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro Interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.
2. As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação.
3. Para os fins da presente convenção as palavras “emprego” e “profissão” incluem o acesso à formação profissional, ao emprego e às diferentes profissões, bem como as condições de emprego.

É importante destacar que o inciso 2 do artigo 1º exclui, por exemplo, a qualificação profissional dos fundamentos proibidos e o inciso 3 desse artigo estende a hipótese de discriminação para o momento anterior à vigência do contrato de trabalho. Convergindo com o conceito de discriminação utilizado pelo ONU, a OIT também proíbe distinções, exclusões ou preferências que tenham por efeito (independentemente de ter por objetivo) anular ou impedir o reconhecimento, o gozo ou o exercício de direitos. Esse pressuposto implica duas consequências: a proibição da discriminação indireta, que será oportunamente definida nos tópicos 2.2 2.3, e a existência ou de elemento subjetivo ou de elemento objetivo para a subsunção da norma de proibição de discriminação. Barzotto (L. C., 2012, p. 44)

afirma que o posicionamento majoritário da doutrina e da jurisprudência do direito comunitário europeu é o de que “não precisa haver a intenção patronal de discriminar, nem motivação, salvo se existir regra expressa, em legislação específica nacional, que exija a prova da intenção ou do fundamento do ato de discriminar”. A autora (L. C., 2012, p. 44) arremata que “é irrelevante a intenção de discriminar e importante o impacto final gerado por dada situação em determinada pessoa ou grupo”.

Barzotto (L. C., 2012) lembra que, no ano de 1998, a OIT (1998) declarou o princípio da proibição de discriminação ou da eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação como um princípio fundamental no trabalho, elevando-o ao patamar de direito humano. A autora sustenta que a obediência ao princípio da proibição de discriminação é um dos pressupostos do trabalho decente, que pode ser conceituado como “aquele desenvolvido em ocupação produtiva, justamente remunerada e que se exerce em condições de liberdade, equidade, seguridade e respeito à dignidade da pessoa humana” (OIT *apud* BARZOTTO, L. C., 2012, P. 46-47). Complementando a Convenção nº 111, há a Recomendação nº 111 da OIT, a qual, apesar de não ser uma fonte formal de direito, é um importante instrumento de integração do princípio da proibição de discriminação nas relações de emprego e ocupação. Há, por fim, diversas Convenções aprovadas pela OIT que preveem a aplicação do referido princípio a grupos discriminados específicos.<sup>57</sup>

As fontes formais do terceiro grupo de fontes pertencem aos ordenamentos jurídicos de organizações internacionais regionais dos quais o Brasil é Estado-Membro, tais como a OEA e o MERCOSUL. Gurgel (2010) afirma que o princípio da proibição de discriminação, positivado no âmbito da OEA, fundamenta um sistema regional de proteção dos direitos humanos. Para a autora, o principal instrumento jurídico da OEA que prevê o referido princípio é a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (BRASIL, 1992c), conhecida como Pacto de São José da Costa Rica. Outro diploma importante é o Protocolo de San Salvador (BRASIL, 1999), cujo artigo 6º prevê que “toda pessoa tem direito ao trabalho, o que inclui a oportunidade de obter os meios para levar uma vida digna e decorosa por meio do desempenho de uma atividade lícita, livremente escolhida ou aceita”. Gurgel relata que a Corte

---

<sup>57</sup> A relação das Convenções da OIT ratificadas pelo Brasil, assim como a relação das Convenções não ratificadas pelo Brasil que tratam da proibição de discriminação encontram-se no final do Apêndice B desta dissertação.

Interamericana de Direitos Humanos, a qual o Brasil se submete, tem competência para julgar petições contra discriminação nas relações de trabalho.<sup>58</sup>

Nas fontes formais do MERCOSUL<sup>59</sup>, destaca-se a Declaração Sociolaboral (MERCOSUL, 1998), que, dentre os direitos individuais dos trabalhadores, prevê, em seus artigos 1º e 2º, o princípio da proibição de discriminação e a promoção da igualdade. Observa-se que os fundamentos discriminatórios mais regulamentados nesse grupo de fontes formais são gênero e nacionalidade. Nas fontes formais do MERCOSUL (1998; 2000; 2005; 2006; Recomendação nº 05/08 e 06/08, 2008; 2010; 2011; BRASIL, 2009a)<sup>60</sup>, o direito à livre circulação e residência de trabalhadores obriga os Estados-membros a tratarem os trabalhadores estrangeiros da mesma forma com que são tratados os trabalhadores nacionais e determina que somente possam ser impostas aos estrangeiros as mesmas restrições impostas aos nacionais, buscando-se, assim, erradicar a discriminação baseada na nacionalidade e estabelecer condições de igualdade de direitos entre trabalhadores estrangeiros e nacionais em todos os Estados-Membros do bloco.

<sup>58</sup> Gurgel (2010) fundamenta essa assertiva no Parecer Consultivo nº 18, de 17 de setembro de 2003, e no artigo 23 do Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

<sup>59</sup> O Tratado de Assunção é o instrumento jurídico fundamental do MERCOSUL. Todavia, apenas com o Protocolo de Ouro Preto, o MERCOSUL adquiriu personalidade jurídica de direito internacional público e produziu efeitos jurídicos na ordem interna e internacional. A ausência de supranacionalidade desse bloco impõe que seus acordos sejam objeto de aprovação no direito interno de cada um dos países. Segundo o artigo 41 do Protocolo de Ouro Preto, são consideradas fontes normativas internas do MERCOSUL: I) o Tratado de Assunção, seus protocolos e os instrumentos adicionais ou complementares; II) os acordos celebrados no âmbito do Tratado de Assunção e seus protocolos; e III) as Decisões do Conselho do Mercado Comum, as Resoluções do Grupo Mercado Comum e as Diretrizes da Comissão de Comércio do MERCOSUL, adotadas desde a entrada em vigor do Tratado de Assunção. Apesar de prever expressamente a promoção da justiça social em seu Preâmbulo, o Tratado de Assunção teve objetivos puramente econômicos, sem haver instituído uma dimensão social nem ter demonstrado preocupação com políticas sociais, notadamente, “no que se refere à livre circulação de trabalhadores assalariados migrantes e a não-discriminação de suas relações laborais” (JAEGER JUNIOR, 2000, p. 112). Para o cumprimento de seus objetivos, Protocolo de Ouro Preto estabeleceu uma estrutura definitiva ao MERCOSUL por meio de dois grandes grupos, o Conselho do Mercado Comum (CMC) e o Grupo do Mercado Comum (GMC). O GMC, órgão executivo, foi dividido em 10 subgrupos de trabalho, que tinham por finalidade cumprir tarefas técnicas de apoio. Posteriormente, a Resolução 11/91 do GMC criou o Subgrupo de Trabalho 11, cuja finalidade era analisar, discutir e decidir o impacto que a integração teria sobre os mercados de trabalho e as condições sócio-laborais. Logo após seu surgimento, o Subgrupo 11 requereu sua renomeação para relações do trabalho, emprego e seguridade social, manifestação que foi acolhida pela Resolução 11/92 do GMC. O GMC passou por uma reestruturação, em agosto de 1995, por meio da Resolução 20/95 do GMC, pela qual o Subgrupo 11 foi renumerado como Subgrupo 10. Após a institucionalização dos organismos sócio-laborais, surgiu, em 1997, a primeira norma de conteúdo sócio-laboral do bloco, o Acordo Multilateral de Seguridade Social do MERCOSUL. O documento sócio-laboral mais importante do MERCOSUL é a Declaração Sócio-laboral do MERCOSUL, de dezembro de 1998, também chamada de Carta Social do MERCOSUL, que trata, de maneira específica, dos princípios e direitos no âmbito sócio-laboral, e reconhece direitos mínimos aos trabalhadores do MERCOSUL.

<sup>60</sup> Uma pesquisa sobre as limitações da aplicabilidade do Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do MERCOSUL, Bolívia e Chile foi realizada por Rodrigues (2012).

Diante dos fundamentos de aplicação do direito acima expostos e do amplo conjunto de fontes formais apresentado, infere-se que o princípio da proibição de discriminação está contido no ordenamento jurídico brasileiro e é aplicável a todas as relações jurídicas de trabalho por ele regidas. Por fim, vale ainda analisar as proposições normativas que pertencem a outros ordenamentos jurídicos, como, por exemplo, os ordenamentos comunitários dos quais o Brasil não é Estado-Membro e os ordenamentos jurídicos domésticos de outros países,<sup>61</sup> pois são instrumentos de integração jurídica, cuja validade é prevista pelo artigo 8º da CLT (BRASIL, 1943), segundo o qual, na falta de disposições legais ou contratuais, as autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho decidirão, conforme o caso, dentre outras fontes, pelo direito comparado. Destaca-se, no direito comparado, o direito comunitário europeu, que prevê a proibição de discriminação do trabalhador em diversas fontes normativas, tais como a própria norma fundamental desse ordenamento jurídico, bem como convenções e diretivas, que datam desde a metade do século XX. Segundo a alínea “j” do artigo 153º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, um dos objetivos da política social dessa organização é a luta contra as exclusões. O referido Tratado, em seu artigo 18, proíbe a discriminação em razão da nacionalidade e, em seu artigo 19, confere, ao Conselho da UE, poderes para combater discriminações baseadas no gênero, raça ou origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual. No mesmo sentido, o artigo 14 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem proíbe a discriminação. A Diretiva 2000/43/CE (CONSELHO DA UE, 2000a)<sup>62</sup> também

---

<sup>61</sup> Uma pesquisa sobre o princípio da proibição de discriminação em ordenamentos jurídicos dos continentes africano, asiático e europeu é apresentada por Gurgel (2010) às páginas 102 a 103 e 121 a 129 de sua obra.

<sup>62</sup> Uma vez que a discriminação no trabalho foi regulamentada, principalmente, através de diretivas, faz-se necessário conhecer essa espécie normativa do direito comunitário europeu. A diretiva é um ato legislativo da UE, que exige que os Estados-Membros alcancem um determinado objetivo, sem, contudo, definir os meios para atingir esse objetivo (BORCHARDT, 2010). A natureza normativa das diretivas está revista no artigo 288 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (UE, 1997), segundo o qual “Para exercerem as competências da União, as instituições adotar regulamentações, diretivas, decisões, recomendações e pareceres”. Há dois órgãos com competência legislativa na UE, o Parlamento e o Conselho, também chamado de Conselho de Ministros (BORCHARDT, 2010). O Conselho da UE, que pode delegar sua competência legislativa à Comissão da UE. As diretivas sobre discriminação no trabalho foram promulgadas pelo Conselho. A diretiva caracteriza-se por obrigar o Estado-membro a alcançar um objetivo, mas deixa as autoridades nacionais livres para escolher as formas e métodos, ou seja, as regras que promoverão o resultado determinado pela diretiva. A diretiva obriga direta e inteiramente os Estados-membros aos quais é endereçada. Na prática, contudo, quase sempre as diretivas são endereçadas a todos os Estados-membros. A exceção, até hoje, foram as diretivas sobre o Programa Comum de Agricultura (BORCHARDT, 2010). Como prevê o referido artigo 288 (UE, 1997), a diretiva é um diploma normativo dentre muitos outros possíveis. Difere, por exemplo, da regulamentação (que é direta e inteiramente aplicada, auto-executiva, ou seja, não requer quaisquer medidas de internalização, e deve ter aplicação geral, ou seja, obriga a todos os Estados-membros. As diretivas também diferem das recomendações e das opiniões que não tem força vinculativa. Quando adotada, a diretiva dá aos estados-

consagra, expressamente, o princípio da igualdade de tratamento, proibindo a discriminação com fundamento na origem racial ou étnica. Uma das mais importantes diretivas do Conselho da UE, que trata do tema, é a Diretiva 2000/78/CE, que, com base no artigo 19 do Tratado da União Europeia, estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na ocupação. Na Diretiva 2000/78/CE (CONSELHO DA UE, 2000b, Consideração nº 4, tradução nossa), o Conselho da UE reafirma que “o direito das pessoas à igualdade perante a lei e à proteção contra a discriminação constitui um direito universal”.

Nos termos do seu artigo 1º (CONSELHO DA UE, 2000b, tradução nossa), a Diretiva 2000/78/CE “tem por objeto estabelecer um quadro geral para lutar contra a discriminação [...], no que se refere ao emprego e à atividade profissional, com vista a pôr em prática nos Estados-Membros o princípio da igualdade de tratamento”. Nessa diretiva, corrobora-se que a religião, as convicções, a deficiência, a idade ou a orientação sexual, por si só, são fundamentos discriminatórios. O artigo 2º da Diretiva 2000/78/CE (CONSELHO DA UE, 2000b, tradução nossa) define o conceito de discriminação, enunciando, em seus incisos 1 a 5, que:

[...] 1. Para efeitos da presente diretiva, entende-se por 'princípio da igualdade de tratamento' a ausência de qualquer discriminação, direta ou indireta, por qualquer dos motivos referidos no artigo 1º

2. Para efeitos do nº 1:

a) Considera-se que existe discriminação direta sempre que, por qualquer dos motivos referidos no artigo 1º, uma pessoa seja objeto de um tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido ou possa vir a ser dado a outra pessoa em situação comparável;

b) Considera-se que existe discriminação indireta sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra seja susceptível de colocar numa situação de desvantagem pessoas com uma determinada religião ou convicções, com uma determinada deficiência, pessoas de uma determinada classe etária ou pessoas com uma determinada orientação sexual, comparativamente com outras pessoas, a não ser que:

i) essa disposição, critério ou prática sejam objetivamente justificados por um objetivo legítimo e que os meios utilizados para alcançá-lo sejam adequados e necessários, ou que,

---

membros um prazo para sua implementação. Quando o Estado-membro já possui leis que promovem o objetivo da diretiva, o estado-membro não pode mais revogar a norma que o prevê. Normalmente, o que ocorre é os estados-membros são obrigados a fazer modificações em seus ordenamentos internos para a diretiva ser implementada corretamente. Essas modificações são chamadas de transposições. Se um estado-membro falha na transposição, a Comissão da UE pode iniciar uma ação contra esse Estado-membro no Tribunal de Justiça Europeu. O mesmo pode acontecer quando o Estado-membro prevê normativamente o objetivo, porém não o torna efetivo. Apesar de as diretivas não tivessem originalmente o objetivo de para obrigar os Estados-membros antes de serem por eles implementadas, o Tribunal de Justiça Europeu, no caso *Banduyn/74*, desenvolveu a teoria do efeito direto, segundo a qual diretivas não implementadas ou insuficientemente implementadas podem, por decisão do Tribunal, ter força normativa. Percebe-se, dessa forma, a relevância da espécie normativa da diretiva no contexto jurídico comunitário europeu (BORCHARDT, 2010).

ii) relativamente às pessoas com uma determinada deficiência, a entidade patronal, ou qualquer pessoa ou organização a que se aplique a presente diretiva, seja obrigada, por força da legislação nacional, a tomar medidas adequadas, de acordo com os princípios previstos no artigo 5º, a fim de eliminar as desvantagens decorrentes dessa disposição, critério ou prática.

3. O assédio é considerado discriminação, na acepção do nº 1, sempre que ocorrer um comportamento indesejado relacionado com um dos motivos referidos no artigo 1º, com o objetivo ou o efeito de violar a dignidade de uma pessoa e de criar um ambiente de trabalho intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador. Neste contexto, o conceito de «assédio» pode ser definido em conformidade com as legislações e práticas nacionais dos Estados-Membros.

4. Uma instrução no sentido de discriminar pessoas por um dos motivos referidos no artigo 1º é considerada discriminação na acepção do nº 1.

5. A presente diretiva não afeta as medidas previstas na legislação nacional que, numa sociedade democrática, sejam necessárias para efeitos de segurança pública, defesa da ordem e prevenção das infrações penais, proteção da saúde e proteção dos direitos e liberdades de terceiros.

É importante observar que o inciso 5 do artigo 2º, acima transcrito, bem como os artigos 3º, 4º e 6º estabelecem que determinados fundamentos para um tratamento desigual não são considerados discriminatórios. Nesses dispositivos, alguns fundamentos, para um tratamento desigual em matéria de emprego e ocupação, considerados como não discriminatórios são, por exemplo, (1) a nacionalidade, (2) os pagamentos de qualquer espécie efetuados por regimes públicos ou equiparados (incluindo os regimes públicos de segurança social ou proteção social), (3) a deficiência ou idade no caso das forças armadas, (4) a segurança pública, (5) a defesa da ordem e prevenção das infrações penais, (6) a proteção da saúde, (7) a proteção dos direitos e liberdades de terceiros e (8) os requisitos que sejam considerados essenciais e determinantes para o exercício de uma atividade em virtude de sua natureza ou do contexto de sua execução, respeitada a proporcionalidade em sentido amplo<sup>63</sup>. O dispositivo mais relevante desse grupo de fontes é artigo 6º, pois determina que um fundamento de um tratamento desigual não será considerado discriminatório se ele for objetiva e razoavelmente justificado. O artigo 6º da Diretiva 2000/78/CE valida, objetivamente, a interpretação apresentada nos tópicos 1.1 e 2.2. Outras diretivas do Conselho da UE que tratam da proibição de discriminação em matéria de emprego e ocupação estão apresentadas no final do Apêndice B desta dissertação.

---

<sup>63</sup> O conceito de proporcionalidade será brevemente analisado no capítulo 4.

## 2.2 Conceito jurídico do princípio de proibição de discriminação e conceito jurídico de discriminação

Observam-se, na doutrina, muitas interpretações do princípio da proibição de discriminação.<sup>64</sup> Esse princípio pode ser expresso por diversos enunciados deônticos. Talvez o mais simples deles seja “está proibido discriminar”. Por meio desse enunciado, já é possível perceber que a definição do conceito jurídico do princípio da proibição de discriminação pressupõe necessariamente um conceito de discriminação. Portanto, é necessário conceituar o que é, juridicamente, discriminação.<sup>65</sup> Sustenta-se, nesta pesquisa, uma interpretação do conceito jurídico de discriminação a partir de quatro pressupostos hermenêuticos: (1) elementos do conceito de dignidade da pessoa humana, (2) o mandado de tratamento igual do princípio geral de igualdade, (3) o mandado de tratamento desigual do princípio geral de igualdade e (4) as proposições normativas do princípio da proibição de discriminação.

Acerca do conceito de discriminação, Barzotto (L. C., 2012) sustenta a tese de que a discriminação consiste na violação à dignidade da pessoa humana. Barzotto (L. C., 2012, p. 36) sintetiza que “a tradição ocidental estabeleceu que todas as pessoas são iguais em dignidade, e esta igualdade funda-se na posse da condição de pessoa”.<sup>66</sup> Para a autora, a dignidade da pessoa humana pode ser compreendida como a “aceitação e identificação do outro como reflexo da

---

<sup>64</sup> Toda a literatura brasileira sobre discriminação e/ou ações afirmativas em matéria de emprego e ocupação a qual se teve acesso na realização desta pesquisa foi sistematizada no Apêndice C desta dissertação.

<sup>65</sup> Nesta pesquisa, objetiva-se definir discriminação como fenômeno jurídico. Diversos ramos das ciências constroem, por seus respectivos métodos, outros conceitos de discriminação, como, por exemplo, a sociologia, a econômica, a psicologia, a filosofia, a política, a antropologia. No capítulo 6, será apresentado um conceito econômico de discriminação e, no capítulo 7, será construído, por indução, um conceito de discriminação a partir da teoria do reconhecimento de Axel Honneth. No discurso jurídico sobre discriminação, é comum observar a utilização dos termos discriminação, diferenciação, classificação, separação, distinção, dentre outros. Esses termos costumam ser utilizados sem distinção técnica. Vale lembrar ainda que os conceitos científicos de discriminação diferem epistemicamente dos conceitos de discriminação construídos precipuamente pelo senso comum.

<sup>66</sup> Na doutrina brasileira, não se observam conceitos jurídicos precisos acerca da discriminação. Além do referencial teórico adotado, destaca-se o conceito de Lima (2011, p. 311), quem conceitua discriminação como “o tratamento diferenciado menos favorável que o dispensado a outra pessoa ou grupo, em decorrência de uma relação de trabalho, praticado por qualquer pessoa ou resultante de uma situação de afinidade pessoal de qualquer natureza, antes de sua celebração, durante seu transcurso ou depois de seu término, por qualquer motivo que não possa ser justificado mediante os critérios de proporcionalidade e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício dos direitos laborais ou os direitos humanos e as liberdades fundamentais de qualquer natureza, em qualquer campo e aspecto da vida laboral, privada ou pública”. Nenhuma obra, dentre as acessadas, analisa de forma tão detalhada o conceito de discriminação quanto a obra de Lima.



humanidade em comum” (BARZOTTO, L. C., 2012, p. 37).<sup>67</sup> A autora (BARZOTTO, L.C., 2012, p. 36-37) ensina que:

A dignidade humana se articula, enquanto valor, aos emblemáticos ditames universais de liberdade, igualdade e fraternidade. Estes princípios representam a manifestação da dignidade humana. Sobre a dignidade da pessoa humana, diz-se que ‘o ser humano é sempre um valor em si e por si, e exige ser considerado e tratado como tal, e nunca ser considerado e tratado como um objetivo que se usa, um instrumento, uma coisa’ e, mais ‘tudo o que existe sobre a terra deve ser ordenado em função do homem, como seu centro e seu termo’. [...] As questões de discriminação podem ser pontuadas como uma afronta à dignidade humana: uma ausência de fraternidade (o princípio esquecido da Revolução Francesa) e um *deficit* de reconhecimento.<sup>68</sup>

Apesar de estar iusfundamentalmente correta, a definição de discriminação por meio do conceito de dignidade da pessoa humana substitui um vazio conceitual por outro ainda maior. Na doutrina jurídica brasileira, não há consenso acerca do conceito de dignidade da pessoa humana. Alguns autores sustentam conceitos amplos; outros sustentam conceitos estritos; há os que sustentam ser esse conceito juridicamente indeterminável e há os que, como Barzotto (L. C., 2012) e Alexy (2010), afirmam que a relação de conceituação é inversa, devendo os direitos fundamentais conceituar a dignidade da pessoa humana, e não o inverso. É certo que o conceito jurídico de discriminação seria completamente construído somente por meio da definição do conceito de dignidade da pessoa humana, o que não pôde ser desenvolvido nesta pesquisa. A despeito dessa indeterminação e dos limites desta pesquisa, é possível extrair, do referencial adotado, dois pressupostos que bastam para a finalidade ora proposta de interpretar o conceito jurídico de discriminação.

O primeiro pressuposto é que o principal bem jurídico fundamental que o princípio da proibição de discriminação visa a tutelar é a dignidade da pessoa humana. Em sentido contrário ao ora proposto, é comum, na doutrina jurídica brasileira, a afirmação de que o principal bem jurídico protegido pelo referido princípio é, por exemplo, a pluralidade, a diversidade, a identidade, a inclusão, a redistribuição, dentre outros. Com efeito, é possível que tais bens jurídicos sejam associados a direitos fundamentais (inclusive ao princípio da proibição de

<sup>67</sup> No capítulo 7, esse referencial é apresentado mais detalhadamente, bem como alguns dos pressupostos metafísicos que inevitavelmente foram adotados.

<sup>68</sup> Conforme afirma Barzotto (L. F., 2010), esse conceito tem também pressupostos antropológicos.

discriminação) e, portanto, sejam por eles garantidos. Todavia, nenhum desses bens é o principal bem jurídico que o princípio da proibição de discriminação visa a tutelar.

O segundo pressuposto é que, por definição, a dignidade é, necessariamente, igual e comum a toda pessoa humana. Entendemos que o segundo pressuposto confere dois elementos objetivos ao conceito de dignidade. O primeiro é que <<todas as pessoas humanas têm dignidade>> e o segundo é que <<todas as pessoas humanas têm a mesma dignidade>>.

O primeiro elemento objetivo implica que a dignidade a qual a discriminação refere-se é exclusiva da pessoa humana. Consequentemente, tem-se a impossibilidade jurídica de pessoas jurídicas serem discriminadas, uma vez que, por não serem pessoas humanas, não possuem dignidade. Caso se interprete em sentido contrário, é necessário justificar que a pessoa jurídica é pessoa humana. A impossibilidade jurídica de pessoas jurídicas serem discriminadas não obsta, contudo, que um tratamento entre pessoas jurídicas viole o princípio geral de igualdade. Na hipótese de haver razões suficientes para ordenar um tratamento desigual entre, por exemplo, empresas de pequeno e de grande porte, o tratamento igual realizado entre elas viola o princípio de igualdade, mas não o da dignidade.<sup>69</sup>

O segundo elemento objetivo implica que o princípio da dignidade da pessoa humana proíbe *desigualdades qualitativas ou quantitativas de dignidade* entre pessoas humanas. Portanto, se houver desigualdades qualitativas ou quantitativas de dignidade entre pessoas humanas, há discriminação. Por essa condicional, afirma-se que a desigualdade de dignidade é uma forma de violação à dignidade da pessoa humana e, consequentemente, é uma forma de discriminação. Não se afirma, com isso, que essa é a única forma de violação à dignidade da pessoa humana, nem que existam outras formas de violação à dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, discriminar é pressupor que duas ou mais pessoas humanas têm diferentes dignidades. No mesmo sentido, discriminar também é atribuir diferentes dignidades ou quaisquer valores a pessoas humanas exclusivamente segundo diferenças existentes entre pessoas humanas, por exemplo, segundo a raça, a condição econômica ou a nacionalidade, pois tal conduta é equivalente a pressupor desigualdade de dignidades entre pessoas

---

<sup>69</sup> Em atenção a essa hipótese, não é possível juridicamente presumir que todo tratamento que viole o princípio da igualdade viole também o princípio da dignidade da pessoa humana, pois é possível que esse tratamento não ocorra entre pessoas humanas.

humanas. Traduzindo em termos jurídicos, o princípio da proibição de discriminação proíbe a relativização valorativa da dignidade da pessoa humana em quaisquer mandados do ordenamento jurídico. Por exemplo, o princípio da proibição de discriminação implica que nunca uma desigualdade qualitativa ou quantitativa de dignidade entre pessoas humanas poderá ser utilizada para realizar a terceira valoração exigida pela fórmula de igualdade (apresentada no tópico 1.1), isto é, para qualificar as pessoas humanas em iguais e desiguais. Da mesma forma, uma desigualdade qualitativa ou quantitativa de dignidade entre pessoas humanas nunca será uma razão suficiente para um tratamento desigual entre pessoas humanas.

Segundo essa linha de raciocínio, restaria definir o que é *uma desigualdade de dignidade* e, nesse sentido, o que é uma desigualdade que viola a dignidade da pessoa humana. Novamente deparamo-nos com os limites desta pesquisa, uma vez que essa definição seria completa somente por meio da definição do conceito de dignidade da pessoa humana. Todavia, se, por um lado, não podemos sustentar uma definição definitiva, por outro lado, podemos sustentar uma definição parcial a luz de outros direitos fundamentais. Nesse sentido, aduzimos que os mandados do princípio geral de igualdade, pelos quais é possível interpretar o segundo elemento objetivo do conceito jurídico de dignidade, e as proposições normativas do princípio da proibição de discriminação permitem definir critérios para identificar se o fundamento de um tratamento entre pessoas humanas viola a igualdade. Afirmamos que esse juízo é parcial, pois o fato de um fundamento de um tratamento entre pessoas humanas violar a igualdade é uma condição necessária para a violação da dignidade da pessoa humana, mas não é uma condição suficiente. Essa é uma solução própria da dogmática jurídica.<sup>70</sup>

O juízo parcial consiste em identificar se o fundamento de um tratamento desigual entre pessoas humanas é ou não, no caso concreto, uma razão suficiente para o tratamento desigual em análise.<sup>71</sup> É importante observar que essa fórmula

---

<sup>70</sup> Poder-se-ia cogitar uma presunção jurídica de que desigualdades que violam o direito geral à igualdade sejam equivalentes às desigualdades que violam a dignidade da pessoa humana. Essa interpretação não criaria uma presunção de discriminação, uma vez que o tratamento desigual deve sempre ser justificado por uma razão suficiente, ou seja, nas palavras de Alexy, o tratamento desigual não possui carga de argumentação. Não obstante, essa presunção seria juridicamente inviável pela razão já exposta de que é possível um tratamento que viole o direito geral à igualdade, mas que, por não referir-se a pessoas humanas, não viole a dignidade da pessoa humana. Apesar de ser inviável, a hipótese de presunção não é desprezível, pois, por meio dela, é possível observar que a carga argumentativa do tratamento igual serve para evitar violações não apenas ao princípio da igualdade jurídica, mas também ao princípio da dignidade da pessoa humana.

<sup>71</sup> Evidencia-se que a única diferença entre o juízo de conformidade ao direito geral à igualdade e o juízo parcial de conformidade ao princípio da dignidade humana é que o tratamento deve referir-se a pessoas humanas.

pressupõe dois conceitos distintos: o <<conceito de fundamento de um tratamento>> e o <<conceito de razão suficiente>>. Assim, tem-se que todo tratamento desigual tem um fundamento<sup>72</sup> e todo fundamento, no caso concreto, será ou não uma razão suficiente. Essa fórmula também pressupõe que nenhum tratamento, seja ele igual ou desigual, seja ele omissivo ou comissivo, é, por si só, discriminatório. Por exemplo, se o fundamento de um tratamento desigual a duas ou mais pessoas humanas não for uma razão suficiente para esse tratamento desigual ele *poderá ser* discriminatório. Mas essa não é a única hipótese em que um fundamento pode ser discriminatório.

Do referencial exposto no tópico 1.1 e no presente tópico, pôde-se inferir que o mandado de tratamento igual do princípio geral de igualdade é expresso pelo seguinte enunciado deôntico condicional: <<se não há uma razão suficiente para *permitir* um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento igual>>. Dito de outra forma, um dos mandados do direito geral à igualdade determina que <<se não há, por meio de uma fundamentação iusfundamental, no caso concreto, uma razão suficiente para permitir um tratamento desigual, então está proibido um tratamento desigual>>. Logo, de acordo com o mandado de tratamento igual, o fundamento de um tratamento desigual entre pessoas humanas poderá ser discriminatório, (1) se, no caso concreto, não for uma razão suficiente para *permitir* esse tratamento desigual.

Segundo a mesma lógica, de acordo com o mandado de tratamento desigual do princípio geral de igualdade, deve-se aferir se um tratamento desigual está ordenado. Assim, se houver uma razão suficiente para ordenar um tratamento desigual, então esse tratamento desigual ordenado será devido, ao passo que um tratamento igual ou outro tratamento desigual não serão devidos. Logo, de acordo com o mandado de tratamento desigual, o fundamento de um tratamento desigual entre pessoas humanas poderá ser discriminatório, (2) se, no caso concreto, não for uma razão suficiente para *ordenar* esse tratamento desigual e o fundamento de um tratamento igual entre pessoas humanas poderá ser discriminatório (3) se, no caso concreto, houver uma razão suficiente que *ordene* um tratamento desigual.

Desse modo, a identificação de um fundamento como discriminatório é, em última análise, feita mediante a fundamentação iusfundamental correta de uma

---

<sup>72</sup> Até mesmo os tratamentos iguais devem ter como fundamento ou a inexistência de uma razão suficiente que ordene um tratamento desigual ou a existência de uma razão suficiente que permita um tratamento desigual.

desigualdade como uma razão suficiente para, no caso concreto, permitir ou ordenar um tratamento desigual. Considerando-se as proposições normativas da CRFB, aduz-se que, na argumentação iusfundamental de uma razão como suficiente, para cada caso concreto, deve-se considerar, dentre os argumentos existentes e os princípios contrapostos, que a igualdade é um valor supremo de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, que um dos objetivos da RFB é construir uma sociedade livre, justa e solidária, que a RFB está obrigada a promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, que essa república tem, como fundamentos, a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho e que essa república tem, como fim de sua ordem social, a justiça social.<sup>73</sup> É precisamente nessa argumentação que deve-se aferir se a desigualdade em questão é uma desigualdade de dignidade. Essa interpretação coaduna-se com a terminologia adotada pelas fontes formais na positivação da discriminação. Desse modo, a Convenção nº 111 da OIT, por exemplo, utiliza explicitamente o conceito de igualdade ao conceituar o princípio da proibição de discriminação.<sup>74</sup> Corroborando a interpretação adotada acerca da discriminação, aduz-se um argumento histórico. As fontes formais do princípio da proibição de discriminação anteriormente apresentadas conceituam juridicamente a discriminação referindo-se à raça, ao gênero e à origem, fundamentos que, em sociedades humanas, foram utilizados, por si só, para atribuir *status* privilegiado a uns indivíduos em detrimento de outros.

Nesse sentido, uma interpretação sistemática e teleológica permite concluir que as fontes formais, notadamente a CRFB, definem expressamente alguns

---

<sup>73</sup> Recorde-se que, na interpretação e aplicação do princípio da proibição de discriminação, devem ser considerados argumentos não apenas jurídicos, conforme defendido nos tópicos 1.1 e 1.2.

<sup>74</sup> Essa Convenção utiliza o conceito de igualdade de oportunidades e de tratamento. Em primeiro lugar, deve-se ressaltar que, por interpretação sistemática, a igualdade de tratamento é ordenada apenas quando não houver uma razão suficiente para permitir ou ordenar um tratamento desigual. Em segundo lugar, entendemos que o conceito de igualdade de oportunidades é mais restrito que o de igualdade de tratamento. Em terceiro lugar, aduzimos que a igualdade de oportunidade deve ser precipuamente associada ao princípio da proibição de discriminação, mas, não, exclusivamente, aos princípios da igualdade fática e da liberdade (neste caso, por meio da tese da liberdade fática), pois, conforme será visto no tópico 3.3, a associação a estes últimos princípios é problemática. A despeito disso, o conceito de igualdade de oportunidades foi irrefutavelmente o conceito adotado pela OIT (FREDMAN, 2002). Interpretando a normativa internacional, Barzotto (L. C., 2007, p. 114) explica que a OIT, ao positivar a igualdade e a proibição de discriminação em matéria de emprego e ocupação, teve como objetivo “promover a igualdade para membros de certos grupos de trabalhadores, em função da sua vulnerabilidade e necessidade de proteção”. Outro conceito adotado pela OIT na positivação do princípio da proibição de discriminação foi o de tratamento menos favorável. Conforme sustentamos no tópico 3.1, essa qualificação, possivelmente decorrente de ponderação abstrata com o princípio trabalhista da proteção, também é imprópria, pois nenhum tratamento pode ser mais ou menos favorável a alguém, mas tão-somente permitido, proibido ou ordenado.

fundamentos que, isoladamente, não são razões suficientes para os mandados de tratamento igual e desigual, isto é, as fontes formais dispõem que determinados fundamentos, por si só, não podem ser qualificados como razões suficientes para um tratamento desigual.<sup>75</sup> Como consequência dessa interpretação, tem-se que, se, no caso concreto, outros argumentos existirem ou princípios contrapostos assumirem um peso maior na ponderação, é possível que os fundamentos citados pelas fontes formais tornem-se razões suficientes. Um bom exemplo disso é a diferenciação de cor utilizada para a seleção de participantes em uma pesquisa de alguma variável relacionada à saúde ou à taxa de formalização de trabalho dos indivíduos de uma etnia específica. Nesse exemplo, a cor não é um fundamento discriminatório, porque o resultado e a finalidade dessas pesquisas podem ser uma razão suficiente para tratar os indivíduos desigualmente, isto é, tratá-los como participantes ou não participantes da pesquisa segundo sua cor. Ademais, é possível a existência de outros fundamentos não previstos nas fontes formais e que, por si só, não sejam razões suficientes para tratamentos desiguais tais como os antecedentes criminais, o padrão estético do trabalhador ou o fato de o trabalhador já ter exercido seu direito de acesso à justiça. Pelas razões expostas, defende-se que o rol de fundamentos contido nas fontes formais deve ser interpretado como exemplificativo (não taxativo) e condicionado ao fato de esses fundamentos serem exclusivos. Logo, nenhum fundamento, ainda que positivado em norma de caráter fundamental, é absolutamente proibido. Como será demonstrado adiante, na hipótese de ações afirmativas serem consideradas juridicamente válidas, elas *devem* utilizar fundamentos como raça, cor, sexo ou religião, se esses fundamentos forem, no caso concreto, razões suficientes para *ordenar* o tratamento desigual. Com efeito, o enunciado deôntico que melhor expressaria o princípio da proibição de discriminação seria o seguinte: estão proibidos quaisquer fundamentos se forem discriminatórios. É possível afirmar, com certeza, que uma das características que os fundamentos discriminatórios têm em comum, seja os existentes na relação de emprego e ocupação, seja os existentes em relações jurídicas de outra natureza jurídica, é que eles violam a condição normativa de igualdade entre os indivíduos.

O modelo teórico de Alexy tem como vantagem a possibilidade de associar às fontes formais, por meio de argumentação, diversas razões para os mandados de

---

<sup>75</sup> Nesse sentido, Mello (1993).

tratamento igual ou desigual como, por exemplo, os requisitos que forem justificadamente necessários e proporcionais<sup>76</sup> à atividade profissional, dentre outros previstos nos artigos 3º, 4º e 6º da Diretiva 2000/78/CE (CONSELHO DA UE, 2000b).<sup>77</sup>

Na doutrina brasileira, Mello (1993) afirma que todo fundamento de diferenciação deve atender a três requisitos, sob pena de violação à norma de igualdade, os quais preceituam que o fundamento de uma diferenciação: (1) não deve singularizar, no presente e definitivamente, uma pessoa, coisa ou situação; (2) deve residir nas pessoas, coisas ou situações que são diferenciadas; e (3) deve ter correlação lógica com o tratamento estabelecido pela norma.<sup>78</sup> Sistematiza o autor (MELLO, 1993, p. 47) que:

Há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando:

I – A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas ou uma pessoa futura e indeterminada.

II – A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. [...]

III – A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de *discrimen* adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados.<sup>79</sup>

Dessa forma, Mello (1993, p. 17-18) argui que “qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações, pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório, donde se segue que, de regra, não é no traço de diferenciação escolhido que se deve buscar algum desacato ao princípio isonômico”.<sup>80</sup> Rios (2008)

<sup>76</sup> O conceito de proporcionalidade em sentido amplo será parcialmente desenvolvido no capítulo 4.

<sup>77</sup> Seguindo essa interpretação e a exceção do artigo 4º da Diretiva supracitada, seria uma razão suficiente para inadmissão de um candidato para o cargo de aeronauta o fato de o candidato não ter curso de formação em aeronáutica. A partir desse referencial, também é possível interpretar as hipóteses de justa causa da legislação trabalhista como razões suficientes para permitir um tratamento desigual, o qual, nesse caso, consistiria na dispensa de trabalhadores que incorressem nas hipóteses de justa causa.

<sup>78</sup> Mello (1993) adverte que essa correlação lógica não é absoluta, pois é influenciada por valores de um determinado arranjo social. Para o autor é a correlação lógica, também denominada por ele de “justificativa racional”, que impede a existência de arbitrariedade no tratamento igual ou desigual estabelecido pela norma. Como visto no tópico 1.1, em sentido contrário, Alexy (2008) sustenta que essa correção deve ser feita por pares de comparação.

<sup>79</sup> Os dois outros critérios sustentados por Mello (1993, p. 47-48) para a ofensa ao princípio da igualdade são: “IV – A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o *discrimen* estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente. V – A interpretação da norma extrai dela distinções, *discrimens*, desequiparações que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita.” Registre-se que os cinco critérios de Mello não são cumulativos.

<sup>80</sup> Quanto à expressão “fator discriminatório”, lembre-se a nota de rodapé nº 23 desta dissertação.

ensina que, no direito norte-americano, a definição de um fundamento como discriminatório depende, dentre outras variáveis, do fato de esse fundamento referir-se a uma condição pessoal ou a escolhas e condutas. O autor explica que o primeiro tipo de fundamento seriam as “condições subjetivas imutáveis e involuntárias, às quais se associam identidades” (RIOS, 2008, p. 54) e que sua proibição originar-se-ia “da tradição constitucional liberal, segundo a qual os indivíduos devem ser julgados por seus próprios méritos e defeitos” (RIOS, 2008, p. 61). Por sua vez, o segundo tipo de fundamento, relativo a liberdades fundamentais, compreenderia tanto o *status*, “condição definida por noções de inclinação, disposição, desejo, propensão ou orientação” (RIOS, 2008, p. 70), quanto a conduta, “atividade ou prática efetivamente ocorridas” (RIOS, 2008, p. 70). Por meio dessa última distinção, que se originou na jurisprudência da Suprema Corte acerca da Oitava Emenda, são proibidas a inferência de alguma condutas exclusivamente pelo *status* e a restrição a alguma conduta justificada exclusivamente na desqualificação do *status* (RIOS, 2008).<sup>81</sup>

No mesmo sentido que o ora proposto, as proposições normativas contidas nas fontes formais apresentadas definem, em síntese, discriminação como toda distinção, exclusão, restrição ou preferência (qualquer tratamento desigual), baseada em raça, cor, descendência, origem nacional ou étnica (fundamentado em razões não suficientes para, por si só, permitir ou para ordenar o tratamento desigual), que tenha como objetivo ou resultado anular ou restringir o reconhecimento ou exercício de direitos e liberdades em qualquer campo da vida pública (que tenha o objetivo de causar ou que cause dano a direito alheio). Pode-se evidenciar que essas proposições correspondem parcialmente ao mandado de tratamento igual do

---

<sup>81</sup> Rios expõe que, nesse ordenamento jurídico, o reconhecimento do primeiro tipo de fundamento exige que um grupo de indivíduos discriminados por sua condição pessoal: “(1) Sujeita-se, histórica e intencionalmente, a tratamento desigual por parte da maioria; (2) é vítima de um processo de estigmatização; (3) é objeto de preconceito e hostilidade difusos; (4) recebe tratamento desigual decorrente de esteriótipos sobre suas capacidades; (5) constitui parcela minoritária e pouco expressiva, com participação política seriamente prejudicada; (6) tem nas características próprias, imutáveis (ou muito dificilmente modificáveis) e constituintes de sua identidade, o fundamento da diferenciação e (7) apresenta, como causa da discriminação, uma característica irrelevante para sua participação positiva na sociedade” (RIOS, 2008, p. 55). O autor adverte, contudo, que o próprio conceito de imutabilidade é incerto, sendo sua validade como critério recentemente questionada. Já o segundo tipo de fundamento, também protegido pelo princípio da igualdade, teria as vantagens de “possibilitar uma melhor compreensão do direito antidiscriminação [...] distinguir estas duas espécies de critérios protegidos [...] evitar interferências indevidas entre certas situações pessoais [...] prevenir-se contra restrições e ingerências abusivas de terceiros” (RIOS, 2008, p. 69), defendendo o autor, portanto, que a distinção entre *status* e conduta seja adotada no direito antidiscriminação brasileiro. Ele salienta, contudo, que “sua aplicação deve ser cuidadosa. Isto porque, inadvertida ou implicitamente, sua utilização pode deixar intactas ou mesmo reforçar percepções negativas sobre certas identidades ou práticas, produzindo um efeito discriminatório indesejado” (RIOS, 2008, p. 72).



princípio geral de igualdade. Contudo, é necessário admitir que as hipóteses de discriminação a ele não se limitam. Como visto anteriormente, aplicando-se ainda o mandado de tratamento igual, tem-se que pode ser discriminatório um tratamento desigual fundamentado em razões não suficientes para, por si só, permitir ou para ordenar o tratamento desigual. Aplicando-se o mandado de tratamento desigual, tem-se que, havendo razões suficientes para ordenar um tratamento desigual, também pode ser discriminatório um tratamento igual ou um tratamento desigual não ordenado. Além disso, não se pode interpretar restritivamente que os danos causados pela discriminação referem-se apenas a direitos a algo e liberdades e não a competências.<sup>82</sup> Nesse sentido, as proposições normativas são meramente exemplificativas quanto às espécies de direitos que podem ser violadas por um tratamento discriminatório. O logro dessas proposições normativas é definir elementos caracterizadores da discriminação que não apenas superam parcialmente as indeterminações originadas pelo conceito de dignidade da pessoa humana como também possibilitam maior racionalidade e segurança na subsunção de regras cujo suporte fático seja composto pelo elemento discriminação.

Para precisar ainda mais o conceito de discriminação, é necessário adotar, novamente, o método dogmático. Como foi visto, o primeiro elemento que compõe o conceito de discriminação é o tratamento, isto é, a conduta. Conforme sustentamos, o tratamento, para ser discriminatório, deve ser realizado entre pessoas humanas e deve violar pelo menos um dos mandados do direito geral à igualdade. O segundo elemento que compõe o conceito de discriminação pode ocorrer em duas hipóteses. Para haver juridicamente discriminação, o tratamento deve ter sido realizado com o objetivo de causar dano a direito alheio (elemento alternativo subjetivo) ou deve ter causado dano a direito alheio (elemento alternativo objetivo). Ao empregarem o termo <<ou>> de forma não exclusiva, as proposições normativas sugerem que os elementos sejam <<alternativos não exclusivos>>, isto é, que, para ocorrer discriminação, é admissível a ocorrência de ambos os elementos, mas basta a ocorrência de apenas um.

---

<sup>82</sup> Esta pesquisa adotou como referencial o sistema de direitos fundamentais proposto por Alexy, o qual está apresentado no tópico 3.2.

A discriminação que ocorre mediante o segundo elemento alternativo subjetivo pode ser juridicamente qualificada de discriminação subjetiva dolosa.<sup>83</sup> A discriminação subjetiva dolosa exige prova tanto do tratamento quanto do dolo, ou seja, do objetivo de causar dano a direito alheio. Essa interpretação implicaria consequências, como, por exemplo, a impossibilidade, ao menos jurídica, do consentimento do discriminado como excludente do dolo do discriminador, uma vez que o direito à proibição de discriminação é, no ordenamento jurídico brasileiro, indisponíveis. Em sentido contrário, Rios (2012) sustenta que o dano é também elemento conceitual da discriminação direta.

Já a discriminação que ocorre mediante o segundo elemento alternativo objetivo pode ser juridicamente qualificada de discriminação objetiva.<sup>84</sup> Para a caracterização do elemento alternativo objetivo, é necessária a existência de nexos causal ou entre o dano e o tratamento desigual (na hipótese de descumprimento do mandado de tratamento igual) ou entre o dano e o tratamento igual (na hipótese de descumprimento do mandado de tratamento desigual). A discriminação objetiva, por sua vez, exige prova do tratamento, do dano e do nexo causal. Analogamente à teoria do risco administrativo, acolhida no ordenamento jurídico brasileiro, sustenta-se a hipótese de que a discriminação objetiva também admita excludentes e atenuantes. A nosso juízo, essa hipótese de discriminação objetiva justifica-se como uma forma necessária para proteger o principal bem jurídico fundamental tutelado pelo direito à proibição de discriminação. Barzotto informa que, também na doutrina e na jurisprudência majoritária do ordenamento jurídico europeu, a subsunção das normas de proibição de discriminação independe de critério subjetivo. A autora (BARZOTTO, L. C., 2012, p.44) ensina que:

Não precisa haver a intenção patronal de discriminar, nem motivação, salvo se existir regra expressa, em legislação específica nacional, que exija a prova da intenção ou do fundamento do ato de discriminar. [...] O autor da regra ou prática discriminatória, ainda que desconheça ou não pretenda as consequências segregatórias e negativas de seus atos, os quais conduzem à exclusão, comete discriminação. É irrelevante a intenção de discriminação e importante o impacto final gerado por dada situação em determinada pessoa ou grupo.

---

<sup>83</sup> Entendemos ser juridicamente impossível a discriminação subjetiva culposa por ausência de previsão legal. Será visto, no tópico 2.3, que a doutrina também a denomina discriminação direta. Optou-se por não utilizar essa nomenclatura neste tópico para destacar as semelhanças entre o direito à proibição de discriminação e alguns dos tradicionais institutos jurídicos brasileiros.

<sup>84</sup> Será visto, no tópico 2.3, que a doutrina também a denomina discriminação indireta.

Assim, por exemplo, o tratamento que tenha como fundamento exclusivo uma qualificação que não seja justificadamente necessária e proporcional à atividade profissional não é discriminatória, desde que essa diferenciação não tenha, por efeito, danos a direito alheio. Aduzimos que a caracterização do dano deve ocorrer sempre no caso concreto e que somente pode-se admitir dano a um direito definitivo. Do contrário, ter-se-ia que justificar que alguns tratamentos, por si só, causam danos e, portanto, são discriminatórios, bem como que danos a direitos *prima facie* configurem discriminação.

É o segundo elemento desse conceito jurídico que torna a discriminação um ato ilícito. Ressalte-se que, nos dois elementos alternativos, inexistente no conceito de discriminação a exigência de qualquer benefício ao discriminador. Também não se exige o fundamento discriminatório tenha relevância para aquele que sofre a discriminação.<sup>85</sup> Esse pressuposto está em consonância com o fato de que o direito à igualdade e o direito à proibição de discriminação, pelo fato de serem fundamentais, são indisponíveis, uma vez que são fundamentais. É importante observar que a ausência do segundo elemento tornaria o conceito jurídico de discriminação tautológico em relação ao conceito jurídico do direito geral à igualdade. É, portanto, justamente no último elemento do suporte fático da discriminação que reside a diferença entre o princípio da proibição de discriminação e o mandado de tratamento igual do princípio geral de igualdade. Por isso, diz-se que o princípio da proibição de discriminação tem um elemento que está ausente no mandado de tratamento igual do direito geral à igualdade.

A despeito de sua relevância jurídica, observamos que, se interpretado literalmente, o segundo elemento do conceito de discriminação, principalmente o alternativo objetivo, apresentaria uma incoerência com os mandados do princípio geral de igualdade, uma vez que qualquer tratamento desigual não fundamentado em uma razão suficiente causa dano, ao menos, jurídico a outrem, pois o discriminado terá violado, ao menos, seu direito de ser tratado, conforme o caso, igualmente ou desigualmente. Da mesma forma, haveria incoerência com o princípio da dignidade humana, uma vez que toda discriminação viola esse princípio. Para evitar essas incoerências, as quais invalidariam o segundo elemento do conceito de

---

<sup>85</sup> Dessa forma, a subsunção da discriminação independeria do fato de, por exemplo, um trabalhador, um grupo de trabalhadores ou a maioria dos trabalhadores de uma empresa ou de uma região considerarem, no caso concreto, um fundamento de um tratamento desigual a eles destinado discriminatório ou não.

discriminação, aduz-se que os danos causados por um tratamento discriminatório não devem restringir-se às violações jurídicas dos direitos *prima facie* nos quais o direito à proibição de discriminação se fundamenta. Corroborando o que já havia sido afirmado, os danos causados por um tratamento discriminatório devem ser violações a direitos definitivos do discriminado.

Pelas razões apresentadas, é possível afirmar que, ressalvada a aludida e devida fundamentação iusfundamental, os três elementos exigidos pelas fontes formais conferem maior racionalidade e segurança na subsunção de regras cujo suporte fático seja composto pelo elemento discriminação. Ressalte-se, por fim, que a especificidade dos elementos do suporte fático do conceito de discriminação é essencial para diferenciar o direito à ação afirmativa de outros institutos jurídicos do direito brasileiro, como, por exemplo, os que se referem à responsabilidade civil, penal ou administrativa.

Conclui-se, diante do exposto, que discriminação é, juridicamente, (1) um tratamento entre pessoas humanas que violou (2.a) ou o mandado de tratamento igual ou (2.b) o mandado de tratamento desigual do direito geral à igualdade e (3.a) que teve o objetivo de causar ou (3.b) que causou dano a direito alheio.<sup>86</sup>

Definido o conceito de discriminação, pode-se definir o conceito jurídico do princípio da proibição de discriminação como a modalidade deôntica não condicional que proíbe, (1) entre pessoas humanas, (2.a) ou um tratamento desigual, se não houver uma razão suficiente que o *permita* ou o *ordene*, (2.b) ou um tratamento igual, se houver uma razão suficiente que *ordene* um tratamento desigual, (3.a) que tenha o objetivo de causar ou (3.b) que cause dano a direito alheio.<sup>87</sup>

Pode-se observar que tanto o conceito do princípio da proibição de discriminação quanto o de discriminação pressupõem o direito geral à igualdade. Essa é uma razão que justifica a comum afirmação na doutrina brasileira de que o princípio da proibição de discriminação é um princípio especial de igualdade. O que não deve ser ignorado é que o princípio da proibição de discriminação pressupõe logicamente não apenas o mandado de tratamento igual, mas também o mandado desigual desse direito geral. Vale reforçar também que o princípio da proibição também pressupõe, necessariamente, o princípio da dignidade da pessoa humana.

---

<sup>86</sup> No ordenamento jurídico brasileiro, o conceito de discriminação integra alguns tipos penais cujas fontes formais encontram-se elencadas no Apêndice A, item A.1 e A.2, desta dissertação.

<sup>87</sup> No tópico 3.2, serão apresentadas as posições jurídicas pelas quais pode estruturar-se o direito à proibição de discriminação.

De forma que também é correta a afirmação de que aquele princípio é corolário deste. É oportuno destacar que, apesar de a violação ao princípio da igualdade fática poder ocorrer concomitantemente à discriminação, ela não é condição suficiente para a ocorrência da discriminação. Vale observar que é possível que um tratamento discriminatório não tenha como consequência a desigualdade fática. Ademais, conforme foi visto no tópico 2.1, as proposições normativas do *caput* e do inciso XLI do artigo 5º, dentre outras, tornam a discriminação proibida no ordenamento jurídico brasileiro. Portanto, quando se discrimina, viola-se tanto o princípio da proibição de discriminação, quanto o princípio da igualdade e o princípio da dignidade da pessoa humana. Afirma-se, assim, que a ocorrência da discriminação tem como consequência jurídica a violação múltipla de normas fundamentais.

### **2.3 Fundamentalidade do princípio da proibição de discriminação e classificações jurídicas da discriminação**

Conforme foi possível evidenciar no tópico 2.1, o princípio da proibição de discriminação é, da mesma forma que o princípio da igualdade, uma norma diretamente estatuída pelas proposições normativas constitucionais. Adotando-se o referencial teórico apresentado no tópico 1.3, é possível concluir também que o princípio da proibição de discriminação é uma proposição normativa de direito fundamental. Pelo fato de a proposição normativa do inciso XLI do artigo 5º estar contida na seção de direitos fundamentais da CRFB, conclui-se que ela é fundamental, consoante o critério formal. Ademais, pelo fato de essa proposição normativa conferir direitos subjetivos, que são, inclusive, protegidos pelas garantias fundamentais constitucionais, conclui-se que ela é fundamental, consoante o critério estrutural. A aplicação do princípio da proibição de discriminação nas relações de emprego e ocupação, por força dos incisos XXX, XXXI e XXXII do artigo 7º da CRFB (BRASIL, 1988), reforça a tese da eficácia horizontal do direito fundamental à igualdade e a respectiva ideia de que todos os indivíduos são destinatários dos direitos fundamentais independentemente da natureza, pública ou privada, da relação jurídica. Destarte, por ser diretamente estatuído pela Constituição, por haver determinação expressa constitucional de aplicação do referido princípio às relações de emprego e ocupação e por ser norma de direito fundamental, não pode restar

dúvida de que o princípio da proibição de discriminação aplica-se às relações de emprego e ocupação.

A doutrina criou diversas classificações para a discriminação. São exemplos de critérios utilizados pela doutrina: o fundamento da discriminação, a intencionalidade da discriminação, o valor positivo ou negativo da discriminação, dentre outras. A classificação que tem como critério o fundamento da discriminação é importante, pois, como visto no tópico anterior, ela pressupõe o próprio conceito de discriminação. Observou-se, no tópico 2.1, que a positivação do princípio da proibição de discriminação é formulada através dos conceitos de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política, origem nacional ou social, dentre outros. A doutrina refere-se a tais conceitos como fundamentos, critérios<sup>88</sup> ou fatores<sup>89</sup> proibidos de discriminação. Segundo o fundamento, a discriminação pode ser típica (caso seu fundamento esteja previsto em fontes formais) ou atípica (caso seu fundamento não esteja previsto em fontes formais). Antes de classificar qualquer discriminação em um desses dois grupos, é necessário identificar se o fundamento de um tratamento desigual, no caso concreto, viola ou não o princípio da proibição de discriminação. Verificada a ocorrência de discriminação, pode-se classificá-la como uma discriminação típica, isto é, cujo fundamento estava previsto nas fontes formais, ou uma discriminação atípica, isto é, cujo fundamento não estava previsto nas fontes formais.

Visando a garantir efetividade ao princípio da proibição de discriminação, foi criada uma classificação da discriminação, acolhida pelas fontes formais, que utiliza como critério a intencionalidade da discriminação. Segundo esse critério, a discriminação poderia realizar-se de duas formas: diretamente ou indiretamente. Rios afirma que “enquanto a discriminação direta atua mediante o *estabelecimento de uma diferenciação com o propósito de prejudicar*, a discriminação indireta produz tal prejuízo por meio de práticas, requerimentos ou medidas neutras e não-intencionais”. O autor sustenta que a discriminação direta pode ocorrer tanto nos fins, quanto nos meios de um tratamento desigual e que ela possui três modalidades: a discriminação explícita, que consiste no tratamento discriminatório que explicitamente excluiu um determinado grupo ou parte deste; a discriminação na aplicação (administrativa ou jurisdicional) do direito, que “ocorre quando,

---

<sup>88</sup> Nesse sentido, Rios (2008).

<sup>89</sup> Nesse sentido, Mello (1993).

independentemente das intenções do instituidor da medida, a diferenciação ocorre, de modo intencional, no momento da execução da medida ou da lei” (RIOS, 2008, p. 92); e, por fim, a discriminação na concepção da legislação ou medida, que “ocorre quando a medida adota exigências que, aparentemente neutras, foram concebidas, de modo intencional, para causar prejuízo a certo indivíduo ou grupo” (RIOS, 2008, p. 96).<sup>90</sup> Rios também ensina que o conceito de discriminação indireta originou-se de uma demanda trabalhista do direito norte-americano (*Griggs X Duke Power Co.*), ramo no qual esse conceito ainda tem muita importância. Conforme já analisado no tópico 2.1, as fontes internacionais referem-se à discriminação indireta ao definir discriminação como quaisquer exclusões, restrições ou preferências que tenham *por efeito* anular ou impedir o reconhecimento, o gozo ou o exercício de direitos, ainda que essa distinção não tenha *por objetivo* anulá-los ou impedi-los. Uma vez que tais fontes são fontes formais do ordenamento jurídico brasileiro, também a discriminação indireta está proibida nas relações de emprego e ocupação por ele regidas.<sup>91</sup>

Barzotto (L. C., 2012, p. 45) apresenta ainda a classificação da “discriminação por afinidade ou proximidade, que é a sofrida, por extensão, pelo parente ou grupo social do empregado” e a classificação, propriamente trabalhista, da discriminação em função da hierarquia, que pode ser vertical, se ocorrida entre colegas de trabalho de diferentes hierarquias, ou horizontal, se ocorrida entre colegas de mesma hierarquia.<sup>92</sup>

Vale registrar ainda uma classificação doutrinária, segundo a qual a discriminação pode ser negativa ou positiva. A primeira corresponderia à violação ao princípio de proibição de discriminação e a segunda corresponderia à ação afirmativa. Entende-se que essa classificação, além de carecer de fundamentação, contraria o próprio conceito de discriminação, adotado na presente pesquisa, o qual torna logicamente impossível a referência à discriminação como conduta axiologicamente positiva.<sup>93</sup> Nesse sentido, a discriminação é sempre

---

<sup>90</sup> Rios (2008) justifica que essa classificação, originada no direito norte-americano, pode ser utilizada no direito brasileiro. O autor (RIOS, 2008) apresenta ainda um estudo sobre o exame da motivação da discriminação nas páginas 102 e seguintes, o qual não poderá ser abordado na presente pesquisa.

<sup>91</sup> A esse argumento, Rios (2008, p. 130) soma o fato de que “a Constituição não fixa qualquer entendimento restritivo do princípio da igualdade entre nós, nem se pode extrair de seu texto razões para a desconsideração da discriminação indireta como violação do princípio da igualdade”.

<sup>92</sup> Outras classificações propriamente trabalhistas encontram-se no tópico 4.2.

<sup>93</sup> A expressão <<discriminação positiva>> foi, contudo, utilizada na fundamentação do julgamento da ADPF 186 (STF, 2012).

axiologicamente negativa. Relatando a controvérsia dessa nomenclatura, Rios (2008) afirma ser a discriminação positiva também denominada, pela doutrina, de benigna, inversa e reversa.



### 3 DIREITO À AÇÃO AFIRMATIVA

O direito à ação afirmativa é um recente objeto de estudo da doutrina brasileira, a qual ainda tem a tarefa de fundamentar esse direito. Na década de 90, surgiram importantes pesquisas e teses sobre o direito à ação afirmativa, dentre as quais a mais difundida é a de Gomes (2001). A crescente utilização da expressão <<ações afirmativas>> em proposições normativas tem suscitado novos estudos doutrinários pelos quais se busca desenvolver as teses pioneiras como a de Gomes (2001), assim como interpretar a norma contida nessas proposições. As respostas a muitos questionamentos acerca da fundamentação desse direito ainda estão longe de ser consensuais, como, por exemplo: Há direito à ação afirmativa?<sup>94</sup> Qual é seu conceito jurídico? Esse direito tem validade no ordenamento jurídico brasileiro? Qual é seu principal fundamento de validade jurídica? Quais são suas características dentro desse ordenamento? O objetivo deste tópico é obter respostas a esses questionamentos a partir do referencial construído anteriormente. Neste tópico, apenas serão abordados alguns aspectos da associação do direito à ação afirmativa aos direitos fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro, de modo que apenas seja possível confirmar ou refutar a possibilidade dessa associação.<sup>95</sup> Nosso primeiro objetivo específico é investigar qual é o conceito jurídico de ação afirmativa. Posteriormente, serão abordadas algumas características desse direito no ordenamento jurídico brasileiro.

#### 3.1 Conceito jurídico do direito à ação afirmativa

Na doutrina brasileira, destaca-se, por sua precisão, o conceito formulado por Rios.<sup>96</sup> A partir desse referencial, bem como dos referenciais expostos e construídos anteriormente, objetivar-se-á desenvolver o conceito jurídico de ação afirmativa, utilizando-se o método de abordagem dialético. Rios (2008, p. 191) define ações afirmativas como “(1) medidas (2) que se valem de modo deliberado de critérios

<sup>94</sup> Acerca do termo <<direito>>, observe-se a nota de rodapé nº 06 desta dissertação. Segundo o referencial adotado, o direito à ação afirmativa pode estruturar-se como princípio ou como regra. Há, na doutrina, entendimento contrário, como o de Araújo (2009), quem interpreta a ação afirmativa apenas como regra.

<sup>95</sup> Ao longo desta pesquisa, encontram-se diversos argumentos que devem ser considerados para fundamentar essa associação.

<sup>96</sup> No Apêndice C dessa dissertação, estão apresentadas todas as obras da doutrina nacional sobre discriminação e/ou ações afirmativas em matéria de emprego e ocupação a que se teve acesso.

raciais, étnicos ou sexuais (3) com o propósito específico de (4) beneficiar (5) um grupo (6) em situação de desvantagem prévia ou de exclusão, em virtude de sua respectiva condição racial, étnica ou sexual”.<sup>97</sup>

O primeiro elemento conceitual de Rios exige que a ação afirmativa seja uma medida deliberada.<sup>98</sup> Interpretando esse elemento, o autor sustenta que “as ações afirmativas, todavia, não dizem respeito à instituição de tratamentos iguais ou diferenciados conforme o grau de desigualdade entre os indivíduos ou grupos considerados” (RIOS, 2008, p. 193; 2012). Quanto a essa afirmação, discordamos, respeitosa e, do autor, uma vez que, se o elemento conceitual <<medida>> não for interpretado como um tratamento jurídico, não há possibilidade de aferir a compatibilidade entre a ação afirmativa e o direito geral à igualdade.<sup>99</sup> Em consequência disso, entendemos que ações afirmativas devem ser interpretadas como tratamentos jurídicos.

Partindo desse pressuposto, ainda deve-se determinar qual tipo de tratamento jurídico é a ação afirmativa, ou seja, se ela é um tratamento jurídico igual, um tratamento jurídico desigual ou ambos. Pressupomos que as ações afirmativas devem ser interpretadas apenas como tratamentos jurídicos desiguais e não como tratamentos jurídicos iguais. Nesse sentido, aduzimos que a maior parte dos casos descritos pela doutrina como exemplos de ações afirmativas consistem em tratamentos jurídicos desiguais, isto é, tratamentos que se realizam a determinados indivíduos, mas não a todos.<sup>100</sup> Ressalte-se que o fato de a ação afirmativa ser um tratamento desigual (e não igual) é o principal elemento de toda a interpretação do direito à ação afirmativa construída nesta pesquisa. Pressupomos também que a

---

<sup>97</sup> Incluímos os números e os parênteses à citação. O conceito foi fragmentado em seis elementos a fim de tornar mais precisa a referência a cada um deles.

<sup>98</sup> Os elementos conceituais serão analisados por conveniência e não segundo a sequência de elementos citada por Rios.

<sup>99</sup> Como demonstrado no tópico 1.2, o conceito de igualdade (desigualdade) de tratamento refere-se ao ato, ou seja, à igualdade jurídica, tanto no mandado de tratamento igual, quanto no mandado de tratamento desigual.

<sup>100</sup> Esse pressuposto é, na verdade, uma hipótese que pode ser levantada pelo fato de que a maioria dos casos de ação afirmativa trazidos pela doutrina como exemplos de ação afirmativa são tratamentos desiguais. Corroborando a interpretação de que as ações afirmativas não são tratamentos jurídicos iguais, argumenta-se que as ações afirmativas, por exemplo, quando se fundamentam também no princípio da igualdade fática, caracterizam-se como um tratamento desigual <<referente ao ato>> que visa a criar um tratamento igual <<referente às consequências>>, constituindo, assim, o chamado paradoxo da igualdade. Tais exemplos da doutrina, na presente pesquisa, não poderiam ser apresentados. Seria fértil à compreensão do fenômeno jurídico das ações afirmativas uma pesquisa que lograsse refutar ou confirmar essa hipótese. Preliminarmente, contudo, apenas a pressupomos verdadeira. Como será demonstrado no tópico 3.2., essa pressuposição tem a vantagem de diferenciar o direito à ação afirmativa do direito à proibição de discriminação.

ação afirmativa é apenas uma forma de tratamento desigual, visto que existem, no ordenamento jurídico, outras formas de realizar-se um tratamento jurídico desigual.

Passe-se, pois, a investigar a relação entre as ações afirmativas e o direito geral à igualdade. O mandado de tratamento igual do direito geral à igualdade, que pode ser expresso pelo enunciado <<se há uma razão suficiente para permitir um tratamento desigual, então está permitido um tratamento desigual>>, *permite* (posição livre) ao destinatário do direito geral à igualdade um tratamento desigual que *pode* ser realizado por meio de ação afirmativa, quando, evidentemente, houver uma razão suficiente para permiti-lo. Já o mandado de tratamento desigual ordena que um tratamento desigual seja realizado pelo destinatário do direito geral à igualdade, quando houver uma razão suficiente que ordene o tratamento desigual. Note-se que aquilo que está ordenado pelo mandado de tratamento desigual é um tratamento desigual, e não a forma pela qual esse será realizado. Por outro lado, esses mandados também proíbem a realização de uma ação afirmativa (que é uma forma de tratamento desigual), quando não houver uma razão suficiente para um tratamento desigual. Se, de fato, ações afirmativas não são tratamentos jurídicos iguais, tem-se que, se houver uma razão suficiente para permitir um tratamento desigual e o destinatário do direito geral à igualdade optar justificadamente por um tratamento jurídico igual, esse tratamento não poderá consistir em uma ação afirmativa. Ressalte-se, porém, que, mesmo quando o destinatário está numa posição livre, ele está vinculado objetivamente a outros mandados, cabendo a ele a realização ou a não realização, no caso concreto, desses mandados por meio de um tratamento jurídico desigual. Essa posição livre é o que Alexy (2008) denomina <<margem de ação>>, descrita no tópico 1.1. Desse modo, por ambos os mandados, na hipótese de haver uma razão suficiente, o destinatário do direito geral à igualdade *poderá* realizar, por meio de ações afirmativas, um tratamento desigual, seja ele permitido, seja ele ordenado. Também é possível concluir que o princípio da igualdade jurídica é um dos fundamentos jurídicos<sup>101</sup> de validade jurídica das ações afirmativas, mas não se pode afirmar que ele *ordena*, por si só, a realização de uma ação afirmativa.<sup>102</sup> <sup>103</sup> Além disso, o princípio da igualdade jurídica não inviabiliza a

---

<sup>101</sup> Observe-se que a validade jurídica depende de fundamentos não apenas de jurídicos, mas também fáticos, éticos e políticos.

<sup>102</sup> Por esta razão, afirma-se que a interpretação do princípio da igualdade fática ou como norma associada à norma fundamental ou como norma diretamente estatuída como fundamental tem grandes consequências para a interpretação do direito à ação afirmativa.

hipótese de uma ação afirmativa estar *ordenada* por outros mandados. Como será visto no tópico 3.4, a própria Constituição *ordena* a realização de ações afirmativas, como, por exemplo, o faz no artigo 227.<sup>104</sup> No mesmo sentido, Rios afirma que “não se pode dizer que as ações afirmativas são a única estratégia requerida pela Constituição para o combate da desigualdade [...]; o que se deve afirmar, ao menos, é a sua compatibilidade constitucional, radicada no princípio da igualdade” (2008, p. 195). Portanto, concordamos com o elemento conceitual <<deliberação>>, que define a ação afirmativa como uma medida *deliberada*, se o qualificativo <<deliberada>> referir-se à permissão que o destinatário do princípio geral de igualdade tem de realizar ações afirmativas quando houver uma razão suficiente para um tratamento desigual.

Essa interpretação da ação afirmativa como uma forma de tratamento jurídico desigual, o qual está permitido ou ordenado pelo direito geral à igualdade, vai de encontro ao quarto elemento conceitual, o qual exige que a ação afirmativa tenha como propósito *beneficiar* um determinado grupo. Rios (2012) justifica que o termo beneficiar seria a melhor tradução das definições contidas no direito comparado. O autor afirma que a melhor aceção desse termo, na interpretação da ação afirmativa, seria aquela segundo a qual beneficiar significaria “causar um bem”. A utilização desse termo, contudo, possui algumas desvantagens. Com efeito, termos como benefício, privilégio, preferência ou vantagem<sup>105</sup> contrapõem-se à própria ideia de direito fundamental. Conforme leciona Bobbio (2004, p. 94), foi a afirmação de direitos, como o direito à igualdade jurídica, que inverteu “a relação tradicional entre

---

<sup>103</sup> Rocha (1993, p. 286) afirma uma mudança do princípio da igualdade, “de um conceito jurídico passivo mudou-se para um conceito jurídico ativo” (ROCHA, 1993, p. 286), concluindo que “o grande avanço jurídico do princípio constitucional da igualdade é que esse passou, nas últimas duas décadas, de um conceito constitucional estático e negativo a um conceito democrático dinâmico e positivo, vale dizer, de um momento em que por ele apenas se proibia a desigualação jurídica a uma fase em que por ele se propicia a promoção da igualação jurídica.” (ROCHA, 1993, p. 294). Justifica a autora que “A definição jurídica objetiva e racional da desigualdade dos desiguais, histórica e culturalmente discriminados, é concebida como uma forma para se promover a igualdade daqueles que foram e são marginalizados [...] Por esta desigualação positiva promove-se a igualação jurídica efetiva.” Esse entedimento foi corroborado pela autora no julgamento da ADPF 186 (STF, 2012). O que a autora denomina <<desigualação positiva>> é, segundo nosso entendimento, uma das valorações pressupostas pelo princípio da igualdade, que deve ser feita na qualificação de uma razão como suficiente para um tratamento desigual. Valeria questionar a distinção técnica entre os termos <<desigualdade>> e <<desigualação>>. Se todos os poderes constituídos estão realmente submetidos ao sistema de direitos fundamentais vigente, toda desigualdade jurídica sustentada por qualquer dos Poderes Constituídos deve estar ou ordenada ou permitida por esse sistema.

<sup>104</sup> Será visto, no capítulo 4, que, mesmo na hipótese de estarem ordenadas ações afirmativas, a exigibilidade destas deve cumprir outras condições necessárias. Acerca da tese da compulsoriedade das ações afirmativas, remete-se o leitor às notas de rodapé nº 122 e 210 desta dissertação.

<sup>105</sup> O termo <<vantagem>> foi utilizado na fundamentação do julgamento da ADPF 186 (STF, 2012).

direitos dos governantes e obrigações dos súditos”.<sup>106</sup> Por um lado, no caso de a ação afirmativa realizar um tratamento jurídico desigual ordenado, ela concretizará um dever do destinatário do direito geral à igualdade. Por outro lado, no caso de a ação afirmativa realizar um tratamento jurídico desigual permitido, ela não consistirá em mera discricionariedade do destinatário do direito geral à igualdade, uma vez que este também está objetivamente vinculado, pelo ordenamento jurídico, a princípios como os da igualdade fática, da dignidade humana, do Estado Social e da proibição de discriminação. Ademais, os termos benefício, privilégio e preferência são justamente utilizados na positivação do conceito de jurídico do princípio da proibição de discriminação para descrever condutas que são proibidas.

O segundo elemento conceitual exige que a ação afirmativa seja uma medida que se valha de modo deliberado de critérios raciais, étnicos ou sexuais. A fim de analisar esse elemento, inicia-se a investigação sobre a relação entre as ações afirmativas e os princípios da igualdade fática, da dignidade humana, do Estado Social e da proibição de discriminação. Como visto anteriormente, tais princípios deverão ser, no caso concreto, ponderados, juntamente com outros princípios contrapostos, na classificação de uma razão como suficiente para os mandados do direito geral à igualdade. Da mesma forma que o princípio da igualdade jurídica, os princípios da igualdade fática<sup>107</sup>, da dignidade humana, do Estado Social e da proibição de discriminação podem ser, no caso concreto, fundamentos jurídicos de validade jurídica das ações afirmativas. Deve-se observar, porém, que, da mesma forma que o princípio da igualdade jurídica, esses mandados não ordenam a seus destinatários, por si só, a realização de uma ação afirmativa, isto é, esses mandados não geram, em princípio, direitos subjetivos definitivos à ação afirmativa. Conseqüentemente, o direito à ação afirmativa não pode, em princípio, ser judicialmente exigível com fundamento exclusivo nesses mandados, conforme restou demonstrado no tópico 1.2. Há, sim, em princípio, uma permissão ao destinatário desses mandados para realizar seus deveres por meio de ações afirmativas.<sup>108</sup> Assim, por exemplo, se a discriminação a um indivíduo ou a um grupo de indivíduos, com fundamento no gênero, constituir, junto a outros argumentos, uma razão

---

<sup>106</sup> Rios (2012) lembra que o termo beneficiar também possui acepção de “causar um bem”.

<sup>107</sup> Exemplificativamente, os princípios da igualdade fática e do Estado Social foram fundamentos do julgamento da ADPF 186 (STF, 2012).

<sup>108</sup> Por esta razão, não teria sentido o próprio destinatário do direito à ação afirmativa permitir ações afirmativas, visto que, com fundamento nos referidos princípios, elas já são permitidas.

suficiente para ordenar um tratamento desigual, a ação afirmativa que realize esse tratamento desigual *deve* utilizar o mesmo fundamento que o utilizado na discriminação (no exemplo, o gênero). Fazendo-se analogia à doutrina de Mello (1993), diz-se que as ações afirmativas *devem* possuir correlação lógica em abstrato.<sup>109</sup> Portanto, salienta-se que, no caso concreto, o uso desses critérios não é deliberado, mas, sim, ordenado.<sup>110</sup>

Vale notar também que, ao empregar o termo <<ou>>, o conceito ora analisado coaduna-se com a natureza exemplificativa dos fundamentos discriminatórios contidos nas proposições normativas do princípio da proibição de discriminação no ordenamento jurídico brasileiro. Não obstante, se as fontes formais da proibição de discriminação definem que determinados fundamentos, por si só, não podem ser qualificados como razões suficientes para um tratamento desigual, como visto no tópico 2.2, tem-se que os mesmos fundamentos não podem, por si só, ser qualificados como razões suficientes para uma ação afirmativa, o que revela a necessária associação do direito à ação afirmativa aos princípios da igualdade fática, da dignidade humana, do Estado Social e da proibição de discriminação, pois somente por meio desses princípios e dos princípios contrapostos é possível qualificar uma razão como suficiente.

O sexto elemento conceitual exige que o grupo ao qual a ação afirmativa for dirigida esteja em situação de desvantagem ou de exclusão em virtude de sua respectiva condição racial, étnica ou sexual. Observe-se que essa situação de desvantagem ou de exclusão está contida no princípio de igualdade e no próprio conceito de discriminação.<sup>111</sup> Se a ação afirmativa é o tratamento desigual que visa a corrigir a desigualdade gerada pela discriminação, ela deve pressupor a existência de uma desigualdade gerada pela discriminação. Conforme visto no tópico 2.2, o segundo elemento alternativo objetivo do conceito de discriminação, pelo qual é caracterizada a discriminação indireta, já exige a prova de ocorrência de dano. Ademais, argumenta-se que essa situação de desvantagem ou de exclusão não é exigida pelo segundo elemento alternativo subjetivo do conceito de discriminação, isto é, não é exigida para a caracterização da discriminação direta. A exigência do

---

<sup>109</sup> A referida doutrina foi apresentada nos tópicos 1.1 e 2.2.

<sup>110</sup> Gomes (2001, p. 224) sugere flexibilidade e multiplicidade dos critérios utilizados pela ação afirmativa, uma vez que “têm mais chances de aprovação os planos que se revestem de flexibilidade, ou seja, aqueles que conjugam vários fatores para efeito de elegibilidade dos respectivos beneficiários”.

<sup>111</sup> Como visto no tópico 2.2, discriminação é o descumprimento ou do mandado de tratamento igual ou do mandado de tratamento desigual do direito geral à igualdade que causou dano a direito alheio.

sexto elemento conceitual implicaria a impossibilidade de que uma ação afirmativa corrigisse uma discriminação direta que não tenha causado dano. Destarte, se, por um lado, no caso da discriminação indireta, o sexto elemento conceitual seria redundante, por outro lado, no caso da discriminação direta, o sexto elemento conceitual seria errôneo.

O terceiro elemento conceitual exige que a ação afirmativa tenha um propósito específico. Rios (2008, p. 193) argui que as ações afirmativas “objetivam o combate à discriminação por meio da instituição de medidas especiais”. O termo <<combate>> é amplo e pode significar diversas ações. Para definir a ação própria da ação afirmativa, é necessário aferir a qual direito fundamental o direito à ação afirmativa deve ser, precipuamente, associado. Se as ações afirmativas devem ter o objetivo de combater a discriminação, elas devem ser associadas ao direito fundamental à proibição de discriminação. Nesse caso, o direito à proibição de discriminação não é apenas um fundamento de validade jurídica das ações afirmativas, mas, sim, o principal.<sup>112</sup> De sua relação com o princípio da proibição de discriminação, pode-se inferir também que as ações afirmativas visam a proteger precipuamente o mesmo bem jurídico fundamental que o princípio da proibição de discriminação protege, isto é, a dignidade da pessoa humana.

Para investigar o objetivo das ações afirmativas, utilizamos o pressuposto de que elas são tratamentos jurídicos desiguais. É correto afirmar que, como não existe carga de argumentação favorável para os tratamentos jurídicos desiguais e como a ação afirmativa é um tratamento jurídico desigual, as ações afirmativas deverão *sempre* ser justificadas. Portanto, apenas as ações de <<combate>> de discriminação que forem tratamentos jurídicos desiguais poderiam ser definidas como ações afirmativas. Entendemos que, dentre todos os termos identificados na doutrina, aquele que melhor define o objetivo do tratamento jurídico desigual realizado pelas ações afirmativas é o termo <<correção>>.<sup>113</sup> Mais do que ser o

---

<sup>112</sup> Pode-se, com base nisso, atribuir um sentido à palavra <<afirmativa>> utilizada na nomenclatura do direito ora analisado. Se a discriminação gera desigualdade, a ação que visa a corrigir essa desigualdade é uma ação que afirma a igualdade. Por essa razão, discordamos da interpretação de Rocha, segundo a qual “a ação afirmativa constitui, pois, o conteúdo próprio e essencial do princípio da igualdade jurídica” (ROCHA, 1996, p. 295). Recorde-se que a vinculação material do princípio da igualdade jurídica nunca ordena a realização de ações afirmativas, mas pode ordenar um tratamento desigual. O princípio da igualdade jurídica é, sim, um fundamento de validade jurídica das ações afirmativas.

<sup>113</sup> Preferiu-se, nesta pesquisa, o termo correção aos termos (1) eliminação ou erradicação, pois estes possuem acepção de proteção, (2) reparação ou restauração, pois estes possuem acepção de retorno ao estado anterior e (3) compensação, pois este possui acepção de indenização, ressarcimento.

principal fundamento de validade jurídica, o princípio da proibição de discriminação impõe às ações afirmativas uma finalidade: a correção<sup>114</sup> de uma discriminação. Com efeito, esse seria o cerne, o objeto do direito à ação afirmativa. Pode-se afirmar que a existência dessa finalidade de correção atribui ao direito à ação afirmativa uma natureza jurídica teleológica.

Disso infere-se também que as razões do tratamento jurídico desigual realizado por meio de ação afirmativa *podem*, no caso concreto, ser qualificadas como suficientes por diversos princípios, mas, dentre esses princípios, *deve* estar o da proibição de discriminação. Ademais, o tratamento jurídico desigual que vise a corrigir uma discriminação, mas que não cumpra a devida justificação, não deverá ser juridicamente conceituado como ação afirmativa, mas, sim, como ação discriminatória por violação ao direito à proibição de discriminação e ao direito geral à igualdade. Conclui-se também que, para que o direito à ação afirmativa estruture-se como um direito definitivo, é necessária a prova da ocorrência de discriminação, ou seja, a prova da ocorrência de que (1) um tratamento entre pessoas humanas violou (2.a) ou o mandado de tratamento igual ou (2.b) o mandado de tratamento desigual do direito geral à igualdade e (3.a) teve o objetivo de causar ou (3.b) causou dano a direito alheio. Ainda quanto à finalidade da ação afirmativa, observa-se que a correção de uma discriminação deve ser interpretada como uma finalidade geral, mas não a única, uma vez que cada ação afirmativa terá, no caso concreto, finalidade(s) específica(s), pelas quais se buscará atingir essa finalidade geral.

É importante distinguir o direito à ação afirmativa de um suposto direito à correção de discriminação. O direito à ação afirmativa não pode ser compreendido como direito à correção de discriminação, uma vez que a correção de uma discriminação poderia ser realizada, por exemplo, tanto por meio de um tratamento jurídico igual quanto por meio de ação negativa, ao passo que o direito à ação afirmativa tem como objeto apenas uma ação positiva, que consiste, somente, em um tratamento jurídico desigual. Caso seja sustentado um direito de correção de discriminações por associação ao direito à proibição de discriminação, deve-se

---

<sup>114</sup> Na doutrina, há muitos conceitos que utilizam o termo <<correção>>, como, por exemplo, o conceito de ação afirmativa dado pelo MTE (2003, p. 83), segundo o qual ações afirmativas são “programas e medidas que se dedicam a corrigir ou compensar desigualdades históricas, em relação a gênero ou raça, resultantes de discriminação sofrida em situações anteriores. ‘Ação que tem por finalidade corrigir consequência da discriminação habilitando a pessoa ou o coletivo prejudicado para robustecer-se, afirmar-se e competir em pé de igualdade com o coletivo favorecido, ou alcançar equiparação de imediato’ (Jane Hodges). Outras expressões equivalentes; discriminação positiva; ação positiva; medidas especiais (Convenção da OIT nº 111); equidade no emprego.”



observar que o direito à ação afirmativa é, apenas, uma espécie de correção de discriminação.

Por último, é pertinente questionar se a ação do direito à ação afirmativa é a mesma que a ação do direito à proibição de discriminação. Acerca disso, sustenta-se que é exatamente a finalidade de correção do direito à ação afirmativa que o diferencia do direito à proibição de discriminação.<sup>115</sup> Apesar de o direito à ação afirmativa estar associado precipuamente ao direito à proibição de discriminação, esses direitos não se confundem. Tais direitos têm estruturas, objetos e destinatários diferentes, conforme será devidamente demonstrado no tópico 3.2.<sup>116</sup>

O sexto elemento conceitual exige também que seja prévia a situação de desvantagem ou de exclusão do grupo ao qual ação afirmativa for dirigida. Essa exigência suscita a análise do segundo elemento mais relevante do conceito de ação afirmativa: a ocorrência de discriminação no presente. Afirmou-se anteriormente que a exigência de que a situação de desvantagem seja prévia já está contida no conceito de discriminação e que a ocorrência de discriminação é uma das condições necessárias às ações afirmativas. Mas a partir dessa exigência de anterioridade, poder-se-ia ainda questionar se a ocorrência de uma discriminação no passado, bem como a possibilidade ou a probabilidade de ocorrência de uma discriminação no futuro poderiam ser uma razão suficiente para um tratamento desigual no presente por meio de ações afirmativas. A primeira hipótese deveria

---

<sup>115</sup> Nesse sentido, argumenta-se, preliminarmente, que a ação afirmativa estrutura-se apenas como um tratamento desigual e a proibição de discriminação pode ordenar um tratamento igual. É o caso, por exemplo, do instituto de direito material do trabalho da equiparação salarial que ordena o tratamento igual (pagamento de mesmo salário) quando não houver razões suficientes para o tratamento desigual (quando o trabalho for prestado na mesma função, para o mesmo empregador, na mesma localidade).

<sup>116</sup> O direito à ação afirmativa fundamenta-se também no princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que (1) o direito à ação afirmativa tem como principal fundamento jurídico o direito à proibição de discriminação e (2) o direito à proibição de discriminação tem como um de seus fundamentos o princípio da dignidade da pessoa humana, segundo a argumentação do tópico 2.2. Em sentido contrário, Ikawa (2008, p.7) deriva, do princípio da dignidade humana, o direito constitucional à “redistribuição não apenas de bens, mas de status econômico e de reconhecimento”, que se realizaria por meio de ações afirmativas. Os argumentos de Ikawa são incompatíveis com os pressupostos desta pesquisa adotados ao longo da parte I e dos capítulos 4 e 7 da parte II. Os fundamentos de validade desse direito sustentados por Ikawa são jurídicos e antropológicos. Segundo a autora, o principal fundamento jurídico é o princípio da dignidade da pessoa humana. Ikawa (2008, p. 6) sintetiza sua fundamentação da seguinte forma: “Nesse trabalho a interpretação do direito constitucional à redistribuição de *status* por meio da ação afirmativa de cunho racial em universidades será desenvolvida pela aplicação sistemática e hierarquizada de princípios fundamentais, explícitos e implícitos, derivados em última instância do fundamento da dignidade humana (artigo 1º, III, Constituição Brasileira) e do conceito de ser humano adotado. O princípio fundamental estrutural em questão é o princípio da dignidade (artigo 1º, III), desmembrável nos princípios da igualdade de respeito e da expansão igualitária da autonomia. Do princípio da dignidade decorrem princípios fundamentais gerais, como o princípio da redistribuição, o princípio do significado da classificação racial e o princípio da estabilidade na melhora de *status* (ligado tanto a uma idéia de igualdade absoluta quanto a uma idéia de igualdade relativa).”.

responder a seguinte questão: poderia ser uma razão suficiente uma discriminação que ocorreu no passado, mas que não ocorre mais? Para uma resposta negativa, poderiam ser aduzidas cinco razões. A primeira é que o tratamento desigual no presente de indivíduos que são iguais no presente (apesar de terem sido desiguais no passado) violaria o direito geral à igualdade no presente. A segunda razão é que o direito à proibição de discriminação poderia nem estar previsto no ordenamento jurídico do tempo em que ocorreu a discriminação. Se não houve, no passado, violação ao principal fundamento jurídico de validade do direito à ação afirmativa, isto é, ao direito à proibição de discriminação, qual seria a justificativa para um tratamento jurídico desigual corrigir uma discriminação, que, juridicamente, não ocorreu? Na hipótese de inexistir no ordenamento jurídico do tempo da discriminação uma norma que proíba discriminação, uma norma que posteriormente proíba a discriminação deve obedecer à doutrina, positivada constitucionalmente, da irretroatividade da eficácia da lei, segundo a qual a eficácia de uma lei, em regra, não deve retroagir (FERRAZ JUNIOR, 2011).<sup>117</sup> A terceira razão é que a discriminação pode já ter sido corrigida de alguma forma e, nesse sentido, não seja mais justificável sua correção. A quarta razão é que é possível que os efeitos e, portanto, os danos de uma discriminação não existam mais no presente e, nesse sentido, ela seja incorrigível. A quinta razão é que os fundamentos da discriminação ocorrida no presente a um indivíduo ou grupo podem não ser os mesmos fundamentos de discriminações ocorridas anteriormente a esse mesmo indivíduo ou grupo, ou seja, os fundamentos discriminatórios podem mudar.

Conforme afirmado anteriormente, a discriminação deve ser anterior à respectiva ação afirmativa, pois ela é uma de suas condições necessárias. Ademais, a exigência de que a discriminação fosse histórica dificultaria, na prática, que a ação afirmativa seja realizada para um indivíduo. Logo, a desigualdade que fundamenta um tratamento desigual e uma ação afirmativa não precisa ser histórica ou cultural. Contudo, a discriminação, em que fundamenta a ação afirmativa, deve ser

---

<sup>117</sup> Caso seja sustentada a irretroatividade do princípio da proibição de discriminação, deve-se justificar por que essa hipótese seria uma exceção à irretroatividade da eficácia da lei. Segundo a doutrina da irretroatividade, os atos que ocorrem durante a não proibição de discriminação, como norma de conduta, seriam ato jurídico perfeito. Quanto a esse importante instituto jurídico, Ferraz Junior (2011, p. 217) ensina que: “A doutrina da irretroatividade serve ao valor da segurança jurídica: o que sucedeu já sucedeu e não deve, a todo momento, ser juridicamente questionado, sob pena de se instaurarem intermináveis conflitos. Essa doutrina, portanto, cumpre a função de possibilitar a solução de conflitos com o mínimo de perturbação social.”

<<atual>><sup>118</sup>, isto é, deve haver comprovação de que ela tenha ocorrido e não tenha cessado.<sup>119</sup> Com isso, não se afirma que as discriminações passadas, mas que não existem mais no presente, não possam ser objeto de outros direitos, como, por exemplo, os de caráter indenizatório. A função mais importante, que as discriminações passadas têm na realização do direito à ação afirmativa, é a comprovação da ocorrência de discriminação no presente.<sup>120</sup>

Já a segunda hipótese deveria responder a seguinte questão: poderia ser uma razão suficiente a possibilidade ou a probabilidade de uma discriminação ocorrer no futuro? É possível justificar um tratamento desigual no presente para uma desigualdade que nem ocorreu? Segundo os pressupostos já adotados, essa hipótese seria facilmente refutada, pois uma das condições necessárias à ação afirmativa é a ocorrência de discriminação, que, para restar juridicamente caracterizada, exige a existência ou de uma conduta ou de danos. Nesse sentido, um argumento que dificilmente seria refutado é que a discriminação poderia nunca ocorrer. Para que essa hipótese fosse confirmada, seria necessário admitir-se também a possibilidade de que uma ação afirmativa corrigisse a desigualdade gerada por outra ação afirmativa anterior cujo fundamento de validade não ocorreu. Em sentido contrário ao ora proposto, argumenta-se, na doutrina, que as ações afirmativas têm como objetivo corrigir discriminações que poderão ocorrer no futuro e, portanto, possuiriam caráter pedagógico ou preventivo.<sup>121</sup> Assim, Gomes (2001, p. 44) afirma que “figuraria entre os objetivos almejados com políticas afirmativas o de induzir transformações de ordem cultural, pedagógica e psicológica”, complementando que “a ação afirmativa tem como objetivo não apenas coibir a discriminação do presente, mas, sobretudo, eliminar os <<lingering effects>>, ie, os efeitos persistentes (psicológicos, culturais e comportamentais) da discriminação do passado, que tendem a se perpetuar”.<sup>122</sup> Entendemos, respeitosamente, que esse

<sup>118</sup> Utilizou-se o termo <<atual>> para seguir a já consagrada doutrina de Mello (1993), apresentada nos tópicos 1.1 e 2.2.

<sup>119</sup> Por esse motivo, discordamos da definição de Gomes (2001, p. 22), segundo a qual as ações afirmativas são um “tratamento preferencial a um grupo historicamente discriminado, de modo a inseri-lo no ‘mainstream’, impedindo assim que o princípio da igualdade formal [...] funcione na prática como mecanismo perpetuador de desigualdade”. O argumento histórico foi utilizado na fundamentação do julgamento da ADPF 186 (STF, 2012).

<sup>120</sup> O argumento histórico contribui para a classificação da discriminação como uma razão suficiente. Ele confere não só validade jurídica, como também legitimidade à ação afirmativa.

<sup>121</sup> Acerca do direito à ação afirmativa, Ferreira Filho (2003, p. 76) sustenta que “a finalidade dessas normas de avançamento deve ser a correção de desigualdades sociais”.

<sup>122</sup> Ressalte-se que Gomes (2001, p. 40) sustenta a possibilidade de as ações afirmativas serem compulsórias, asseverando o autor que “as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e

argumento é inválido por dois motivos. O primeiro é que o único direito que pode ter como objeto discriminações futuras é o direito à proibição de discriminação. O segundo é que, para que as ações afirmativas tivessem caráter preventivo, deveria haver justificção muito forte (a qual não foi encontrada por esta pesquisa) para que tratamentos desiguais fossem realizados no presente para corrigir discriminações que ainda não ocorreram. Conforme será demonstrado no t3pico 3.2, a realizaç3o do direito à aç3o afirmativa, ao corrigir uma discriminaç3o presente, implica, concomitantemente, a realizaç3o parcial, no presente, do dever do destinat3rio do direito à proibição de discriminaç3o de proteger o indiv3duo de discriminaç3es futuras de terceiros ou do pr3prio Estado.<sup>123</sup> Contudo, isso n3o significa que poss3veis ou prov3veis discriminaç3es futuras sejam um fundamento v3lido para a realizaç3o de tratamentos jur3dicos desiguais no presente por meio de aç3es afirmativas.

Ainda que as duas hip3teses levantadas n3o possam ser aqui refutadas ou confirmadas, conclui-se, parcialmente, que n3o foram encontradas raz3es para admitir aç3es afirmativas fundamentadas na ocorr3ncia de discriminaç3o passada e n3o mais existente, assim como na possibilidade ou na probabilidade de ocorr3ncia de discriminaç3o futura. Em virtude das raz3es expostas, sustenta-se que, para que a discriminaç3o seja uma raz3o suficiente para um tratamento desigual realizado por meio de aç3o afirmativa, a discriminaç3o deve (1) ser corrig3vel, (2) ter ocorrido e (3) n3o ter cessado. Em outras palavras, o direito à aç3o afirmativa apenas pode ter como objeto a correç3o de uma discriminaç3o que, comprovadamente, seja corrig3vel, tenha ocorrido e n3o tenha cessado.<sup>124</sup>

Por fim, o quinto elemento conceitual exige que a aç3o afirmativa seja uma medida dirigida a um grupo. Esse elemento conceitual impossibilita que um tratamento jur3dico desigual que vise a corrigir uma discriminaç3o seja realizado a

---

privadas de car3ter compuls3rio, facultativo ou volunt3rio [...]”. Em respeito aos limites desta pesquisa, n3o ser3 poss3vel investigar essa hip3tese. Acerca da tese de Gomes, remete-se o leitor aos t3picos 4.2 e 7.2.

<sup>123</sup> Para facilitar a compreens3o, 3 poss3vel traçar um paralelo entre o direito à vida e o respectivo dever do destinat3rio desse direito à vida de proteger a vida. Nesse vi3s, ao agir repressivamente às condutas t3picas que violem o direito à vida, o destinat3rio desse direito concomitantemente protege o direito à vida preventivamente.

<sup>124</sup> Na doutrina brasileira, muitos autores defendem que direitos culturais, tais como, o direito à pluralidade, à diversidade, à identidade, à diferença e à inclus3o social, como fundamentos jur3dicos de validade jur3dica do direito à aç3o afirmativa (GOMES, 2001, 2003; PIOVESAN, 2008; IKAWA, 2008; CRUZ, 2003). Esse entendimento foi acolhido no julgamento da ADPF 186 (STF, 2012). Com efeito, segundo o referencial procedimentalista, essa relaç3o de fundamentaç3o (precis3o) apenas 3 poss3vel se tais direitos forem, por sua vez, anteriormente justificados. Piovesan (2008, p. 888), por exemplo, fundamenta o direito à diferença, sustentando uma terceira acepç3o da igualdade, “a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades”. Oliveira Junior (2008, p. 3673) destaca a forte vinculaç3o entre os direitos culturais e o direito à igualdade, afirmando que a quest3o dos direitos culturais 3, essencialmente, a quest3o “de se tratar, materialmente, os iguais como iguais e os diferentes efetivamente como diferentes”.

um indivíduo por meio de uma ação afirmativa.<sup>125</sup> Contudo, se houver uma razão suficiente para permitir ou ordenar um tratamento desigual a apenas um indivíduo, não há justificativa para que esse tratamento desigual não seja realizado por meio de ação afirmativa.<sup>126</sup>

Diante das razões expostas, defende-se, nesta pesquisa, que, juridicamente, ação afirmativa é (1) uma forma (2) de tratamento jurídico (3) desigual, (4) que *deve* estar fundamentado em uma razão suficiente para permiti-lo ou ordená-lo, (5) que pode ser realizado a um indivíduo ou a um grupo de indivíduos e (6) que *deve* ter como finalidade geral a correção de uma discriminação, (7) que seja específica e (8) que comprovadamente seja corrigível, tenha ocorrido e não tenha cessado. Alerta-se que esse conceito é, apenas, um conceito preliminar, que deve ser desenvolvido pela crítica. Contudo, ele já é suficiente para que o direito à ação afirmativa possa ser compreendido a luz dos direitos fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro. Adotaremos essa interpretação para analisar o que segue.

### 3.2 Estruturas do direito à ação afirmativa

Este tópico tem o objetivo específico de aferir em qual(is) posição(ões) jurídica(s) o direito à ação afirmativa pode ser estruturado. Para isso, será adotado como premissa maior o sistema de direitos subjetivos proposto por Alexy e como premissa menor o conceito de ação afirmativa proposto nesta pesquisa. As hipóteses de estrutura do direito à ação afirmativa serão investigadas por meio da análise das estruturas do direito fundamental à proibição de discriminação, pois, (1) para essa investigação, é inevitável a associação do direito à ação afirmativa a um direito fundamental, (2) segundo nosso entendimento, o direito fundamental à proibição de discriminação é o principal fundamento jurídico existente no

---

<sup>125</sup> Corroborando, expressamente, a possibilidade de uma ação afirmativa ser realizada a um indivíduo o inciso 4 do artigo 1º da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (ONU, Convenção sobre a Eliminação..., 1966; BRASIL, 1969).

<sup>126</sup> Exemplificativamente, pode-se cogitar a hipótese de que um empregador promova uma ação afirmativa a um determinado trabalhador, que *por ter sido discriminado*, não obteve uma transferência por ele postulada, a qual foi concedida a outros colegas de trabalho que possuíam menos requisitos que o trabalhador discriminado (tempo de serviço, qualificação), sem que houvesse um interesse justificado do empregador nas transferências ocorridas. Nesse exemplo, a ação afirmativa, que consistirá em priorizar a concessão de transferência a esse trabalhador, será dirigida a apenas um indivíduo. Deve-se considerar também que os fundamentos discriminatórios podem ser específicos, como, por exemplo, no caso de uma pessoa com deficiência atípica. Em casos como esse, talvez seja impossível a formação de um grupo de indivíduos discriminados por esse fundamento específico.

ordenamento jurídico brasileiro, e, por fim, (3) é comum a confusão conceitual entre esses dois direitos.

Alexy sistematiza as posições jurídicas<sup>127</sup> decorrentes dos direitos fundamentais em três tipos: liberdades<sup>128</sup>, direitos a algo ou competências<sup>129</sup>. Alexy define o direito a algo como a “relação triádica cujo primeiro elemento é o *portador* ou titular do direito (*a*), seu segundo elemento, o *destinatário* do direito (*b*) e seu terceiro elemento, o *objeto* do direito (*G*)” (ALEXY, 2008, p. 163-164, tradução nossa). Nos direitos a algo, o objeto é sempre uma ação do destinatário.<sup>130</sup> Conforme essa ação seja negativa (ação de omitir) ou positiva (ação de fazer), os direitos a algo podem ser classificados, respectivamente, em direitos a ações negativas e direitos a ações positivas (ALEXY, 2008). Os direitos a ações negativas caracterizam-se também por imporem limites a seus destinatários na persecução de seus fins<sup>131</sup>, ao passo que os direitos a ações positivas impõem a persecução de determinados fins a seus destinatários (ALEXY, 2008). Da mesma forma que a doutrina clássica, Alexy contrapõe os direitos a ações negativas, também denominados direitos de defesa, com os direitos a ações positivas, também denominados direitos prestacionais. O objeto é também o critério que subdivide os direitos a ações positivas em direitos à ação positiva normativa (que o autor também

<sup>127</sup> O sistema de direitos subjetivos decorrentes de direitos fundamentais proposto por Alexy tem como pressuposto o conceito de direito subjetivo adotado pelo autor. Alexy adverte que o conceito de direito subjetivo, ainda hodiernamente, apresenta três tipos de problemas, que são os normativos (ético-filosófico e dogmático-jurídico), os empíricos (por exemplo, história e função social do direito subjetivo) e os analíticos (distinção entre norma e posição jurídica). Partindo deste último questionamento, o autor define os direitos subjetivos por meio das posições e relações jurídicas por estes estruturadas, visto que assim é possível identificar com precisão “as *propriedades normativas* das pessoas e as ações” (ALEXY, 2008, p. 156, tradução nossa), bem como “as *relações normativas* entre as pessoas, da mesma forma que entre pessoas e ações” (ALEXY, 2008, p. 156, tradução nossa).

<sup>128</sup> Alexy define a liberdade como “uma relação triádica entre o titular de uma liberdade (ou de uma não liberdade), um impedimento desta liberdade e o objeto desta liberdade” (ALEXY, 2008, p. 188, tradução nossa), sendo que a liberdade jurídica deve ter como objeto uma alternativa de ação, isto é, deve ser uma liberdade negativa. A liberdade jurídica é estruturada pelo autor da seguinte forma “*x* é livre (não livre) com respeito a *y* para fazer *z* ou não fazer *z*” (ALEXY, 2008, p. 189, tradução nossa), sendo que “*<<x>>* simboliza aqui o titular da liberdade (não liberdade); *<<y>>*, o obstáculo à liberdade e *<<z>>* a ação cuja realização ou não realização é o objeto da liberdade” (ALEXY, 2008, p. 190, tradução nossa).

<sup>129</sup> Alexy define uma competência como “uma posição conferida por uma norma de competência. Aqui será considerada somente a posição que tem um sujeito jurídico (*a*) quando, sem que sejam necessárias a esse respeito ações de outros sujeitos jurídicos, possa modificar a posição jurídica de outro sujeito jurídico (*b*). Que *a* possa modificar a posição jurídica de *b* significa que *a*, por meio de sua ação, pode criar uma posição jurídica de *b* que, em circunstâncias similares, não existiria sem esta ação.” (ALEXY, 2008, p. 208-209, tradução nossa).

<sup>130</sup> Pelo fato de se constituírem em relações triádicas, Alexy atribui aos direitos a algo caráter relacional.

<sup>131</sup> Alexy (2008, p. 409, tradução nossa) resume que “a omissão de cada ação individual de destruição ou de afetação é uma condição necessária e somente a omissão de todas as ações de destruição ou afetação é uma condição suficiente para o cumprimento da proibição de destruição ou afetação e, com isso, para a satisfação do direito de defesa”.

denomina direitos prestacionais em sentido amplo) e direitos à ação positiva fática (que o autor também denomina direitos prestacionais em sentido estrito).

Para Alexy (2008, p. 171, tradução nossa), os direitos à ação positiva normativa “são direitos a atos estatais de criação de normas” e estruturam-se da seguinte maneira “a tem frente ao Estado um direito a que este realize a ação positiva normativa  $h_n$ ” (ALEXY, 2008, p. 172, tradução nossa). Segundo a sistematização de Alexy, o direito à ação positiva normativa pode ser tanto um direito de proteção quanto um direito ao procedimento.

Alexy (2008, p. 399, tradução nossa) conceitua os direitos de proteção, primeiro tipo de direito prestacional em sentido amplo, como direitos “a que o Estado organize e dirija a ordem jurídica de uma determinada maneira, no que se refere à relação recíproca de sujeitos jurídicos de igual hierarquia”, isto é, direitos “frente ao Estado para que este realize ações positivas fáticas ou normativas que têm como objeto a delimitação das esferas de sujeitos jurídicos de igual hierarquia, assim como a exigibilidade judicial e a implementação dessa delimitação” (ALEXY, 2008, p. 399, tradução nossa).<sup>132</sup>

Conceituando o segundo tipo de direito prestacional em sentido amplo, Alexy (2008, p. 418, tradução nossa) afirma que direitos ao procedimento são os direitos frente ao Estado à “realização e garantia dos direitos fundamentais por meio da organização e do procedimento”. O autor denomina “direitos ao procedimento” ou “direitos procedimentais” os direitos à organização e ao procedimento.<sup>133</sup> Alexy (2008, p. 429, tradução nossa) classifica os direitos procedimentais em quatro grupos: “(1) as competências de direito privado, (2) os procedimentos judiciais e administrativos (procedimento em sentido estrito), (3) a organização em sentido estrito e (4) a formação da vontade estatal”.

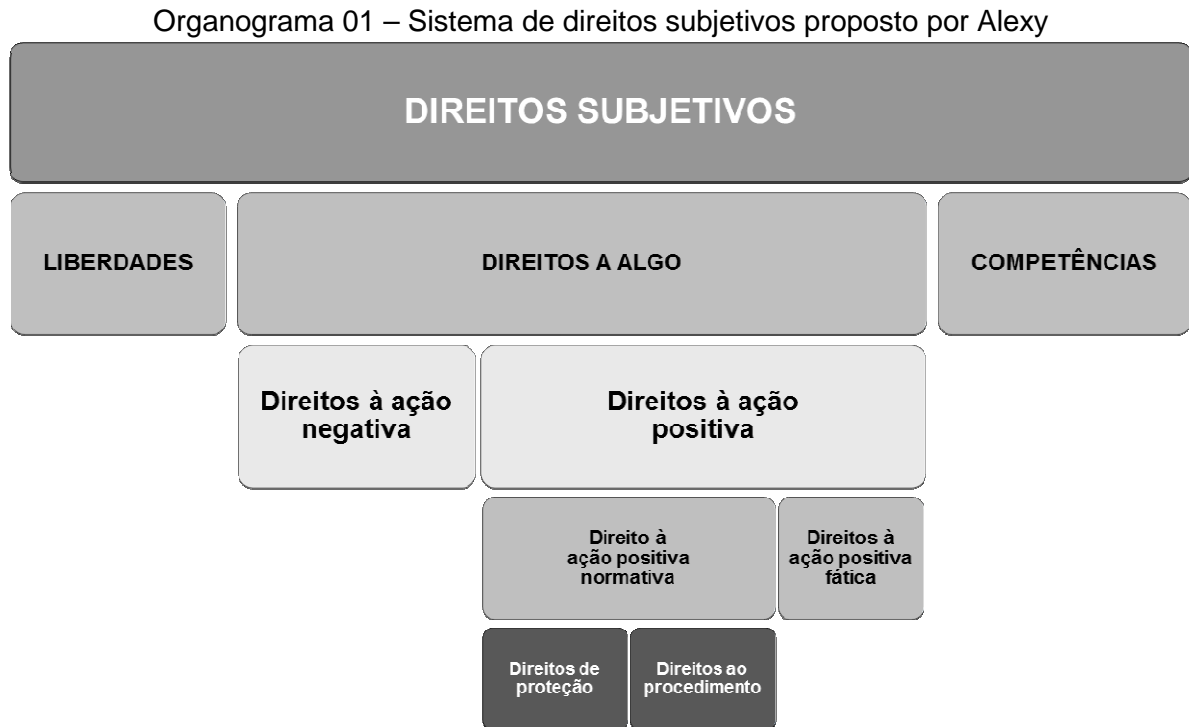
Por fim, os direitos à ação positiva fática “são direitos do indivíduo frente ao Estado a algo que – se o indivíduo tivesse os meios financeiros suficientes, e se encontrasse no mercado uma oferta suficiente – poderia obter também dos particulares” (ALEXY, 2008, p. 443, tradução nossa). Os direitos à ação positiva fática estruturam-se da seguinte forma “a tem frente ao Estado um direito a que este

---

<sup>132</sup> Alexy (2008, p. 409-410, tradução nossa) também resume que “para o cumprimento dos mandados de proteção ou promoção, da mesma forma que, em geral, para o cumprimento dos direitos prestacionais, é suficiente a realização de somente uma ação idônea de proteção ou promoção”.

<sup>133</sup> Justificando sua opção terminológica, o autor afirma que, diante da diversidade de direitos a que essa expressão faz referência, não haveria diferenciação técnica entre os termos organização e procedimento.

realize a ação positiva fática  $h_f$ ” (ALEXY, 2008, p. 172, tradução nossa) e, como exemplo, podem ser citados o direito ao trabalho, o direito à saúde ou o direito à educação. Esquematizando essa classificação, tem-se o seguinte organograma:



Esse sistema de direitos subjetivos é fundamental para a interpretação do direito à ação afirmativa, uma vez que, segundo Alexy (2008), são as relações existentes entre as normas e suas posições que compõem o <<direito fundamental como um todo>>. Pode-se dizer que o direito à ação afirmativa está associado ao direito à proibição de discriminação, pois (1) este fundamenta aquele (relação de precisão), (2) aquele é um meio deste, que é o fim (relação de meio/fim) e (3) seu conflito é solucionado por ponderação (relação de ponderação). Acerca do conceito de <<direito fundamental como um todo>>, Alexy (2008, p. 217-218, tradução nossa) explica que:

Há quatro coisas que poderiam ser chamadas <<direito fundamental como um todo>>: (1) um az de posições definitivas, (2) um haz de posições definitivas, incluídas as relações que existem entre elas, (3) um az de posições definitivas e *prima facie*, (4) um az de posições definitivas e *prima facie*, incluídas as relações que existem entre elas. [...] um direito fundamental como um todo é um az de posições definitivas e *prima facie* vinculadas reciprocamente nas três formas descritas e associadas a uma disposição de direito fundamental.



Para exemplificar como deve ser interpretado um direito fundamental como um todo, serão analisados alguns exemplos de posições jurídicas pelas quais pode estruturar-se o direito à igualdade. Alexy (2008) distingue três tipos de direitos decorrentes do direito geral à igualdade. O primeiro tipo é o dos direitos de igualdade definitivos abstratos, que são os clássicos direitos de *status* negativo. Podem ser classificados nesse tipo “o direito à igualdade de tratamento, quando não existe nenhuma razão suficiente para permitir um tratamento desigual” (ALEXY, 2008, p. 379, tradução nossa), que “corresponde à obrigação do Estado de omitir determinados tratamentos desiguais” (ALEXY, 2008, p. 380, tradução nossa), e “o direito a ser tratado desigualmente quando existe uma razão suficiente para que esteja ordenado um tratamento desigual” (ALEXY, 2008, p. 379, tradução nossa), que “corresponde à obrigação do Estado de omitir determinados tratamentos iguais” (ALEXY, 2008, p. 380, tradução nossa).

Um segundo tipo de direito à igualdade pode ser associado ao referido direito à omissão de um tratamento desigual. São os direitos de igualdade definitivos concretos, que podem ser de *status* negativo, os quais, por exemplo, surgem quando alguém é afetado por uma proibição; de *status* positivo, os quais, por exemplo, surgem quando alguém não é favorecido; e de *status* ativo, os quais, por exemplo, surgem quando “a alguém não se concede a competência para participação na formação da vontade política” (ALEXY, 2008, p. 381, tradução nossa). Há diversas medidas antidiscriminatórias da legislação trabalhista que são direitos de igualdade definitivos concretos, como, por exemplo, a estabilidade provisória da trabalhadora gestante.

O terceiro tipo de direito à igualdade é o dos direitos de igualdade *prima facie* abstratos, que são dois: o princípio da igualdade jurídica e o princípio da igualdade fática. Alexy (2008, p. 382, tradução nossa) explica que: “o direito *prima facie* à igualdade jurídica pode ser formulado como um direito *prima facie* à omissão de tratamentos desiguais; por outro lado, o direito *prima facie* à igualdade fática é um direito *prima facie* a ações positivas do Estado”.

Para o autor, esses três tipos são apenas alguns dos direitos subjetivos nos quais pode estruturar-se o direito à igualdade. Em face dessas distinções, Alexy conclui que, ao direito fundamental à igualdade, deve-se associar um conjunto de direitos subjetivos de estrutura sumamente diferente e que o direito fundamental à igualdade deve ser definido <<como um todo>> somente por meio desse conjunto.

Por meio da associação de direitos prestacionais ao direito à igualdade proposta por Alexy, é possível evidenciar a superação (1) da tese segundo a qual os direitos de igualdade seriam direitos exclusivamente de *status* negativo, (2) da tese segundo a qual o direito à liberdade estruturaria direitos de *status* negativo ao passo que o direito à igualdade estruturaria direitos de *status* positivo e (3) da interpretação que nega o caráter tripartite do núcleo filosófico dos direitos humanos (OLIVEIRA JUNIOR, 2008). Segundo o modelo teórico de Alexy, seria, portanto, insuficiente interpretar a proposição normativa do *caput* do art. 5º como um direito de *status* negativo, uma vez que também decorrem do direito fundamental à igualdade direitos subjetivos de *status* positivo e, inclusive, ativo.

Passe-se à análise das estruturas do direito à proibição de discriminação. Esse direito pode estruturar-se pelas duas formas de direito a algo, isto é, pode estruturar-se tanto como um direito à ação negativa como um direito à ação positiva.<sup>134</sup> Como direito de defesa, o direito à proibição de discriminação estruturar-se em uma relação triádica, que pode consistir, por exemplo, no direito do titular a *não ser discriminado* pelo Estado<sup>135</sup>, ao qual corresponde o dever do Estado de não discriminar os titulares desse direito, isto é, o Estado tem o dever de omitir-se de todas as ações positivas<sup>136</sup> que tenham por objetivo ou por efeito a discriminação.<sup>137</sup> Exemplificativamente, pode ser citado o dever do Estado de omitir-se de dispensar trabalhadores com fundamento exclusivo no gênero ou o dever do Estado de omitir-se de proibir injustificadamente a admissão de trabalhadores com deficiência em determinada atividade.

Como direito de proteção, o direito à proibição de discriminação pode estruturar-se em uma relação triádica, que pode consistir, por exemplo, no direito do titular a *ser protegido* pelo Estado contra discriminações de terceiros ou do próprio

<sup>134</sup> Em respeito aos limites dessa pesquisa, não será investigada a hipótese de o direito fundamental à proibição de discriminação estruturar-se como liberdade ou como competência.

<sup>135</sup> No capítulo 4, será brevemente analisada a possibilidade de os direitos fundamentais, tal como o direito à proibição de discriminação, terem como destinatários também os particulares.

<sup>136</sup> Cogita-se também a hipótese de Estado ter o dever de omitir-se de todas as ações negativas, como, por exemplo, o dever do Estado de omitir-se de não contratar (ação negativa) injustificadamente trabalhadores com deficiência para determinada atividade.

<sup>137</sup> O direito de não ser discriminado pode, por sua vez, estruturar-se segundo os três tipos de direitos à ação negativa. Os direitos à ação negativa subdividem-se em (1) direitos ao não impedimento de ações, (2) direitos a não afetação de propriedades e situações e (3) direitos a não-eliminação de posições jurídicas (ALEXY, 2008). Alexy (2008, p. 165-166, tradução nossa) explica que “o primeiro está constituído pelos direitos a que o Estado não impeça ou obstaculize determinadas *ações* do titular do direito; o segundo, pelos direitos a que o Estado não afete determinadas *propriedades* ou *situações* do titular do direito; e o terceiro, pelos direitos a que o Estado não elimine determinadas *posições jurídicas* do titular do direito”.

Estado, ao qual corresponde o dever do Estado de proteger, de uma forma idônea, os titulares desse direito contra discriminações de terceiros ou do Estado. Exemplificativamente, cita-se o dever do Estado de criar leis que proíbam terceiros de injustificadamente dispensar trabalhadoras em estado gravídico ou o direito à expedição de normas que protejam a mulher no mercado de trabalho. Ressalte-se que, no ordenamento jurídico brasileiro, o Constituinte estatuiu diretamente como direito fundamental a posição jurídica de direito de proteção do princípio da proibição de discriminação. Isso significa que o direito a ser protegido pelo Estado contra discriminações não necessita ser associado a qualquer outra estrutura de direito fundamental, nem precisa ser justificado pela tese de que os particulares seriam também destinatários dos direitos fundamentais.<sup>138</sup> Outro evidente exemplo do dever do Estado de proteger o indivíduo contra discriminação é a hipótese normativa do segundo elemento alternativo objetivo para, no caso concreto, caracterizar juridicamente a discriminação, pois, segundo esse elemento, a caracterização de discriminação independe de dolo ou culpa.

Como direito ao procedimento, o direito à proibição de discriminação pode estruturar-se em uma relação triádica, que pode consistir, por exemplo<sup>139</sup>, no direito do titular frente ao Estado a ter garantido seu direito à proibição de discriminação, ao qual corresponde o dever do Estado de garantir, de uma forma idônea, aos titulares o direito à proibição de discriminação. São exemplos de direito ao procedimento a expedição de normas que garantam a igualdade em matéria de emprego e ocupação, bem como um procedimento administrativo de denúncia e de investigação de discriminação.<sup>140</sup>

---

<sup>138</sup> Essa é a opção sugerida por Alexy (2008, p. 401, tradução nossa), que afirma que “esta é uma tese mais forte e problemática” do que “a tese segundo a qual o indivíduo tem um direito fundamental frente ao Estado a receber proteção frente a terceiros” (ALEXY, 2008, p. 401, tradução nossa).

<sup>139</sup> Na presente pesquisa, não serão nem levantadas nem confirmadas ou refutadas as hipóteses de o direito à proibição de discriminação estruturar-se por meio de cada um dos tipos de direito ao procedimento.

<sup>140</sup> Também são exemplos de normas de proteção a Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989, que tipifica as condutas de crime de racismo, e a Lei nº 11.340, 07 de agosto de 2006, que, dentre outras providências, cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Afirmou-se anteriormente que as ações afirmativas são uma espécie, mas não a única, de tratamento desigual. Outra forma de realizar, por meio de um tratamento desigual, o princípio da proibição de discriminação em sua estrutura de direito prestacional em sentido amplo seria garantir um procedimento de controle incidental de discriminações por meio de denúncias de interessados. Observe-se que a mera existência desse direito prestacional já teria eficácia preventiva (da mesma forma que as normas penais têm) em relação a discriminações futuras. A exemplo do que ocorre nos EUA com o OOE, esse controle poderia ser realizado, no Brasil, por exemplo, por entes públicos como o Ministério Público do Trabalho e o MTE. Com efeito, o direito à ação afirmativa somente justificar-se-ia pela impossibilidade de realização plena desse direito prestacional. É inadmissível o reconhecimento do direito à ação afirmativa e não desses direitos prestacionais. Admitir isso seria igual que admitir que o Estado tem dever à

O direito à proibição de discriminação pode, por fim, estruturar-se em muitos direitos prestacionais em sentido estrito, como, por exemplo, o direito à equiparação salarial (que ordena um tratamento igual) ou o direito à licença-maternidade (que ordena um tratamento desigual), os quais independem da ocorrência de discriminação presente. Com efeito, o direito à ação afirmativa é uma das posições jurídicas pelas quais pode estruturar-se o direito à proibição de discriminação.<sup>141</sup>

Para aferir em qual(is) posição(ões) jurídica(s) o direito à ação afirmativa pode ser estruturado, deve-se, inicialmente, investigar se esse direito pode ser expresso por meio de um enunciado monádico, diádico ou triádico, bem como no que consiste o objeto desse direito. Como visto no tópico 3.1, o elemento principal do objeto do direito à ação afirmativa é um tratamento desigual que visa à correção de uma discriminação. Portanto, o direito à ação afirmativa *deve* estruturar-se como uma relação triádica, que pode consistir, por exemplo, no direito de (1) um titular, pessoa(s) física(s)<sup>142</sup>, (2) frente a um destinatário, Estado ou particulares, (3) a ter um tratamento desigual que corrija uma discriminação (objeto). Na medida em que um tratamento desigual que corrija uma discriminação consiste, apenas, em uma ação positiva (um fazer), infere-se não ser possível estruturar o direito à ação afirmativa seja como uma das duas outras posições jurídicas fundamentais preconizadas por Alexy, isto é, como uma liberdade ou como uma competência, seja como um direito à ação negativa. Resta, portanto, investigar se o direito à ação afirmativa pode estruturar-se ou como um direito à ação positiva normativa ou como um direito à ação positiva fática ou ambos.

Como direito prestacional em sentido amplo, o direito à ação afirmativa pode estruturar-se tanto como direito de proteção quanto como direito ao procedimento. Assim, o direito à ação afirmativa pode estruturar-se como direito de proteção em uma relação triádica, que pode consistir, por exemplo, no direito do titular frente ao

---

proibição de discriminação somente a partir do momento em que os danos causados pela discriminação sejam grandes a ponto de serem aferíveis.

<sup>141</sup> Rocha (1996, p. 289) afirma que “se a igualdade jurídica fosse apenas a vedação de tratamentos discriminatórios, o princípio seria absolutamente insuficiente para possibilitar a realização dos objetivos fundamentais da República constitucionalmente definidos”. No mesmo sentido, Gomes (2003) e ADPF 186 (STF, 2012). O fundamento de Rocha seria razoável se o princípio da proibição de discriminação não se estruturasse em direitos prestacionais em sentido amplo e em sentido estrito. Portanto, entendemos ser incorreta a oposição <<proibição de discriminação>> *versus* <<promoção da igualdade>>.

<sup>142</sup> Conforme sustentado no tópico 3.1, arguimos que não há fundamentação suficiente para a tese de que pessoas jurídicas sejam titulares do direito à ação afirmativa. Ressalte-se, contudo, que, na doutrina brasileira, diversos autores atribuem, por exemplo, à proposição normativa do inciso IX artigo 170 da CFRB/88, o direito à ação afirmativa para <<empresas de pequeno porte>>.

Estado a *ter um tratamento desigual que corrija* as discriminações presentes praticadas por terceiros ou pelo próprio Estado, ao qual corresponde o dever do Estado de realizar um tratamento desigual idôneo a corrigir a discriminação sofrida pelos titulares desse direito. Por essa estrutura, o Estado tem o dever de expedir normas que regulamentem a realização do direito à ação afirmativa seja pelo Estado, seja pelos particulares.

Como direito ao procedimento, o direito à ação afirmativa pode estruturar-se como uma relação triádica, que consiste, por exemplo, no direito do titular frente ao Estado à expedição de normas que permitam a realização de ações afirmativas nas relações de trabalho, por exemplo, por meio de negociação coletiva de trabalho (direito à competência de direito privado), bem como no direito do titular frente ao Estado a um procedimento administrativo de avaliação do cumprimento das finalidades geral e específicas de uma ação afirmativa (direito ao procedimento em sentido estrito). Com efeito, o direito à ação afirmativa pode estruturar-se em diversos direitos ao procedimento. Nesse sentido, o direito à ação afirmativa pode ser compreendido como um conjunto de direitos que precipuamente garantem, dentre outros direitos fundamentais, o direito à proibição de discriminação.

Resta, por fim, questionar se o direito à ação afirmativa estrutura-se como direito prestacional em sentido estrito. Primeiramente, deve-se observar que o tratamento desigual cujo objetivo é a correção de uma discriminação não é uma prestação objetiva, isto é, não é um bem que pode ser demandado ou ofertado em um mercado, como ocorre com o trabalho, a saúde ou a educação. Assim, os tratamentos desiguais cujo objetivo é a correção de uma discriminação podem ser ou permitidos ou ordenados na hipótese de haver uma razão suficiente. Logo, entendemos que não é verdadeiro afirmar que se o indivíduo tivesse os meios financeiros suficientes e encontrasse no mercado uma oferta suficiente, então o indivíduo poderia obter ações afirmativas também dos particulares.<sup>143</sup>

Não obstante, o direito à ação afirmativa pode ter como finalidade específica a garantia de um direito prestacional em sentido estrito a um indivíduo ou um grupo de indivíduos discriminados. Um bom exemplo pode ser dado com o direito ao trabalho. A garantia desse direito prestacional em sentido estrito pode ser uma finalidade específica de uma ação afirmativa que vise a corrigir uma discriminação, que esteja

---

<sup>143</sup> Mesmo que se aceite a tese de que os particulares sejam destinatários do direito à ação afirmativa, na hipótese de lhes ser permitida a realização de uma ação afirmativa, eles poderiam justificadamente não realizá-la.

excluindo determinado grupo de trabalhadores de um mercado de trabalho. Contudo, não é necessário que todas as pessoas discriminadas nesse mercado de trabalho tenham o direito prestacional em sentido estrito para que a discriminação seja corrigida e, portanto, não é necessário que todas as pessoas de um grupo discriminado tenham o direito prestacional em sentido estrito para que todas as pessoas de um grupo discriminado tenham garantido seu direito à ação afirmativa. Por exemplo, se há uma ação afirmativa com o objetivo de corrigir a discriminação do trabalhador idoso para admissão na relação de trabalho e essa ação afirmativa cumpre seu objetivo, a todos os trabalhadores idosos desse mercado de trabalho está sendo realizado o direito à ação afirmativa. Isto é, todos os trabalhadores idosos pertencentes a esse mercado de trabalho tiveram seu direito à ação afirmativa realizado, independentemente de a todos ter sido garantido o direito prestacional em sentido estrito, no caso, o direito ao trabalho. Portanto, defende-se o argumento de que o direito à ação afirmativa não se confunde com o direito prestacional estrito que a ação afirmativa pode ter como finalidade específica. Porém, se esse direito prestacional em sentido estrito que a ação afirmativa tem como finalidade específica não fosse garantido, seria possível que o objeto do direito à ação afirmativa, isto é, a correção da discriminação nunca pudesse ser realizado. Sob essas condições, é possível afirmar que o direito à ação afirmativa pode estruturar-se como um direito à ação positiva fática, isto é, como um direito prestacional em sentido estrito. Observe-se que, nesse caso, as razões para realização desse direito prestacional em sentido estrito serão tanto as razões que são próprias do direito prestacional em sentido estrito, quanto as razões para realização do direito à ação afirmativa. Nas ações afirmativas nas relações de trabalho, são exemplos de direitos prestacionais em sentido estrito pelos quais pode estruturar-se o direito à ação afirmativa a qualificação para o trabalho, bem como o acesso ao trabalho ou a reserva de quotas para cargos de direção e chefia, desde que atendidos os requisitos mínimos de qualificação.

A estrutura de direito prestacional em sentido estrito do direito à afirmativa pode, inclusive, estar ordenada e ser necessária à realização do princípio da proibição de discriminação.<sup>144</sup> Acerca da associação de um direito prestacional em

---

<sup>144</sup> A análise do direito à ação afirmativa releva que o conceito de direitos prestacionais em sentido estrito adotado por Alexy (2008) é insuficiente, pois, no próprio mercado, há discriminação, que, por exemplo, exclui determinados trabalhadores de determinados empregos. Seria inadmissível não reconhecer o direito à ação

sentido estrito a um direito fundamental, como direito fundamental social, Alexy sustenta argumentos favoráveis e contrários. Um dos argumentos favoráveis à associação de um direito prestacional em sentido estrito é, por exemplo, o argumento da liberdade. Há duas principais teses sobre a liberdade.<sup>145</sup> Segundo a primeira tese, “a liberdade jurídica para fazer ou omitir algo, sem a liberdade fática real, isto é, sem a possibilidade fática de eleger entre o permitido, carece de todo valor” (ALEXY, 2008, p. 447, tradução nossa). A segunda tese argui que “sob as condições da sociedade industrial moderna, a liberdade fática de um grande número de titulares de direitos fundamentais não encontra seu substrato material em um <<âmbito vital dominado por eles>>, mas depende essencialmente de atividades estatais” (ALEXY, 2008, p. 447, tradução nossa). Para justificar que “a liberdade que os direitos fundamentais devem assegurar, inclui a liberdade fática” (ALEXY, 2008, p. 448, tradução nossa), há dois argumentos. Um deles sustenta que a liberdade fática é importante para que o indivíduo exerça suas liberdades jurídicas; o outro, que os direitos fundamentais expressam as exigências para que “o indivíduo possa desenvolver-se livre e dignamente na comunidade social, o que pressupõe uma certa medida de liberdade fática” (ALEXY, 2008, p. 449, tradução nossa). Outros direitos sociais, como o princípio do Estado Social, também são argumentos favoráveis.

Não obstante, há argumentos contrários à associação de um direito prestacional em sentido estrito. Muitos argumentos formais podem ser suscitados. O principal deles afirma que essa associação implica o seguinte dilema: ou se desloca inconstitucionalmente a competência para a política social do Parlamento para o Tribunal Constitucional ou se viola a cláusula de vinculação das normas constitucionais. Outros argumentos formais são: (1) indeterminação semântica e estrutural dos direitos fundamentais sociais; (2) impossibilidade de juridicamente fazer essa determinação; (3) princípio formal da divisão de poderes e princípio formal da democracia<sup>146</sup>; (4) efeitos financeiros dos direitos fundamentais sociais; (5) redução do fenômeno político no jurídico. Não menos importante é o argumento

---

afirmativa para esses trabalhadores discriminados sob o fundamento de que o acesso a esses empregos também estaria indisponível no mercado de trabalho aos titulares desse direito. De todo modo, esse direito prestacional em sentido estrito que é finalidade específica de uma ação afirmativa deve obedecer, em relação à discriminação do caso concreto, o princípio da proporcionalidade, conforme será visto no capítulo 4.

<sup>145</sup> A tese da liberdade fática foi utilizada na fundamentação do julgamento da ADPF 186 (STF, 2012).

<sup>146</sup> Consistente em “manter uma competência de decisão do legislador democraticamente legitimado, que seja o mais ampla possível” (p. 396).

material contrário, segundo o qual a associação de direitos fundamentais sociais colide com quatro tipos de direitos:

“colisão entre os direitos fundamentais sociais de uns titulares e os direitos de liberdade de outros titulares [...] colisão entre direitos fundamentais sociais e direitos de liberdade do mesmo titular [...] colisões de direitos fundamentais sociais com outros direitos fundamentais sociais assim como as colisões entre os direitos fundamentais sociais e os bens coletivos” (ALEXY, 2008, p. 453, tradução nossa).<sup>147</sup>

Considerando tanto os argumentos favoráveis, quanto os contrários, Alexy pondera que “o indivíduo tem um direito prestacional definitivo quando o princípio da liberdade fática tem um peso maior que os princípios formais e materiais contrapostos, tomados em seu conjunto.” (ALEXY, 2008, p. 459, tradução nossa). Assim expõe o autor seu entendimento:

[...] uma posição jurídica prestacional está definitivamente garantida pelos direitos fundamentais se (1) a exige urgentemente o princípio da igualdade fática e (2) o princípio da divisão de poderes e o da democracia (que inclui a competência orçamentária do parlamento) da mesma forma que (3) princípios materiais contrapostos (especialmente aqueles que apontam à liberdade jurídica de outros) afetam-se em uma medida relativamente reduzida a causa da garantia iusfundamental da posição jurídica prestacional e as decisões do Tribunal Constitucional que a tomam em conta. (ALEXY, 2008, p. 454-455, tradução nossa).

Seguindo a lição de Alexy (2008), pode-se concluir que, <<como um todo>>, o direito à ação afirmativa pode ser compreendido como um conjunto de direitos, que para garantir precipuamente, dentre outros direitos fundamentais, o direito à proibição de discriminação, pode estrutura-se tanto como direito prestacional em sentido amplo, quanto como direito prestacional em sentido estrito.

A partir das estruturas desses direitos como direitos prestacionais, puderam ser observadas três importantes diferenças existentes entre o direito à proibição de discriminação e o direito à ação afirmativa.<sup>148</sup> A primeira diferença é que o direito à ação afirmativa não se confunde com o direito à proibição de discriminação, visto que este direito pode estruturar-se como um direito de ação negativa ao passo que

<sup>147</sup> No capítulo 4, será visto que, em matéria de emprego e ocupação, outros direitos fundamentais entram em colisão com o direito à ação afirmativa, o que torna a ponderação ainda mais complexa.

<sup>148</sup> Como será visto no tópico 3.5, uma quarta diferença entre esses dois direitos é que o direito à proibição de discriminação é fundamental, mas o direito à ação afirmativa não. Em respeito aos limites desta pesquisa, não será investigada, mas sugere-se isso a pesquisas subsequentes, a classificação do direito à ação afirmativa em direito individual ou transindividual a partir de suas três estruturas apresentadas, uma vez que essa classificação implica importantes consequências no direito processual.



aquele não. A impossibilidade de o direito à ação afirmativa ser um direito de defesa demonstra claramente uma das diferenças entre esse direito e o direito à proibição de discriminação.

A segunda diferença é o tempo em que ocorre a discriminação que é objeto desses direitos. O direito à proibição de discriminação tem como objeto tanto uma discriminação que *está ocorrendo* (presente), quanto uma discriminação que *ocorreu* (passada) ou uma que *poderá ocorrer* (futura), ao passo que o direito à ação afirmativa tem como objeto exclusivamente uma discriminação presente, conforme demonstrado no tópico 3.1. Observe-se que, no que tange ao tempo da discriminação, o objeto do direito à proibição de discriminação é diferente e maior do que o objeto do direito à ação afirmativa:

Quadro 01 – Tempo de ocorrência da discriminação, que é objeto dos direitos à proibição de discriminação e à ação afirmativa

	<b>Discriminação passada</b>	<b>Discriminação presente</b>	<b>Discriminação futura</b>
<b>Direito à proibição de discriminação</b>	Sim	Sim	Sim
<b>Direito à ação afirmativa</b>	Não	Sim	Não

Desse modo, como destinatário do direito à proibição de discriminação, o Estado tem o dever, no presente, (1) de omitir-se de discriminar, (2) de proteger o titular contra discriminações e (3) de garantir ao titular a proibição de discriminações passadas, presentes e futuras. Argumenta-se que os deveres de proibição de discriminação persistem mesmo diante da inexistência de discriminações nos momentos passado ou presente. Em sentido contrário, o direito à ação afirmativa, compreendida esta como ação de *correção* de discriminação, apenas justifica-se para uma discriminação que *está ocorrendo*. Vale observar também que à medida que o direito à proibição de discriminação for mais realizado, menor será a necessidade de realização do direito à ação afirmativa, visto que, quanto mais o titular for protegido contra discriminação, quanto mais a ele for garantido o direito à proibição de discriminação, menor será o fenômeno da discriminação e, conseqüentemente, menor será a ocorrência desse elemento conceitual do direito à ação afirmativa. Nesse sentido, não se poderia afirmar que o direito à ação afirmativa tem caráter preventivo.<sup>149</sup> É possível afirmar que o direito à proibição de

<sup>149</sup> Acerca dessa tese, remete-se o leitor às notas de rodapé nº 122 e 210 desta dissertação.

discriminação é uma norma que tem como objeto uma proteção mais ampla ao indivíduo do que a proteção do direito à ação afirmativa, o que se coaduna com o fato de aquele ser fundamental e este, em princípio, não, o que será demonstrado no tópico 3.5.

A terceira diferença é que a realização do direito à ação afirmativa implica necessariamente a realização do direito à proibição de discriminação, mas o contrário não é válido, isto é, a realização do direito à proibição de discriminação não implica a realização do direito à ação afirmativa. Nesse sentido, tem-se que, ao realizar o direito à ação afirmativa também se realiza o direito à proibição de discriminação, uma vez que aquele direito está associado a este. Contudo, é possível que o direito à proibição de discriminação seja realizado por outros direitos, que não o direito à ação afirmativa. Como exemplo trabalhista, cita-se o direito à equiparação salarial, o qual, ressalte-se, constitui-se como um direito a um tratamento igual, ao contrário do tratamento desigual realizado com as ações afirmativas. Portanto, as ações afirmativas devem ser definidas como um meio, mas não o único, de realização dos deveres do destinatário do direito à proibição de discriminação.

### **3.3 Associação do direito à ação afirmativa ao direito à igualdade fática**

Afirmou-se anteriormente que o principal fundamento de validade jurídica do direito à ação afirmativa é o direito fundamental à proibição de discriminação e que, no caso concreto, o direito à ação afirmativa poderia ter fundamento de validade em outros direitos, como o direito à igualdade fática. Argumentou-se que o direito à igualdade fática será fundamento de validade de uma ação afirmativa quando a discriminação que fundamenta essa ação afirmativa gerar desigualdade fática.<sup>150</sup> Em sentido contrário, afirma-se, na doutrina, que o direito à igualdade fática é o único ou o principal fundamento de validade jurídica do direito à ação afirmativa. O objetivo específico deste tópico é investigar essa hipótese.

Com efeito, a tendência da doutrina brasileira é associar as ações afirmativas ao direito à igualdade fática. É muito comum interpretar-se o princípio da igualdade ora como igualdade jurídica (denominando-o, nesse caso, de acepção formal da

---

<sup>150</sup> Esse foi o fundamento mais citado na ADPF 186 (STF, 2012).

igualdade jurídica) ora como igualdade fática (denominando-o, nesse caso, de acepção material da igualdade jurídica).<sup>151</sup> Esse entendimento é claramente exposto por Gomes nos seguintes termos: “a essas políticas sociais, que nada mais são do que tentativas de concretização da igualdade substancial ou material, dá-se a denominação de <<ação afirmativa>>” (2001, p. 05).

Não obstante, podem ser aduzidas, no mínimo, seis razões para sustentar que o direito à ação afirmativa não pode ser associado exclusivamente ao direito à igualdade fática. A primeira razão é que, se associado exclusivamente ao direito da igualdade fática, o direito à ação afirmativa ficaria associado a um direito que não é diretamente estatuído como fundamental. Conforme foi defendido nos tópicos 1.2 e 2.3, o direito à proibição de discriminação,<sup>151</sup> ao contrário do direito à igualdade fática, é um direito fundamental do ordenamento jurídico brasileiro.

A segunda razão é que, se associado exclusivamente ao direito à igualdade fática, haveria mais princípios contrapostos à realização do direito à afirmativa do que se associado ao direito à proibição de discriminação. Esse também é um forte argumento para a associação do direito à ação afirmativa ao direito à proibição de discriminação.

A terceira razão é que o direito à ação afirmativa não é o único direito que garante eficácia ao direito à igualdade fática. Não há justificativa para que deva ser garantido o direito à ação afirmativa e não direito prestacional em sentido amplo decorrente do direito à igualdade fática.

A quarta razão é que, se o direito à ação afirmativa for associado exclusivamente ao direito à igualdade fática, a discriminação que não tiver causado desigualdade fática não poderá ser objeto de uma ação afirmativa.<sup>152</sup> A associação ao direito à proibição de discriminação, portanto, coaduna-se com o argumento de que a reserva de quotas não é a única espécie de ação afirmativa (GOMES, 2003).<sup>153</sup>

A quinta razão é que tanto o direito à igualdade jurídica quanto o direito à igualdade fática são insuficientes para proteger o indivíduo contra discriminação.

---

<sup>151</sup> Ressalvas são feitas a essas denominações na nota de rodapé nº 22 desta dissertação.

<sup>152</sup> Há um importante pressuposto ético na associação das ações afirmativas exclusivamente ao princípio da igualdade fática. Quem faz essa associação pressupõe que o fundamento ético das ações afirmativas é o de redistribuição (que, para alguns autores, é contrário ao princípio da dignidade da pessoa humana). É provável que, por associar a ação afirmativa ao princípio da igualdade fática, alguns autores admitem que a pessoa jurídica (pessoa não humana e, portanto, sem dignidade) seja titular do direito à ação afirmativa.

<sup>153</sup> Segundo Gomes (2003), além das quotas, são espécies de ações afirmativas o estabelecimento de preferências, o sistema de bônus e os incentivos fiscais.

Conforme visto anteriormente, qualquer das três valorações necessárias ao direito à igualdade deve obedecer ao sistema de direitos fundamentais. Os princípios do ordenamento jurídico brasileiro que proíbem valorações de dignidade entre pessoas humanas são o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da proibição de discriminação.

Por fim, a sexta e principal razão é que é impossível um conceito onicompreensivo de igualdade jurídica e de igualdade fática para interpretar o *caput* do artigo 5º da CRFB. Recorde-se que, no tópico 1.1, viu-se que o conceito de igualdade, contido na fórmula de igualdade, não pode ser fático, pois a vinculação material do Legislador pelo mandado de igualdade, isto é, sua vinculação quanto ao conteúdo das normas, pode ser apenas valorativa, e não fática, por duas razões principais: pelo fato de que os juízos de igualdade (desigualdade) fática não vinculam deonticamente o Legislador a um tratamento igual ou desigual e pelo fato de que duas pessoas ou duas situações humanas sempre apresentam tanto uma igualdade fática parcial como uma desigualdade fática parcial (ALEXY, 2008). Portanto, a igualdade (desigualdade) dos mandados de igualdade será *sempre* valorativa e relativa a igualdades (desigualdades) fáticas parciais (ALEXY, 2008).

Demonstrou-se, também no capítulo 1, também que o direito geral à igualdade deve ser interpretado por meio de dois princípios diferentes, o da igualdade jurídica e o da igualdade fática, sendo que o primeiro seria fundamental, mas o segundo não. Em que pese o princípio da igualdade fática seja associado à proposição normativa do *caput* do artigo 5º da CRFB, ele não gera, em princípio, direitos subjetivos judicialmente exigíveis. A principal razão para isso é que a interpretação do direito geral de igualdade como um mandado de criação de igualdade fática que confere direitos subjetivos exigíveis judicialmente produz uma insuperável colisão dentro do direito geral à igualdade. Acerca dessa interpretação onicompreensiva de igualdade, Alexy (2008, p. 368, tradução nossa) alerta que:

[...] quem parte de um princípio onicompreensivo de igualdade, semelhante, enfrenta-se não somente com o problema, muitas vezes estudado, da relação entre liberdade e igualdade, mas também tem que solucionar uma parte considerável dos problemas de igualdade, inclusive dentro do marco do princípio da igualdade.<sup>154 155</sup>

<sup>154</sup> Acerca do paradoxo de igualdade, Rios (2008, p. 194) argumenta que “[...] é necessário examinar o raciocínio que vislumbra uma situação conflitiva entre os mandamentos de respeito à igualdade jurídica e de promoção da igualdade fática (configurando, nas palavras de R. Alexy, o ‘paradoxo de igualdade’) [...] Esse conflito, no entanto, pode ser superado dentro mesmo da dogmática da igualdade jurídica, à consideração de que o

Portanto, quem sustenta que o princípio da igualdade fática está previsto no do *caput* do artigo 5º da CRFB como direito fundamental deveria também solucionar o paradoxo da igualdade. Todavia, não se encontrou, na doutrina, alguma solução a esse paradoxo. Também não se encontrou, na doutrina, um critério para justificar a interpretação do princípio da igualdade jurídica ora na acepção material ora na acepção formal. Vale ressaltar que a ausência desse critério pode implicar o exercício indevido pelo Judiciário da margem de ação, que é de competência do Legislador. Portanto, sustentamos ser hermeneuticamente inadmissível, porquanto seja injustificável, que a proposição normativa do *caput* do artigo 5º da CRFB (BRASIL, 1988) ora fundamente o direito fundamental à igualdade jurídica ora fundamente um direito fundamental à igualdade fática e, portanto, que ambos confirmam direitos subjetivos judicialmente exigíveis.<sup>156</sup>

Por todas as razões apresentadas, o princípio da igualdade fática não pode ser o único, nem o principal fundamento de validade jurídica do direito à ação afirmativa. Contudo, ressalte-se, novamente, que essa a tese de que o direito à igualdade fática é o principal fundamento de validade jurídica do direito à ação afirmativa é a mais acolhida na doutrina brasileira, para a qual esta pesquisa teve a intenção de contribuir dialeticamente.

### 3.4 Fontes formais do direito à ação afirmativa

Na doutrina brasileira, é consensual a tese de que as ações afirmativas estão explicitamente estatuídas na Constituição. Há, contudo, divergência acerca de quais são as proposições normativas constitucionais que as preveem.<sup>157</sup> Este tópico tem

---

mandamento de igualdade material (tratar os iguais igualmente e aos desiguais desigualmente) conduz à promoção da igualdade fática. Isto porque, conforme a segunda máxima da igualdade jurídica (a norma de tratamento desigual), ‘se há uma razão suficiente para ordenar um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento desigual’. Deste direito a um tratamento jurídico desigual, portanto, decorre o direito à criação de igualdade fática.” Observamos apenas que um direito subjetivo à criação da igualdade fática pode decorrer tanto do mandado de tratamento igual quanto do mandado de tratamento desigual.

<sup>155</sup> Conforme visto no tópico 3.2, o direito à igualdade fática tem como principal fundamento o princípio da liberdade fática.

<sup>156</sup> Vale observar a afirmação de Brunner (apud ALEXY, 2008, p. 392, tradução nossa) para quem o direito “à proteção para determinados grupos de pessoas (mulheres, adolescentes)” em matéria de emprego e ocupação é um direito especial ao trabalho. Em sentido contrário, argumenta-se que esse direito à proteção é um direito associado ao direito à proibição de discriminação e que não é possível justificá-lo exclusivamente por associação ao direito ao trabalho. Se estivesse correto o argumento de Brunner, como seria possível justificar por que determinados grupos de trabalhadores teriam direito ao trabalho, mas não todos ou outros grupos?

<sup>157</sup> Na doutrina, são citados, como proposições que preveem explicitamente ações afirmativas, os seguintes artigos constitucionais: 7º, incisos XX; 170, inciso IX; 37, inciso VIII; 227, inciso II; 230, §§ 1º e 2º.

por objetivo confirmar ou refutar a referida tese a partir do conceito de ação afirmativa desenvolvido no tópico 3.1.<sup>158</sup>

A primeira proposição a ser analisada é o inciso XX do artigo 7º da CRFB (BRASIL, 1988). É unânime, dentre os doutrinadores investigados, que essa proposição normativa prevê ações afirmativas. Esse entendimento foi inclusive sustentado na fundamentação do julgamento da ADPF 186 (STF 2012). Em sentido contrário, sustentamos que, nessa proposição, o Constituinte determina uma exceção à regra de igualdade entre os gêneros, prevista no *caput* do artigo 5º da CRFB (BRASIL, 1988) e reforçada no primeiro inciso desse artigo. No inciso XX do artigo 7º, o Constituinte define, valorativamente, o que é desigual (trabalhadores de gênero feminino e masculino no mercado de trabalho em decorrência da discriminação sofrida pelo primeiro grupo) e qual tratamento desigual está ordenado (proteção por meio de incentivos específicos do mercado de trabalho da mulher). Observe-se que a definição dos trabalhadores de gênero feminino e dos trabalhadores de gênero masculino como desiguais no mercado de trabalho pressupõe que um desses grupos é discriminado no mercado de trabalho. O Constituinte realiza, assim, as valorações necessárias ao princípio da igualdade jurídica. Contudo, é possível afirmar, com fundamento nessa proposição, que estão ordenadas ações afirmativas? Preliminarmente, devem ser feitas algumas observações. O termo <<incentivos>>, utilizado pelo Constituinte, é inadequado, pois, conforme foi visto no tópico 3.1, a proteção contra discriminação ou a correção de discriminação não são incentivos, privilégios, benefícios ou preferências, mas, sim, direitos dos titulares dos direitos fundamentais. A expressão <<mercado de trabalho da mulher>>, utilizada pelo Constituinte, também é inadequada, pois, conforme será demonstrado no capítulo 6, ainda que se possa analisar economicamente o mercado de trabalho segundo o gênero, o(s) mercado(s) de trabalho são constituídos por trabalhadores tanto do gênero feminino quanto do gênero masculino, inexistindo um mercado de trabalho composto exclusivamente por trabalhadores do gênero feminino. Portanto, seria mais adequada a expressão <<proteção da mulher no mercado de trabalho>>. Considerando-se também as vantagens da nomenclatura que é utilizada pela Convenção nº 111 da OIT e a existência da discriminação pré-mercado (o que será estudado no capítulo 6), seria

---

<sup>158</sup> Assim, não se tem o objetivo de pesquisar todas as fontes formais, nem as fontes não formais do direito à ação afirmativa no ordenamento jurídico brasileiro.

ainda mais adequada a expressão <<proteção da mulher em matéria de emprego e ocupação>>. <sup>159</sup> Por fim, o termo <<incentivos>> pode significar garantias de liberdades, competências ou direitos a algo, os quais podem ser tanto direito a ações negativas quanto a ações positivas. Ainda que se interprete o referido termo como direitos a ações positivas, tem-se que essa espécie de direitos é muito diversificada e, como visto no tópico 3.2, as ações afirmativas correspondem a apenas uma parcela dessa espécie de direito. Acerca do termo <<incentivos>>, apenas é possível afirmar o seguinte: que ele é impreciso. Por causa dessa inadequação e imprecisão terminológica, é inseguro afirmar que a expressão <<incentivos específicos>> equivale a <<ações afirmativas>>. Ademais, constata-se, na maioria das vezes em que afirmação é feita, a ausência de razões que sustentem essa equivalência. Diante disso, entendemos que, pela proposição inciso XX do artigo 7º, o Constituinte apenas reforça o direito (já existente, com fundamento nos artigos 1º, 3º e 5º) à proibição de discriminação, em sua estrutura de direito prestacional, aos trabalhadores do gênero feminino em matéria de emprego e ocupação. Contudo, não é possível afirmar que está *ordenado*, por meio dessa proposição, a realização de ações afirmativas. Corrobora isso o fato de que o Constituinte não condiciona essa <<proteção>> às condições necessárias tão-somente à ação afirmativa.

A segunda proposição a ser analisada é o inciso IX do artigo 170 da CRFB (BRASIL, 1988), que prevê “tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”. Esse entendimento foi declarado na fundamentação do julgamento da ADPF 186 (STF, 2012). Conforme sustentado no tópico 2.2, é juridicamente impossível atribuir a pessoas jurídicas dignidade e, portanto, é impossível que elas sejam juridicamente discriminadas. Por essa razão, pessoas jurídicas também não podem ser titulares do direito à ação afirmativa. Elas são, contudo, titulares do direito à igualdade e, pelo mandado de tratamento desigual, é possível que esteja ordenado entre elas ou a elas um tratamento jurídico desigual. Dessa forma, entendemos que o tratamento desigual entre empresas de pequeno e de grande porte, ordenado pelo inciso IX do artigo 170 da CRFB (BRASIL, 1988), não pode ser associado ao princípio da proibição de discriminação e não corresponde a uma ação afirmativa.

---

<sup>159</sup> Observe-se que, à época da Constituinte, a referida Convenção já havia sido incorporada no ordenamento brasileiro há 20 anos.

Mais uma vez, o Constituinte, apenas definiu, valorativamente, aqueles que são desiguais e, entre eles, ordenou um tratamento desigual.<sup>160</sup>

A terceira proposição a ser analisada é o inciso VIII do artigo 37 da CRFB (BRASIL, 1988), segundo o qual a “a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”. Diferentemente das proposições anteriores, o inciso VIII do artigo 37 ordena aquilo que foi conceituado no tópico 3.1 como ação afirmativa. Da mesma que o inciso XX do artigo 7º, o inciso VIII do artigo 37 pressupõe que pessoas sem deficiência e pessoas com deficiência são desiguais no mercado de trabalho em decorrência da discriminação sofrida pelo segundo grupo. A diferença entre essas duas proposições é que o inciso VIII do artigo 37 *ordena*, explicitamente, uma ação positiva: a reserva, por lei, de um percentual dos cargos e empregos públicos a pessoas com deficiência. Essa ação não é classificada, em princípio, como uma liberdade, uma competência ou um direito à ação negativa. Essa proposição é um exemplo evidente de que o direito à ação afirmativa estrutura-se como direito prestacional em sentido amplo. Observe-se que a principal finalidade do direito previsto nessa proposição normativa é corrigir a discriminação (corrigível, ocorrida e não cessada) sofrida pelas pessoas com deficiência no mercado de trabalho. A finalidade específica foi um direito prestacional em sentido estrito: o direito ao trabalho. Além disso, a proposição do inciso VIII do artigo 37, incontestavelmente, ordena, e não apenas permite, uma ação afirmativa.

Outra proposição normativa que explicitamente ordena ação afirmativa é o inciso II do § 1º do artigo 227 da CRFB (BRASIL, 1988, grifo nosso), segundo o qual:

Art. 227. **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.**

§ 1º **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: [...]

II - **criação de programas** de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como

---

<sup>160</sup> Há muitos exemplos de direitos do ordenamento jurídico brasileiro que fundamentam-se no princípio da igualdade, mas não no princípio à proibição de discriminação. Um exemplo no âmbito trabalho é o *jus postulandi*, que é um tratamento desigual ordenado, mas que tem como fundamento o princípio da igualdade e não o da proibição de discriminação.



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**.<sup>161</sup>

Nessa proposição normativa, o Constituinte define que, em decorrência de discriminação, adolescentes e jovens com deficiência são desiguais aos sem deficiência e *ordena* que o primeiro grupo tenha tratamento jurídico desigual a fim de que seja eliminada a discriminação. O *caput* do artigo 227 determina, explicitamente, que não apenas o Estado, mas também a família e a sociedade, isto é, os particulares, são destinatários do direito à proibição de discriminação da criança, do adolescente e do jovem, independentemente de estes terem ou não deficiência. Outro é o direito previsto no § 1º desse artigo, que se destina apenas ao Estado e cujos titulares são apenas os adolescentes e os jovens com deficiência. O § 1º do artigo 227 prevê um direito prestacional em sentido estrito ao adolescente e ao jovem com deficiência, o direito à qualificação para o trabalho. É importante, nesse caso, que um dos fundamentos desse direito é a discriminação sofrida pelo adolescente e pelo jovem com deficiência antes mesmo de seu ingresso no mercado de trabalho e que uma das finalidades desse direito é a integração social de seus titulares por meio do trabalho.

Destaca-se, por fim, que, nas proposições do inciso VIII do artigo 37 e do inciso II do § 1º do artigo 227, em que há previsão do direito à ação afirmativa, o Constituinte define um fim, isto é, uma hipótese de intervenção do Legislador e suas respectivas razões. Essa proposição não apenas permite, mas ordena uma ação afirmativa. Persiste, contudo, para a realização desse direito, uma margem de ação ao Legislador, quem definirá os meios e a ponderação devida para essa realização. Diante dessa interpretação, é possível afirmar que, com base no inciso VIII do artigo 37 e no inciso II do § 1º do artigo 227<sup>162</sup>, a CFRB estatui explicitamente o direito à ação afirmativa, cujo destinatário é, apenas, o Legislador. Com isso, é reforçada a tese da constitucionalidade das ações afirmativas e, portanto, a permissão que o

---

<sup>161</sup> O inciso II do §1º do artigo 227 teve sua redação alterada pela Emenda Constitucional nº 65 de 2010. Sua redação original determinava a: “II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente 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 preconceitos e obstáculos arquitetônicos.” (BRASIL, 1988).

<sup>162</sup> Persiste a hipótese de que outras proposições normativas pudessem fundamentar essa assertiva. Contudo, nesta pesquisa, ela não pode ser investigada.

destinatário dos direitos fundamentais tem de realizar seus mandados por meio de ações afirmativas.

Este tópico também tem por objetivo aferir se há alguma fonte formal infraconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro que prevê o direito à ação afirmativa e, para isso, serão apresentadas apenas algumas fontes.<sup>163</sup> Várias fontes internacionais, introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro, prevêem <<medidas especiais>>, que correspondem ao conceito de ação afirmativa ora sustentado. A crescente positivação dessas <<medidas especiais>> em tratados e convenções internacionais indicam que, da mesma forma que o fenômeno da discriminação é experimentado a nível mundial, também existe um mínimo consenso mundial acerca da necessidade de direitos prestacionais para a garantia do direito à proibição de discriminação.

A principal fonte originalmente nacional é o Estatuto da Igualdade Racial. Por essa lei, o destinatário do direito à ação afirmativa corrobora a permissão constitucional para a realização de ações afirmativas, mas não a ordena. Sua inovação consiste em prever ações afirmativas segundo o fundamento discriminatório cor. A despeito disso, os conceitos de ação afirmativa adotados por essa lei, a exemplo do que ocorre com outras leis nacionais, não são equivalentes, conforme é possível perceber por meio dessas proposições normativas abaixo transcritas (BRASIL, 2010):

Artigo 1º. [...]

Parágrafo único. Para efeito deste Estatuto, considera-se: [...]

VI – ações afirmativas: “os programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades”.

Artigo 4º. [...]

Parágrafo único. Os programas de ação afirmativa constituir-se-ão em políticas públicas destinadas a reparar as distorções e desigualdades sociais e demais práticas discriminatórias adotadas, nas esferas pública e privada, durante o processo de formação social do País.

Inicialmente, cabe questionar qual seria a diferença conceitual entre distorção, desigualdade e prática. Importa notar também que as desigualdades citadas no artigo 1º são raciais, ao passo que as desigualdades do artigo 4º são sociais. A mesma observação vale para os termos <<corrigir>>, do artigo 1º, e <<reparar>>, do

---

<sup>163</sup> No Apêndice A, foram apresentadas todas as fontes encontradas. Outro objeto de pesquisa pertinente e relevante seria a investigação dos projetos de lei que atualmente tramitam no Poder Legislativo de todos os entes federados.

artigo 4º. Ademais, conforme já foi sustentado, o que pode ser corrigido é, tecnicamente, a discriminação. Em comparação com outras fontes formais, é possível evidenciar ainda mais diferenças conceituais.

Diferentemente das leis anteriores, o destinatário do direito à ação afirmativa, na recente Lei nº 12.711, ordena faticamente a realização de uma espécie de ação afirmativa em universidades públicas, nos seguintes termos:

Artigo 1º. As instituições federais de educação superior vinculadas ao Ministério da Educação reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

Nessa hipótese, conforme sustentado anteriormente, há direito subjetivo definitivo à ação afirmativa na forma determinada pelo Legislador e, portanto, esse direito pode ser judicialmente exigido.

Além dessas fontes, o direito à ação afirmativa possui também fontes formais jurisprudenciais. A principal é a ADPF 186 (STF, 2012), que declarou, com eficácia *erga omnes*, a constitucionalidade das ações afirmativas, sob alguns dos fundamentos que foram apresentados ao longo da parte I desta dissertação. Há, por fim, as fontes materiais, dentre as quais<sup>164</sup>, destaca-se a audiência pública da ADPF 186, realizada no mês de março de 2010 pelo STF, a qual pode se considerada o maior debate público ocorrido na sociedade brasileira sobre as ações afirmativas.

### **3.5 Não fundamentalidade do direito à ação afirmativa**

Conforme foi possível evidenciar no tópico 3.4, as ações afirmativas são diretamente estatuídas pelas fontes formais. Mesmo que seja adotada a tese de que a Constituição estatui diretamente algumas ações afirmativas, deve-se admitir que a Constituição não as estatui diretamente como normas de direito fundamental. Adotando-se o referencial teórico apresentado no tópico 1.3, e considerando o fato de as proposições normativas constitucionais que preveem ações afirmativas não estão contidas na seção de direitos fundamentais da CRFB, conclui-se que o direito

---

<sup>164</sup> Por fim, outro objeto de pesquisa pertinente e relevante seria a investigação de todas as fontes jurisprudenciais no âmbito de cada ente federado.

à ação afirmativa não é fundamental, consoante o critério formal.<sup>165</sup> Ademais, pelo fato de essas proposições normativas não conferirem, em princípio, direitos subjetivos, como foi demonstrado no tópico 3.4, conclui-se que o direito à ação afirmativa não é fundamental, consoante o critério estrutural. Portanto, o direito à ação afirmativa não é um direito fundamental, ressalvada a hipótese de ele ser associado aos direitos fundamentais. Em atenção a essa hipótese, deve-se dizer que o direito à ação afirmativa não é, *em princípio*, fundamental.<sup>166</sup>

Não foram identificadas, na doutrina brasileira, teses sobre a não fundamentalidade do direito à ação afirmativa. Representam a doutrina majoritária, que adota o critério da fundamentalidade material, Piovesan (2008) e Araújo (2009, p. 119). Este autor quem sustenta “a inequívoca natureza jurídica de direito fundamental que alicerça as chamadas ações afirmativas”, argumentando que “tal interpretação resulta, por óbvio, do fato de estas serem na verdade um mero desdobramento ou densificação do ‘valor’ igualdade, que lastreia todo o art. 3º da CF/88” (ARAÚJO, 2009, p. 119). Araújo (2009, p.119) sustenta também que “as ações afirmativas, enquanto densificação institucional do princípio da igualdade, constituem cláusula pétrea (art. 60, §4º, IV), não podendo, enquanto tais, ser sequer objeto de deliberação, proposta de emenda constitucional tendente a aboli-las”.

### **3.6 Conclusões parciais: conceito e validade do direito à ação afirmativa no ordenamento jurídico brasileiro**

Observou-se que alguns argumentos normativos sustentados na fundamentação do direito à ação afirmativa na doutrina brasileira seriam inválidos conforme o referencial procedimentalista de Alexy. A definição do conceito jurídico do direito à ação afirmativa foi o objetivo específico mais difícil de ser alcançado nesta pesquisa. Algumas das causas dessa dificuldade foram a escassez de literatura, a existência de poucos conceitos, a diversidade dos conceitos existentes, a diversidade de fundamentação jurídica dos conceitos existentes e a ausência de consenso majoritário entre os doutrinadores brasileiros tanto acerca do conceito jurídico quanto acerca da fundamentação jurídica das ações afirmativas. A doutrina

---

<sup>165</sup> Saliente-se que, até mesmo a proposição normativa do inciso XX do artigo 7º, mais próxima da seção de fundamentais que prevê ações afirmativas, está na seção de direitos sociais.

<sup>166</sup> O fato de o direito à ação afirmativa não ser um direito fundamental diretamente estatuído é um dos pressupostos que limitam sua exigibilidade judicial.

brasileira que aborda o tema das ações afirmativas está muito voltada à descrição das ações afirmativas no direito comparado e à investigação de fundamentos discriminatórios específicos. Salvo exceções, os doutrinadores não questionam os poucos referenciais teóricos existentes na doutrina brasileira, como Rocha (1996), Gomes (2001) e Rios (2008).

Sustenta-se, nesta pesquisa, que, juridicamente, ação afirmativa é (1) uma forma (2) de tratamento jurídico (3) desigual, (4) que *deve* estar fundamentado em uma razão suficiente para permiti-lo ou ordená-lo, (5) que pode ser realizado a um indivíduo ou a um grupo de indivíduos e (6) que *deve* ter como finalidade geral a correção de uma discriminação, (7) que seja específica e (8) que comprovadamente seja corrigível, tenha ocorrido e não tenha cessado.

A partir do referencial teórico de Alexy (2008), concluiu-se que o direito à ação afirmativa pode ser caracterizado como um direito que (1) tem, como objeto, a correção de uma discriminação; (2) tem, como principais fundamentos jurídicos de validade, o direito geral à igualdade e o direito à proibição de discriminação; (3) não pode ser associado exclusivamente ao direito à igualdade fática; (4) pode estruturar-se como direito de proteção, direito ao procedimento ou direito social; (5) possui fontes formais no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive constitucionais; e, por fim, (6) não é, em princípio, um direito fundamental.

Diante das razões expostas, confirmou-se a hipótese de que o direito à ação afirmativa tem validade jurídica no ordenamento jurídico brasileiro vigente.

## **PARTE II – CONDIÇÕES NECESSÁRIAS PARA REALIZAÇÃO DO DIREITO À AÇÃO AFIRMATIVA EM MATÉRIA DE EMPREGO E OCUPAÇÃO**

Pelas razões aduzidas anteriormente, é possível afirmar que o direito à ação afirmativa tem validade jurídica no ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, segundo a dogmática jurídica brasileira contemporânea, a validade jurídica de um direito fundamenta-se também nos dois outros elementos do fenômeno jurídico, isto é, o elemento fático e o elemento valorativo (L. F., BARZOTTO, 2007). Nesse sentido, para que a fundamentação jurídica e a realização desse direito sejam juridicamente válidas, deve-se aferir se existem condições necessárias impostas não apenas pelo mesmo ordenamento jurídico que valida juridicamente o direito à ação afirmativa, como também por outros ramos da ciência, que tenham como objeto de estudo a discriminação ou, inclusive, a ação afirmativa. Através das ciências estatísticas, econômicas, filosóficas e sociais, é possível compreender esses fenômenos sob diferentes métodos e encontrar fundamentos fáticos e valorativos para o fenômeno jurídico do direito à ação afirmativa.

A segunda parte desta pesquisa tem como objeto geral investigar se a realização do direito à ação afirmativa em matéria de emprego e ocupação tem condições necessárias de natureza jurídica, estatística, econômica e filosófica, bem como testar, quando possível, uma hipótese de cada um desses quatro grupos de condições. O quarto objetivo específico desta pesquisa, desenvolvido no capítulo 4, referente ao elemento normativo do fenômeno jurídico, é sustentar algumas hipóteses de condições jurídicas necessárias à realização do direito à ação afirmativa, inferidas a partir do referencial exposto e construído ao longo dos três primeiros capítulos. O quinto objetivo específico desta pesquisa, desenvolvido no capítulo 5, referente ao elemento fático do fenômeno jurídico, é identificar as fontes estatísticas mais relevantes para aferição empírica da discriminação em matéria de emprego e ocupação, bem como sustentar algumas hipóteses de condições estatísticas necessárias à realização do direito à ação afirmativa. O sexto objetivo específico, desenvolvido no capítulo 6, também referente ao elemento fático do fenômeno jurídico, é interpretar, a partir da teoria econômica de Gary Becker, os dados estatísticos apresentados no capítulo 5, bem como sustentar algumas hipóteses de condições econômicas necessárias à realização do direito à ação afirmativa. Finalmente, o sétimo objetivo específico, desenvolvido no capítulo 7,

referente ao elemento valorativo do fenômeno jurídico, é sustentar, a partir da teoria de reconhecimento de Axel Honneth, a hipótese de as ações afirmativas terem fundamentação ética na justiça social por meio do conceito de reconhecimento.

Destaca-se que as condições sustentadas na segunda parte desta pesquisa são argumentos que devem ser considerados, no caso concreto, na qualificação da discriminação como uma razão suficiente para permitir ou ordenar um tratamento desigual e, por conseguinte, para fundamentar juridicamente uma ação afirmativa. As condições necessárias para a realização do direito à ação afirmativa têm, portanto, dupla função: ao mesmo tempo em que representam limites à realização desse direito, elas fundamentam juridicamente a realização de uma ação afirmativa. O objetivo da segunda parte, portanto, não é criar obstáculos à realização do direito à ação afirmativa, mas, sim, buscar conhecer os elementos desse fenômeno jurídico e os inexoráveis limites de sua realização.

## 4 CONDIÇÕES JURÍDICAS PARA REALIZAÇÃO DO DIREITO À AÇÃO AFIRMATIVA EM MATÉRIA DE EMPREGO E OCUPAÇÃO

Optou-se por apresentar as condições jurídicas em dois grupos. No primeiro grupo, que será apresentado no tópico 4.1, estão as condições que seriam necessárias a qualquer ação afirmativa do ordenamento jurídico brasileiro. No segundo grupo, que será apresentado no tópico 4.2, estão as condições que seriam necessárias apenas às ações afirmativas realizadas nas relações jurídicas de trabalho.<sup>167</sup> Ao final, nas conclusões parciais (4.3), será apresentada uma abordagem crítica dessas condições jurídicas.

### **4.1 Condições jurídicas necessárias para realização do direito à ação afirmativa em relações jurídicas de qualquer natureza**

O objetivo deste tópico é, portanto, sustentar algumas hipóteses de condições jurídicas para a realização do direito à ação afirmativa como direito subjetivo definitivo concreto. Essas hipóteses de pressupostos podem ser classificadas em três subgrupos: (1) condições necessárias decorrentes da margem de ação estrutural do destinatário; (2) condições necessárias decorrentes da margem de ação epistêmica normativa do destinatário; e (3) condições necessárias decorrentes da margem de ação epistêmica empírica do destinatário.<sup>168</sup>

O conceito central para inferir o primeiro subgrupo de condições necessárias para realização do direito à ação afirmativa é o conceito de margem de ação estrutural. Pôde ser evidenciado ao longo do capítulo 3 que o direito subjetivo à ação afirmativa depende sempre da realização da margem de ação do destinatário desse direito. A realização da margem de ação do destinatário é, portanto, um das condições necessárias para realização do direito à ação afirmativa. Deve-se lembrar também que direitos prestacionais, como o direito à ação afirmativa, não são, em princípio, fundamentais e, portanto, não são, em princípio, direitos subjetivos judicialmente exigíveis. Em que pese não seja possível investigar a possibilidade de

---

<sup>167</sup> Não se tem, nesta pesquisa, o objetivo de sustentar todas as hipóteses de condições necessárias à realização do direito à ação afirmativa (e, portanto, não se afirma que essas sejam todas as hipóteses), nem se afirma que essas hipóteses foram testadas por esta pesquisa.

<sup>168</sup> Acerca dos conceitos de margem de ação estrutural e epistêmica, deve ser consultada a nota de rodapé nº 32 desta dissertação.



exigibilidade do direito à ação afirmativa, em respeito aos limites desta pesquisa, é possível observar algumas características desse direito que condicionam sua exigibilidade judicial. Apenas quando existem todas as condições necessárias para realização do direito à ação afirmativa, ele torna-se exigível. Nesse sentido, além das condições necessárias que serão apresentadas, são condições, para a exigibilidade desse direito, sua estrutura de direito prestacional, sua não fundamentalidade diretamente estatuída e sua associação a direitos fundamentais. Consoante o referencial dos tópicos 1.1 e 1.2, argumentou-se, em suma, que um direito prestacional torna-se judicialmente exigível ou se ele tiver sido diretamente estatuído pelo destinatário ou se ele tiver sido associado a algum direito fundamental e o destinatário realizar injustificadamente sua margem de ação.<sup>169</sup> Se um direito prestacional em sentido amplo não estiver diretamente estatuído, ele não é, em princípio, um direito subjetivo judicialmente exigível, pois é, em princípio, um direito objetivo. Todavia, ele poderá torna-se judicialmente exigível, isto é, ele poderá ser subjetivizado, se (1) ele estiver associado a algum direito fundamental e (2) o Legislador injustificadamente não houver realizado esse direito fundamental.<sup>170</sup> Todavia, se Judiciário *ordenar* a realização de ações positivas normativas ou fáticas ao destinatário do direito à ação afirmativa, desconsiderando as razões objetivas da não realização dos direitos fundamentais que o fundamentam, apresentadas pelo destinatário, violaria, seguramente, o princípio formal da divisão de competências, bem como reduziria indevidamente a margem de ação do destinatário. Demonstrando a possibilidade de associação de um direito prestacional, Alexy propõe uma definição de direito prestacional geral, que, apoiada na teoria dos princípios, considera tanto os argumentos favoráveis quanto os argumentos contrários aos direitos prestacionais, segundo a qual direitos prestacionais gerais fundamentais são aqueles que “Sobre a base das normas de direito fundamental,

---

<sup>169</sup> Acerca da possibilidade de controle judicial da margem de ação, remete-se o leitor às notas de rodapé nº 38 e 40 desta dissertação.

<sup>170</sup> Acerca dos argumentos favoráveis à possibilidade de subjetivação, veja-se a nota de rodapé nº 40 desta dissertação. Quanto à exigibilidade de direitos prestacionais em sentido estrito diretamente estatuídos como fundamentais ou associados a normas de direito fundamental, Alexy (2008, p. 444, tradução nossa) resume que: As normas associadas às proposições de direito fundamental sob a denominação: <<direitos sociais fundamentais>> são de um tipo muito variado. Desde o ponto de vista teórico-estrutural, ditas normas podem dividir-se de acordo com três critérios. Em primeiro lugar, pode tratar-se de normas que conferem direitos *subjetivos* ou de normas que obrigam o Estado somente *objetivamente*. Em segundo lugar, elas podem ser normas *vinculantes* ou *não vinculantes* e, nesse sentido, ser enunciados programáticos. Uma norma será chamada de <<vinculante>>, se é possível que sua violação seja declarada pelo Tribunal Constitucional Federal. Em terceiro lugar, as normas podem fundamentar direitos e deveres *definitivos* ou *prima facie*, isto é, regras ou princípios.

cada qual tem as posições de direitos prestacionais que, desde o ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que sua atribuição ou denegação não pode ficar nas mãos da maioria parlamentar simples.” (ALEXY, 2008, p. 398, tradução nossa). Alexy infere esse conceito tanto da concepção formal quanto da concepção material de direito fundamental, formada pelo conceito de dignidade da pessoa humana. Ele adverte que nem de uma, nem de outra, nem de ambas as concepções, é possível inferir enunciados concretos de direito fundamental, o que somente é possível por meio de fundamentação iusfundamental. Concluindo, ele afirma que “Se tais associações estão ordenadas ou se são inadmissíveis desde o ponto de vista do direito constitucional, é algo que depende das razões de direito constitucional que falem a favor ou contra essas possibilidades.” (ALEXY, 2008, p. 444, tradução nossa). Ressalte-se que essa fundamentação deve ocorrer “sobre a base das normas de direito fundamental”, pressuposto que esta pesquisa buscou seguir. Interpretamos que o problema da associação de direitos prestacionais a direitos fundamentais apontado por Alexy resta diminuído no ordenamento jurídico brasileiro pelo fato de que a CRFB prevê expressamente, como direito fundamental, o direito à proibição de discriminação e, como direitos sociais, o direito à igualdade na relação de trabalho, o direito à proibição de discriminação na relação de trabalho, o direito ao trabalho, dentre outros. Para Alexy, mesmo na ausência de proposições normativas como essas, o que, repita-se, não ocorre no caso brasileiro, é possível fundamentar direitos prestacionais subjetivos a partir de direitos fundamentais, tais como os princípios da igualdade jurídica e da proibição de discriminação.<sup>171</sup>

As condições necessárias do segundo subgrupo referem-se às possibilidades jurídicas de realização do direito à ação afirmativa. Consolidou-se, no tópico 3.2, que o direito à ação afirmativa, como princípio, deve ser realizado apenas segundo as possibilidades jurídicas e, portanto, é necessariamente restringível diante de outros princípios. Esse juízo de ponderação é a principal condição necessária do subgrupo das condições necessárias decorrentes da margem de ação epistêmica normativa do destinatário. Assim, o direito à ação afirmativa e seus fundamentos de validade, tais como o direito à proibição de discriminação, à dignidade da pessoa humana, à igualdade jurídica, à igualdade fática, à liberdade fática, podem contrapor-se com

---

<sup>171</sup> O conceito de Alexy de margem de ação pressupõe a forma de governo republicana e o regime de governo democrático. Em consequência, pode-se afirmar que as condições jurídicas necessárias à realização do direito à ação afirmativa pressupõem, por sua vez, condições políticas, as quais, em respeito aos limites desta pesquisa, são poderão ser investigadas.

outros direitos do ordenamento jurídico brasileiro, tais como o direito à liberdade de contratar, à livre iniciativa, ao livre exercício da profissão e ao poder diretivo.<sup>172</sup> Segundo o referencial teórico adotado, a análise da proporcionalidade deve ser feita no caso concreto, pois não há como estabelecer precedência abstrata entre princípios.<sup>173</sup> Desse modo, na contratação de um elenco para a peça *Othello*, exemplo apresentado na introdução do capítulo 2, a liberdade de expressão será um princípio contraposto ao direito à ação afirmativa (POSNER, 2005).<sup>174</sup> Além da incerteza acerca de qual(is) princípio(s) deve(m) ser aplicado(s), há ainda incerteza acerca do peso concreto de cada princípio.<sup>175</sup> Em cada caso concreto, o juízo de proporcionalidade poderá ser composto por diferentes princípios, que, por sua vez, poderão assumir diferentes pesos. Nesse juízo, devem ser ponderadas a intensidade das intervenções nos princípios contrapostos e a importância da realização do direito à ação afirmativa e de seus fundamentos jurídicos.

Um dos primeiros autores que se dedicou a analisar a aplicação do princípio da proporcionalidade ao direito à ação afirmativa foi Ferreira Filho (2003). Esse autor sustenta a submissão do direito à ação afirmativa a seis regras, dentre as quais estão os três subprincípios de proporcionalidade em sentido amplo, isto é, idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 2008). Resumidamente, Ferreira Filho (2003, p. 79) diz que:

A constitucionalidade das Ações Afirmativas depende da observância de algumas condições, ou regras, a de *objetividade* (ou realidade), a de *medida* (ou proporção), a de *adequação* (ou razoabilidade), a de *finalidade*, a de

---

<sup>172</sup> Na doutrina brasileira, Rios (2008) sustenta a ação afirmativa não ensejaria o juízo de proporcionalidade, uma vez que inexistiria colisão de princípios constitucionais. Nesse sentido, afirma o autor que “A eleição, seja pelo legislador, seja pela entidade universitária, de cotas raciais como ações afirmativas não traz à tona colisão de direitos; em vez disso, objetiva dar concretude às exigências do princípio da igualdade enquanto mandamento antidiscriminatório.” (RIOS, 2008, p. 205).

<sup>173</sup> Defendendo o juízo de ponderação no controle judicial do direito à ação afirmativa, Leal (2009) apresenta o juízo de proporcionalidade em um caso concreto de ação afirmativa que reservou vagas em concurso público para afrodescendentes. Dentre outros critérios utilizados pelo autor, estão o percentual das vagas reservadas ao grupo discriminado, o percentual de analfabetismo do grupo discriminado em relação a outros grupos e o fato, determinado pelo edital de abertura, de que “os candidatos afro-brasileiros participariam do Concurso Público em igualdade de condições com os demais candidatos no que se refere ao conteúdo da prova, à avaliação, aos critérios de aprovação, à pontuação e ao percentual de acertos mínimos” (LEAL, 2009, p. 134).

<sup>174</sup> Para Isensee (2007), também devem ser ponderados como princípios contrapostos à proibição de discriminação em matéria de emprego e ocupação os deveres dos empregadores de justificação de suas decisões e de publicização dessa justificação. Na relação de trabalho, por exemplo, a contraposição do direito à ação afirmativa com o princípio do mérito seria, ao menos, reduzida, caso a qualificação profissional não constituísse um fundamento discriminatório, a exemplo do que prevê a referida diretiva 2000/78/CE da UE.

<sup>175</sup> Interpretando a crítica habermasiana à teoria de Alexy, Oliveira Junior (2011, p. 87) adverte que “a teoria de Alexy, embora esteja dotada de uma clara importância prática para o dia a dia da justiça, poderia dar margem a certo subjetivismo por parte do aplicador do direito”.

*temporariedade*, bem como a de *não-onerosidade* excessiva. São elas que fazem a diferença entre uma desigualação, legítima e constitucional, e um privilégio, ilegítimo e inconstitucional.

Explica o autor que, segundo a <<regra da proporcionalidade>>, “a medida do avantajamento decorrente das regras deve ser ponderada em face da desigualdade a ser corrigida” (FERREIRA FILHO, 2003, p. 76) e, segundo a <<regra da adequação>>, “as normas de avantajamento devem ser adequadas à correção do desigualmente a corrigir”. (FERREIRA FILHO, 2003, p. 76). O juízo de proporcionalidade em sentido estrito entre o direito prestacional em sentido estrito que a ação afirmativa pode ter como finalidade específica e a discriminação que fundamenta a ação afirmativa também corresponderia ao que Ferreira Filho (2003, p. 77) chamou de <<regra de não onerosidade excessiva>>, pela qual a ação afirmativa não pode causar “onerosidade (excessiva) para outros grupos ou para a sociedade como um todo”.<sup>176</sup> Muitos autores como Ferreira Filho sustentam a submissão da ação afirmativa aos três subprincípios da proporcionalidade em sentido amplo. Salienta-se que esse entendimento foi o acolhido no julgamento da ADPF 186 (STF, 2012).

Outros autores, contudo, sustentam particularidades na argumentação do princípio da proporcionalidade nos direitos decorrentes do direito geral de igualdade. Em sentido contrário à <<regra de adequação>> de Ferreira Filho (2003), Michael (2010) sustenta que a aplicação do princípio da proporcionalidade no mandado de tratamento igual, no mandado de tratamento desigual e no mandado de proibição de discriminação<sup>177</sup> tem estruturas de argumentação diferentes da estrutura de argumentação tradicional do princípio da proporcionalidade. Para o autor, a proporcionalidade é uma barreira à realização do princípio da igualdade.<sup>178</sup> A

---

<sup>176</sup> É possível obter um critério de proporcionalidade em sentido estrito, adaptando-se o conceito de Alexy de direito prestacional em sentido estrito ao direito à ação afirmativa. O direito prestacional em sentido estrito, pelo qual se estrutura o direito à ação afirmativa, deve ser garantido na mesma proporção em que o trabalho dos titulares desse direito seria demandado por particulares (1) se o titular não estivesse sendo discriminado e (2) se no mercado de trabalho houvesse uma demanda suficiente. Economicamente, o trabalho é ofertado e demandado no mercado de trabalho, e não no mercado de bens e serviços. Para realizar essa adaptação, utilizamos como premissa a curva de demanda de trabalho.

<sup>177</sup> O autor sustenta uma estrutura diferente de argumentação a esse mandado, pois compreende que os fundamentos de diferenciação da proposição normativa que prevê o princípio da proibição de discriminação no ordenamento jurídico alemão formam um rol taxativo.

<sup>178</sup> Michael (2010, p. 200), inicialmente, argumenta que, para que a proporcionalidade seja examinada completamente, e não somente a arbitrariedade, devem estar presentes dois requisitos: (1) que a diferenciação, do caso concreto, refira-se a características vinculadas a pessoas e provoque a desvantagem de um grupo e (2) que a desigualdade de tratamento repercuta “desvantajosamente sobre o exercício de liberdades protegidas jurídico-fundamentalmente”.

principal diferença dessas estruturas de argumentação apresentadas por Michael é que o juízo de necessidade do princípio da proporcionalidade não tem cabimento no mandado de tratamento igual e de proibição de discriminação, pois esse juízo é realizado em momento anterior, isto é, na consideração do meio isolado, da finalidade isolada e da relação entre estes. O juízo de necessidade teria cabimento somente no mandado de tratamento desigual, o qual consistiria em aferir se “é a diferenciação coercitivamente necessária” (MICHAEL, 2010, p. 206).<sup>179</sup> Acerca do juízo de proporcionalidade em sentido estrito, afirma o autor que “quanto mais fundamentos objetivos importantes falam em favor de uma desigualdade de tratamento, em uma medida tão mais forte estão mais justificadas diferenciações jurídicas” (MICHAEL, 2010, p. 204).

Outra questão relevante é a flexibilidade do princípio da proibição de discriminação, principal fundamento jurídico de validade do direito à ação afirmativa. Por ter fundamento no conceito de dignidade da pessoa humana, é possível questionar se o princípio da proibição de discriminação (da mesma forma que o princípio da dignidade da pessoa humana) é uma norma de caráter absoluto e se é passível de ponderação. Exemplificativamente, Alexy (2008), atribuir, no caso Titanic, à violação da dignidade da pessoa humana o peso extremamente grave. Alexy sujeitou, portanto, esse direito fundamental à ponderação, mas atribuiu-lhe o peso mais elevado de sua escala. Teifke (2010, p. 188), questionando se a dignidade da pessoa humana é absoluta e se é suscetível de ponderação, conclui que não é possível “uma relação de exclusividade entre caráter de direito fundamental e validade absoluta da dignidade humana” e “portanto, a qualidade de direito fundamental não é nenhum critério de distinção idôneo entre absolutidade e ponderação” (TEIFKE, 2010, p. 188).<sup>180</sup> Os diversos entendimentos adotados para

---

<sup>179</sup> Acerca do juízo de idoneidade, Michael (2010, p. 203) explica que “Como *meio* da diferenciação devem ser destacados os critérios de diferenciação rigorosos que resultam de fato ou por interpretação dos conceitos legais. Então, deve ser perguntado, quais *finalidades* a diferenciação persegue. Se a ‘diferenciação não foi empregada finalmente como meio para a obtenção da finalidade da lei’, deve ser perguntado por fundamentos objetivos para a diferenciação. A *idoneidade* é a proibição de arbitrariedade relacionada à igualdade: arbitrária é uma diferenciação quando para ela não existem fundamentos seguíveis racionalmente, isto é, quando elas não é idônea para servir a um objetivo de diferenciação.” A doutrina adverte, assim como Michael, que está proibido ao juízo de idoneidade em sede de controle judicial as considerações de otimização, mas apenas a aptidão parcial do meio à(s) finalidade(s).

<sup>180</sup> Teifke (2010, p. 186) sintetiza quatro posições fundamentais, que são, segundo ele, compatíveis entre si: “(1) artigo 1, alínea 1, da lei fundamental, concede um direito fundamental e vale absolutamente; (2) artigo 1, alínea 1, da lei fundamental, não concede nenhum direito fundamental e vale absolutamente; (3) artigo 1, alínea 1, da lei fundamental, concede um direito fundamental e não vale absolutamente; (4) artigo 1, alínea 1, da lei fundamental, não concede nenhum direito fundamental e não vale absolutamente.” Na doutrina brasileira,

essa questão podem trazer grandes consequências à ponderação do princípio da proibição de discriminação e do direito à ação afirmativa.

Alexy (2008) adverte a todo jurista que o método de fundamentação iusfundamental por ele sustentado pressupõe questões epistemológicas e de teoria do estado, que não são desenvolvidas em sua teoria procedimentalista. Com efeito, por meio dessas condições jurídicas necessárias à realização do direito à ação afirmativa, pode-se observar, em um caso concreto do direito brasileiro, a validade da crítica de Posner (2007) em relação à ausência e à precariedade de objetividade dos argumentos de fundamentação da validade jurídica do direito à ação afirmativa. Esse é, de fato, um problema comum a todo o direito pós-positivista. Para Posner (2007), a interpretação do direito não é dedutiva, como pretendem teorias jurídicas pós-positivistas, como a de Alexy. A insuficiência dos métodos de interpretação do direito e dos cânones de interpretação (POSNER, 2007) pode ser observada, no caso da ação afirmativa no direito brasileiro, por meio dos conceitos jurídicos de dignidade da pessoa humana, discriminação, justiça social e, principalmente, igualdade formal e igualdade material. Um forte argumento utilizado por Posner para evidenciar essa insuficiência do direito é o de que, se no dia de amanhã fosse promulgada uma lei, pelo Poder Legislativo, que proibisse a ação afirmativa em um ordenamento jurídico, como o brasileiro, provavelmente seria possível construir uma fundamentação jurídica para fundamentar iusfundamentalmente essa nova lei por meio dos mesmos conceitos jurídicos. Essa nova fundamentação contrapor-se-ia à fundamentação anterior que um Tribunal possa ter utilizado sobre os conceitos indeterminados de igualdade ou de discriminação para, anteriormente, fundamentar iusfundamentalmente a ação afirmativa. Uma vez que os conceitos jurídicos são indeterminados, nenhuma dessas fundamentações jurídicas seria capaz de refutar a outra. Posner (2007, p. 374) sustenta que essa insuficiência do direito implica a utilização de fundamentos éticos e políticos para a fundamentação de decisões judiciais, argumentando o autor que:

Quando a reconstrução imaginativa falha, quando a interpretação finalística falha, ou quando essas técnicas revelam simplesmente que a decisão do assunto em pauta foi deixada a cargo dos tribunais, que devem então tomá-la de acordo com seu próprio entendimento, a interpretação das leis

transforma-se na criação de políticas públicas judiciais e surgem problemas habituais de objetividade judicial.

Ressalte-se que a criação de políticas públicas, por meio de decisões judiciais, exige, necessariamente, a adoção de fundamentos éticos e políticos. Para Posner (2007), há casos, como o da ação afirmativa na sociedade americana, em que já existe consenso ético e político sobre a questão. Nesse sentido, afirma o autor que o princípio moral subjacente à decisão de *Brown vs. Board of Education* é um exemplo de como princípios éticos podem ser “quase tão solidamente estabelecidos quanto nossas certezas epistêmicas” (POSNER, 2007, p. 409).<sup>181</sup> Por esta razão, Posner (2007, p. 405-406) argui que “Não há como demonstrar que o caso *Brown vs. Board of Education*<sup>182</sup> seja correto em termos interpretativos. Como ocorre tão comumente nas decisões jurídicas, sua correção é política e não epistêmica, pragmática e não apodíctica.”.

Da mesma forma como Bork (citado por POSNER, 2007) defendeu, numa perspectiva formalista, a correção jurídica da decisão do caso *Brown*, poder-se-ia sustentar que a decisão da ADPF 186 (STF, 2012) também é correta “em virtude de ser uma interpretação demonstravelmente correta da Constituição” (POSNER, 2007, p. 410), uma vez que essa decisão ateu-se ao texto e à história (e, nesse sentido, não aplicou os valores dos Ministros do referido Tribunal), bem como logrou a correta aproximação com a intenção do Constituinte na proposição normativa de igualdade do artigo 5º.

Observa-se, contudo, que a decisão da ADPF 186 (STF, 2012), em virtude de enfrentar as mesmas insuficiências interpretativas do caso *Brown*, é, necessariamente, uma decisão política. Argumenta-se que a incerteza dos diagnósticos sobre as consequências das ações afirmativas e a pluralidade

---

<sup>181</sup> O autor aponta possíveis exemplos de fundamentos éticos e políticos para a decisão do caso *Brown*: “A natureza ‘por um lado, por outro lado’ dessa análise sugere que, em última análise, a justificação da decisão de *Brown* deve ser buscada não nos materiais jurídicos técnicos, mas em anseios políticos e éticos como, por exemplo, melhorar a condição dos negros; adotar um princípio de igualdade racial (e, implicitamente, também religiosa e étnica) que justificasse os ideais em cujo nome a Segunda Guerra Mundial fora recentemente travada; aumentar a consciência pública sobre a injustiça racial; promover a paz social através da harmonia entre as raças; erradicar uma instituição que foi um constrangimento para a política externa norte-americana; reduzir a autonomia social e política do Sul (‘concluir o trabalho da Guerra Civil’); encontrar um novo papel constitucional para a Suprema Corte substituir o desacreditado papel de proteger a liberdade econômica; instilar vida nova na cláusula de igualdade perante a lei.” (POSNER, 2007, p. 408).

<sup>182</sup> Segundo o autor, esse caso “declara ilegal a segregação nas escolas públicas do país”, sendo “uma das mais famosas decisões ‘interpretativas’ da história norte-americana” (POSNER, 2007, p. 405). Apesar de ser analisada a fundamentação do caso *Brown*, é a decisão do caso *Bakke* a que, no direito americano, tem a importância que a decisão da ADPF 186 tem no direito brasileiro (RIOS, 2008, 2012), uma vez que trata especificamente das ações afirmativas.

valorativa de suas fundamentações é o que caracteriza essa decisão como tipicamente política. Um dos pressupostos políticos da teoria de Alexy, que é a divisão de poderes, é justamente prejudicado em decisões judiciais como a *Brown vs. Board of Education* ou a ADPF 186 (STF, 2012). Como consequência, o direito perde legitimidade em decisões como essas, pois inevitavelmente viola as condições que ele próprio impõe ao Estado Democrático de Direito.

As condições necessárias do terceiro subgrupo referem-se às possibilidades fáticas de realização do direito à ação afirmativa como um direito subjetivo definitivo concreto. Uma dessas condições seria a ocorrência dos elementos que compõem o suporte fático do direito à ação afirmativa. Esse suporte fático tem elementos obrigatórios e pode ter elementos facultativos.

A discriminação é um dos elementos obrigatórios. Para a subsunção da discriminação, devem estar presentes os três elementos do conceito jurídico de discriminação, apresentados no tópico 2.2. Vale lembrar que a objetividade dos elementos caracterizadores da discriminação é um dos principais fatores que confere segurança jurídica às relações e legitimidade ao direito à ação afirmativa. Além disso, conforme foi visto nos tópicos 3.1 e 3.2, o direito à ação afirmativa tem, como objeto, apenas discriminações que são atuais, isto é, que ocorreram e que não cessaram<sup>183</sup>, bem como discriminações, que são corrigíveis.<sup>184</sup> Além da objetividade na subsunção da discriminação, deve haver objetividade na aferição empírica da discriminação, a qual será abordada nos capítulos 5 e 6. Vale destacar por ora que a objetividade na aferição empírica da discriminação pode exigir métodos científicos. Além da discriminação, outros elementos do suporte fático de uma ação afirmativa específica podem ser determinados pelo destinatário desse direito, o que, por exemplo, ocorre no artigo 1º da referida Lei nº 12.711 (BRASIL, 2012).

Outra condição necessária empírica seria a correlação entre o fundamento de determinada discriminação e o fundamento da ação afirmativa que realiza o tratamento desigual fundamentado nessa discriminação. Do mesmo modo, deve haver objetividade na aferição empírica do fundamento da ação afirmativa. Ferreira

---

<sup>183</sup> Também por força do princípio da igualdade, é necessário haver correspondência temporal entre a razão suficiente (violação do princípio da proibição de discriminação) e o respectivo tratamento jurídico desigual (ação afirmativa).

<sup>184</sup> Vale lembrar que a vigência do direito à ação afirmativa independe da ocorrência de seu suporte fático e, consequentemente, de sua subsunção. Isto é, mesmo que não ocorram quaisquer discriminações no mundo fático, o direito à ação afirmativa continuará protegendo e garantindo a proibição de discriminações no presente. Apesar disso, a subsunção é condição necessária para a realização do direito subjetivo à ação afirmativa como direito definitivo concreto, uma vez que um direito só se torna exigível após a ocorrência de seu suporte fático.



Filho (2003, p. 76) denomina essa última condição de <<regra da objetividade>>, segundo a qual “a identificação do grupo desfavorecido, e seu âmbito, deve ser objetivamente determinado”. Recentemente, houve, na ADPF 186 (STF, 2012), controvérsia acerca da validade da autodeclaração como método de aferição do fundamento de uma ação afirmativa. Nas ações afirmativas nas relações de emprego e ocupação, por exemplo, haveria necessidade de aferição objetiva dos destinatários que teriam realizado seu direito à ação afirmativa em um determinado mercado de trabalho em uma determinada área segundo uma determinada forma de discriminação.

Também seria condição empírica para realização do direito à ação afirmativa a transitoriedade, que decorre da natureza teleológica e pragmática da ação afirmativa. Nesse sentido, Ferreira Filho (2003, p. 76) afirma que as ações afirmativas submetem-se à <<regra da temporariedade>>, segundo a qual “as medidas devem ser temporárias”.<sup>185</sup> O tempo em que uma ação afirmativa terá validade não é determinado, mas, sim, determinável. Assim, uma ação afirmativa terá validade enquanto persistirem seus fundamentos de validade, como, por exemplo, enquanto houver desigualdade que permita ou ordene um tratamento desigual ou violação do princípio à proibição de discriminação. A partir do momento em que é corrigida a discriminação que fundamentou a ação afirmativa, isto é, cumprida a finalidade geral da ação afirmativa, essa ação afirmativa não tem mais validade.<sup>186</sup> É possível também a existência de uma igualdade superveniente (ÁVILA, 2009), independentemente da realização da ação afirmativa. Nesse caso, a partir do momento em que se tem conhecimento da igualdade superveniente, o tratamento desigual deixa de ser devido e a ação afirmativa perde sua validade. A ação afirmativa, nesse caso, teria validade, contudo, até o momento em que se conhece a igualdade superveniente. Outra hipótese de perda de validade de uma ação afirmativa ocorreria quando a desigualdade em que se fundamenta a ação afirmativa seja reduzida a ponto de deixar de ser uma razão suficiente para ordenar

---

<sup>185</sup> A tendência doutrinária brasileira é utilizar o termo <<temporariedade>>, como o faz Gomes (2001).

<sup>186</sup> Na ADPF 186 (STF, 2012), sustentou-se a <<tese do desvirtuamento das ações afirmativas>>. Caso um tratamento desigual não tenha como finalidade geral a correção de uma discriminação, não há como esse tratamento ser classificado juridicamente como ação afirmativa. É possível que seja outra espécie de política pública, uma medida de governabilidade ou, inclusive, um ato ilícito; contudo, não será uma ação afirmativa. Caso uma ação afirmativa não cumpra suas finalidades geral e específica, ela ainda poderá ter validade jurídica. Assim, encontramos fundamentos para sustentar uma <<tese de descumprimento das ações afirmativas>>, mas não de desvirtuamento. Rios (2012) pondera também que a finalidade de uma determinada ação afirmativa pode, na prática, ser dificilmente atingida, o que implicaria que uma ação afirmativa pudesse perdurar por longo prazo.

ou para permitir um tratamento desigual, ainda que a desigualdade não seja completamente eliminada.<sup>187</sup>

A condição anterior pode implicar outras condições necessárias empíricas para realização do direito à ação afirmativa, que seriam a necessidade de indicadores do cumprimento das finalidades geral e específica da ação afirmativa, bem como a necessidade de adequação desses indicadores às particularidades da discriminação que é objeto da ação afirmativa. Isto é, sustenta-se que deve haver critérios de avaliação do cumprimento das finalidades de uma ação afirmativa e essa avaliação deve ser feita como condição de validade. É possível, contudo, que uma ação afirmativa, mesmo que não tenha atingido suas finalidades, seja válida, se forem apresentadas e justificadas as causas imprevisíveis de seu fracasso. Se essas causas tornarem-se previsíveis, seja pelo desenvolvimento de métodos, seja pela própria experiência, elas vincularão o destinatário para a realização de ações afirmativas subsequentes. Dessa forma, futuras ações afirmativas que incorressem em erro já previsível não teriam validade.<sup>188</sup>

A necessidade de adequação dos indicadores às particularidades da discriminação justifica-se pela impossibilidade de uma definição *a priori* da validade dos indicadores. É possível imaginar que, à medida que uma ação afirmativa cumpra suas finalidades, seja necessário, inclusive, modificar os indicadores. Portanto, a validade de cada indicador adotado somente poderá ser aferida no caso concreto. Essa é uma das causas da grande importância que a análise estatística, econômica e social da discriminação tem para a realização do direito à ação afirmativa e dos direitos que o fundamentam.

#### **4.2 Condições jurídicas necessárias para realização do direito à ação afirmativa em matéria de emprego e ocupação**

Conforme foi afirmado anteriormente, este tópico tem como objetivo sustentar algumas hipóteses de condições necessárias específicas para a realização, em

---

<sup>187</sup> Corroborando, expressamente, a condição necessária da temporariedade o inciso 4 do artigo 1º da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (ONU, Convenção sobre a Eliminação..., 1966; BRASIL, 1969) e os incisos 1 e 2 do artigo 4º da Convenção sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (ONU, 1979; BRASIL, Decreto nº 4.316, 2002; BRASIL, Decreto nº 4.377, 2002).

<sup>188</sup> A definição dos critérios de validade de realização de ações afirmativas em matéria de emprego e ocupação é importante para elidir a responsabilidade civil objetiva tanto do Estado, quanto do empregador.

matéria de emprego e ocupação, do direito à ação afirmativa como direito subjetivo definitivo concreto. A condição necessária normativa mais importante desse grupo é a aplicação dos princípios da igualdade e da proibição de discriminação às relações de trabalho, uma vez que esses princípios são os principais fundamentos de validade jurídica do direito à ação afirmativa. Argumentou-se, no capítulo 1, que tanto o princípio da igualdade quanto o princípio da proibição de discriminação devem ser aplicados a todas as relações jurídicas, inclusive a de trabalho. A aplicabilidade do princípio de igualdade às relações de trabalho fundamenta-se em três pressupostos hermenêuticos, apresentados nos tópicos 1.1, 1.2 e 2.2: (1) a estrutura da norma de igualdade, que prescreve a igualdade como um mandado de otimização; (2) o conceito de igualdade (desigualdade) contida na fórmula geral de igualdade, segundo o qual a igualdade não pode ser fática, mas, sim, valorativa em sentido limitado; e, por fim, (3) o conceito de tratamento igual (desigual) contido na referida fórmula, segundo o qual a igualdade (desigualdade) de tratamento refere-se ao ato, ou seja, o tratamento igual (desigual) é jurídico, e não fático (não se refere às consequências). Ademais, pelo fato de o princípio da igualdade ser norma de direito fundamental diretamente estatuída pela Constituição e por haver determinação expressa constitucional de aplicação do referido princípio às relações de trabalho, corroborada por inúmeras fontes formais, entendemos que o princípio da igualdade aplica-se às relações de trabalho.

Em sentido contrário, parte da doutrina trabalhista sustenta a tese da inaplicabilidade do princípio da igualdade às relações de trabalho. Um dos expoentes dessa tese é Plá Rodriguez. Contrapondo-se as duas teses, evidencia-se que a tese de Rodriguez está condicionada a alguns pressupostos conceituais e metodológicos, dentre os quais, divergimos, respeitosamente, de três. O primeiro pressuposto do qual discordamos é o conceito de princípio. Rodriguez adota um conceito positivista de princípio, definindo que “um princípio é algo mais geral do que uma norma porque serve para inspirá-la, para entendê-la, para supri-la” (RODRIGUEZ, 2000, p. 37). Apesar de se fundamentar em doutrinas pós-positivistas, Rodriguez nega a deonticidade dos princípios, sustenta que apenas as regras são normas<sup>189</sup> e afirma que apenas estas são objeto de interpretação jurídica. Uma clara evidência da concepção positivista do autor é a seguinte afirmação sua:

---

<sup>189</sup> O autor inclusive utiliza os termos regras e normas como sinônimas em contraposição ao termo princípios.

“a distinção essencial é que a regra determina o critério de nossa ação, dizendo-nos o que devemos fazer, o que não devemos fazer ou que podemos fazer em determinadas situações previstas pela própria regra. O princípio não diz nada diretamente a esse respeito” (RODRIGUEZ, 2000, p. 39-40).

O segundo pressuposto do qual discordamos é o método utilizado para interpretação de um princípio. Acerca disso, o autor explica que:

O processo lógico para obtenção de um princípio consiste em induzir uma solução mais geral da comparação de disposições particulares concordantes, para aplicar o princípio assim obtido a qualquer hipótese não abrangida por nenhuma previsão legal. (RODRIGUEZ, 2000, p. 37).

Rodriguez busca, assim, interpretar a fórmula clássica do princípio da igualdade jurídica (tratar o igual igualmente e o desigual desigualmente) a partir da equiparação, instituto jurídico de direito material do trabalho.<sup>190</sup>

O terceiro pressuposto do qual discordamos é o conceito jurídico do princípio da igualdade, construído pelo autor com base no primeiro e no segundo pressupostos anteriores. Rodriguez (2000) conceitua que “o princípio de igualdade encerra a ideia da equiparação”, a qual “leva a ter que conceder a todo trabalhador a mesma vantagem ou benefício (geralmente o problema se põe com relação ao salário) que percebe um companheiro de tarefas, que executa trabalho equivalente ou do mesmo valor” (RODRIGUEZ, 2000, p. 443).<sup>191</sup>

Todavia, a relação de fundamentação proposta por Rodriguez, isto é, a equiparação fundamentando a igualdade, não apenas está invertida como também implica graves consequências de fundamentação ao direito do trabalho. Quanto à relação de fundamentação, sustentamos que o princípio da igualdade jurídica é um dos fundamentos de validade jurídica da equiparação. Conforme visto no tópico 1.1, para a aplicação da fórmula de igualdade, são necessárias três relativizações valorativas. É possível perceber claramente que o instituto jurídico da equiparação é composto por uma igualdade valorativa (trabalho de igual valor) relativa a igualdades/desigualdades fáticas parciais (“trabalhador *a* é igual ao trabalhador *b*

---

<sup>190</sup> Definindo o princípio da proibição de discriminação, o autor afirma que ele “leva a excluir todas aquelas diferenciações que põem um trabalhador numa situação de inferioridade ou mais desfavorável que o conjunto, e sem razão válida nem legítima” (RODRIGUEZ, 2000, p. 445).

<sup>191</sup> Também o conceito do princípio de proibição de discriminação é diferente. Suprimindo o pressuposto de o trabalhador ser posto em numa situação de inferioridade ou mais desfavorável que o conjunto de trabalhadores, o princípio da proibição de discriminação aproximar-se-ia do conceito jurídico do direito à proibição de discriminação, sustentado no tópico 2.2.

com respeito ao trabalho *P* – trabalho de igual valor”), relativa a um determinado tratamento (mesmos direitos) e, por fim, relativa a critérios de valoração (o trabalho prestado com a mesma técnica, na mesma localidade, para o mesmo empregador é trabalho de igual valor). Todavia, não é válida a relação de fundamentação inversa, isto é, a equiparação não é um fundamento de validade jurídica do princípio da igualdade, conforme visto no tópico 1.1. Portanto, ao interpretar o princípio da igualdade a partir da equiparação, Rodriguez pressupõe, implicitamente, que a igualdade/desigualdade referida na fórmula de igualdade pressupõe essas valorações. Contudo, ele sustenta, também implicitamente, ser impossível realizar tanto a primeira quanto a terceira valorações na relação de trabalho sob o fundamento de que não existe nem uma igualdade fática universal (desde todos os pontos de vista), nem uma igualdade fática parcial (argumento que Alexy expressamente refuta) entre os indivíduos e as situações humanas características de uma relação de trabalho. Ao excluir essas duas valorações, ele conclui que o princípio da igualdade ordenaria, na relação de trabalho, “um tratamento igual para todos os casos” (RODRIGUEZ, 2000, p. 441), isto é, ele conclui que, uma vez que não é possível haver um critério de valoração, para todos os trabalhadores, deveriam ser concedidos os mesmos direitos.<sup>192</sup> Por fim, ele sustenta ser inaplicável à relação de trabalho o princípio da igualdade sob o fundamento de que esse princípio geraria conflitos sociais<sup>193</sup> e contrariaria tanto o “caráter concreto” quanto a “essência do Direito do Trabalho ser composto de normas que estabelecem o nível mínimo de proteção” (RODRIGUEZ, 2000, p. 444).<sup>194</sup>

Caso se entenda que os princípios têm natureza deontica, que é a equiparação que deve estar fundamentada no princípio da igualdade jurídica e que não é metodologicamente correto interpretar o conceito de igualdade sem realizar as

---

<sup>192</sup> Em consequência de seus pressupostos conceituais e metodológicos, Rodriguez não chegar a enfrentar o paradoxo de igualdade.

<sup>193</sup> Conforme o referencial do capítulo 7, esse argumento de Rodriguez caracteriza-se por ser utilitarista.

<sup>194</sup> Sustentando seus argumentos, o autor afirma que “se todo benefício que se concedesse a um trabalhador dovesse ser extensivo a todos os demais, não haveria limites mínimos, mas níveis únicos ou comuns a todos os trabalhadores. Por outro lado, esta formulação costuma converter-se numa fonte incessante de conflitos, pois é muito difícil a um trabalhador reconhecer suas próprias carências e limitações, ou a superioridade de outro trabalhador que realiza tarefa maior ou que é capaz de resolver mais acertadamente ou mais rapidamente as dificuldades, etc.” (RODRIGUEZ, 2000, p. 444), que “a idéia de equiparação é uma fonte de conflitos e problemas; descaracteriza o caráter mínimo das normas de trabalho e impede a concessão de melhorias e benefícios que poderiam existir” (RODRIGUEZ, 2000, p. 445) e que o “caráter concreto” do direito do trabalho, “que se expressa nas múltiplas regulamentações distintas que regulam os mesmos temas trabalhistas, segundo o setor ou ramo de atividade” (RODRIGUEZ, 2000, p. 441), seria incompatível com “a vida real, tão rica de contrastes e variedades” (RODRIGUEZ, 2000, p. 441).

três valorações sustentadas no tópico 1.1, os argumentos de Rodriguez que sustentam a inaplicabilidade do princípio de igualdade à relação de trabalho são inválidos. Além disso, a interpretação de Rodriguez apresenta outras deficiências. Assim, por essa interpretação, inexistiria um conceito jurídico próprio e preciso do princípio da igualdade, uma vez que esse se confunde com o de equiparação. Além disso, a equiparação careceria de outro fundamento jurídico de validade, além do fato de estar positivada, o que obrigaria o jurista a admitir a validade de qualquer instituto trabalhista positivado, independentemente dos princípios que constituem o ordenamento jurídico. Também seria impossível justificar um tratamento desigual para um indivíduo ou situação, se ele não estivesse expressamente previsto. Um forte argumento para refutar a tese de Rodriguez é que não existem nela argumentos que justifiquem a inaplicabilidade, à relação jurídica de trabalho, de direitos que são fundamentais, como o da igualdade jurídica. Por fim, essa interpretação implicaria que o próprio direito do trabalho não encontraria fundamento de validade no princípio da igualdade, o que iria de encontro, inclusive, aos fundamentos históricos de validade desse ramo do direito.

Seguindo a interpretação de Rodriguez, Delgado sustenta a aplicação do princípio da igualdade apenas a casos específicos, como, por exemplo, entre empregados e trabalhadores avulsos.<sup>195</sup> Pelas mesmas razões expostas, devemos também discordar do argumento de Delgado. Ademais, inexistente um critério preciso e racionalmente fundamentado para determinar em quais casos específicos deve-se aplicar esse princípio.

Entendemos também que, em respeito à coerência do sistema jurídico, o conceito jurídico de discriminação deve ser o mesmo para todas as relações jurídicas do ordenamento, não devendo existir, portanto, um conceito jurídico próprio de discriminação na relação de trabalho. Nesse sentido, argumenta-se que, por meio do diálogo entre o conceito de discriminação e as fontes do direito do trabalho, é possível evidenciar a insuficiência dos conceitos da teoria geral clássica do direito do trabalho para proteger o trabalhador contra a discriminação.<sup>196</sup> A tentativa de definir

---

<sup>195</sup> Expõe Delgado (2012, p. 799) sua posição assim: “Rigorosamente, o Direito do Trabalho incorporou, de fato, como critério básico, apenas o princípio da não discriminação. A proposição mais ampla e imprecisa da isonomia tem sido aplicada somente em certas circunstâncias mais estreitas e não como parâmetro informador universal. O princípio antidiscriminatório, contudo, é onipresente no ramo trabalhista especializado.”

<sup>196</sup> Dorneles (2012) adverte, todavia, que o conceito de relação de emprego, único objeto de proteção segundo a teoria geral clássica do direito do trabalho, tornou-se insuficiente para proteger o trabalhador no mundo do trabalho pós-industrial, caracterizado pela diversificação e complexificação das relações de trabalho,

quando uma discriminação ocorre na relação de trabalho revela, com clareza, essa insuficiência. Para caracterizar se uma discriminação ocorreu na relação de trabalho, deve-se construir um silogismo muito simples, que tem, como premissas maiores, os conceitos do princípio geral da igualdade (construído no tópico 1.1), do princípio da proibição de discriminação e de discriminação (construídos nos tópicos 2.2), e, como premissa menor, o conceito de relação de trabalho. Como premissa menor, a teoria geral clássica do direito do trabalho incluiria apenas a relação de emprego, subtipo de relação jurídica de trabalho, que, segundo define Martins Filho (2010, p. 102), é a “principal espécie do gênero relação de trabalho pela conjugação de quatro elementos básicos, previstos no artigo 3º da CLT, que são pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação”. Não obstante, considerando a aplicação do princípio de proibição de discriminação a todas as relações jurídicas, deve-se optar, como premissa menor, por um conceito amplo de relação de trabalho. Martins Filho (2010, p. 102) define que relação de trabalho é a “relação jurídica de natureza contratual entre *trabalhador* (sempre pessoa física) e aquele para quem presta serviço (empregador ou tomador de serviços, pessoas físicas ou jurídicas), que tem como objeto o trabalho remunerado em suas mais diferentes formas”.<sup>197</sup> Mesmo o conceito de relação de trabalho é insuficiente, pois, em decorrência de sua natureza jurídica contratual, restariam excluídas outras relações jurídicas em que também há trabalho humano, como a relação estatutária de um servidor.<sup>198</sup> Ademais, como é possível apreender-se da alínea “e” do artigo 3º da Convenção nº 111 da OIT (OIT, 1958; BRASIL, 1968), o princípio da proibição de discriminação deve ser aplicado “nas atividades dos serviços de orientação profissional, formação profissional e colocação”. Pode-se observar, portanto, que mesmo o conceito amplo de relação de trabalho é insuficiente para tutelar o trabalhador contra discriminação

---

notadamente em decorrência de seus conceitos de pessoalidade e de subordinação. Apontam-se, como exemplos de causas das alterações pelas quais passaram as relações de trabalho, o surgimento das novas tecnologias de informação e comunicação, os novos modos de organização da produção, os novos métodos de gestão e gerenciamento das empresas e a globalização da economia.

<sup>197</sup> O autor apresenta um conceito mais amplo de trabalho, segundo a qual trabalho humano é “toda ação humana, realizada com dispêndio de energia física ou mental, acompanhada ou não de auxílio instrumental, dirigida a um fim determinado, que produz efeitos no próprio agente que a realiza, a par de contribuir para transformar o mundo em que se vive”. (MARTINS FILHO, 2010, p. 23).

<sup>198</sup> Na presente pesquisa, não se analisará a hipótese de o empregador ter ou não responsabilidade de proteger o trabalhador de discriminações praticadas por outros indivíduos no ambiente de trabalho, mas sugere a investigação desse objeto de estudo a pesquisas subsequentes.

ocorrida anteriormente ou posteriormente à relação de trabalho.<sup>199</sup> A interpretação acerca da proibição de discriminação na relação de trabalho que mais se coaduna com o princípio protetivo parece ser a que corresponde à literalidade das proposições normativas do princípio da proibição de discriminação contidas nas fontes formais trabalhistas internacionais, que ampliam o objeto do direito do trabalho, definindo-o como qualquer relação <<em matéria de emprego ou ocupação>><sup>200</sup>. Por meio dessa ampliação de objeto do ramo trabalhista, fica caracterizada como discriminação em matéria de emprego ou ocupação tanto a discriminação ocorrida na típica relação de emprego, quanto a discriminação ocorrida em relações não contratuais de trabalho ou em momentos anteriores ou posteriores a essas relações. Vale ainda ressaltar que, para a caracterização da discriminação em matéria de emprego ou ocupação, as fontes formais também exigem um dano específico a direito alheio: a destruição ou alteração da igualdade de oportunidades ou da igualdade de tratamento. Entendemos que a exigência desse dano específico não enseja, contudo, um conceito jurídico distinto de discriminação.

Segundo a argumentação do tópico 2.2, a discriminação que ocorre em matéria de emprego e ocupação implica uma violação múltipla de normas, descumprindo normas fundamentais como o princípio da igualdade, da proibição de discriminação, da dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho, assim como, a depender do fundamento discriminatório ocorrido, outras normas específicas que protegem grupos socialmente discriminados. É curioso observar que o direito de não ser discriminado seria, segundo a clássica teoria de Jellinek, um direito de *status* negativo. Porém, quando existente na relação de trabalho, esse direito fragiliza a antiga noção de que à relação de trabalho corresponderiam apenas direitos sociais (como, por exemplo, direito de *status* positivo), bem como evidencia a possibilidade de associação de direitos de diferentes estruturas ao direito geral de igualdade, reforçando a noção de direito fundamental como um todo. Adotando o marco teórico de Alexy, é possível compreender o direito do trabalho em si como aplicação do princípio da igualdade, na medida em que a desigualdade fática, dentre outras, sofrida pelos trabalhadores, quando do surgimento desse ramo do direito, foi

---

<sup>199</sup> A proteção contra discriminação nos momentos pré e pós-contratual também poderia ser justificada hermeneuticamente pela aplicação do princípio da boa-fé aos contratos de trabalho, tema que, nesta pesquisa, não poderá ser desenvolvido.

<sup>200</sup> Essa interpretação fundamenta a nomenclatura utilizada no título desta dissertação.



e ainda é considerada uma das razões (cujo conjunto é denominado pela doutrina trabalhista como hipossuficiência do trabalhador) para *ordenar* um tratamento desigual aos trabalhadores, que consiste na proteção destes.

Em que pese a inexistência de um conceito jurídico próprio de discriminação em matéria de emprego e ocupação, deve-se considerar que, na relação jurídica de trabalho, podem surgir práticas específicas de discriminação. São temas relevantes que merecem um estudo aprofundado, mas que, na presente pesquisa, não puderam ser realizados: as formas de discriminação decorrentes do poder diretivo ou da subordinação, as discriminações ocorridas em momentos pré e pós-contratuais, a relação entre a discriminação indireta e a inexigibilidade de motivação da dispensa. Exemplificativamente, apontam-se os estudos de Barzotto (L. C., p. 45), que sustenta que alguns regimes jurídicos especiais, como o do trabalhador doméstico e do terceirizado, na sua aplicação, podem favorecer a discriminação. Na doutrina brasileira, também há diversos estudos acerca das medidas antidiscriminatórias do direito brasileiro, dentre os quais se destacam os de Lima (2011)<sup>201</sup>, de Delgado (2012)<sup>202</sup> e de Mallet (2010)<sup>203</sup>.<sup>204</sup>

O objetivo específico no capítulo 4 foi tão-somente a sustentação de hipóteses de condições jurídicas necessárias para realização do direito à ação afirmativa. Contudo, por todas as razões expostas anteriormente, não apenas sustentou-se, como também confirmou-se a hipótese de que (1) a aplicação do direito à igualdade à relação de trabalho é uma condição necessária para a realização do direito à ação afirmativa em matéria de emprego e ocupação e de que (2) o direito à igualdade é aplicável à relação de trabalho.

Há, ainda, outras hipóteses de condições jurídicas necessárias para realização do direito à ação afirmativa em matéria de emprego e ocupação. As

---

<sup>201</sup> Lima (2011) classifica a discriminação por meio dos seguintes critérios: intencionalidade (intencional e não intencional), prejudicialidade (negativas e positivas), motivos, posição das partes envolvidas, momento da prática (pré-contratual, contratual e pós-contratual), especificidade (por assédio e por retaliação).

<sup>202</sup> Delgado (2012) sistematiza as proteções jurídicas contra discriminação em dois grupos: proteções contra discriminações em geral, que não repercutem apenas ou fundamentalmente no salário, e proteções contra discriminações com direta e principal repercussão no salário. O autor divide o segundo grupo em quatro subgrupos de proteções: (1) as referentes à equiparação salarial; (2) as referentes ao quadro de carreira; (3) as referentes à substituição provisória; e (4) as referentes à terceirização (DELGADO, 2012).

<sup>203</sup> Mallet (2010) critica a ênfase, dada pelo legislador, à igualdade no plano remuneratório. Afirma o autor que: “Importante parece ser tão só a igualdade de remuneração. Os outros aspectos do contrato de trabalho, inclusive o tratamento dispensado a cada empregado, são deixados de lado, em clara mostra da concepção patrimonialista que inspirou a CLT e que ainda impregna o Direito do Trabalho brasileiro.” (MALLET, 2010, p. 21).

<sup>204</sup> Toda a literatura brasileira sobre discriminação e/ou ações afirmativas em matéria de emprego e ocupação a qual se teve acesso na realização desta pesquisa foi sistematizada no Apêndice C desta dissertação.

diferentes teorias sobre a interpretação e a aplicação dos direitos fundamentais podem acarretar outras hipóteses de condições necessárias, uma vez que o direito à ação afirmativa está associado a direitos fundamentais. Uma hipótese de condição necessária específica seria a tese da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Para que fossem permitidas ações afirmativas nas relações privadas, dever-se-ia admitir a tese de que os direitos fundamentais, como o direito à proibição de discriminação, teriam eficácia horizontal.<sup>205</sup> Segundo Romita (2009), a doutrina admite a tese da eficácia horizontal nas relações privadas, mas diverge acerca da extensão da eficácia. Romita (2009, p. 200-201) expõe, de forma objetiva, a solução doutrinária da seguinte forma:

Passou a prevalecer o entendimento de que os direitos fundamentais além de vincularem o poder público, vinculam também os entes privados em suas relações. A afirmação é válida também para o direito brasileiro, sem embargo do silêncio legislativo [...] Aceita a tese da incidência dos direitos fundamentais sobre as relações privadas, surge a dificuldade de saber de que maneira isso ocorre. *Robert Alexy* distingue três teorias: 1ª – a do efeito mediato; 2ª – a do efeito imediato; 3ª – a do efeito produzido por meio de direitos em face do Estado.<sup>206</sup> [...] A três teorias aceitam a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, a partir da consideração de que ambas as partes são titulares de direitos fundamentais, pressupondo, contudo, gradações em sua eficácia. A medida da eficácia, mediata ou imediata, é, em consequência, uma questão de ponderação. Hoje em dia, a tendência da doutrina é superar a dicotomia eficácia mediata/eficácia imediata para admitir soluções diferenciadas, como ensina *J.J.Gomes Canotilho*.

Conforme foi visto nos tópicos 1.2 e 3.1, o Legislador, destinatário, por excelência, dos direitos fundamentais tem permissão para realizar ações afirmativas e, a ele, não está, em princípio, ordenada a realização de ações afirmativas. Não obstante, no tópico 3.4, constatou-se que é possível que destinatário ordene a realização de ações afirmativas. Gomes (2001, 2003) afirma a possibilidade de as ações afirmativas serem permitidas não apenas ao Estado, mas também aos particulares, cabendo, nesse último caso, ao Estado, traçar diretrizes gerais que possibilitem a realização de ações afirmativas nas relações privadas (GOMES, 2003). Fundamentando a correção do argumento de Gomes, apontam-se os incisos XXX, XXXI e XXXII do artigo 7º da CRFB (BRASIL, 1988), que reforçam a aplicação, na relação de trabalho, dos principais direitos fundamentais que fundamentam a

---

<sup>205</sup> Denomina-se vertical a eficácia dos direitos fundamentais na relação entre Estado e cidadão; e, horizontal a eficácia na relação entre cidadão e cidadão (ALEXY, 2008).

<sup>206</sup> A esse respeito ver: ALEXY, 2009, p. 464-481.

validade jurídica do direito à ação afirmativa. Outro artigo relevante é o artigo 170 da CRFB (BRASIL, 1988). Apesar de não ordenar a realização de ações afirmativas a particulares, nem possibilitar expressamente a realização destas a particulares, o artigo 170 da CRFB institui novos fundamentos de permissão de realização de uma ação afirmativa por particulares.<sup>207</sup> No mesmo sentido de Gomes, o artigo 6 do Anteprojeto da Convenção Interamericana Contra o Racismo e Toda Forma de Discriminação e Intolerância da OEA (2006, p. 13) propõe que os Estados comprometam-se a estimular a ação afirmativa no âmbito privado.<sup>208</sup> Favoravelmente à permissão de realização de ação afirmativa entre particulares, aduz-se também que essa permissão poderia reduzir a intervenção estatal.<sup>209 210</sup>

Em sentido contrário à permissão de realização de ação afirmativa entre particulares, aponta-se a maior insegurança jurídica a que estariam submetidos os particulares, uma vez que, em regra, eles não dispõem de todos os meios que dispõe o Estado para fundamentar e realizar uma ação afirmativa (ISENSEE, 2007).<sup>211</sup> Como os particulares, por vezes com pouco conhecimento teórico e prático, poderiam justificar as razões suficientes de um tratamento desigual e todas as demais condições necessárias para a realização de uma ação afirmativa? Uma solução para esse problema encontrada pela Namíbia foi a atribuição à Comissão para a Equidade no Emprego do país das funções de “fornecer orientação para os empregadores, oferecendo treinamento, aprovando, desaprovando ou aprovando

---

<sup>207</sup> Mastrantonio (2011) fundamenta essa possibilidade, por exemplo, na função social da empresa. Em seu estudo, Mastrantonio (2011) também apresenta diversos exemplos interessantes de ações afirmativas realizadas, no Brasil, por empresas.

<sup>208</sup> O referido artigo dispõe que os Estados-Partes comprometem-se a “estimular a adoção no âmbito privado das medidas ou políticas mencionadas nos literais ‘iii’ e ‘iv’”.

<sup>209</sup> Uma das limitações às ações afirmativas em matéria de emprego e ocupação realizadas por pessoa jurídica de direito público seria a maior carga argumentativa da ação afirmativa estatal, pois o Estado tem o dever de justificar a intervenção estatal. Dessa discussão, pode decorrer outra possível condição necessária: a primazia dos particulares em relação ao Estado para a realização de ações afirmativas.

<sup>210</sup> Não se pode afirmar, contudo, que aos particulares possa ser ordenada uma ação afirmativa, em respeito aos limites desta pesquisa. Viu-se na nota de rodapé nº 122 desta dissertação que Gomes sustenta que as ações afirmativas podem ser compulsórias. Não se pode concluir se o autor sustenta essa possibilidade tanto para Estado quanto para os particulares. Muitos argumentos a favor e contra a tese da compulsoriedade de ações afirmativas aos particulares podem ser aduzidos. Dentre os argumentos favoráveis, destacamos a teoria do efeito produzido por meio de direitos em face do Estado e a estrutura de direito de proteção do direito à ação afirmativa. A nosso juízo, o argumento contrário mais relevante é a incompatibilidade com o principal fundamento ético das ações afirmativas, o que será visto no capítulo 7.

<sup>211</sup> Um estudo crítico sobre os quarenta anos de realização de ações afirmativas nas relações de emprego e ocupação nos EUA relatou que os empregadores estavam relutantes em realizar ações afirmativas por várias razões, dentre as quais as principais eram: 1) A deficiente diferenciação da Suprema Corte entre ações afirmativas permitidas e ações afirmativas não permitidas; 2) O fato de a fundamentação argumentada pelos empregadores para a realização da ação afirmativa poder ser usada contra eles em demandas judiciais; e 3) O estigma que a ação afirmativa poderia causar ou acentuar (APPEL; GRAY; LOY, 2005).

condicionalmente os planos de ação afirmativa e emitindo certificados de cumprimento da ação afirmativa” (TOMEI, 2005, p. 26-27).

Outra hipótese de condição necessária específica seria a tese de que, além do Estado, os particulares também seriam destinatários dos direitos fundamentais. Conforme visto no tópico 1.1, é certo que tanto o aplicador (administrativo ou judicial) quanto o criador do direito estão materialmente vinculados ao direito fundamental à igualdade. Para Alexy (2008), é, contudo, muito forte a tese de que os particulares também seriam destinatários dos direitos fundamentais. Caso fosse acolhida essa tese, ter-se-ia que, aos particulares, poderia estar ordenada a realização de uma ação afirmativa. De todo o modo, a relevância dessa hipótese seria reduzida se fosse adotado o entendimento, anteriormente sustentado, de que o direito à ação afirmativa não é, em princípio, fundamental. Conforme foi visto anteriormente, esse não é, porém, o entendimento majoritário.

#### **4.3 Conclusões parciais: condições jurídicas para a realização do direito à ação afirmativa em matéria de emprego e ocupação**

Por meio das hipóteses sustentadas, pôde-se evidenciar que podem existir condições jurídicas necessárias para a realização do direito à ação afirmativa, como, por exemplo, a submissão ao juízo de proporcionalidade, a existência de discriminação atual e corrigível, a transitoriedade da ação afirmativa e a necessidade de indicadores do cumprimento das finalidades geral e específica da ação afirmativa. Pôde-se observar que a adoção de uma determinada teoria em detrimento de outra acerca da interpretação e aplicação do direito e, principalmente, dos direitos fundamentais, implica diferentes consequências à interpretação e à aplicação do direito à ação afirmativa. Foi possível inferir que a realização do direito à ação afirmativa em relações privadas, como a relação de trabalho e as relações em matéria de emprego e ocupação, pode ter condições necessárias específicas. Confirmou-se a hipótese de que a aplicação do direito à igualdade à relação de trabalho é uma condição jurídica necessária específica para a realização do direito à ação afirmativa em matéria de emprego e ocupação. Por estas razões, afirma-se que seria importante a sustentação de mais hipóteses de condições necessárias, bem como a investigação de todas as hipóteses existentes.

## 5 CONDIÇÕES ESTATÍSTICAS PARA REALIZAÇÃO DO DIREITO À AÇÃO AFIRMATIVA EM MATÉRIA DE EMPREGO E OCUPAÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

Neste tópico, serão analisadas as principais fontes de informações estatísticas sobre o mercado de trabalho brasileiro (5.1) e, apresentadas as principais informações estatísticas que podem evidenciar a discriminação no mercado de trabalho brasileiro (5.2, 5.3 e 5.4). Ao final, será realizada uma abordagem crítica (5.5).

### 5.1 Pesquisas estatísticas sobre o mercado de trabalho brasileiro

As fontes de informações estatísticas que, de melhor forma, evidenciam a discriminação no mercado de trabalho no Brasil são a Pesquisa Mensal de Emprego (PME) e a Pesquisa de Emprego e Desemprego (PED). A PME é uma pesquisa domiciliar, realizada mensalmente, pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), nas regiões metropolitanas de Recife, Salvador, Belo Horizonte, Rio de Janeiro, São Paulo e Porto Alegre. A PED é uma pesquisa domiciliar, realizada mensalmente, pelo Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE) em convênio com a Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados (SEADE), no Distrito Federal e nas regiões metropolitanas de São Paulo, Porto Alegre, Belo Horizonte, Salvador, Recife e, mais recentemente, Fortaleza. Por adotarem metodologias e conceitos diferentes, optou-se por apresentar os resultados de ambas as pesquisas a fim de evidenciar a discriminação em matéria de emprego e ocupação. Tanto o IBGE, quanto o DIEESE e a SEADE, produzem estudos específicos sobre o mercado de trabalho brasileiro, bem como sínteses de indicadores. As sínteses de indicadores da PME (referentes ao interregno de 2003 a 2011) e da PED (referentes ao interregno de 2010 a 2011) foram os referenciais adotados nesta pesquisa.

No âmbito do IBGE, existe, ainda, a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), pesquisa domiciliar de amostragem probabilística coletada em todas as unidades da Federação, que investiga características gerais da população, como educação, trabalho, rendimento, habitação e outras. A PNAD auxilia a evidenciar a discriminação não somente através de dados sobre o rendimento do

trabalho, mas também através de dados sobre a educação e a condição social dos trabalhadores. Apesar de sua relevância, a PNAD não foi utilizada nesta pesquisa, pois seus indicadores corroboram os dados obtidos pela PME e pela PED.<sup>212</sup>

Outra fonte de informações sobre o mercado de trabalho brasileiro é o Programa de Disseminação das Estatísticas do Trabalho (PDET), que é realizado pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) e tem como objetivo divulgar informações oriundas de dois registros administrativos, a RAIS (Relação Anual de Informações Sociais) e o CAGED (Cadastro Geral de Empregados e Desempregados), que são informados pelas empresas. O PDET não foi utilizado nesta pesquisa, pois os registros administrativos apresentam as seguintes limitações, dentre outras: omissão de declaração dos estabelecimentos, erro de preenchimento (informações incompletas ou incorretas) e exclusão do mercado de trabalho informal.

Nestas fontes estatísticas sobre o mercado de trabalho brasileiro, dois são os principais fundamentos discriminatórios pesquisados: o étnico (denominado raça ou cor) e o gênero (denominado sexo). Apesar de existirem atualmente pesquisas sobre trabalhadores jovens e idosos, elas ainda são muito restritas, uma vez que não relevam, por exemplo, o valor da hora de trabalho destes grupos, nem comparam este valor com o valor da hora de trabalho de outros grupos de trabalhadores, não sendo, portanto, tão aptas para evidenciar a discriminação de trabalhadores com fundamento na idade.

As pesquisas realizadas pelas referidas instituições brasileiras diferem das pesquisas americanas sob muitos aspectos. Há duas fontes principais de informações sobre discriminação em matéria de emprego e ocupação nos Estados Unidos da América (EUA): a Bureau of Labor Statistics (BLS)<sup>213</sup>, pertencente ao United States Department of Labor, e a United States Equal Employment Opportunity Commission (EEOC), agência federal responsável pelo cumprimento de leis federais que tornam ilegal a discriminação contra um empregado ou um candidato a um emprego (EEOC, Overview, 2012).

---

<sup>212</sup> Os indicadores sociais da PNAD 2009 e da PNAD 2011 relevantes à análise da discriminação no mercado de trabalho brasileiro encontram-se nas seguintes tabelas de resultados: 1. GERAIS: tabelas 1.1 e 1.2; 2. MIGRAÇÃO: tabela 2.3; 4. TRABALHO: tabela 4.1 a 4.36; e 5. FECUNDIDADE: tabela 5.2.

<sup>213</sup> A pesquisa mais relevante da BLS é a <<Current Labor Statistics: Comparative Indicators>>, que revela a estrutura do mercado de trabalho americano através de critérios como sexo, raça, idade, origem nacional, ocupação, dentre outros.

As pesquisas americanas adotam mais variáveis para a análise da discriminação no mercado de trabalho. Dentre as variáveis adotadas, estão raça, sexo, origem nacional, religião, retaliação de trabalhadores que exerceram direitos garantidos pela EEOC, retaliação de trabalhadores que exerceram direito anti-discriminação, cor, deficiência, violação à igualdade de remuneração, informação genética, assédio sexual, estado gestacional, idade (EEOC, Charge, 2012; EEOC, Enforcement, 2012).

Um dos destaques nas pesquisas estatísticas americanas é a projeção<sup>214</sup> do tamanho e da estrutura do mercado de trabalho americano para o ano de 2020. Os membros da BLS explicam que, nessa pesquisa, foram considerados os cento e trinta e seis grupos que compõem o mercado de trabalho americano:

A população e as projeções da taxa de participação da força de trabalho são criadas para 136 grupos segundo idade, gênero, raça ou etnia. Para cada um desses grupos, as taxas de participação projetadas são aplicadas à população projetada e os resultados de todos os grupos são somados, resultando na projeção total da força de trabalho. (SOMMERS; FRANKLIN, 2012, p. 9-10, tradução nossa)

Constam ainda nas pesquisas estatísticas americanas outras variáveis como, por exemplo, o número total de acusações formais contra discriminação em matéria de emprego e ocupação apresentadas e resolvidas com fundamento nas determinações da EEOC, identificando-se, inclusive, o tipo resolução adotada e o respectivo número de ocorrências (EEOC; Enforcement, 2012)<sup>215</sup>.

Para maximizar a utilidade das pesquisas estatísticas sobre a discriminação em matéria de emprego e ocupação, sugere-se que os critérios sejam selecionados conforme as peculiaridades de cada mercado de trabalho, existente em determinada área, sob um determinado fundamento e sob determinadas formas de discriminação. Nos EUA, por exemplo, os grupos de trabalhadores discriminados mais analisados são as mulheres, os negros e os hispânicos (EHRENBERG; SMITH, 2000). Não obstante, é necessário o levantamento de dados sobre todos os fundamentos discriminatórios.

---

<sup>214</sup> Na revista *Monthly Labor Review*, v. 135, nº 1, jan 2012, são apresentados a pesquisa, bem como cinco artigos que a analisam.

<sup>215</sup> No link <<Definitions of Terms>>, descrevem-se cada uma das variáveis utilizadas. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/eeoc/statistics/enforcement/definitions.cfm>>.

Acerca da discriminação em matéria de emprego e ocupação, o mais recente relatório da OIT (2011b, p. IX, tradução nossa) sobre igualdade no trabalho concluiu que:

A principal área de preocupação é a do acesso ao emprego. A proporção de trabalhadores vulneráveis à pobreza voltou a aumentar, invertendo assim as tendências positivas observadas nos últimos anos. [...] O risco torna-se especialmente agudo para os trabalhadores com menos qualificações, mais velhos ou migrantes, bem como para os trabalhadores – mesmo com cursos universitários – que procuram um primeiro emprego.

Porém, as principais conclusões desse relatório foram acerca do desenvolvimento das pesquisas estatísticas sobre discriminação em matéria de emprego e ocupação. O relatório aponta um panorama mundial dessas pesquisas e suas principais deficiências, como, por exemplo, as diferenças nas definições de discriminação no trabalho, bem como evidencia as consequências negativas da não confiabilidade e da ausência de dados sobre discriminação. Também apresenta os indicadores mais utilizados para aferir a aplicação do direito à proibição de discriminação em matéria de emprego e ocupação e descreve o método do <<teste de situação>> da seguinte forma:

49. Durante os últimos anos, foram desenvolvidos novos métodos para medir a discriminação, como os indicadores da OIT sobre trabalho digno e o quadro da União Europeia para avaliar os progressos alcançados na igualdade e não discriminação. Apesar destes progressos, os desafios persistem, dada a frequente indisponibilidade de dados e a falta de uma definição clara dos fatores de discriminação a nível nacional.

50. Os indicadores sobre trabalho digno, desenvolvidos pela OIT em 2008, incluem os dois indicadores seguintes sobre a aplicação do princípio da «igualdade de oportunidades e de tratamento no trabalho»: (1) segregação profissional por sexo; e (2) proporção de mulheres no emprego em postos de gestão e direção. Estes indicadores são baseados nas categorias estabelecidas pela Classificação Internacional Tipo das Profissões (ISCO-88).

51. O método desenvolvido para a UE distingue entre três tipos de indicadores: (a) indicadores para medição da discriminação, que servem para estabelecer e expor as desvantagens, diferenças, desigualdades e outras diferenciações que afetam as pessoas e/ou os grupos protegidos pela legislação anti-discriminação e/ou abrangidos por políticas para a igualdade; (b) indicadores para medição dos progressos com as políticas anti-discriminação, os quais identificam o grau de mobilização e de implementação das ferramentas legais e dos instrumentos das políticas públicas previstos nas leis anti-discriminação; e (c) indicadores para medição dos efeitos das políticas anti-discriminação, que servem para avaliar até que ponto estas políticas podem combater de forma efetiva e eficaz as desvantagens e desigualdades que afetam as pessoas e/ou os grupos protegidos pela legislação anti-discriminação e/ou abrangidos por políticas de igualdade.



53. A metodologia da «realização de testes da situação», seguida pela OIT, tem sido utilizada em mais de dez países da Europa e da América do Norte, a fim de avaliar a dimensão e a natureza da discriminação efetivamente verificada no acesso ao emprego. É citada como uma medida largamente utilizada para medir o comportamento real dos mercados de trabalho e pode ser considerada para utilização mais ampla na União Europeia. Esta abordagem consiste em selecionar pares de candidatos igualmente qualificados, diferindo apenas na situação migrante ou étnica, para se candidatarem a um emprego, medindo depois a diferença nos resultados obtidos numa ampla amostra estatisticamente significativa. A utilidade e eficácia deste método residem no fato de que mede o comportamento real mais do que os resultados, que não podem determinar se as diferenças se devem a discriminação ou a outros fatores, e difere dos inquéritos às atitudes e opiniões, que são influenciados por fatores subjetivos.

54. Se as estatísticas forem escassas, fracas ou pouco fiáveis, a dimensão das práticas discriminatórias permanecerá, largamente, desconhecida. É essencial que os governos se comprometam a disponibilizar os recursos humanos, técnicos e financeiros necessários para melhorar a recolha de dados a nível nacional. Este importante e complexo primeiro passo contribuirá significativamente para a identificação do problema e, desse modo, das medidas necessárias para superá-lo. (OIT, 2011b, p. 14, tradução nossa)<sup>216</sup>

A comparação com outras variáveis e métodos de pesquisa estatística da discriminação em matéria de emprego e ocupação é importante para o desenvolvimento das pesquisas estatísticas sobre o mercado de trabalho brasileiro. A comparação das pesquisas realizadas nos EUA e das recomendações feitas pela

---

<sup>216</sup> No que se refere ao desenvolvimento das pesquisas estatísticas, o relatório da OIT, recomendando o desenvolvimento e a partilha de conhecimento sobre a eliminação da discriminação no emprego e na ocupação, afirmou que: “269. Um dos mais persistentes obstáculos à eliminação da discriminação no trabalho é a falta de informação e dados estatísticos atualizados sobre os diferentes fundamentos de discriminação e as suas interligações. Embora tenham sido registados progressos neste domínio, a quantidade e qualidade da informação disponível variam dramaticamente de um país ou região para outro. 270. A produção de dados qualitativos e quantitativos sobre discriminação requer uma forte especialização, bem como recursos económicos e humanos e, em alguns países, implica ultrapassar bloqueios políticos. A não obtenção de dados exatos compromete a eficácia da ação nacional, regional e internacional em matéria de igualdade no trabalho. Um maior fornecimento de informação exata contribuirá significativamente para uma melhor compreensão do desnível persistente entre as leis sobre não discriminação e a sua efetiva implementação. Ajudar-nos-á igualmente a monitorizar e avaliar os resultados das políticas e programas em matéria de igualdade, e a otimizar o impacto dos recursos humanos e financeiros consagrados à eliminação da discriminação no trabalho. Nesse sentido, o desenvolvimento de indicadores adicionais sobre trabalho digno relacionados com a não discriminação será também explorado. 271. Com este fim, a ação da OIT deve concentrar-se num maior desenvolvimento das capacidades e metodologias necessárias para permitir que os serviços nacionais de estatística, os institutos de investigação e os organismos para a igualdade recolham e analisem a informação pertinente. O reforço das capacidades dos profissionais de estatísticas do trabalho e a melhoria dos sistemas de informação sobre mercado de trabalho, tendo em vista a recolha sistemática e a apresentação de dados melhor desagregados por sexo sobre os principais fatores de discriminação, deve ser prioritária. A nível mundial, a OIT deve procurar integrar melhor no seu trabalho de investigação os conhecimentos especializados e únicos adquiridos sobre os diferentes fatores de discriminação no emprego e na profissão, e fornecer orientações práticas sobre os desafios legais e institucionais existentes. 272. Se é certo que faltam dados sobre os fatores específicos de discriminação, esses dados são ainda mais escassos no que se refere à discriminação múltipla. O Bureau irá prestar particular atenção para que a recolha de dados anti-discriminação esteja atenta às identidades complexas e multidimensionais das pessoas mais vulneráveis a este fenómeno, com vista ao desenvolvimento de políticas mais adequadas para fazer frente à discriminação, especialmente entre os membros mais pobres e mais marginalizados da sociedade.” (OIT, 2011b, p. 76, tradução nossa).

OIT com as pesquisas realizadas em âmbito nacional é um método útil para analisar os dados sobre mercado de trabalho brasileiro que serão apresentados nos tópicos seguintes.

## 5.2 Discriminação por etnia

O IBGE (2012, p. 205) define que cor ou raça é a “característica declarada pela pessoa com base nas seguintes opções: branca, preta, amarela (pessoa de origem japonesa, chinesa, coreana etc.), parda (mulata, cabocla, cafuza, mameluca ou mestiça de preto com pessoa de outra cor ou raça) ou indígena (pessoa indígena ou índia)”. O DIEESE, por sua vez, classifica a cor em apenas duas variações: negra, que abrange pretos e pardos, e não-negra, que abrange brancos e amarelos (DIEESE, 2011, p. 140).

A pesquisa <<Indicadores IBGE>> mostra que, durante os nove anos de sua realização, em todas as regiões metropolitanas brasileiras pesquisadas, sempre houve um grande hiato salarial entre brancos e negros ou pardos. Conforme é possível constatar na ilustração abaixo (IBGE, 2012, p. 199), o rendimento médio real habitual do trabalho da população ocupada preta e parda sempre foi inferior ao da branca:

Ilustração 01 – Rendimento médio real habitualmente recebido no trabalho principal, segundo a cor ou raça, por regiões metropolitanas (em reais)\* - a preços de dez/11

	Total	Recife	Salvador	Belo Horizonte	Rio de Janeiro	São Paulo	Porto Alegre
<b>Branco</b>							
2003	1.675,15	1.438,11	2.419,14	1.585,53	1.630,40	1.783,77	1.313,15
2004	1.660,18	1.419,25	2.316,68	1.579,68	1.617,19	1.772,44	1.319,53
2005	1.700,25	1.507,50	2.173,73	1.629,41	1.687,74	1.812,49	1.302,34
2006	1.751,53	1.473,03	2.267,55	1.678,99	1.714,41	1.894,80	1.348,69
2007	1.821,97	1.490,24	2.286,29	1.752,19	1.826,76	1.953,08	1.414,63
2008	1.879,45	1.484,15	2.446,83	1.862,86	1.923,29	1.994,15	1.448,00
2009	1.938,79	1.481,24	2.453,76	1.938,63	1.982,62	2.054,77	1.504,49
2010	2.008,92	1.684,43	2.486,30	2.002,57	2.153,75	2.061,91	1.609,42
<b>2011</b>	<b>2.050,25</b>	<b>1.616,13</b>	<b>2.588,37</b>	<b>2.124,93</b>	<b>2.262,26</b>	<b>2.060,23</b>	<b>1.654,38</b>
<b>Preto</b>							
2003	774,18	562,88	631,59	677,85	804,36	876,77	784,60
2004	762,58	528,59	599,32	722,53	788,86	864,63	785,50
2005	768,24	621,74	636,56	700,98	782,98	876,02	778,22
2006	804,05	578,85	694,85	783,08	799,49	928,93	815,99
2007	852,95	674,40	740,16	829,39	840,63	991,47	852,11
2008	910,17	700,37	783,20	899,54	893,79	1.048,34	878,84
2009	956,79	723,94	819,49	923,46	945,65	1.106,28	950,84
2010	1.004,32	779,34	883,77	961,61	1.006,44	1.125,70	1.013,43
<b>2011</b>	<b>1.073,22</b>	<b>903,55</b>	<b>981,76</b>	<b>1.047,75</b>	<b>1.094,97</b>	<b>1.164,65</b>	<b>1.036,93</b>
<b>Pardo</b>							
2003	820,51	730,04	825,49	825,16	856,26	837,80	805,16
2004	825,00	710,30	852,24	808,42	849,32	855,86	795,51
2005	838,40	701,92	878,78	825,85	860,18	874,02	808,33
2006	894,39	734,24	927,68	896,73	906,76	931,93	839,14
2007	917,78	756,81	964,80	941,10	933,06	933,18	882,95
2008	966,32	747,23	1.010,60	990,09	998,26	988,43	907,74
2009	1.007,38	779,13	1.077,43	1.043,65	1.050,80	1.013,22	978,80
2010	1.079,71	870,73	1.173,96	1.120,43	1.122,41	1.074,06	959,95
<b>2011</b>	<b>1.121,44</b>	<b>914,33</b>	<b>1.221,40</b>	<b>1.148,83</b>	<b>1.156,65</b>	<b>1.119,18</b>	<b>1.044,09</b>

FONTE: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Mensal de Emprego

\* Médias das estimativas mensais

Os hiatos salariais entre grupos de trabalhadores decorrem de inúmeros fatores, como será possível compreender no capítulo 6. Observe-se abaixo que, em 2011, a divisão entre o rendimento do trabalho do negro (R\$ 1.078,22) e o do branco (R\$ 2.050,25) resulta 52,3 %, ou seja, o rendimento do trabalho do trabalhador de cor branca é, aproximadamente, o dobro do rendimento do trabalho do trabalhador de cor preta. Os dados contidos nas ilustrações (IBGE, 2012, p. 200-201) demonstram isso:

Ilustração 02 – Razão da média anual do rendimento médio real habitual do trabalho principal, preta/branca (em %)

	Total	Recife	Salvador	Belo Horizonte	Rio de Janeiro	São Paulo	Porto Alegre
2003	46,2	39,1	26,1	42,8	49,3	49,2	59,7
2004	45,9	37,2	25,9	45,7	48,8	48,8	59,5
2005	45,2	41,2	29,3	43,0	46,4	48,3	59,8
2006	45,9	39,3	30,6	46,6	46,6	49,0	60,5
2007	46,8	45,3	32,4	47,3	46,0	50,8	60,2
2008	48,4	47,2	32,0	48,3	46,5	52,6	60,7
2009	49,4	48,9	33,4	47,6	47,7	53,8	63,2
2010	50,0	46,3	35,5	48,0	46,7	54,6	63,0
<b>2011</b>	<b>52,3</b>	<b>55,9</b>	<b>37,9</b>	<b>49,3</b>	<b>48,4</b>	<b>56,5</b>	<b>62,7</b>

FONTE: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Mensal de Emprego

Ilustração 03 – Razão da média anual do rendimento médio real habitual do trabalho principal, parda/branca (em %)

	Total	Recife	Salvador	Belo Horizonte	Rio de Janeiro	São Paulo	Porto Alegre
2003	49,0	50,8	34,1	52,0	52,5	47,0	61,3
2004	49,7	50,0	36,8	51,2	52,5	48,3	60,3
2005	49,3	46,6	40,4	50,7	51,0	48,2	62,1
2006	51,1	49,8	40,9	53,4	52,9	49,2	62,2
2007	50,4	50,8	42,2	53,7	51,1	47,8	62,4
2008	51,4	50,3	41,3	53,1	51,9	49,6	62,7
2009	52,0	52,6	43,9	53,8	53,0	49,3	65,1
2010	53,7	51,7	47,2	55,9	52,1	52,1	59,6
<b>2011</b>	<b>54,7</b>	<b>56,6</b>	<b>47,2</b>	<b>54,1</b>	<b>51,1</b>	<b>54,3</b>	<b>63,1</b>

FONTE: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Mensal de Emprego

Todavia, é possível perceber que a razão do rendimento entre pretos e brancos e entre pardos e brancos vem diminuindo, em geral, na última década. Constatou-se também que o rendimento médio do trabalho principal no ano varia mais para trabalhadores de cor preta do que para os de cor parda e branca, demonstrando, assim, que os trabalhadores negros encontram-se em situação mais vulnerável. A pesquisa conclui que:

As médias anuais do rendimento dos trabalhadores de cor preta (R\$ 1.073,22) ou parda (R\$ 1.121,44) continuam sendo inferiores ao dos trabalhadores de cor branca (R\$ 2.050,25). Em 2011, comparando as médias anuais dos rendimentos dos trabalhadores de cor branca com os de cor preta verificou-se que, em média, os trabalhadores de cor preta ganham um pouco mais do que a metade (52,3%, contra 46,2% em 2003) do rendimento recebido pelos trabalhadores de cor branca. No caso dos pardos, essas razões foram de 54,7% e 49,0%, respectivamente em 2011 e 2003. Os dados mostram que esta relação se alterou desde o início da série da pesquisa, dado que a média anual do rendimento médio mensal real dos trabalhadores de cor branca, em 2011, cresceu 22,4%, em comparação a 2003, enquanto as médias anuais dos trabalhadores de cor preta ou parda, no mesmo período, subiram 38,6% e 36,7%, respectivamente. (IBGE, 2012, p. 198).

Corroborando os resultados obtidos pelo IBGE, a PED revelou que, em sete regiões metropolitanas brasileiras, o rendimento do trabalho dos trabalhadores negros é sempre inferior ao rendimento do trabalho dos trabalhadores não negros, seja na condição de ocupado<sup>217</sup>, seja na condição de assalariado<sup>218</sup>. Os dados contidos nas ilustrações seguintes (DIEESE, 2011, p. 140 e 144) evidenciam esse fato:

Ilustração 04 – Rendimento mensal médio real dos ocupados por cor Regiões Metropolitanas e Distrito Federal 2007-2010 (em R\$ de nov/10)

Regiões Metropolitanas	Negros				Não-negros			
	2007	2008	2009	2010	2007	2008	2009	2010
São Paulo	900	915	947	1.003	1.610	1.609	1.579	1.641
Porto Alegre	847	889	897	923	1.275	1.311	1.360	1.408
Belo Horizonte	900	943	992	1.099	1.439	1.610	1.668	1.660
Salvador	837	890	909	975	1.576	1.764	1.806	1.799
Recife	695	699	714	783	1.028	1.076	1.028	1.135
Distrito Federal	1.459	1.560	1.618	1.661	2.314	2.394	2.656	2.698
Fortaleza	nd	nd	746	761	nd	nd	1.054	1.038

■ Fonte: DIEESE/Seade, MTE/FAT e convênios regionais. PED - Pesquisa de Emprego e Desemprego

Elaboração: DIEESE

Obs.: a) Médias anuais

b) Inflatores utilizados: IPCA-BH/ipead; INPC-DF/IBGE; IPC-Igepe/RS; INPC-RMR/IBGE; IPC-SE/BA; ICV-DIEESE/SP

c) Não incluídos os assalariados que não tiveram remuneração no mês

d) Negros = pretos e pardos; não-negros = brancos e amarelos.

<sup>217</sup> Segundo o DIEESE, ocupados “são os indivíduos que possuem trabalho remunerado exercido regularmente; possuem trabalho remunerado exercido de forma irregular, desde que não estejam procurando trabalho diferente do atual; possuem trabalho não remunerado de ajuda em negócios de parentes, ou remunerado em espécie ou benefício, sem procura de trabalho; não são incluídas as pessoas que, de forma bastante excepcional, fizeram algum tipo de trabalho.” (DIEESE, 2011, p. 251).

<sup>218</sup> Segundo o DIEESE, no conceito de assalariados, não estão incluídos os empregados domésticos e estão incluídos os do setor público. (DIEESE, 2011, p. 140).

Ilustração 05 – Rendimento mensal médio real dos assalariados por cor Regiões Metropolitanas e Distrito Federal 2007-2010 (em R\$ de nov/10)

Regiões Metropolitanas	Negros				Não-negros			
	2007	2008	2009	2010	2007	2008	2009	2010
São Paulo	1.001	993	1.028	1.074	1.651	1.650	1.612	1.646
Porto Alegre	952	946	943	976	1.282	1.311	1.346	1.377
Belo Horizonte	962	989	1.026	1.126	1.449	1.608	1.651	1.633
Salvador	944	1.010	1.020	1.071	1.607	1.785	1.835	1.833
Recife	798	799	833	874	1.143	1.160	1.125	1.191
Distrito Federal	1.741	1.834	1.893	1.865	2.576	2.646	2.915	2.903
Fortaleza	nd	nd	849	859	nd	nd	1.151	1.135

Fonte: DIEESE/Seade, MTE/FAT e convênios regionais. PED - Pesquisa de Emprego e Desemprego  
 Elaboração: DIEESE  
 Obs.: a) Médias anuais  
 b) Inflatores utilizados: IPCA-BH/ipead; INPC-DF/IBGE; IPC-IOPE/RS; INPC-RMR/IBGE; IPC-SE/BA; ICV-DIEESE/SP  
 c) Exclui os assalariados que não tiveram remuneração no mês  
 d) Negros = pretos e pardos; não-negros = brancos e amarelos.

A pesquisa realizada pelo DIEESE e pela SEADE também revela que a taxa percentual de desemprego é maior para os trabalhadores negros, conforme é possível perceber pela ilustração abaixo (DIEESE, 2011, p. 158):

Ilustração 06 – Taxas de desemprego por cor Regiões Metropolitanas e Distrito Federal 2007-2010 (em %)

Regiões Metropolitanas	Negros <sup>(1)</sup>				Não-negros <sup>(2)</sup>			
	2007	2008	2009	2010	2007	2008	2009	2010
São Paulo	17,6	16,0	15,9	14,0	13,3	11,9	12,6	10,9
Porto Alegre	17,4	15,8	14,3	12,2	12,1	10,3	10,6	8,2
Belo Horizonte	14,1	11,0	11,4	9,5	9,7	8,2	9,0	7,0
Salvador	22,7	21,2	20,3	17,3	15,6	15,0	13,9	11,6
Recife	20,5	20,9	20,4	17,5	17,1	16,3	15,7	13,2
Distrito Federal	19,0	17,8	16,9	14,4	15,3	14,7	13,7	11,9
Fortaleza	nd	nd	12,0	9,7	nd	nd	10,1	8,8

Fonte: DIEESE/Seade, MTE/FAT e convênios regionais. PED - Pesquisa de Emprego e Desemprego  
 Elaboração: DIEESE  
 Nota: (1) Negros = pretos e pardos  
 (2) Não-negros = brancos e amarelos  
 Obs.: Médias anuais

As pesquisas estatísticas apresentadas demonstram a possibilidade de discriminação de trabalhadores pretos e pardos no mercado de trabalho brasileiro.

### 5.3 Discriminação por gênero

A maior parte das pesquisas que buscam comparar grupos de trabalhadores utiliza o critério gênero, o qual é, na grande maioria das pesquisas estatísticas, denominado sexo. Portanto, o gênero é o fundamento discriminatório mais comprovado no mercado de trabalho brasileiro. A discriminação fundada no gênero

pode causar hiato salarial entre homens e mulheres, ainda que esse hiato seja menor do que o existente entre não negros e negros. A pesquisa <<Indicadores IBGE>> mostra que o rendimento do trabalho da mulher é sempre inferior ao rendimento do trabalho do homem, como é possível constatar através dos dados contidos na ilustração abaixo (IBGE, 2012, p. 194):

Ilustração 07 – Rendimento médio real habitualmente recebido no trabalho principal, segundo o sexo (em reais)\* - a preços de dez/11

	Total	Recife	Salvador	Belo Horizonte	Rio de Janeiro	São Paulo	Porto Alegre
<b>Homem</b>							
2003	1.519,08	1.062,47	1.183,88	1.369,87	1.457,86	1.734,05	1.429,93
2004	1.500,47	1.042,22	1.170,06	1.368,37	1.448,29	1.703,47	1.434,67
2005	1.524,26	1.064,54	1.193,55	1.396,20	1.475,86	1.734,01	1.398,39
2006	1.590,78	1.131,01	1.259,03	1.447,73	1.515,86	1.831,26	1.450,16
2007	1.643,43	1.143,84	1.311,29	1.521,23	1.598,63	1.863,71	1.522,57
2008	1.696,82	1.108,81	1.383,49	1.587,52	1.689,97	1.908,76	1.553,52
2009	1.741,41	1.097,66	1.420,69	1.641,36	1.733,83	1.954,68	1.638,81
2010	1.808,39	1.240,82	1.476,76	1.738,00	1.857,98	1.963,88	1.742,99
<b>2011</b>	<b>1.857,64</b>	<b>1.281,72</b>	<b>1.552,07</b>	<b>1.832,19</b>	<b>1.948,68</b>	<b>1.972,19</b>	<b>1.784,74</b>
<b>Mulher</b>							
2003	1.076,04	776,73	869,24	906,47	1.046,09	1.231,05	1.014,78
2004	1.065,90	750,40	838,04	902,85	1.027,99	1.223,41	1.032,73
2005	1.084,58	791,42	855,39	930,93	1.056,38	1.229,61	1.051,47
2006	1.122,62	810,31	908,97	974,89	1.091,28	1.279,69	1.083,79
2007	1.158,87	856,27	911,43	992,07	1.162,35	1.307,68	1.118,62
2008	1.204,95	868,55	986,97	1.046,34	1.214,62	1.346,24	1.156,18
2009	1.259,19	862,27	1.034,28	1.102,76	1.274,49	1.411,64	1.192,78
2010	1.308,06	954,69	1.095,33	1.162,72	1.360,91	1.421,59	1.275,73
<b>2011</b>	<b>1.343,81</b>	<b>963,25</b>	<b>1.149,89</b>	<b>1.199,75</b>	<b>1.428,04</b>	<b>1.437,89</b>	<b>1.315,61</b>

FONTE: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Mensal de Emprego

\* Médias das estimativas mensais

A ilustração abaixo (IBGE, 2012, p. 195) destaca que o rendimento do trabalho da mulher é, aproximadamente, um terço inferior ao rendimento do trabalho do homem em todas as regiões metropolitanas pesquisadas.

Ilustração 08 – Razão da média anual do rendimento médio real habitual do trabalho principal, mulher/homem (em %)

	Total	Recife	Salvador	Belo Horizonte	Rio de Janeiro	São Paulo	Porto Alegre
2003	70,8	73,1	73,4	66,2	71,8	71,0	71,0
2004	71,0	72,0	71,6	66,0	71,0	71,8	72,0
2005	71,2	74,3	71,7	66,7	71,6	70,9	75,2
2006	70,6	71,6	72,2	67,3	72,0	69,9	74,7
2007	70,5	74,9	69,5	65,2	72,7	70,2	73,5
2008	71,0	78,3	71,3	65,9	71,9	70,5	74,4
2009	72,3	78,6	72,8	67,2	73,5	72,2	72,8
2010	72,3	76,9	74,2	66,9	73,2	72,4	73,2
<b>2011</b>	<b>72,3</b>	<b>75,2</b>	<b>74,1</b>	<b>65,5</b>	<b>73,3</b>	<b>72,9</b>	<b>73,7</b>

FONTE: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Mensal de Emprego

Pode-se evidenciar, porém, que a razão do rendimento entre o trabalho da mulher e do homem vem diminuindo na última década. Acerca das diferenças remuneratórias entre homens e mulheres, a pesquisa <<Indicadores IBGE>> (2012, p. 193) conclui que:

O rendimento de trabalho das mulheres, estimado em R\$ 1.343,81, continua sendo inferior ao dos homens (R\$ 1.857,64). Em 2011, comparando a média anual dos rendimentos dos homens e das mulheres, verificou-se que, em média, as mulheres ganham em torno de 72,3% do rendimento recebido pelos homens.

Os dados do DIEESE e da SEADE apontam a mesma realidade, na qual as mulheres estão mais expostas ao desemprego, inserem-se em ocupações de pior qualidade e percebem menor remuneração (DIEESE, A inserção, 2012). Revela-se também que as trabalhadoras são super-representadas nas ocupações de menor remuneração, assim como são sub-representadas nas ocupações de maior remuneração. Através desses dados, é possível perceber que o gênero feminino sofre discriminação tanto na condição de ocupado, quanto na condição de assalariado. Comparem-se os dados das ilustrações seguintes (DIEESE, 2011, p. 139 e 143):

Ilustração 09 – Rendimento mensal médio real dos ocupados por sexo Regiões Metropolitanas e Distrito Federal 2007-2010 (em R\$ de nov/10)

Regiões Metropolitanas	Homens				Mulheres			
	2007	2008	2009	2010	2007	2008	2009	2010
São Paulo	1.589	1.605	1.583	1.683	1.073	1.063	1.095	1.122
Porto Alegre	1.373	1.400	1.460	1.521	1.022	1.064	1.084	1.125
Belo Horizonte	1.346	1.451	1.533	1.597	920	983	1.048	1.096
Salvador	1.076	1.185	1.185	1.225	781	848	866	925
Recife	878	917	910	1.019	645	655	650	731
Distrito Federal	2.081	2.210	2.271	2.293	1.451	1.571	1.652	1.667
Fortaleza	nd	nd	977	975	nd	nd	687	698

Fonte: DIEESE/Seade, MTE/FAT e convênios regionais; PED - Pesquisa de Emprego e Desemprego

Elaboração: DIEESE

Obs.: a) Médias anuais

b) Inflatores utilizados: IPCA-BH/pead; INPC-DF/IBGE; IPC-lepe/PS; INPC-RMR/IBGE; IPC-SE/BA; ICI-DIEESE/SP

c) Não incluídos os assalariados que não tiveram remuneração no mês

Ilustração 10 – Rendimento mensal médio real dos assalariados por sexo Regiões Metropolitanas e Distrito Federal 2007-2010 (em R\$ de nov/10)

Regiões Metropolitanas	Homens				Mulheres			
	2007	2008	2009	2010	2007	2008	2009	2010
São Paulo	1.539	1.549	1.525	1.592	1.264	1.238	1.259	1.263
Porto Alegre	1.325	1.334	1.373	1.440	1.121	1.150	1.162	1.166
Belo Horizonte	1.277	1.375	1.423	1.498	1.072	1.115	1.182	1.194
Salvador	1.077	1.206	1.199	1.233	993	1.057	1.070	1.100
Recife	915	934	950	1.014	841	847	851	910
Distrito Federal	2.185	2.285	2.375	2.332	1.915	2.052	2.111	2.053
Fortaleza	nd	nd	991	995	nd	nd	887	884

Fonte: DIEESE/Seade, MTE/FAT e convênios regionais. PED - Pesquisa de Emprego e Desemprego

Elaboração: DIEESE

Obs.: a) Médias anuais

b) Inflatores utilizados: IPCA-BH/pead; INPC-DF/IBGE; IPC-ipeRS; INPC-RMR/IBGE; IPC-SE/BA; ICV-DIEESE/SP

c) Exclui os assalariados que não tiveram remuneração no mês

Quanto ao desemprego, o mesmo fenômeno que ocorre com o grupo de trabalhadores negros ocorre com o grupo de trabalhadoras mulheres. Na ilustração abaixo (DIEESE, 2011, p. 155), pode-se perceber que a taxa percentual de desemprego é maior para as trabalhadoras mulheres em todas as regiões metropolitanas pesquisadas.

Ilustração 11 – Taxas de desemprego por sexo Regiões Metropolitanas e Distrito Federal 2007-2010 (em %)

Regiões Metropolitanas	Homens				Mulheres			
	2007	2008	2009	2010	2007	2008	2009	2010
São Paulo	12,3	10,7	11,6	9,5	17,8	16,5	16,2	14,7
Porto Alegre	10,2	8,8	9,1	7,1	16,0	13,9	13,5	10,6
Belo Horizonte	8,9	7,2	8,2	6,4	15,9	12,7	12,8	10,7
Salvador	18,4	16,5	15,9	12,9	25,3	24,1	23,2	20,5
Recife	16,9	16,9	16,3	13,7	23,1	22,9	22,7	19,2
Distrito Federal	14,7	13,4	13,0	10,7	20,7	19,8	18,8	16,7
Fortaleza	nd	nd	10,0	8,1	nd	nd	12,9	11,0

Fonte: DIEESE/Seade, MTE/FAT e convênios regionais. PED - Pesquisa de Emprego e Desemprego

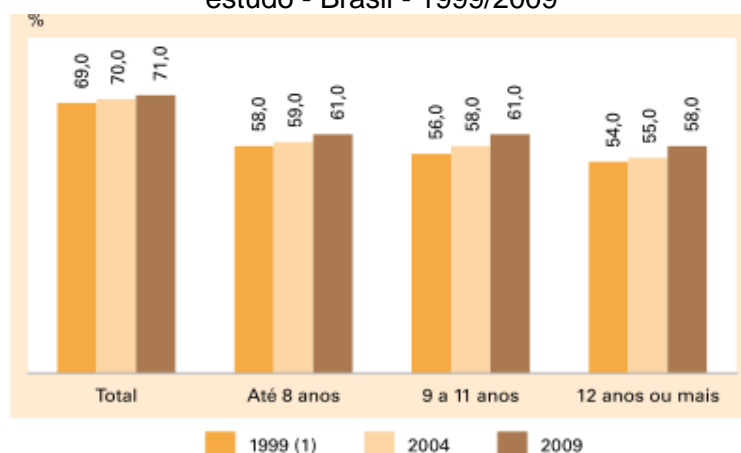
Elaboração: DIEESE

Obs.: Médias anuais

Uma importante conclusão pode ser inferida da ilustração abaixo (IBGE, 2010, p. 255): a taxa de retorno da educação é menor para mulheres. Dito de outra forma, o ano de estudo do homem é mais remunerado que o ano de estudo da mulher. Observe que “em 2009, as mulheres com 12 anos ou mais de estudo recebiam, em média, 58% do rendimento dos homens com esse mesmo nível de escolaridade” e que esse percentual manteve-se praticamente inalterado na última década (IBGE, 2010, p. 255):



Ilustração 12 – Percentual de rendimento médio das mulheres de 16 anos ou mais de idade ocupadas, em relação ao rendimento médio dos homens, segundo os grupos de anos de estudo - Brasil - 1999/2009



Fonte: IBGE, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 1999/2009.

(1) Exclusiva a população rural de Rondônia, Acre, Amazonas, Roraima, Pará e Amapá.

Não obstante, deve-se atentar para o fato de que não apenas a razão entre o rendimento do trabalho de mulheres e homens vem reduzindo, mas também a discrepância entre diversos indicadores sociais dos gêneros masculino e feminino. De fato, a inserção da mulher no mercado de trabalho aumenta de forma mais acelerada do que a inserção do negro. Nesse sentido, a síntese a PED de 2011 na região metropolitana de São Paulo indica que a “taxa de participação feminina volta a se retrair, mas é acompanhada por aumento da ocupação e redução do desemprego” (DIEESE, A mulher, 2012, p. 3) e que o “rendimento das mulheres aumenta mais do que o dos homens” (DIEESE, A mulher, 2012, p. 3).

Dentre as pesquisas encontradas, a mais relevante é a que apresenta a proporção de ocupados em situações de trabalho vulnerável, por cor e sexo. Entende-se por situação de trabalho vulnerável a situação de trabalhadores assalariados sem carteira assinada, trabalhadores autônomos que trabalham para o público, trabalhadores familiares não-remunerados ou empregados domésticos (DIEESE, 2005, p. 4). Por meio da análise conjunta dos critérios cor e sexo, é possível constatar a existência de dupla discriminação. A dupla ou múltipla discriminação ocorre quando ao trabalhador são atribuídos dois ou mais fundamentos discriminatórios, relegando-o a uma condição social pior do que a de um trabalhador ao qual é atribuído apenas um ou menos fundamentos discriminatórios. Desde o ano de 2004, o DIEESE vem evidenciando que as

mulheres negras sofrem dupla discriminação no mercado de trabalho brasileiro e, conseqüentemente, vêm assumindo a condição de “mais pobres, em situações de trabalho mais precárias, com menores rendimentos e as mais altas taxas de desemprego” (DIEESE, 2005, p. 2). Os dados da ilustração abaixo (DIEESE, 2011, p. 164) mostram que, no ano de 2010, em todas as regiões metropolitanas pesquisadas, o maior grupo de trabalhadores em situação de trabalho vulnerável foi o das mulheres negras.

Ilustração 13 – Proporção de ocupados em situações de trabalho vulnerável (1), por cor e sexo - Regiões Metropolitanas e Distrito Federal 2010 (em %)

Regiões Metropolitanas	Negros			Não-negros			Total geral
	Mulheres	Homens	Total	Mulheres	Homens	Total	
São Paulo	41,4	25,9	32,9	30,9	23,2	26,7	28,8
Porto Alegre	37,0	23,7	29,9	27,5	22,2	24,6	25,3
Belo Horizonte	36,4	24,6	29,8	27,2	21,1	23,9	27,1
Salvador	42,6	29,9	35,7	26,1	22,3	24,1	34,1
Recife	47,6	30,4	38,0	35,4	28,0	31,3	35,9
Distrito Federal	36,7	23,9	29,8	25,1	19,1	22,2	27,4
Fortaleza	53,3	39,0	45,4	42,6	32,3	37,2	42,8

Fonte: DIEESE/Seade, MTE/FAT e convênios regionais, PED - Pesquisa de Emprego e Desemprego

Elaboração: DIEESE

Nota: (1) Inclui os assalariados sem carteira de trabalho assinada, os autônomos que trabalham para o público, os trabalhadores familiares não remunerados e os empregados domésticos

Obs.: a) Negros = pretos e pardos

b) Não-negros = brancos e amarelos

As pesquisas estatísticas apresentadas demonstram a possibilidade de discriminação de trabalhadores do gênero feminino no mercado de trabalho brasileiro.

#### 5.4 Cláusulas sobre discriminação e ações afirmativas em negociações coletivas de trabalho

Em âmbito nacional, a pesquisa mais importante sobre discriminação e ações afirmativas em negociações coletivas de trabalho, a qual sistematizou as garantias relacionadas à igualdade de gênero e raça nas negociações coletivas de trabalho no Brasil, foi realizada pelo DIEESE e pela OIT.<sup>219</sup> Foram pesquisadas negociações coletivas de trabalho, no período de 2007 a 2009, em 220 unidades de

<sup>219</sup> Segundo o relatório da pesquisa, esse foi o quarto acerca da promoção de igualdade de gênero no âmbito das negociações coletivas, tendo sido os três primeiros realizados apenas pela OIT.

negociação<sup>220</sup>, abrangendo 50 categorias profissionais, 4 setores econômicos e 18 unidades da Federação. O estudo afirma que as negociações coletivas “são importantes na definição das regras e condicionantes das relações de trabalho” (DIEESE; OIT, 2011, p. 137), pois “é a partir desse processo que os trabalhadores e trabalhadoras conseguem ampliar os direitos já previstos em lei e conquistar novas garantias” (DIEESE; OIT, 2011, p. 137).

Quanto ao critério raça, a pesquisa dividiu as variáveis em cláusulas relativas a garantias contra a discriminação, isonomia salarial, ações afirmativas e saúde. Os três primeiros grupos são de alta relevância ao estudo das ações afirmativas. Constatou-se que as garantias contra a discriminação racial foram as mais negociadas, representando quase 70% do total. Porém, elas restringiram-se a reproduzir a legislação (DIEESE; OIT, 2011). O estudo observou que as cláusulas relativas ao trabalho do negro e à igualdade racial são pouco frequentes nas negociações coletivas de trabalho e estão restritas a um reduzido número de unidades de negociação (DIEESE; OIT, 2011). Observe-se a evolução do número de cláusulas desde 2001 até 2009 através da ilustração abaixo (DIEESE; OIT, 2011, p. 121):

Ilustração 14 – Número de cláusulas relativas ao trabalho do negro e à igualdade racial, registradas no SACC-DIEESE, por tipo e ano (número)

GARANTIAS RELATIVAS À IGUALDADE RACIAL	CLÁUSULAS								
	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
GARANTIAS CONTRA A DISCRIMINAÇÃO	2	4	12	13	15	16	21	21	21
ISONOMIA SALARIAL	0	1	6	6	6	6	6	5	5
AÇÕES AFIRMATIVAS	0	0	1	1	2	3	3	2	2
SAÚDE	0	0	0	0	0	1	1	1	1
<b>Total de cláusulas:</b>	<b>2</b>	<b>5</b>	<b>19</b>	<b>20</b>	<b>23</b>	<b>26</b>	<b>31</b>	<b>29</b>	<b>29</b>

Fonte: DIEESE. SACC-DIEESE - Sistema de Acompanhamentos de Contratações Coletivas

Foram reproduzidas, na ilustração abaixo (DIEESE; OIT, 2011, p. 125), as principais garantias contra discriminação racial encontradas na referida pesquisa.

<sup>220</sup> Segundo o estudo, “por unidade de negociação, entende-se cada núcleo de negociação coletiva entre representantes de trabalhadores e de empregadores, que pretende resultar na regulamentação das condições de remuneração e de trabalho” (DIEESE; OIT, 2011, p. 16).

Ilustração 15 – Garantias contra a discriminação racial

Legislação	Conteúdo das Cláusulas
Punição dos crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor ou etnia. Penas de reclusão que variam de um a cinco anos. (Lei 7716/89)	<p>Igualdade de oportunidades no acesso à relação de emprego e sua manutenção independente de raça ou cor</p> <p>Fica assegurada a igualdade de condições de trabalho e progressão funcional independente de raça, cor ou etnia.</p> <p>Campanhas de conscientização e orientação a gerentes e empregadores no sentido de prevenir práticas discriminatórias, realizada:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- por comissão bipartite</li> <li>- em conjunto com o sindicato</li> </ul> <p>Apuração dos casos de discriminação racial denunciados à empresa ocorridos no seu âmbito e também os praticados contra os seus empregados no cumprimento das suas atividades.</p> <p>Preservação da autonomia de conselho que aprecia casos de discriminação no ambiente de trabalho</p> <p>Incentivo à contratação de trabalhadores entre 18 e 24 anos de idade ou com idade superior a 40 anos, independente de sexo, origem étnica</p>

A pesquisa revela-se pioneira, pois investigou as cláusulas sobre ações afirmativas contra discriminação racial. Foram encontradas apenas duas cláusulas, negociadas pelas categorias profissionais dos eletricitários e dos urbanitários. A primeira cláusula sobre ação afirmativa racial, que previa o estabelecimento de ações afirmativas em concursos públicos, foi negociada pelos eletricitários e foi renovada em todos os anos pesquisados. Pela ilustração abaixo (DIEESE; OIT, 2011, p. 129), é possível conhecer o conteúdo das duas cláusulas sobre ações afirmativas contra a discriminação racial:

Ilustração 16 – Ações afirmativas contra a discriminação racial

Legislação	Conteúdo das Cláusulas
Não existe legislação sobre o tema	<p>Estabelecimento de ações afirmativas em concursos públicos que contemplem a questão racial e a situação econômica desfavorecida</p> <p>Em caso de empate em processo seletivo interno para cargos de confiança em que estiverem concorrendo mulheres e negros, esses trabalhadores terão acrescidos dois pontos ao total obtido na avaliação</p> <p>Realização de censo para determinar a composição racial, étnica e de cor dos seus empregados</p>

Observe-se que o conteúdo das cláusulas sobre ações afirmativas dessa pesquisa corresponde ao conceito de ação afirmativa sustentado no tópico 3.1. Quanto ao critério gênero, constatou-se que as garantias contra a discriminação representam apenas 3% do total, sendo que estas constituem “o segundo menor grupo do estudo, tanto no que se refere ao número de cláusulas, quanto ao número de unidades de negociação” (DIEESE; OIT, 2011, p. 135). É possível perceber, na ilustração abaixo (DIEESE; OIT, 2011, p. 31), os grupos em que foram classificadas as cláusulas relativas ao gênero, bem como as ocorrências em cada grupo:

Ilustração 17 – Número e percentual de cláusulas com garantias relativas à igualdade de gênero, registradas no SACC-DIEESE, por tema e período analisado

CLÁUSULAS RELATIVAS À IGUALDADE DE GÊNERO	CLÁUSULAS							
	1993-1995 <sup>(1)</sup>		1996-2000		2001-2006		2007-2009	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%
GESTAÇÃO	101	25	105	21	93	18	95	17
MATERNIDADE/ PATERNIDADE	221	54	245	48	254	49	272	49
RESPONSABILIDADES FAMILIARES	19	5	73	14	74	14	73	13
CONDIÇÕES DE TRABALHO	36	9	41	8	45	9	52	9
EXERCÍCIO DO TRABALHO	8	2	8	2	6	1	6	1
SAÚDE DA MULHER	18	4	19	4	27	5	37	7
IGUALDADE DE GÊNERO	4	1	16	3	16	3	18	3
<b>Total de cláusulas sobre mulher</b>	<b>407</b>	<b>100</b>	<b>507</b>	<b>100</b>	<b>515</b>	<b>100</b>	<b>553</b>	<b>100</b>

Fonte: DIEESE. SACC-DIEESE - Sistema de Acompanhamentos de Contratações Coletivas

Notas: (1) O valor considerado foi o do ano que concentrou o maior número de unidades de negociação do período

Segundo a pesquisa, “pouco mais da metade das cláusulas trata da isonomia salarial conforme a lei” (DIEESE; OIT, 2011, p. 135). Coube destaque a ocorrência de uma ação afirmativa contra discriminação de gênero. Relatou-se que:

A única cláusula que apresenta garantia de ação afirmativa é firmada em contrato da companhia de saneamento de Minas Gerais, também pertencente ao painel ampliado. A empresa garante que em caso de empate em processo seletivo interno para cargos de confiança em que estiverem concorrendo mulheres ou negros, esses trabalhadores terão acrescidos dois pontos ao total obtido na avaliação. (DIEESE; OIT, 2011, p. 117).

O estudo revela também que, deste pequeno percentual, poucas são “as cláusulas que adotam medidas concretas de promoção da igualdade de gênero no

mundo do trabalho” (DIEESE; OIT, 2011, p. 114). Foram reproduzidas, na ilustração abaixo (DIEESE; OIT, 2011, p. 117), as principais garantias contra discriminação encontradas na referida pesquisa.

Ilustração 18 – Garantias contra a discriminação de gênero

Legislação	Conteúdo das Cláusulas
Proibição de diferença de salário, de exercício de função e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (CF, art. 7º, XXX)	Não poderá haver desigualdade salarial entre homens e mulheres que prestem serviços ao mesmo empregador exercendo idêntica função, com mesma produtividade e mesmo tempo de serviço.
A todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo (CLT, art. 5º)	As empregadas fica assegurada a igualdade de condições de trabalho, salário e progressão funcional.
Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo.	Igualdade de oportunidades no acesso à relação de emprego e sua manutenção
Trabalho de igual valor será o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço não for superior a dois anos (CLT, art. 461).	A diferença de sexos não poderá constituir motivo para diferença salarial e promoções
	Garantia de igualdade de oportunidades para concorrência a cargos hierárquicos, administrativos ou de chefia

O estudo concluiu também que, no Brasil, existe uma grande distinção entre as negociações coletivas relativas à igualdade de raça e as de gênero, uma vez que as negociações relativas à igualdade de raça são recentes e restritas a um reduzido número de unidades de negociação. Acerca da possibilidade de negociação coletiva de ações afirmativas, Mastrantonio (2011) descreve a função mediadora que, atualmente, o MTE exerce.

### 5.5 Conclusões parciais: condições estatísticas para realização do direito à ação afirmativa em matéria de emprego e ocupação

As pesquisas estatísticas atualmente existentes confirmam a possibilidade de existir discriminação de negros, pardos e mulheres no mercado de trabalho brasileiro. Não obstante uma redução das desigualdades possa ser evidenciada na última década, ainda existem diferenças significativas nas condições de trabalho vivenciadas por esses trabalhadores. É curioso observar que os mesmos fundamentos discriminatórios de etnia e gênero são pesquisados em outros países,

fato que indica que as experiências de discriminação podem ser vivenciadas por esses grupos de trabalhadores a nível mundial. Observa-se, contudo, a necessidade de levantamento de dados estatísticos para a evidênciação e caracterização de outros possíveis grupos discriminados. Certamente, é mais difícil identificar fundamentos discriminatórios mais recentes pelos quais novos grupos de trabalhadores sofrem discriminação. Segundo a OIT (2011b), a descoberta e a caracterização desses novos fundamentos são um desafio para ser vencido pelo desenvolvimento das pesquisas sobre discriminação em matéria de emprego e ocupação. Além dos dados que foram apresentados nos tópicos 5.2, 5.3 e 5.4, faz-se necessário o levantamento de outros dados para que se possam obter mais informações confiáveis sobre a discriminação no mercado de trabalho brasileiro e delas poder inferir conclusões precisas, tais como dados sobre os fatores específicos de discriminação em um determinado mercado de trabalho para cada grupo, dados sobre discriminação múltipla, dados mais detalhados sobre a qualificação da mão de obra, dados sobre a taxa de retorno da educação de outros grupos, sobre a oferta de trabalho de novos grupos, sobre as formas pelas quais a discriminação ocorre, sobre o cumprimento de ações afirmativas em um determinado mercado de trabalho, sobre os casos de discriminação direta<sup>221</sup>, entre outros dados.

Conforme foi visto no tópico 4.1, a análise estatística é capaz de garantir objetividade na aferição empírica da ocorrência (1) da discriminação, (2) do fundamento da ação afirmativa e (3) do cumprimento das finalidades geral e específica da ação afirmativa. Rios (2008) destaca a importância da estatística para a caracterização de discriminação indireta e para a prova dos danos por ela causados. Para que haja objetividade nessas aferições empíricas, exige-se um método. Ressalte-se, contudo, que qualquer método necessariamente sofre limitações, tais como fatores sociais, culturais e econômicos, dentre outros. Mesmo alguns métodos decorrentes de ciências exatas podem produzir resultados não exatos. Porém, as incertezas de uma variável ou de um parâmetro não podem ser uma justificativa para a não aplicação dos direitos à igualdade, à proibição de

---

<sup>221</sup> O levantamento de dados acerca da discriminação direta pode ser realizado por meio de denúncias ou de ações judiciais relativas à discriminação. Para isso, é necessária a formalização, isto é, o registro das ocorrências de discriminação direta e, conseqüentemente, a informação tanto do trabalhador quanto do empregador sobre o conceito e a caracterização da discriminação, sobre as formas de realizar o registro e, principalmente, sobre as garantias legais e institucionais contra represálias de registros, conforme adverte a Procuradora do Trabalho Márcia Medeiros de Farias (FARIAS, 2011).

discriminação ou à ação afirmativa.<sup>222</sup> A solução para as limitações metodológicas é, portanto, a solução para uma das causas da não efetividade dos direitos fundamentais. Uma forma de superar essas limitações é a justificação e publicização dos métodos utilizados. Ademais, segundo o postulado da igualdade (ÁVILA, 2009), os métodos devem ser aplicados da mesma forma a todos os casos iguais. Vale observar que os fundamentos discriminatórios que parecem ser mais seguros, como o gênero, não estão isentos de limitações. Nesse sentido, afirma Fraser (HONNETH; FRASER, 2006) que o fundamento da discriminação por gênero é a feminilidade, o que poderia incluir também a discriminação contra pessoas do gênero masculino homossexuais. Há necessidade constante de estudos metodológicos específicos para aferir a discriminação, pois, da mesma forma que os fundamentos discriminatórios, os métodos de aferição da discriminação também não podem ser estabelecidos previamente.

Conclui-se que a ampliação qualitativa e quantitativa das pesquisas estatísticas, assim como o desenvolvimento e a sistematização de seus respectivos métodos são fundamentais para fundamentar o fenômeno jurídico das ações afirmativas, para garantir maior efetividade ao direito à proibição de discriminação e, assim, erradicar a discriminação na sociedade brasileira.

Infere-se, por fim, que a existência de análise estatística é uma hipótese de condição necessária para realização do direito à ação afirmativa nos casos de discriminação indireta. Ademais, a análise estatística é também uma hipótese, ainda que de pequena abrangência e complexidade, de condição necessária para a criação e aplicação de indicadores do cumprimento das finalidades geral e específica de uma ação afirmativa. A maior justificativa para o desenvolvimento de pesquisas estatísticas é, contudo, a realização do direito à proibição de discriminação. Conforme foi visto no tópico 3.2, seria ilógico buscar a efetividade do direito à ação afirmativa e não a efetividade do direito à proibição de discriminação, uma vez que aquele apenas se justifica diante da impossibilidade de efetividade plena deste.

---

<sup>222</sup> A incerteza sobre os diagnósticos sociais é justamente um dos fundamentos da margem de ação do destinatário dos direitos fundamentais. A negação dessa margem de ação implicaria que ao destinatário não competisse tomar decisões importantes para a comunidade (ALEXY, 2008). Uma forma de conferir legitimidade ao método que afere o fundamento é a aprovação ou a eleição democrática das possibilidades apresentadas por peritos, com base em fundamentos científicos. Outra forma é a sugestão de possibilidade, com base em fundamentos científicos, por um ente estatal e a aprovação por outro. Essas duas formas são simples exemplos.



## 6 CONDIÇÕES ECONÔMICAS PARA REALIZAÇÃO DO DIREITO À AÇÃO AFIRMATIVA EM MATÉRIA EM EMPREGO E OCUPAÇÃO

Por meio da análise econômica, é possível aferir a existência, as características e as conseqüências da discriminação no mercado de trabalho. A análise econômica também possibilita identificar os impactos econômicos, que a realização de uma ação afirmativa pode implicar. Inicialmente, serão apresentados conceitos pelos quais é possível analisar a discriminação no mercado de trabalho, tais como diferencial compensatório de salário, discriminação, classificações da discriminação, gosto pela discriminação, coeficiente de discriminação, coeficiente de nepotismo, discriminação do cliente, discriminação do empregado, discriminação estatística e decomposição de Oaxaca, modelo teórico que visa a aferir a discriminação no mercado de trabalho. Através desses conceitos será possível perceber que empregadores que discriminam, seja preterindo, seja preferindo trabalhadores, reduzem, necessariamente, o nível de maximização dos lucros. Também serão apresentadas algumas conseqüências que a realização das ações afirmativas pode provocar no mercado de trabalho. Por fim, serão sustentadas algumas hipóteses de condições econômicas necessárias para a realização do direito à ação afirmativa em matéria de emprego e ocupação.

### 6.1 Análise econômica da discriminação no mercado de trabalho

A primeira teoria que convém ser analisada é a teoria dos diferenciais compensatórios dos salários, segundo a qual as pessoas consideram o todo das vantagens e desvantagens em uma troca econômica. Conforme as teorias econômicas clássicas, somente haverá um salário único quando trabalhadores e empregadores puderem entrar e sair livremente no mercado de trabalho de concorrência perfeita e “se todos os trabalhos e trabalhadores forem parecidos” (BORJAS, 2012). Borjas adverte que, na prática, “os trabalhadores diferem em suas preferências pelas características do emprego e as empresas se distinguem nas condições de trabalho que oferecem” (BORJAS, 2012, p. 224). Portanto, os salários variam entre os trabalhadores porque variam os trabalhos e os próprios trabalhadores.

Diante desse fato, Adam Smith introduziu o conceito de <<diferenciais compensatórios de salários>>, os quais compensariam os trabalhadores pelas características não salariais dos empregos, que são peculiares a cada emprego (BORJAS, 2012). Acerca das consequências das diferenças existentes entre os trabalhos, Borjas (2012, p. 224) explica que:

De acordo com Smith, não é o salário que é igualado entre os empregos em um mercado competitivo, mas o “todo de vantagens e desvantagens” do trabalho. As empresas que têm condições de trabalho desagradáveis devem oferecer certas vantagens compensadoras (como um salário mais alto) para poder atrair trabalhadores; as empresas que oferecem condições de trabalho agradáveis conseguem se livrar das consequências com o pagamento de taxas salariais mais baixas (na realidade, fazendo os trabalhadores pagarem pelo ambiente de trabalho agradável).

Os hiatos salariais entre dois grupos de trabalhadores podem decorrer também da diferença existente entre os trabalhadores tais como qualificações, habilidades, ocupações, oferta de trabalho (regime de tempo de trabalho), experiência, entre outras. Sugerindo a relação diretamente proporcional entre o nível educacional dos trabalhadores e os hiatos salariais, Borjas afirma que “a educação está fortemente relacionada com as taxas de participação na força de trabalho, nas taxas de desemprego e nos ganhos” (2012, p. 258) e que “a educação tem um papel importante em melhorar os resultados do mercado de trabalho, para homens, para as mulheres e para os trabalhadores de todos os grupos raciais e étnicos (2012, p. 258).

No entanto, Borjas afirma que as diferenças apontadas não são as únicas que geram hiatos salariais e diferentes oportunidades de emprego. Segundo Borjas (2012, p. 395), as diferenças “podem surgir mesmo entre os trabalhadores igualmente qualificados, que estejam no mesmo emprego, simplesmente por causa da raça, gênero, origem nacional, orientação sexual ou outras características aparentemente irrelevantes”. A análise econômica da discriminação no mercado de trabalho foi iniciada por Gary S. Becker, para quem a essência do comportamento discriminatório pode ser vista da seguinte maneira:

Se um indivíduo tem o ‘gosto pela discriminação’, ele deve agir como se ele estivesse disposto a pagar por algo, diretamente ou na forma de redução de uma renda, para ser associado a algumas pessoas ao invés de outras. Quando a discriminação realmente ocorre, ele deve, de fato, ou pagar ou perder uma renda por este privilégio. Esta maneira simples de olhar para a

questão revela a essência do prejuízo e da discriminação. (BECKER, 1971, p. 14).

Para Borjas (2012, p. 395), “a discriminação ocorre quando os participantes no mercado consideram fatores como raça e sexo quando fazem as trocas econômicas”. Dito de outra forma, a discriminação no mercado de trabalho, sob o ponto de vista econômico, ocorre quando raça, sexo, idade, origem nacional ou outra característica pessoal do trabalhador, isto é, não relacionada ao trabalho, à produção, é um critério na decisão de contratação ou de remuneração do trabalho pelos empregadores (BORJAS, 2012). Como consequência da discriminação, a lógica do mercado criará diferenciais compensatórios de discriminação, os quais compensarão os indivíduos preconceituosos pela sua perda ou ganho de utilidade (BORJAS, 2012). Dada a importância desse conceito, observe-se a definição de Ehrenberg e Smith (2000, p. 459), segundo a qual “existe atualmente discriminação no mercado de trabalho se trabalhadores com idênticas características produtivas são tratados diferentemente devido aos grupos demográficos a que pertencem”.

Na doutrina econômica, muitas são as classificações da discriminação no mercado de trabalho. Ehrenberg e Smith (2000) classificam-na em dois tipos: a <<discriminação salarial>>, pela qual grupos discriminados receberiam uma remuneração menor por uma produção de qualidade idêntica a dos grupos favorecidos; e a <<segregação profissional>>, pela qual grupos discriminados ocupariam profissões que são menos valorizadas, exigem menor responsabilidade e são menos remuneradas. Loureiro (2003) classifica a discriminação em quatro tipos: a <<discriminação salarial>>, idêntica à discriminação salarial de Ehrenberg e Smith; a <<discriminação de trabalho>>, idêntica à segregação profissional de Ehrenberg e Smith; a <<discriminação de emprego>>, pela qual grupos discriminados seriam relegados frente à baixa oferta de empregos, sendo, portanto, os mais atingidos pelo desemprego; e a <<discriminação ao acesso do capital humano>>, pela qual grupos discriminados teriam piores oportunidades para obter capital humano. Essa última classificação também é denominada de <<discriminação pré-mercado>>, pois ocorre antes que o indivíduo ingresse no mercado de trabalho.

A teoria de Becker, pioneiro na análise econômica da discriminação, está fundamentada no conceito de custo pela discriminação. De forma simples, pode-se dizer que a discriminação do empregador é um custo de produção. Denomina-se <<coeficiente de discriminação>> o custo que empregador tem ao contratar um

empregado que ele discrimina negativamente e denomina-se <<coeficiente de nepotismo>> o custo que o empregador tem ao contratar um empregado que ele discrimina positivamente (BORJAS, 2012). Explicando esses conceitos, Borjas (2012, p. 397-398) afirma que:

Suponha que existam dois tipos de trabalhadores no mercado de trabalho: brancos e negros. Um empregador competitivo enfrenta preços constantes para esses insumos;  $w_w$  é a taxa salarial para um trabalhador branco e  $w_b$  é a taxa salarial para um trabalhador negro. Se o empregador é preconceituoso contra negros, ele obtém desutilidade com a contratação de trabalhadores negros. Em outras palavras, mesmo que custe apenas  $w_b$  dólares para empregar uma pessoa-hora de mão de obra negra, o empregador agirá *como se custasse*  $w_b (1+d)$  dólares, sendo  $d$  um número positivo e chamado de **coeficiente de discriminação**. [...] Alguns empregadores (talvez empresas de pessoas negras) poderão ter um tipo diferente de preconceito; eles *preferem* empregar negros. Esse tipo de comportamento, o qual chamamos de nepotismo, sugere que o custo ajustado pela utilidade de um empregador na contratação de um trabalhador favorito é igual a  $w_b(1-n)$  dólares, em que o “coeficiente de nepotismo”  $n$  é um número positivo. Se esses empregadores negros preferem contratar trabalhadores negros, eles agirão como se a contratação fosse mais barata do que ela realmente é.

Valendo-se dos conceitos de Becker, Borjas (2012) faz uma análise da lucratividade das empresas discriminadoras e não discriminadoras através de isoquantas<sup>223</sup> e isocustos<sup>224</sup>. Segundo Borjas, a empresa não discriminadora, que visa à maximização dos lucros, minimiza custos ao contratar mão de obra independentemente, por exemplo, da cor, atingindo o *mix* ótimo de insumos no processo de produção (ponto onde a curva de isoquanta é tangente à linha isocusto), ou seja, produzindo da maneira mais eficiente possível. Já a empresa discriminadora, que tem uma desutilidade com a contratação, por exemplo, da “cor errada” de mão de obra, não minimiza os custos, deslocando a empresa do *mix* ótimo de insumos para uma curva de isocusto mais alta. Em suma, Borjas (2012, p. 122) afirma que “nossa estrutura teórica, portanto, leva a uma conclusão bastante simples – e surpreendente: a discriminação não é lucrativa”.<sup>225</sup>

Podem ser feitas, a partir da teoria de Becker, conclusões importantes para compreender a discriminação no mercado de trabalho. É possível concluir que, contanto que os trabalhadores de dois grupos sejam substitutos perfeitos de mão de

<sup>223</sup> Curvas no plano cartesiano que demonstram as combinações possíveis de trabalho e capital que produzem o mesmo nível de produção (Borjas, 2012).

<sup>224</sup> Curvas no plano cartesiano que demonstram as combinações possíveis de trabalho e capital para um mesmo custo (Borjas, 2012).

<sup>225</sup> Isso também é demonstrado por Borjas (2012) nas páginas 399 a 403.

obra, uma empresa que não discrimina terá o mesmo valor do produto marginal do trabalho<sup>226</sup> para ambos os grupos de trabalhadores e maximizará seus lucros (BORJAS, 2012). Nessa condição, a empresa não discriminadora contratará trabalhadores negros “até o ponto em que o salário de negros for igual ao valor do produto marginal” (BORJAS, 2012, p. 400). É curioso observar que, se o salário de trabalhadores negros fosse menor que o de brancos, uma empresa não discriminadora contraria apenas negros, pois assim estaria maximizando seus lucros. A longo prazo, o emprego de mão de obra negra aumentaria, fazendo com que o rendimento dos trabalhadores negros aumentasse até o ponto em que se igualasse ao rendimento dos trabalhadores brancos. Borjas (2012) infere também que, em mercados altamente competitivos, empresas discriminadoras tenderiam a ser extintas a longo prazo, pois seus lucros seriam menores que os das empresas não discriminadoras.<sup>227</sup> O autor adverte, contudo, que, se os grupos de trabalhadores não forem substitutos perfeitos, uma empresa não discriminadora contratará mais trabalhadores do grupo mais produtivo para maximizar seu lucro.

Becker (1971) sustentava que o empregador não é o único agente econômico que discrimina. Borjas explica que o gosto pela discriminação aplica-se também à relação entre empregados, apesar de este tipo de discriminação não afetar a lucratividade das empresas. Sob a ótica econômica, Borjas (2012, p. 406-407) expõe a discriminação do empregado da seguinte forma:

Suponha que os trabalhadores brancos não gostem de trabalhar com negros e que os negros sejam indiferentes à raça de seus colegas. Como temos observado, os brancos que recebem um salário de  $w_w$  dólares agirão como se sua taxa salarial fosse de apenas  $w_w(1-d)$ , em que  $d$  é o coeficiente de discriminação do trabalhador branco. As taxas salariais dos negros, tanto reais quanto ajustadas pela utilidade, são dadas por  $w_b$ , porque os trabalhadores negros não se importam com a etnia de seus colegas. [...] Suponha que um trabalhador branco, que não gosta de trabalhar com negros, tenha duas ofertas de emprego. Ambos os empregadores oferecem o mesmo salário de, digamos, U\$ 15 a hora, mas as condições de trabalho variam. Especificamente, uma das empresas tem força de trabalho completamente branca, e a outra tem uma força de trabalho integrada, ou seja, trabalhadores negros e brancos. Contudo, o trabalhador não gosta de negros, por isso as duas empresas não estão oferecendo salários equivalentes ajustados pela utilidade. Na opinião do trabalhador, a empresa integrada oferece um salário mais baixo.

<sup>226</sup> Preço do produto multiplicado pela “mudança na produção proveniente da contratação de um trabalhador adicional, mantendo constante a quantidade de todos os outros insumos

<sup>227</sup> O autor parte do pressuposto de que uma empresa competitiva não pode influenciar nos salários.

A discriminação pode ainda ser praticada, no mercado de bens e serviços, por um cliente em relação a um empregado. Descrevendo a discriminação do cliente, Borjas (2012, p. 408) afirma que “se os clientes têm um gosto pela discriminação, suas decisões de compra não se baseiam no preço real do produto,  $p$ , mas no preço ajustado pela utilidade, ou  $p(1+d)$ , em que  $d$  é o coeficiente de discriminação”. Como alternativa à redução das consequências da discriminação do cliente, Borjas (2012, p. 408) sugere que:

Contanto que a empresa consiga alocar um trabalhador específico para uma das muitas posições diferentes na empresa, a discriminação do cliente não importa muito. A empresa pode colocar seus trabalhadores negros em funções que exijam pouco contato com os clientes (como as vagas na divisão de manufatura da empresa), e colocar muitos de seus trabalhadores brancos na divisão de serviços (onde eles são mais visíveis). De fato, o empregador segrega a força de trabalho de forma que os trabalhadores brancos preencherão as posições “sensíveis” de vendas e os negros permanecerão escondidos. [...] A discriminação de clientes pode ter um impacto adverso sobre o salário de negros quando a empresa não consegue esconder facilmente esses funcionários do público.

Não obstante possam ser evidenciados no mercado de trabalho contemporâneo, os comportamentos discriminatórios descritos são proibidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, conforme demonstrou-se no capítulo 2.

Outra forma de discriminação ocorre quando um empregador utiliza estatísticas sobre uma característica de um grupo específico, como, por exemplo, a produtividade, para estimar a potencialidade dessa característica em um trabalhador que pertence a esse grupo. Trata-se da discriminação estatística. A discriminação estatística pode influenciar o empregador em três decisões distintas. Primeiramente, poderá influenciar na contratação de trabalhadores e, como consequência, “os candidatos de grupos com alta produtividade se beneficiam de sua associação nesses grupos, ao passo que os candidatos dos grupos com baixa produtividade não se beneficiam” (BORJAS, 2012, p. 411). Essa forma de discriminação também pode influenciar o salário, que poderá ser fixado em função da produtividade do trabalhador e da produtividade do grupo ao qual este pertence.<sup>228</sup> Uma terceira

<sup>228</sup> Acerca da relação entre discriminação e salário Explica Borjas (2012, p. 411) que: Sob certas circunstâncias, a produtividade esperada do candidato será um média ponderada da pontuação no teste dele e a pontuação média no teste do grupo do candidato,  $w = \alpha T + (1-\alpha)\bar{T}$ . Se o parâmetro  $\alpha$  é igual a 1, o salário do candidato dependerá apenas de sua pontuação no teste. Pelo fato de o empregador ignorar a média do grupo quando estabelece o salário do trabalhador, este é um caso extremo em que o teste de triagem prevê a produtividade do candidato perfeitamente. O outro extremo é o caso em que o parâmetro  $\alpha$  é igual a 0. A equação indica que a própria pontuação no teste do trabalhador não tem significado e não tem um papel no processo de estabelecimento do

influência poderia ocorrer na decisão do empregador sobre a alocação de trabalhadores em posições específicas dentro da empresa (BORJAS, 2012). Ehrenberg e Smith (2000) lembram que a redução dos custos de testes individuais é um dos fatores que leva o empregador a utilizar a discriminação estatística na contratação. Saliente-se, contudo, que não haverá discriminação estatística por produtividade, se as produtividades médias dos trabalhadores dos grupos majoritários ou minoritários forem iguais. É possível ainda que outras variáveis de interesse dos empregadores possam provocar discriminação estatística como, por exemplo, a permanência da oferta de mão de obra.

Questionando a validade da discriminação estatística, Borjas (2012, p. 413-414) adverte que as variáveis nela utilizadas podem ser viesadas, uma vez que “os testes padronizados tendem a ser desenvolvidos por acadêmicos brancos e refletem um conjunto de valores e experiência da classe média alta que podem não ser familiares para pessoas criadas em ambientes diferentes”. Ademais, Borjas (2012, p. 414) assevera que “embora o uso de informações nos ‘estereótipos’ de grupos possa melhorar a eficiência do mercado de trabalho ele também cria hiatos raciais e de gênero nos ganhos e oportunidades de emprego”. O autor ressalva também que a classificação dos trabalhadores em grupos e a aferição da produtividade do grupo reduzirão a aferição da produtividade individual para todos os trabalhadores, o que reduzirá o número de informações para a fixação do salário. Todavia, para maximizarem seus lucros, os empregadores devem que usar o máximo de informações ao fixar salários. Frente a essa desvantagem da discriminação estatística, a tendência é a de que os empregadores busquem “outros métodos para prever a produtividade do trabalhador” (BORJAS, 2012, p. 415). Com maior profundidade, o autor pondera que “se esses sinais alternativos estiverem correlacionados com a raça ou gênero, a discriminação estatística permanecerá como um acessório nos mercados de trabalho” (BORJAS, 2012, p. 414-415). Por fim, Ehrenberg e Smith (2000, p. 483) preveem que a discriminação será “um meio de seleção mais oneroso à medida que membros de cada grupo se tornam mais dissimilares”.

---

salário. Em outras palavras, os dados reunidos do currículo e da entrevista não fornecem informações suficientes sobre o candidato, e o empregador dependerá totalmente da média do grupo para determinar o salário do trabalhador. O parâmetro  $\alpha$ , portanto, mede a correlação entre a pontuação no teste e a verdadeira produtividade. Quando mais alto for o poder de previsão do teste, mais alto será o valor de  $\alpha$ .

Como afirmam Ehrenberg e Smith (2000), é mais fácil definir a discriminação no mercado de trabalho do que mensurá-la. Borjas (2012, p. 415) afirma que a dificuldade de medir o coeficiente de discriminação de um empregador específico ou determinar se um empregador específico está envolvido em discriminação estatística reside no fato de que “os empregadores dificilmente revelarão seu comportamento preconceituoso, já que este é proibido pelo ordenamento jurídico”. Outra dificuldade reside no fato de que, para medir a discriminação no mercado de trabalho, não basta descobrir a diferença entre as médias de salários de dois grupos de trabalhadores. Isso porque o diferencial bruto entre as médias de dois grupos de trabalhadores pode ser composto por um ou mais fatores, tais como média de escolaridade, idade, experiência, estado civil, local da prestação do serviço (BORJAS, 2012).

Diversos modelos teóricos buscam solucionar esse problema. Através do modelo teórico-matemático conhecido como <<decomposição de Oaxaca>>, é possível isolar os fatores que geram diferenciais compensatórios de salários e aferir o nexo causal entre o fator e a diferença salarial analisada.<sup>229</sup> Em linguagem econômica, pelo modelo teórico de Oaxaca, é possível decompor as variáveis que geram diferença salarial, bem como derivar a diferença salarial em função de cada variável. Decompostos os fatores, as diferenças salariais que não tiverem nexo causal com nenhum fator serão atribuídas à discriminação. Resume Borjas (2012, p. 419) que “o *insight* básico é o mesmo: o diferencial bruto de salários pode ser decomposto em uma porção em virtude das diferentes características entre os dois grupos e uma porção que permanece inexplicada a qual chamamos de discriminação”.

Por outro lado, a decomposição de Oaxaca só será válida, ou seja, não será viesada, somente se todas as variáveis forem conhecidas qualitativa e quantitativamente. Acerca das condições de validade da decomposição de Oaxaca, Borjas (2012, p. 420) afirma que:

A validade da medida de discriminação obtida da decomposição de Oaxaca depende em grande parte se controlarmos *todas* as dimensões nas quais as qualificações dos dois grupos podem diferir. Se houver algumas características nas qualificações que afetem os ganhos, mas serão deixadas de fora do modelo de regressão, teremos uma medida incorreta da discriminação no mercado de trabalho. [...] Como resultado, qualquer um que duvide que a discriminação tem um papel importante no mercado de trabalho pode sempre apontar que uma variável foi deixada de fora do

---

<sup>229</sup> Borjas (2012) demonstra a fórmula de Oaxaca nas páginas 417-419.



modelo usado para calcular a decomposição de Oaxaca. Mesmo se tentarmos incluir no modelo todas as medidas de qualificações que conseguirmos pensar e observar, alguém ainda poderá afirmar que omitimos variáveis como a habilidade, o esforço, a motivação e o ímpeto e que essas variáveis diferem entre os grupos.

Com efeito, percebe-se que a decomposição de Oaxaca possui condições e limitações. Apesar disso, ela continua sendo uma importante ferramenta para aferição da discriminação, notadamente nos casos em que a discriminação é mais intensa, isto é, nos casos em que não há como se atribuir racionalmente quaisquer variáveis a um grande hiato salarial. Segundo Loureiro (2003), além do modelo pioneiro de Becker, há outros modelos teóricos que buscam aferir a discriminação no mercado de trabalho como os modelos de Phelps, de Arrow, de Aigner e Cain, de Spence, de Lundberg e Startz e os modelos teóricos de segmentação.

O que a decomposição de Oaxaca nos permite perceber é que um hiato salarial pode se originar de diferenciais compensatórios decorrentes, exclusivamente, de diferenças de qualificações existentes entre os grupos e não da discriminação de um desses grupos. A título exemplificativo, note-se que, se dois grupos de trabalhadores que possuem a mesma média de escolaridade, mas a qualidade do ensino for diferente, cada grupo de trabalhadores terá qualificações diferentes e, conseqüentemente, eles terão diferenças salariais. Nesse sentido, conduz Borjas (2012, p. 420): “suponha que os negros frequentem escolas com qualidade mais baixa. Haverá, então, um hiato salarial entre trabalhadores negros e brancos que têm o mesmo nível de escolaridade”.

Por meio da análise econômica, é possível interpretar que a ilustração XX, apresentada no tópico 5.3, evidencia que a taxa de retorno da educação de mulheres é diferente da taxa de retorno da educação dos homens e, conseqüentemente, há discriminação entre homens e mulheres no mercado de trabalho brasileiro. Contudo, não se pode afirmar que a discriminação é maior entre os mais escolarizados, uma vez que a discriminação ocorre proporcionalmente ao número de anos de estudo. Assim, entre trabalhadores do gênero masculino e do gênero feminino com nível de escolaridade mais baixo, a discriminação é menos evidente, mas não menor. Resta, portanto, prejudicado a tese de que mulheres receberiam menos porque teriam ocupações menos remuneradas. De acordo com o estudo de Silva, Carvalho e Neri (2006, p. 19), “a discriminação é responsável por 97% do diferencial de salários entre homens de cor branca e as mulheres de cor

preta ou parda” no Brasil. As diferenças salariais existentes entre homens e mulheres com nível de escolaridade mais alto, bem como as existentes em decorrência da dupla discriminação (da qual são vítimas, por exemplo, mulheres negras), demonstram, de forma clara, a existência de discriminação no mercado de trabalho brasileiro. A principal contribuição da análise econômica à efetividade do direito à proibição de discriminação é, portanto, que ela permite aferir cientificamente, por exemplo, a existência, o grau e as consequências econômicas da discriminação, bem como os agentes discriminadores.

## 6.2 Análise econômica das ações afirmativas no mercado de trabalho

Inicialmente, deve-se observar que tanto o direito à proibição de discriminação, quanto o direito à ação afirmativa constituem intervenções do Estado na economia, pois proíbem o comportamento discriminatório por parte do empregador, do empregado ou do cliente no mercado de trabalho.<sup>230</sup> Com fundamento nos conceitos no tópico anterior, é possível inferir que intervenções na economia com o fim de proibir a discriminação, como, por exemplo, as ações afirmativas, fazem-se ainda mais relevantes em mercados não perfeitamente competitivos, como o monopolista ou o oligopolista, pois nesses mercados o empregador tem possibilidade e maior probabilidade econômicas de discriminar trabalhadores, uma vez que as consequências do comportamento discriminatório são economicamente menores.

Borjas (2012) faz uma análise do impacto das ações afirmativas através de isoquantas e isocustos. A tese principal do autor é que, na medida em que reduziram os custos da produção, as ações afirmativas contra discriminação na contratação de trabalhadores, que fossem substitutos perfeitos, maximizariam os lucros de empresas que, antes da realização da ação afirmativa, eram discriminadoras. Borjas (2012, p. 122) aponta duas consequências das ações afirmativas nesse tipo de empresas:

---

<sup>230</sup> A antiga discussão acerca da possibilidade de intervenção estatal na economia está atualmente pacificada no sentido de que ela seria necessária para que seja elevado o nível geral de bem-estar da sociedade. Essa discussão resta ainda mais prejudicada no caso da discriminação, pois os demandantes de mão de obra, quando discriminam, já provocam uma intervenção, a qual *sempre* lhe reduz os lucros.

Este tipo de política de ação afirmativa tem duas consequências interessantes. Primeira, a força de trabalho da empresa tem relativamente mais negros. Segunda, é mais barato produzir um nível específico de produtos, e a empresa é mais lucrativa. Resumindo, esta política de ação afirmativa leva a uma alocação mais eficiente dos recursos. O motivo é que as empresas discriminadoras estão ignorando os fundamentos econômicos básicos, ou seja, elas desconsideram as informações fornecidas pelo custo de empregar trabalhadores brancos e negros quando tomam suas decisões de contratação e, com isso, seguem seus “instintos”. As políticas de ação afirmativa forçariam as empresas discriminadoras a prestarem mais atenção aos preços.

O autor faz duas observações importantes. A primeira é que uma ação afirmativa, pela qual uma empresa não discriminadora fosse obrigada a aumentar a contratação de trabalhadores com taxa salarial mais alta, aumentaria o custo de produção desta empresa não discriminadora e, conseqüentemente, reduziria seus lucros (BORJAS, 2012). Como já referido, se os grupos de trabalhadores não tiverem a mesma produtividade, isto é, se não forem substitutos perfeitos, uma empresa não discriminadora contratará mais trabalhadores do grupo mais produtivo para maximizar seu lucro (BORJAS, 2012). A segunda observação, portanto, é que uma ação afirmativa, pela qual uma empresa não discriminadora fosse obrigada a aumentar a contratação de trabalhadores menos produtivos, causaria o mesmo impacto: aumento de custo e redução de lucro. Observe-se que, sendo a empresa discriminadora ou não, determinar ao empregador que remunere o trabalhador por um capital humano que o trabalhador não possui é uma medida que o Estado deveria adotar apenas se outras medidas para se promover a igualdade, a proibição de discriminação e a correção de discriminação não fossem viáveis e se existissem argumentos suficientes para justificar uma medida tão interventora. Acerca das consequências econômicas das ações afirmativas, Borjas (2012, p. 123) posiciona-se no seguinte sentido:

Está claro que as “condições iniciais” supostas no exercício determinam as inferências feitas por uma pessoa sobre o impacto no mercado de trabalho dos programas de ação afirmativa. Se presumirmos que a empresa competitiva típica discrimina trabalhadores negros, um programa de ação afirmativa a forçará que preste mais atenção aos fundamentos econômicos e aumente seus lucros. Em contrapartida, se presumirmos que a companhia típica não discrimina, então um programa de ação afirmativa poderá reduzir substancialmente a lucratividade de empresas competitivas e talvez levar muitas delas a fecharem suas portas.

Destaque-se também que a imposição de ações afirmativas – seja para empresas discriminadoras, seja para empresas não discriminadoras – em mercados

de trabalho não competitivos, como os monopolistas<sup>231</sup> ou oligopolistas<sup>232</sup> e os monopsonistas<sup>233</sup> ou oligopsonistas<sup>234</sup>, terá consequências diferentes do que as existentes nos mercados de trabalho competitivos, visto que cada um desses mercados tem características e lógicas diferentes.<sup>235</sup> Ainda que em menor grau, as ações afirmativas têm correlação com as discriminações do empregado e do cliente, uma vez que a discriminação do cliente poderia, por exemplo, ser uma atenuante ou excludente da discriminação indireta do empregador. Com efeito, a existência de uma ação afirmativa pode gerar um diferencial no salário de um colega de trabalho discriminador, assim como pode, inclusive, levar uma empresa não discriminadora à falência em mercados de bens e serviços altamente discriminadores. Ademais, recordando-se os diferenciais compensatórios salariais decorrentes do nível de educação, seja por anos de estudo, seja por qualidade de estudo, pode-se inferir que não seria efetiva uma ação afirmativa que exigisse a equiparação salarial entre dois grupos, se esses grupos não possuem a mesma qualificação, isto é, se eles não são substitutos perfeitos.

Da mesma forma, pode-se afirmar que a realização de ações afirmativas no mercado de trabalho pode corrigir, apenas mediata e limitadamente, discriminações pré-mercado que causem diferenciais salariais de qualificação, uma vez que, nesse caso, a discriminação ocorre antes da entrada no mercado de trabalho.<sup>236</sup> Em observância a essa impossibilidade, justificar-se-ia a aplicação do direito à proibição de discriminação e do direito à ação afirmativa em matéria de emprego e ocupação, e, não apenas, na relação de trabalho. Portanto, se o hiato salarial não se originar de discriminação no mercado de trabalho, ações afirmativas que visem a equiparar essas diferenças salariais deveriam ter fundamentos razoavelmente fortes para conferir legitimidade às ações afirmativas nesses casos.

Ademais, a análise econômica das ações afirmativas pode ainda ser realizada para aferir os possíveis custos e benefícios que poderão ser gerados para uma pessoa que realize uma ação afirmativa. Mastrantonio (2011) indica como benefícios a responsabilidade social e afirma que alguns benefícios, que outrora seriam

---

<sup>231</sup> Mercado de trabalho que tem apenas um vendedor de trabalho.

<sup>232</sup> Mercado de trabalho que tem poucos vendedores de trabalho.

<sup>233</sup> Mercado de trabalho que tem apenas um comprador de trabalho.

<sup>234</sup> Mercado de trabalho que tem poucos compradores de trabalho.

<sup>235</sup> Borjas (2012) faz uma análise detalhada e explicativa das empresas discriminadoras e não discriminadoras nos mercados monopsonista e monopolista é feita nas páginas 207-215.

<sup>236</sup> Coaduna-se com esse argumento a hipótese jurídica de que os requisitos essenciais e proporcionais à natureza ou à execução da atividade não configuram discriminação.

difícilmente aferidos, possuem atualmente indicadores, como, por exemplo, a SRI e o IDE. Tomei (2005), considerando as dificuldades para medir esses custos e benefícios, sugere um modelo para a análise de custos e benefícios e apresenta um extenso rol de indicadores e os respectivos métodos para medir as condições para implementação do modelo, os resultados da diversidade e os benefícios para a empresa.

### **6.3 Conclusões parciais: condições econômicas para realização do direito à ação afirmativa em matéria de emprego e ocupação**

Pôde ser constatado que a análise econômica é importante para avaliar não apenas a efetividade do princípio da proibição de discriminação no mercado de trabalho, mas também a possibilidade de realizar, em um mercado, ações afirmativas. A análise interdisciplinar da discriminação, através do direito e da economia, justifica-se por muitas razões, dentre as quais podem ser destacadas a possibilidade de identificar a discriminação em matéria de emprego e ocupação, de aumentar as alternativas de erradicar a discriminação, de evitar a arbitrariedade de ações que visem a erradicar a discriminação ou de evitar que essas ações causem o oposto do que elas têm como finalidade. Essas possibilidades são importantes, visto que as ações afirmativas não podem, sob fundamento algum, ser uma intervenção arbitrária do Estado na economia, sob o risco de essas ações não serem juridicamente afirmativas, mas, sim, discriminatórias.<sup>237</sup>

Pelo exposto, pode-se concluir que as ações afirmativas, sejam elas voluntárias, sejam elas impostas, podem causar prejuízos irreparáveis e, até mesmo, a falência de empresas, discriminadora ou não, conforme as características do mercado de trabalho no qual ela se situe, bem como a redução da utilidade de salários de colegas de trabalho discriminadores e de trocas econômicas com clientes discriminadores. Se, por um lado, como já afirmado, seria arbitrariedade impor uma ação afirmativa sem a aferição da discriminação, por outro lado, seria ingenuidade acreditar que as desigualdades entre grupos de trabalhadores podem sempre ser absolutamente eliminadas através uma única espécie de ação afirmativa aplicada a um só tempo. Tendo em vista as especificidades de cada mercado de trabalho e os

---

<sup>237</sup> Em respeito aos limites desta pesquisa, a devida análise econômica das ações afirmativas não pode ser aqui desenvolvida.

diversos diferenciais compensatórios que neles podem existir, é possível cogitar um modelo de realização progressiva do direito à ação afirmativa. Um modelo progressivo possibilitaria que medidas adequadas à discriminação existente em uma determinada estrutura de mercado fossem adotadas até o momento em que um controle incidental e posterior fosse efetivo para proibir a discriminação.

Deve-se ressaltar ainda que a análise econômica sofre duas grandes limitações. Uma delas é que a discriminação só pode ser aferida em algumas circunstâncias como, por exemplo, na contratação de trabalhadores e nos salários, não podendo ser utilizada para aferir outras formas de discriminação. A outra é que as informações necessárias para uma aferição precisa são, no mais das vezes, inexistentes ou incomensuráveis. Ademais, o próprio conceito econômico de discriminação é mais restrito que o conceito jurídico, visto no capítulo 2.

Constatou-se que podem ser condições econômicas necessárias à realização de uma ação afirmativa em matéria de emprego e ocupação, por exemplo, a aferição e justificação do coeficiente de discriminação, a identificação do agente discriminador (empregador, empregado ou cliente), a espécie de mercado de trabalho em que se objetiva realizar a ação afirmativa e a constatação da existência de diferentes diferenciais compensatórios entre grupos em um mercado. Além disso, observou-se que a constatação da existência de discriminação poderia ser, em conjunto com outras razões, uma razão suficiente para permitir ou ordenar um tratamento desigual, bem como que a constatação da inexistência de discriminação poderia descaracterizar uma razão como suficiente para tanto.

De todo o exposto, pode-se extrair quatro conclusões principais. Previamente à existência de uma ação afirmativa, a análise econômica tem duas funções. A análise econômica da discriminação possibilita, nas palavras de Borjas (2012, p. 123), “evidências empíricas sobre a existência e prevalência da discriminação no mercado de trabalho”. Ela também permite prever as consequências das ações afirmativas no mercado de trabalho e, assim, as possibilidades de realização do direito à ação afirmativa. Posteriormente à existência de uma ação afirmativa, a análise econômica é também capaz de fornecer indicadores adequados para aferir o cumprimento das finalidades de uma ação afirmativa específica. Por fim, em decorrência dessas três relações, conclui-se que a análise econômica das ações afirmativas no mercado de trabalho é uma condição necessária para a realização do direito à ação afirmativa.

## 7 CONDIÇÕES FILOSÓFICAS PARA REALIZAÇÃO DO DIREITO À AÇÃO AFIRMATIVA EM MATÉRIA DE EMPREGO E OCUPAÇÃO

Na doutrina brasileira, o elemento valorativo do fenômeno jurídico da ação afirmativa é o mais controvertido. Ensina Barzotto (L. F., 2010) que, para Gomes (2001), os dois principais fundamentos éticos das ações afirmativas seriam a justiça comutativa e a justiça distributiva. Com efeito, na doutrina brasileira, a fundamentação teórico-filosófica mais comum das ações afirmativas é a ideia de distribuição. Alguns doutrinadores brasileiros que seguem o referencial teórico distributivista para analisar as ações afirmativas em matéria de emprego e ocupação são Brito Filho (2012) e Silva Junior (2010). Um dos autores que se dedicou a analisar a fundamentação ética das ações afirmativas foi Barzotto (L.F., 2010). A principal conclusão do autor é que tanto a fundamentação ética da ação afirmativa na justiça comutativa quanto na justiça distributiva não seriam compatíveis com a justiça social e, portanto, não seriam constitucionais de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro.

Das três perspectivas interdisciplinares adotadas nesta pesquisa, a filosófica é, sem dúvida, a mais relevante. Este capítulo tem por objetivo sustentar a hipótese de a ação afirmativa ter fundamentação ética na justiça social por meio do conceito de reconhecimento. O fato de não ter sido encontrada, na literatura nacional, uma abordagem das ações afirmativas em matéria de emprego e ocupação a partir da teoria do reconhecimento de Honneth (2003) foi um dos motivos da adoção desse referencial teórico na construção da referida hipótese. Neste capítulo, será apresentado um panorama sobre como as teorias sociais contemporâneas compreendem as reivindicações por justiça social, pelas quais é possível compreender o novo direito à ação afirmativa, bem como serão apresentados, de modo conciso, os conceitos centrais da teoria adotada como referencial teórico e será descrita uma forma de compreender as condições normativas da moderna organização do trabalho (7.1). Em seguida, será sustentada, por meio de uma abordagem crítica, a hipótese de a ação afirmativa ter fundamentação ética na justiça social (7.2), para, finalmente, apresentar as conclusões parciais acerca das condições filosóficas necessárias para a realização do direito à ação afirmativa em matéria de emprego e ocupação (7.3).

## 7.1 Trabalho como reconhecimento e discriminação como negação de reconhecimento

Para definir o conceito de discriminação em matéria de emprego e ocupação, é necessário incluir o trabalho uma teoria social pela qual seja possível compreender o significado e a importância do trabalho para a pessoa humana. Muitos autores têm contribuído na elaboração de um diagnóstico da sociedade contemporânea. Dentre eles, destacam-se Axel Honneth e Nancy Fraser<sup>238</sup> que propõem novos modelos teóricos e contextualizam-se como tentativas abrangentes de renovação e ampliação da teoria crítica<sup>239</sup>, nascida na Escola de Frankfurt (SAAVEDRA; SOBOTTKA, 2008). Na obra intitulada “¿Redistribución o reconocimiento? Un debate político-filosófico”, os autores contrapõem suas teorias sociais, expondo um panorama do presente momento histórico nas sociedades democráticas. Fraser explica que as reivindicações contemporâneas por justiça social estão polarizadas no debate político atual. Elas seriam de dois tipos: as reivindicações redistributivas (que foram a principal teorização nos últimos 150 anos e que vêm diminuindo com o recente ressurgimento do pensamento de mercado livre) e as reivindicações de reconhecimento (que tendem a predominar atualmente e que aumentaram com o desaparecimento do comunismo, o ressurgimento do pensamento de mercado livre e a ascensão das políticas de identidade fundamentalista e progressista) (HONNETH; FRASER, 2006).

Para a autora, esses dois tipos de reivindicações, contudo, sofrem uma dissociação prática e intelectual. Fraser (HONNETH; FRASER, 2006) expõe as principais acepções dos termos redistribuição e reconhecimento. Redistribuição e reconhecimento, em sua acepção filosófica, são paradigmas normativos elaborados por teóricos políticos e filósofos morais, tendo, contudo, origens diferentes. O paradigma de redistribuição teria origem na tradição liberal angloamericana, que

---

<sup>238</sup> A teoria de Fraser foi utilizada como referencial teórico para análise das ações afirmativas por Roger Raupp Rios (2008), pelo Ministro do STF, Ricardo Lewandowski, relator da ADPF 186 (STF, 2012) e pela Vice-Procuradora Geral da República, Deborah Duprat, representante do Ministério Público na ADPF 186 (STF, 2012).

<sup>239</sup> Entendem-se por críticos os modelos teóricos que têm como objetivo fazer um diagnóstico do momento histórico presente da forma mais abrangente e precisa possível, bem como das potencialidades e obstáculos à emancipação. O caráter crítico desses modelos consiste não em descrever o funcionamento da sociedade, mas, sim, em desvelar e analisar o funcionamento concreto do mundo social com vistas a uma emancipação, ao mesmo tempo, concretamente possível e bloqueada pelas relações sociais de dominação vigentes (NOBRE, 2008).



tinha, como fundamento, o conceito de *moralität* kantiana (segundo o qual normas são universalmente vinculantes) e, como seguidores, pensadores tais como Rawls e Dworkin (HONNETH; FRASER, 2006). Já o paradigma de reconhecimento teria se originado da tradição fenomenológica (segundo a qual as relações sociais são anteriores aos indivíduos e são constitutivas da subjetividade) e teria se fundamentado no conceito de *sittlichkeit* hegeliana (segundo o qual as reivindicações não são universalizáveis, pois dependem de valores específicos) (HONNETH; FRASER, 2006).

Fraser evidencia que tanto o paradigma de redistribuição quanto o de reconhecimento sofrem críticas. Por um lado, os seguidores da corrente liberal argumentam que o termo reconhecimento tem uma carga comunitária inaceitável. Por outro, os seguidores da corrente do reconhecimento argumentam que o termo redistribuição remete mais às noções individualista e consumista (HONNETH; FRASER, 2006). Ambos os termos, redistribuição e reconhecimento, não são aceitos por correntes minoritárias a exemplo dos marxistas e pós-estruturalistas (HONNETH; FRASER, 2006).

Esclarece Fraser, por fim, que, pela acepção política, redistribuição e reconhecimento são paradigmas populares de justiça; são grupos de reivindicações, elaboradas por atores políticos e movimentos sociais e discutidas na esfera pública (HONNETH; FRASER, 2006). Fraser não concorda com a dissociação, que pode ser representada pelas disjuntivas ‘redistribuição ou reconhecimento?’, ‘política de classe ou política de identidade?’ e ‘multiculturalismo ou socialdemocracia?’. Ela sustenta, portanto, que redistribuição e reconhecimento não são alternativas mutuamente excludentes e que a justiça exige tanto redistribuição quanto reconhecimento. Para tanto, Fraser (HONNETH; FRASER, 2006) preconiza uma concepção bidimensional de justiça e a idealização de uma orientação política programática que integre políticas de redistribuição e políticas de reconhecimento.<sup>240</sup>

Honneth (2008), por sua vez, afirma que a teoria do reconhecimento deu um novo impulso na reflexão teórica sobre o trabalho social ao incluir essa categoria em uma teoria que permita perspectivas de melhorias qualitativas de trabalho que não sejam meramente utópicas. Ao contrário das interpretações exclusivamente

---

<sup>240</sup> Não se tem o objetivo, nesta pesquisa, de contrapor as correntes apresentadas ou refutar uma teoria específica. Ao contrário, entende-se que teorias como as estruturadas por Fraser e Honneth estabelecem um diálogo, que as aprimora e solidifica.

distributivistas, a teoria do reconhecimento permite identificar novos significados e configurações objetivas do trabalho na sociedade contemporânea (HONNETH, 2008). A ideia central da teoria do reconhecimento de Honneth (2003) é a de que o conflito social é uma luta por reconhecimento, que é desencadeada quando um dos tipos de reconhecimento (amor, direito e solidariedade) é desrespeitado mediante, respectivamente, maus tratos/violência, privação/negação de direitos e degradação moral/injúria.

Para o autor, a primeira esfera de reconhecimento é a do amor, que inicia no processo de amadurecimento do bebê por meio da experiência de reconhecimento recíproco vivenciada com a mãe e pela qual são desenvolvidas as dimensões da personalidade de natureza carencial e afetiva (HONNETH, 2003). Depois de passar pelas fases da dependência absoluta (relação simbiótica com a mãe) e da relativa independência, o bebê e sua mãe experimentam uma espécie de luta, por meio da qual a criança torna-se capaz de reconhecer sua mãe como um ser independente com reivindicações próprias. O autor afirma que as relações primárias de amor e de amizade permitem ao indivíduo desenvolver uma relação positiva consigo, denominada autoconfiança, e essa autorrelação será um pressuposto tanto de autorrespeito quanto de autonomia necessária para a participação na vida pública. As formas de desrespeito da esfera de reconhecimento do amor seriam os maus-tratos e a violação, que ameaçam um componente da personalidade, que ele chama de integridade física ou psíquica.

Segundo Honneth (2003), a autonomia entre as outras duas esferas de reconhecimento, a do direito e a da solidariedade, é característica da sociedade moderna. O autor sustenta que a estrutura das relações de reconhecimento nas sociedades tradicionais era formada pelo *status*. Nesse tipo de estrutura, as esferas do direito e da solidariedade encontravam-se sobrepostas, uma vez que, em função da posição que o indivíduo ocupava na sociedade, isto é, de seu *status*, eram-lhe atribuídos privilégios e exceções no ordenamento jurídico (HONNETH, 2003). Segundo ele, na transição da sociedade tradicional para a moderna, houve uma transformação normativa, pela qual o reconhecimento jurídico separou-se da ordem hierárquica de valor, passando o indivíduo a estar, teoricamente, em igualdade jurídica com todos os demais. O que diferenciaria essas duas esferas nas sociedades modernas é o fato de que, enquanto na forma de reconhecimento do direito são ressaltadas as propriedades gerais do ser humano, na forma de

reconhecimento da solidariedade são ressaltadas as características singulares deste, ou seja, as peculiaridades que tornam o indivíduo único em relação aos demais (HONNETH, 2003).

Portanto, a segunda esfera de reconhecimento é, para Honneth (2003), a esfera do direito. Por meio da esfera de reconhecimento jurídico, o sujeito poderia adquirir condições de desenvolver a dimensão da personalidade da imputabilidade moral e um tipo específico de autorrelação prática, a de autorrespeito. Apenas por meio dessas relações é que os sujeitos poderiam experimentar-se como respeitáveis e, com isso, alcançar autonomia. Sob esse fundamento, Honneth (2003) sustenta que a capacidade de responsabilidade moral de uma comunidade deve ser medida pelo grau de universalização e de materialização do direito. A forma de desrespeitar a esfera de reconhecimento do direito seria a privação de direitos, a qual ameaça o componente da personalidade chamado pelo autor de integridade social (HONNETH, 2003).

Por fim, a terceira esfera de reconhecimento, a da solidariedade, também é designada pelo autor de comunidade de valores. Por meio dela, o sujeito poderia adquirir condições de desenvolver a dimensão da personalidade das propriedades particulares<sup>241</sup> e um tipo específico de autorrelação prática, a de autoestima. Essa forma de reconhecimento ocorre por meio de uma mediação social “que deve expressar as diferenças de propriedades entre sujeitos humanos de maneira universal, isto é, intersubjetivamente vinculante” (HONNETH, 2003, p. 199). Nessa mediação, formulam-se valores e objetivos éticos comuns, que constituem a autocompreensão cultural de uma sociedade e que funcionam como “sistema referencial para a avaliação de determinadas propriedades da personalidade” (HONNETH, 2003, p. 200). O autor ainda caracteriza essa esfera pela existência de uma espécie de tensão constante entre a busca individual por diversas formas de autorrealização e a busca de um sistema de avaliação social (HONNETH, 2003). Explica Honneth (2003, p. 210) que, por meio da experiência da estima social, o indivíduo adquire “uma confiança emotiva na apresentação de realizações ou na posse de propriedades que são reconhecidas como ‘valiosas’ pelos demais membros da sociedade”. As formas de desrespeito da esfera de reconhecimento da

---

<sup>241</sup> As capacidades, habilidades e talentos que diferenciam um indivíduo dos demais.

solidariedade seriam a degradação moral e a injúria, que ameaçam o componente da personalidade chamado pelo autor de dignidade (HONNETH, 2003).

Honneth (2003, p. 211) expõe didaticamente as esferas de reconhecimento e suas principais características no quadro abaixo transcrito.

Quadro 02 – Esferas de reconhecimento segundo Axel Honneth

<b>Modos de reconhecimento</b>	<b>Dedicação emotiva</b>	<b>Respeito cognitivo</b>	<b>Estima social</b>
Dimensões da personalidade	Natureza carencial e afetiva	Imputabilidade moral	Capacidades e propriedades
Forma de reconhecimento	Relações primárias (amor, amizade)	Relações jurídicas (direitos)	Comunidade de valores (solidariedade)
Autorrelação prática	Autoconfiança	Autorrespeito	Autoestima
Formas de desrespeito	Maus-tratos e violação	Privação de direitos e exclusão	Degradação e ofensa
Componentes ameaçados da personalidade	Integridade física	Integridade social	Honra, dignidade

Para Honneth (2003), as formas de autorrelacionamento desenvolvidas por meio das relações sociais são fundamentais à aquisição da autonomia individual e, portanto, são uma condição necessária para que os sujeitos possam apresentar-se, posicionar-se publicamente e decidir, em condições de igualdade, sobre questões éticas ou morais. Outro pressuposto de Honneth (2003) é o de que as relações sociais devem sempre pressupor um princípio moral, uma norma aceita reciprocamente, que assegura que uma prática de reconhecimento recíproco possa desenvolver-se.

Honneth (2003) sustenta também que as experiências de desrespeito em qualquer das esferas de reconhecimento podem provocar, no indivíduo, o sentimento de injustiça e, na sociedade, acarretar fenômenos patológicos. Esse sentimento poderia tornar-se a base motivacional para o indivíduo desencadear uma luta por reconhecimento (HONNETH, 2003). As lutas por reconhecimento promoveriam e atualizariam a estrutura moral da sociedade e as noções de justiça presentes no imaginário social (HONNETH, 2003). Nesse viés, o autor interpreta os movimentos sociais como um círculo intersubjetivo de sujeitos que sofrem da mesma patologia social, ou seja, sofrem as mesmas experiências individuais de injustiças.

Um dos motivos pelos quais a teoria do reconhecimento é relevante para a fundamentação ética da ação afirmativa é que ela permite a realização de juízos de

valor acerca do desrespeito às esferas de reconhecimento ocorrido por meio da discriminação. Tais juízos pressupõem, todavia, o conceito de justiça da teoria do reconhecimento de Honneth. Honneth (2009) analisa criticamente as teorias de justiça atualmente predominantes e expõe os contornos de sua própria teoria de justiça. Ao construir uma teoria da justiça social, Honneth justamente desligar-se das premissas das teorias de justiça liberais predominantes<sup>242</sup> e desenvolve os contornos de outra concepção de justiça, segundo ele mais adequada.<sup>243</sup> Os contornos de seu modelo normativo alternativo consistiriam na (1) substituição do esquema distributivo pela concepção de uma inclusão de todos os sujeitos nas relações de reconhecimento, na (2) substituição do procedimento fictício pela reconstrução normativa que revele histórico-geneticamente as normas morais fundamentais daquelas relações de reconhecimento, e, por fim, na (3) complementação da atividade reguladora do Estado de Direito pela consideração descentralizada de agências e organizações não estatais (HONNETH, 2009). Honneth não preconiza que deva ser negada a justiça distributiva; mas afirma que deva ser negada a ideia de justiça distributiva como única concepção de justiça capaz de assegurar a autonomia aos indivíduos.

Como Honneth (2009) considera que há diferentes formas de reconhecimento social necessárias à autonomia individual, o autor argui que apenas a garantia de participação em processos públicos de formação da opinião e da vontade (respeito intersubjetivo por suas competências racionais de formar juízos e de tomar decisões) não validariam esses procedimentos discursivamente estabelecidos. Desse modo, a reconstrução normativa por ele sugerida não pode se limitar a desvendar o princípio

---

<sup>242</sup> Para o autor, seu modelo relacional de justiça (e sua concepção intersubjetiva de autonomia individual) possui o mesmo núcleo moral dos modelos de justiça atual (e de sua concepção monológica de autonomia individual), segundo o qual todos os membros das sociedades modernas deveriam dispor de maneira igualitária sobre as habilidades e as condições para a autonomia individual (HONNETH, 2009). Não obstante, tais modelos diferem sobre como a autonomia deve ser socialmente promovida. Honneth (2009) explica que, para o modelo relacional, a justiça distributiva deixa de ser o princípio decisivo e torna-se uma variável dependente da moralidade das relações de reconhecimento.

<sup>243</sup> De modo conciso, o autor considera que a matéria da justiça são as relações intersubjetivas, nas quais os indivíduos concedem-se reciprocamente um *status* normativo que os habilita para determinadas expectativas (HONNETH, 2009). Essas relações intersubjetivas são, para o autor, “produtos históricos que assumiram a forma de práticas institucionais nas quais os sujeitos estão incluídos ou das quais podem ser excluídos” (HONNETH, 2009, p. 361). A fundamentação dos princípios de justiça, isto é, a descoberta de suas condições de validade, deve ser feita, portanto, pela reconstrução das relações comunicativas historicamente estabelecidas nas quais os princípios estão sempre ativos como normas de valorização e consideração recíprocas. Por esta razão, ainda que facilmente evidenciado e em expansão no mundo do trabalho, o princípio da proibição de discriminação em matéria de emprego e ocupação, caso seja uma condição normativa subjacente à relação social de emprego e ocupação, deve ser contextualizado a partir da reconstrução normativa-histórica da igualdade entre indivíduos nesse tipo de relação social. Nesta pesquisa, essa contextualização será perfunctória.

de reconhecimento da relação jurídica estabelecida, pois são necessárias outras relações de reconhecimento como, por exemplo, as relações familiares íntimas (necessidades) e as relações sociais de trabalho (habilidades) para o indivíduo alcançar sua autonomia, por meio das quais os indivíduos se reconhecem reciprocamente como livres e iguais. O autor conclui que a justiça consistiria em organizar e equiparar socialmente uma esfera de reconhecimento existente na sociedade à exigência da norma de reconhecimento a ela subjacente. Em suma, por se atribuir a textura intrínseca da justiça ao conteúdo moral das relações sociais geralmente aceitas, é possível que a reconstrução normativa das práticas sociais possa informar sobre o conceito de justiça a elas implícito (HONNETH, 2009), o qual poderá não só nortear a interpretação e aplicação de todo o ordenamento jurídico, mas também a realização de políticas públicas que visem a corrigir práticas sociais injustas.

Dessa forma, a teoria da justiça relacional<sup>244</sup> de Honneth (2009, p. 365, grifo nosso) permite identificar as “condições *institucionais, materiais e legais* que atualmente precisariam estar cumpridas para que as diferentes esferas sociais efetivamente pudessem *fazer jus* às normas de reconhecimento a elas subjacentes”. Para promover a autonomia individual, Honneth sustenta que devam ser defendidos três princípios normativos, o princípio da igualdade deliberativa, o princípio da justiça das necessidades e o princípio da justiça do desempenho, cada um compondo a base normativa de uma esfera específica de reconhecimento. Esquemáticamente, Honneth (2009) coloca o seguinte:

Quadro 03 – Bases normativas das esferas de reconhecimento

<b>Fontes de valorização recíproca</b>	<b>Base normativa do respeito</b>
Relações jurídicas democráticas	Igualdade deliberativa
Relação interna da família	Necessidades particulares
Relação social de trabalho	Desempenhos individuais

Honneth (2009) pontua que, para fomentar a autonomia individual, além da promoção dos três princípios expostos, deveria ser exigida a inclusão de todos os sujeitos nas relações de reconhecimento. A teoria da justiça relacional considera que

<sup>244</sup> Adjetivei desse modo a teoria da justiça para diferenciá-la de outros modelos de teorias plurais da justiça e enfatizar a necessidade das relações intersubjetivas à autonomia individual. Teorias de justiça como a de Honneth ou de Barzotto parecem pressupor que o indivíduo é, por essência, relacional e que a justiça decorre dessa relação entre indivíduos (ELTON, 2012). Esse pressuposto seria, contudo, incompatível com teorias de justiça pós-positivistas como a de Alexy, que parecem pressupor que a relação entre indivíduos seria uma hipótese e que a justiça independeria da relação existente entre indivíduos (ELTON, 2012).

as decisões que compõem a formação democrática da vontade são provisórias, partidárias e distorcidas até o momento em que todos tornem-se autônomos, já que a autonomia individual pressupõe a liberdade de apresentar-se e posicionar-se publicamente.

Em um recente estudo, Honneth (2008) analisa ainda as condições normativas da moderna organização do trabalho, questionando se subjazeriam a ela normas indispensáveis para sua capacidade de funcionamento. Segundo Honneth (2008), o trabalho não perdeu sua relevância no mundo socialmente vivido, apesar dos prognósticos do fim da curta fase do trabalho assalariado garantido pelo Estado Social e de a teoria crítica e a sociologia terem relegado o trabalho e se voltado precipuamente a temas como a integração social, os direitos de cidadania e os processos de transformação cultural. Para criticar as relações de trabalho existentes, isto é, as relações sociais de emprego e ocupação<sup>245</sup>, o autor faz uma distinção entre crítica externa<sup>246</sup> e crítica imanente da organização do trabalho. Em síntese, a crítica imanente seria aquela que teria um “padrão de medida que seja interno às próprias relações criticadas como uma reivindicação justificada, racional” (HONNETH, 2008, p. 54).

Subsidiando-se nas teorias de Hegel<sup>247</sup> e Durkheim<sup>248</sup>, Honneth (2008, p. 64) assevera que “o mercado capitalista de trabalho não é apenas um meio para o

---

<sup>245</sup> Anota-se que o conceito de relação social de emprego e ocupação ora adotado é mais amplo que o conceito jurídico de relação de emprego, ou mesmo, de relação de trabalho. A nosso juízo, é um conceito mais amplo, como o ora adotado, que corresponde ao valor social do trabalho, fundamento do ordenamento jurídico brasileiro.

<sup>246</sup> As críticas externas seriam aquelas que “se baseiam normativamente em formas de atividade que permanecem somente externas ao objeto criticado na medida em que apresentam estruturas de execução que não podem ser igualmente constitutivas para todos os trabalhos necessários na esfera da economia” (HONNETH, 2008, p.50). O autor cita, como exemplos de críticas externas, as utopias do trabalho do século XIX. Os modelos da atividade artesanal e da produção artística, fundamentados, respectivamente, na cooperação voluntária e atividade autogerida e nos elementos de subjetivação, criticavam a forma de organização capitalista do trabalho. Nesse sentido, ele afirma que “Dependendo da orientação da visão de mundo, no modelo da atividade artesanal eram destacados os traços de uma cooperação voluntária e uma atividade autogerida, ou os elementos de uma subjetivação: no primeiro caso, a nova forma capitalista de trabalho assalariado parecia condenável porque ela destruía a cooperação criativa dos sujeitos trabalhadores, no segundo caso, porque ela decompunha o processo orgânico de objetivação das próprias habilidades e as dividia em segmentos parciais, em si mesmos destituídos de importância” (HONNETH, 2008, p.49). O autor afirma que “o modelo romanticamente distorcido do trabalho artesanal e o ideal estético da produção artística” (HONNETH, 2008, p.50) não exerceram influência na luta dos trabalhadores na esfera econômica, pois eles não podiam servir de “modelo de estruturação para todos aqueles procedimentos que eram necessários para a reprodução da sociedade” (HONNETH, 2008, p.50).

<sup>247</sup> Fazendo crítica à nova forma de organização capitalista do trabalho, Hegel sustentava que ela possui duas condições normativas que contribuíam para a integração nas sociedades modernas (HONNETH, 2008). A primeira seria a obrigação generalizada de produzir resultados para o bem geral através do próprio trabalho e a contrapartida correspondente do reconhecimento geral (honra burguesa); a segunda, a dependência recíproca, que assegura a subsistência e autonomia econômica de todos os membros (HONNETH, 2008). Hegel considerava que a própria economia capitalista fazia com que parte da população carecesse da honra burguesa

aumento da eficiência econômica, mas também precisa construir um meio de integração social”, pois somente a perspectiva de crescimento e eficiência econômicos não bastaria para conferir legitimidade moral necessária à integração social da organização capitalista do trabalho. Fazendo uma leitura atual de Hegel, Honneth sustenta que o mercado de trabalho capitalista teria dois pressupostos, “primeiro, que ele dote o trabalho feito profissionalmente com um salário mínimo e, segundo, que dê às atividades desempenhadas uma forma que permita reconhecê-las como contribuição para o bem geral” (HONNETH, 2008, p. 59). Para Honneth, Durkheim, a partir de sua divisão social do trabalho, chega à conclusão semelhante à de Hegel, segundo a qual “cada membro adulto da sociedade com seu trabalho tem direito a dar uma contribuição parcial para o bem-estar geral, pela qual, em contrapartida, lhe cabe uma renda adequada que no mínimo assegure a subsistência” (HONNETH, 2008, p. 61).

Em resposta às teses hegeliana e durkheiminiana, argui-se que o desenvolvimento da economia capitalista implicaria sua desvinculação de toda

---

(HONNETH, 2008). Ele sustentava, contudo, que garantir a subsistência dos necessitados com transferência do Estado Social sem a mediação do trabalho era “contrário ao princípio da sociedade burguesa e ao sentimento de seus indivíduos sobre sua autonomia e honra” (HONNETH, 2008, p. 56). Ele afirma que a crítica de Hegel é imanente, pois: “[...] pertence às próprias condições morais da organização capitalista que as realizações do trabalho do indivíduo não sejam remuneradas apenas com um salário capaz de assegurar a subsistência, mas que também em sua estrutura mantenham uma forma que permitam reconhecê-lo como contribuição para o bem geral fundada em habilidades” (HONNETH, 2008, p. 57). Como solução, ele propunha a existência de duas instituições que protegeriam as condições normativas da organização capitalista do trabalho: a política (que equilibraria a relação entre oferta e demanda) e as cooperativas de corporação profissional (que manteriam a “honra” das habilidades e capacidades de seus membros). Para Honneth (2008), no entanto, essa solução vincula-se excessivamente à fase inicial da industrialização capitalista.

<sup>248</sup> Durkheim também criticou a organização capitalista do trabalho, sustentando que ela possui duas condições normativas que contribuem para a integração social, a equidade e a transparência da divisão social do trabalho (HONNETH, 2008). Sobre isso, Honneth (2008, p. 62) afirma que: “[...] para que os trabalhadores efetivamente possam concordar livremente com os contratos de trabalho, deve ser assegurado primeiramente que existam condições de partida iguais na aquisição das qualificações necessárias e que todas as contribuições sejam remuneradas segundo seu valor real para a comunidade [...] as relações de trabalho mediadas pelo mercado não apenas necessitam estar organizadas justa e equitativamente, mas também devem cumprir a exigência de relacionar as atividades individuais umas às outras de modo mais transparente e inteligível possível.” Para Durkheim, o sentimento de solidariedade necessário para integrar as sociedades modernas provinha não da tradição moral ou religiosa, mas, sim, da realidade econômica, o que torna sua crítica imanente (HONNETH, 2008). A forma especial de solidariedade decorrente das relações de trabalho foi designada por ele de orgânica. Durkheim ainda destacou-se da teoria hegeliana por conceber o trabalho experimentado como significativo e, conseqüentemente, por admitir a reivindicação de um trabalho rico em qualidade e sentido como própria das condições normativas da organização capitalista do trabalho (HONNETH, 2008). Segundo sua linha argumentativa: “[...] as novas relações de trabalho só podem gerar formas “orgânicas” de solidariedade se elas forem experimentadas por todos os trabalhadores como um esforço comum e cooperativo para o bem geral: para dar conta desta situação [...] é necessário que de cada posto de trabalho seja possível divisar em que contexto cooperativo a própria atividade está com a de todos os demais trabalhadores; isto contudo, segundo Durkheim, só é possível se as distintas etapas do trabalho foram tão complexas e exigentes, que o indivíduo possa relacioná-las a partir de sua perspectiva com o restante dos trabalhos socialmente necessários, de modo a fazer razoável sentido” (HONNETH, 2008, p. 62).



moralidade do mundo da vida (HONNETH, 2008). Honneth aponta que novos estudos da sociologia econômica e do institucionalismo econômico vêm refutando esse argumento e corroborando as teses hegeliana e durkheiminiana. Esses estudos concluem que certos problemas de mercado só podem ser resolvidos através de regulamentações institucionais ou normativas, pois, entre os participantes, deve haver certo consenso sobre o valor de determinados bens, sobre as regras de uma troca equitativa e sobre a confiabilidade no cumprimento das expectativas, isto é, deve haver uma “série de normas não escritas nem formuladas explicitamente” (HONNETH, 2008, p. 58). Uma característica importante desses pressupostos é que eles “não perdem sua validade mesmo quando factualmente sua vigência é suspensa” (HONNETH, 2008, p. 59). Em outras palavras, o funcionamento do mercado capitalista de trabalho depende de pressupostos que ele próprio não precisa necessariamente cumprir (HONNETH, 2008).

O autor conclui que a existência de critérios imanentes para criticar as relações de emprego e ocupação depende da perspectiva de a integração do mercado capitalista ser sistêmica ou social. Para o autor, o fundamento decisivo para essa escolha é o sofrimento, as vozes e a luta dos trabalhadores do mercado de trabalho capitalista contemporâneo, sugerindo que se deva adotar a perspectiva sistêmica. Ele infere ainda que o trabalho social somente pode ser uma norma imanente se ele for conectado às condições de reconhecimento na moderna troca de realizações, bem como que o funcionamento do moderno mundo do trabalho depende de princípios morais revelados em conceitos como “honra burguesa”, “justiça meritocrática” e “trabalho dotado de sentido” (HONNETH, 2008, p. 64).

Como diagnóstico das relações sociais de emprego e ocupação na moderna organização do trabalho, Honneth (2006) sugere que a institucionalização da ideia normativa de igualdade jurídica na sociedade capitalista burguesa liberal propiciou a ascensão do princípio do mérito individual estruturado na divisão do trabalho. Não obstante, o autor opina que esse princípio, como critério de determinação da estima e da hierarquia social, representa um valor ideológico do novo tipo de sociedade que privilegia a atividade econômica do burguês, homem, independente e de classe média.

## 7.2 Fundamentação ética da ação afirmativa na justiça social

A partir desse referencial teórico, é possível compreender a relevância das relações sociais de emprego e ocupação para a pessoa humana e as consequências da discriminação nesse tipo de relação social. Evidencia-se que a experiência de reconhecimento de solidariedade nas relações sociais de emprego e ocupação possibilita, ao trabalhador, o desenvolvimento da autorrelação prática de estima. Nas relações sociais de emprego e ocupação, o indivíduo pode desenvolver suas capacidades particulares, que poderão ser reconhecidas como valiosas pela sociedade, e, uma vez que isso ocorra, ele experimentará uma relação de estima com os membros de sua comunidade, isto é, colegas de trabalho, empregadores, clientes, vizinhos, amigos e familiares, o que permitirá que ele desenvolva consigo uma relação de autoestima. A autoestima possibilitará, por sua vez, não apenas a autonomia do indivíduo, mas também a participação política deste na sociedade. Portanto, o reconhecimento que é vivenciado por meio das relações sociais de emprego e ocupação pode ser compreendido como uma condição à autorrealização e à autonomia do indivíduo.

À luz da teoria do reconhecimento, também é possível deduzir algumas consequências da discriminação nas relações sociais de emprego e ocupação. A discriminação sofrida nessa relação social pode ameaçar a esfera de reconhecimento da solidariedade e, caso isso ocorra, prejudicar a autoestima do trabalhador, fazendo com que ele sinta-se moralmente degradado. A discriminação pode provocar consequências negativas não apenas à esfera da solidariedade, mas a todas as esferas de reconhecimento (amor, direito e solidariedade), prejudicando, assim, o desenvolvimento das autorrelações práticas que compõem a personalidade (isto é, autoconfiança, autorrespeito e autoestima). Ao afetar a autoconfiança e o autorrespeito do trabalhador, a discriminação pode, por exemplo, dificultar entrada ou permanência do trabalhador no mercado de trabalho. O reconhecimento errôneo provocado pela discriminação também afeta a autoidentidade do trabalhador, reduzindo a capacidade deste de alcançar uma vida boa. Nesse sentido, a discriminação na relação social de emprego e ocupação pode reduzir ou, até, inviabilizar a autonomia do indivíduo e, conseqüentemente, a participação deste em condições de igualdade com outros indivíduos na esfera pública. Assim, percebe-se que a experiência de discriminação nas relações de emprego e ocupação pode levar

a atrofia política dos trabalhadores, impossibilitando-lhes uma condição necessária para a cidadania. Com isso, infere-se que o dano causado pela discriminação poderá ser sofrido, de forma mediata, por toda a sociedade.

Diante desses pressupostos, infere-se, por fim, que a realização de ações afirmativas nas relações sociais de emprego e ocupação pode promover não apenas autorrelação de estima, mas também as duas outras autorrelações práticas, isto é, a autoconfiança e o autorrespeito. A finalidade principal da ação afirmativa seria, portanto, corrigir, imediata ou mediadamente, as formas de reconhecimento errôneo praticadas pela discriminação. Em outros termos, o objetivo geral de uma ação afirmativa seria não o trabalho ou a contraprestação do trabalho, mas, sim, o reconhecimento (ou, dito por termos jurídicos, a dignidade) que dele advém para a pessoa humana.

A discriminação experimentada pelos indivíduos em suas relações sociais, seja em matéria de emprego e ocupação, seja em outros tipos de relação social, provavelmente contribuiu para a recente afirmação, na esfera pública internacional, do princípio da proibição de discriminação. Diante disso, pode-se inferir que o surgimento dos movimentos antidiscriminação em matéria de emprego e ocupação revela que a discriminação viola uma condição normativa da relação social de emprego e ocupação (a condição normativa de respeito à estima do trabalhador), sendo, portanto, injusta. Com efeito, os recentes movimentos sociais ocorridos na sociedade brasileira contemporânea que reivindicam, dentre outros princípios, a proibição de discriminação em matéria de emprego e ocupação podem evidenciar que a discriminação é uma patologia dessa sociedade.

O movimento antidiscriminação em matéria de emprego e ocupação pode ainda ser compreendido como um indicador de que o princípio do mérito individual é um critério legítimo de determinação da estima e da hierarquia social se e somente se outras condições normativas forem respeitadas. Aduz-se que a relação social de emprego e ocupação, antes de ser uma relação de trabalho, é uma relação social. Assim, apesar de prevalecer a justiça do desempenho individual nas relações sociais de emprego e ocupação, não são admitidas a negação ou a violação de outras esferas de reconhecimento. As demandas por proibição de discriminação podem confirmar o argumento de Honneth (2008) de que a condição normativa das relações sociais de emprego e ocupação não é apenas a produção de riquezas ou a subsistência do trabalhador. O trabalho voluntário é, nesse sentido, paradigmático.

Assim, a relação social de emprego e ocupação rege-se normativamente também, por exemplo, pelo respeito aos direitos de personalidade, bem como aos direitos sociais do trabalhador. Por meio das demandas por proibição de discriminação nas relações sociais de emprego e ocupação, é possível evidenciar que a justiça do desempenho individual não é a única que subjaz a esse tipo de relação social. Desse modo, deve-se observar que a proibição de discriminação na relação de emprego e ocupação não é realizada apenas pela promoção de estima social, mas também pela promoção das duas outras esferas de reconhecimento e que essa pode ser uma limitação das ações afirmativas realizadas nesse tipo de relação. Tem-se, assim, que a fundamentação ética e social da ação afirmativa fundamenta-se, pois, em uma crítica imanente das relações sociais de emprego e ocupação contemporâneas, pela qual constata-se que a aplicação exclusiva do princípio do mérito individual seria incompatível com a manutenção da integração sistêmica social e poderia recrudescer as profundas desigualdades sociais existentes na sociedade brasileira contemporânea.

Honneth adverte, contudo, que o sentimento de injustiça, ainda que socialmente evidenciado, não é capaz de revelar, por si só, o conteúdo normativo das relações de reconhecimento correlatas a ele, sendo necessária, para isso, uma ordenação sistemática dos fenômenos históricos e sociais.<sup>249</sup> A importância dessa investigação torna-se ainda maior pelo fato de que não se observa, na sociedade brasileira, um consenso racional jurídico, ético ou político acerca do próprio conceito de discriminação, como restou evidenciado no debate ocorrido na audiência pública da ADPF 186 (STF, 2012).

Por meio dos três princípios normativos do conceito de justiça proposto por Honneth (2009), é possível concluir que o princípio da igualdade deliberativa, isto é, a garantia de igualdade formal conferida pelo direito, não é capaz de conferir ao indivíduo autonomia, se concomitantemente não forem promovidos os dois outros princípios normativos. Honneth (2009) salienta ainda que não basta enunciar alguns princípios de justiça já existentes e socialmente aceitos, é preciso criar um critério normativo do conceito plural de justiça com o qual seja possível compreender e criticar os movimentos sociais contemporâneos a partir do processo de desenvolvimento moral, que há por trás dos acontecimentos históricos e sociais.

---

<sup>249</sup> Nesta dissertação, não se tem o objetivo de proceder a reconstrução normativa sugerida por Honneth para cada fundamento discriminatório contido na norma fundamental do ordenamento jurídico brasileiro.

Cabe, neste ponto, apresentar a análise feita por Honneth (HONNETH; FRASER, 2006) acerca do progresso moral da sociedade. Segundo o autor, o progresso moral da sociedade ocorreria (1) através do desenvolvimento das esferas de reconhecimento (alcançado quando se estabelecem novos limites entre as esferas de reconhecimento), (2) através do processo de individualização<sup>250</sup> (aumento de oportunidade de articular legitimamente diferentes componentes da personalidade) e (3) através do processo de inclusão social<sup>251</sup> (expansão da inclusão de sujeitos no círculo de membros plenos na sociedade). Infere-se disso que as ações afirmativas podem viabilizar o progresso moral da sociedade por meio dos referidos processos, notadamente, o de inclusão social.

Pode-se evidenciar que as políticas de reconhecimento nas relações sociais de emprego e ocupação são necessárias para que os membros de uma sociedade e, em especial, os empregadores reconheçam a contribuição de todo trabalhador, seus desempenhos e suas qualidades profissionais individuais, independentemente de raça, sexo, cor ou qualquer outra característica pessoal não relacionada ao trabalho. Uma das formas de materialização do princípio de justiça social é, pois, a política de reconhecimento. Na medida em que fomentassem e consolidassem o reconhecimento recíproco, as ações afirmativas atenderiam as reivindicações tanto por justiça social (por exemplo, políticas de identidade e proibição de discriminação) quanto por justiça distributiva (por exemplo, redução das desigualdades sociais e igualdade fática). Dessa forma, as ações afirmativas seriam uma expressão da luta por reconhecimento, uma criação jurídica que possibilitaria a promoção e a atualização da estrutura moral da sociedade e das noções de justiça presentes no imaginário social.

Honneth (2003, 2006, 2009) destaca que a esfera de reconhecimento do direito, na era moderna, tem potencial corretivo sobre o desrespeito em outras esferas, podendo garantir, assim, proteção às condições mínimas da identidade nas esferas de reconhecimento do amor e da solidariedade. Nesse sentido, infere-se que, tendo o direito à proibição de discriminação e o direito à ação afirmativa natureza precipuamente jurídica, esses direitos teriam a função a corrigir injustiças que ocorrem nas esferas de reconhecimento do amor e da solidariedade, ou seja, nas relações sociais primárias e nas relações sociais de emprego e ocupação,

---

<sup>250</sup> Progresso qualitativo.

<sup>251</sup> Progresso quantitativo.

garantindo que indivíduos não autônomos pertencentes a grupos vulnerados ou vulneráveis tenham condições mínimas de desenvolver as autorrelações práticas de autoconfiança e de autoestima.

Apesar disso, Honneth (2009) afirma que a esfera jurídica tem limitações, uma vez que a eficácia de direitos está condicionada à existência de políticas públicas e à justificação dos direitos fundamentais na esfera pública. Honneth (2009) sustenta que, para a realização da justiça, também são necessários os meios legais do Estado de Direito e a cooperação de organizações civis não estatais, que, por sua vez, precisam de concepções de justiça mais poderosas e mais realistas para poder tornarem-se ativas no lugar certo com um vocabulário moral adequado.<sup>252</sup> Vale questionar também se a haveria compatibilidade entre o conceito de direito contemporâneo, que pressupõe um concepção antropológica individualista, e o conceito de direito e de justiça de Honneth, fundamentado no conceito de reconhecimento.<sup>253</sup>

A adoção da fundamentação ética das ações afirmativas no reconhecimento implica algumas consequências para a fundamentação jurídica e para a realização do direito à ação afirmativa. O pressuposto de que o princípio normativo a ser promovido na relação social de emprego e ocupação seja o princípio do desempenho individual coaduna-se com o pressuposto contido na Diretiva 2000/78/CE (CONSELHO DA UE, 2000b) de que a exigência de requisitos que sejam considerados essenciais e determinantes para o exercício de uma atividade em virtude de sua natureza ou do contexto de sua execução não é considerada discriminação.

A hipótese ora sustentada coaduna-se também com a transitoriedade das ações afirmativas. Com base nessa hipótese, pode-se inferir que as ações afirmativas seriam necessárias <<até o momento em que os indivíduos sejam autônomos>>. O fundamento ético do reconhecimento dá primazia às ações afirmativas voluntárias, em detrimento de ações afirmativas compulsórias

---

<sup>252</sup> Esse referencial coaduna-se com Oliveira (2011, p. 88-89) para quem “as responsabilidades coletivas não cabem mais apenas a um Estado supostamente autônomo e capaz de dar conta, sozinho, de todas as responsabilidades sociais” e, por essa razão, “necessita-se de uma gestão pública complexa compartilhada e que envolva pelo menos três pilares: a - leis adequadas; b - instituições fortes; e c - legitimidade e participação popular.”

<sup>253</sup> Argumento aduzido pelo Dr. Elton Somensi de Oliveira em banca de qualificação.

(sancionatória ou pedagógica).<sup>254</sup> Também se infere que as ações afirmativas realizadas voluntariamente seriam mais efetivas do que as compulsórias, pois teriam maior probabilidade de realizar a experiência de reconhecimento recíproco. O problema da estigmatização do grupo ao qual são realizadas as ações afirmativas também seria reduzido se as ações afirmativas, de fato, promovessem o reconhecimento recíproco.<sup>255</sup> Caso a realização do direito à ação afirmativa nas relações de emprego e ocupação promovesse o reconhecimento, seria possível evidenciar, empiricamente, o argumento de Honneth de que o reconhecimento tem como consequência a promoção da justiça distributiva.

Destaca-se que a hipótese construída coaduna-se com diversos princípios do ordenamento jurídico brasileiro apresentados na primeira parte desta pesquisa. Diante do acima exposto, é possível atribuir um conteúdo à justiça social, originado das expectativas normativas subjacentes às relações sociais, dentre outras, às relações de emprego e ocupação. Essas expectativas normativas podem ser adotadas como critério hermenêutico para aferição da legitimidade de políticas públicas, leis ou decisões judiciais relacionadas às relações sociais de emprego e ocupação na organização capitalista do trabalho contemporânea. Esse critério hermenêutico também é relevante para a interpretação teleológica e axiológica dos princípios jurídicos, como o da igualdade e o da proibição de discriminação. Se, por um lado, não seria possível uma fundamentação ética absoluta desses princípios, por outro lado, seria possível dar-lhes uma interpretação que seja coerente com um possível consenso ético e político brasileiro.<sup>256</sup>

---

<sup>254</sup> Na doutrina brasileira, há entendimento de que as ações afirmativas possam ser ordenadas. Acerca desse argumento, remete-se o leitor às notas de rodapé nº 122 e 210 desta dissertação. Nos casos na jurisprudência americana *Sheet Metal Workers' e Paradise*, a Suprema Corte americana firmou entendimento de que um Tribunal pode ordenar a um empregador a realização de ações afirmativas com fundamento no Título VII e na Constituição (APPEL; GRAY; LOY, 2005).

<sup>255</sup> Entendemos que, da mesma forma que o argumento de Dworkin favorável às ações afirmativas de evitar o conflito social por meio delas, também seria utilitarista o argumento contrário às ações afirmativas de que as elas poderiam promover conflitos sociais entre os grupos discriminados.

<sup>256</sup> Esse critério hermenêutico é adequado para refutar a distinção dogmática, hodiernamente questionada, entre direitos negativos (liberdade) e positivos (sociais), segundo a qual somente estes eram próprios nas relações sociais de emprego e ocupação (ROMITA, 2009). Conclui-se que a própria legitimidade do direito do trabalho pressupõe que ele não só seja reinterpretado à luz dos fundamentos e princípios fundamentais da CF/88, mas também que ele esteja conectado às condições normativas de reconhecimento na moderna troca de realizações. Por meio do diagnóstico, feito por Honneth (2009), das relações sociais de emprego e ocupação na moderna organização do trabalho, pode-se inferir que o direito do trabalho surgiu da institucionalização da ideia normativa de igualdade jurídica na sociedade capitalista burguesa liberal e propiciou a ascensão do princípio do mérito individual. Não obstante, a relação clássica de trabalho que deu origem e fundamento ao direito do trabalho é atualmente uma exceção, pois sofrem alterações não apenas as relações de trabalho, como também as reivindicações das condições normativas de reconhecimento a ela subjacentes. Com efeito, a teoria relacional de

Observe-se que alguns dos fundamentos normativos de integração sistêmica do mercado capitalista de trabalho, apontados por Honneth (2009), podem estar positivados no ordenamento jurídico brasileiro como, por exemplo, os princípios do valor social do trabalho, da dignidade da pessoa humana, da justiça social e do trabalho decente. É possível afirmar que esse ordenamento jurídico proíbe, nas relações sociais em matéria de emprego e ocupação, formas de desrespeito a quaisquer das esferas de reconhecimento. Assim, o funcionamento do mundo do trabalho na sociedade brasileira teria como condição normativa e, portanto, como critério imanente para criticar suas relações sociais de emprego e ocupação, os direitos fundamentais e sociais do trabalhador.<sup>257</sup>

Confirmar-se-ia, com essa fundamentação ética, o argumento, exposto no capítulo 3, de que a ação de correção da ação afirmativa poderia ocorrer não mediante a garantia de trabalho, direito prestacional em sentido estrito, a todos os trabalhadores pertencentes a grupos discriminados, mas mediante a garantia de direitos prestacionais em sentido amplo e, principalmente, com a realização do direito à proibição de discriminação.

Na hipótese de ser confirmada a interpretação ora proposta de ser possível promover o reconhecimento na relação de emprego e ocupação, uma ação afirmativa poderia nunca cumprir seu objetivo geral, se tivesse como objetivo específico, por exemplo, apenas a promoção da diversidade em todas as profissões ou níveis hierárquicos. No mesmo sentido, poderia ser ineficaz uma ação afirmativa que objetivasse exclusivamente um aumento salarial a um grupo de trabalhadores ou poderia não ter fundamento uma ação afirmativa que objetivasse a promoção a um cargo de igual remuneração. Que formas de reconhecimento seriam promovidas por meio de ações afirmativas realizadas mediante incentivos fiscais? Também seriam controvertidos alguns institutos jurídicos processuais existentes no direito

---

justiça de Honneth amplia o objeto de estudo do direito do trabalho, que historicamente fundamentou-se na visão liberal baseada exclusivamente no distributivismo.

<sup>257</sup> No direito material do trabalho brasileiro vigente, o trabalho é valorado de formas diferentes segundo a função, a complexidade, a experiência, o local, etc. Esses poderiam ser critérios válidos para diferenciação entre trabalhos. Contudo, a utilização de um critério inválido para desvalorizar um determinado trabalho não seria admissível. Nesse sentido, a Constituição Brasileira proíbe-se expressamente a distinção entre trabalho técnico, manual ou intelectual ou entre os profissionais respectivos. A atribuição de determinados trabalhos para determinados indivíduos pode ser uma forma de discriminação. O célebre poema do Bispo Adalberón de Laon expressa uma tentativa de justificar uma divisão do trabalho fundamentada na discriminação segundo a classe social: “na sociedade alguns rezam, outros guerreiam e outros trabalham, onde todos formam um conjunto inseparável e o trabalho de uns permite o trabalho dos outros dois e cada qual por sua vez presta seu apoio aos outros”. Segundo o referencial teórico adotado, todas as espécies de trabalho, que possuem características diferentes, encontram-se na mesma rede de avaliação social e são, da mesma forma, essenciais à comunidade.



brasileiro, como a hipótese reversão, pelo qual o juiz, entendendo que a reintegração ao trabalho possa ser prejudicial ao trabalhador, pode convertê-la em indenização.

Por todas as razões aduzidas, afirma-se que a ação afirmativa poderia encontrar fundamento ético também em teorias de reconhecimento. Ainda que as teorias de reconhecimento não prevejam políticas de redistribuição (porque compreendem a redistribuição como uma implicação lógica do reconhecimento), as ações afirmativas ainda encontram nelas fundamento ético, uma vez que ações afirmativas podem ter, como objeto, exclusivamente a promoção do reconhecimento recíproco, não tendo como objeto, portanto, a redistribuição de bens.

Para Barzotto (L.F., 2010), a validade da fundamentação ética das ações afirmativas deve ser analisada em um ordenamento jurídico de uma comunidade particular. Barzotto (L.F., 2010, p. 106) ensina que “a constituição brasileira tem na justiça social, fundada na ideia de dignidade da pessoa humana, o cerne de seu ideal de justiça”.<sup>258</sup> Apesar de ter sido recorrentemente utilizado no discurso político desde o século XIX e de ter sido positivado em diversos ordenamentos jurídicos, como o brasileiro, o conceito de justiça social é doutrinariamente pouco questionado. A ausência de definição objetiva desse conceito permite a atribuição de diversos conteúdos, que, por vezes, são errôneos, o que ocorre quando é atribuída a esse conceito a ideia de justiça distributiva. Com origem mais remota na justiça legal de Aristóteles, a justiça social pode ser enunciada como “aquilo que é devido ao ser humano simplesmente pela sua condição humana” (L. F., 2010, p. 86).<sup>259</sup> De acordo com o referencial adotado, o conceito de justiça social deve ser apreendido, por fim, pelo conceito de dignidade da pessoa humana. Barzotto (L. F., 2010, p. 41) define que “a dignidade da pessoa humana exige o reconhecimento do ser humano como pessoa, isto é, como mistério, absoluto e sagrado, transcendente à cognição, à deliberação e à instrumentalização”.<sup>260</sup> A relação de fundamentação construída pelo

---

<sup>258</sup> Segundo Barzotto (L.F., 2010), a justiça social é valor-fim da ordem econômica e da ordem social brasileiras.

<sup>259</sup> Adotou-se, como referencial, o conceito de Barzotto (L.F., 2010). Estruturando o conceito de justiça social, o autor observa que a justiça social (1) regula um tipo específico de relação social, a relação entre o indivíduo e a comunidade; (2) tem, como objeto, o bem comum; (3) aplica-se a um tipo específico de atividade social, o reconhecimento; (4) tem, como sujeito, a pessoa humana; (5) tem, como dever, a reciprocidade; (6) tem, como critério de adequação, a dignidade; (7) expressa-se pela fórmula “a todos a mesma coisa”; e (8) tem, como fundamentação ética, a humanidade como fim.

<sup>260</sup> Adotou-se, como referencial, o conceito de Barzotto (L.F., 2010). O conceito de reconhecimento de Barzotto (2010) difere do conceito de Honneth, apresentado no tópico 7.1. Ensina Barzotto (L.F., 2010, p. 28-29) que “[...] a identificação de alguém como pessoa em uma situação concreta não depende da filosofia, mas de uma atitude que será chamada de ‘reconhecimento’. [...] O reconhecimento consiste na captação do valor positivo de

autor dá-se, portanto, por meio dos conceitos de justiça social, dignidade da pessoa humana e reconhecimento. Aplicando seu argumento à ação afirmativa, Barzotto (L.F., 2010) sustenta a tese de que, no ordenamento jurídico brasileiro, a ação afirmativa com fundamento na justiça comutativa ou na justiça distributiva seria inconstitucional.

Isso não implica, contudo, que a ação afirmativa não possa ter fundamento ético na justiça social. A partir da conclusão do autor, o jurista pode-se questionar se haveria alguma fundamentação ética da ação afirmativa compatível com o cerne ético do ordenamento jurídico brasileiro. Para sustentar uma hipótese, pode-se utilizar o conceito de reconhecimento, denominador entre a ação afirmativa e a justiça social. Antes de buscar a compatibilidade entre ação afirmativa e justiça social, é necessário investigar se o principal fundamento normativo da ação afirmativa, sustentado no capítulo 3, isto é, o direito à proibição de discriminação é compatível com a justiça social. Nos tópicos 2.2 e 3.1, fundamentou-se o conceito de discriminação por meio da noção de dignidade. Como dever da justiça social, a proibição de discriminação é um dever que toda pessoa humana tem de não discriminar. Esse é um encargo que tem um sujeito abstrato. Por outro lado, também é direito de toda pessoa humana não ser discriminada. Trata-se, portanto, de um dever e um direito que são recíprocos entre quaisquer pessoas humanas e, assim, o direito à proibição de discriminação teria fundamento na justiça social. Se é dever de todos não discriminar, não seria dever de todos corrigir a violação desse dever? Segundo Barzotto (L.F., 2010, p. 88), “é precisamente próprio da justiça social exigir dos indivíduos o quanto é necessário ao bem comum”. Deveria haver uma razão para que esteja proibido discriminar outra pessoa humana, mas esteja permitido que outrem discrimine outra pessoa humana. Como seria possível definir o bem comum de uma comunidade que, por um lado, proíbe todos de discriminar (com fundamento da dignidade da pessoa humana), e, por outro lado, também proíbe todos de impedir uma discriminação que está sendo praticada por outrem (também com fundamento da dignidade da pessoa humana)? Permitir que se impeça uma discriminação é reafirmar, concomitantemente, a dignidade em comum e o dever de toda pessoa

---

uma identidade e, portanto, é um conceito correlativo ao de dignidade. Toda dignidade exige reconhecimento, e todo reconhecimento tem por objeto a dignidade. O reconhecimento ocorre quando alguém manifesta, por sua atitude, o valor que percebe na identidade de outrem.”. Um dos pressupostos que os conceitos têm em comum é que, para ambos os autores, o reconhecimento decorrem da experiência.

humana de não discriminar.<sup>261</sup> Nesse sentido, comungamos do pensamento de Rios (2008, p. 199-200), quem argumenta que:

[...] não ser submetido a tratamento discriminatório, sem dúvida, faz parte dos bens constitucionais fundamentais, absolutamente necessários para a plena realização do ser humano no ordenamento constitucional brasileiro de 1988. Não ser discriminado faz parte inegável daquilo que é devido a cada ser humano em nossa sociedade. [...] Já a promoção do bem de todos, sem preconceitos e quaisquer formas de discriminação é um dever de todos, em termos de justiça social, cujos frutos e políticas a tanto destinadas são elementos constitucionalmente devidos a todos em virtude do respeito à dignidade humana de cada um.<sup>262</sup>

Adotando como referencial a teoria de reconhecimento de Honneth (2003), pode-se sustentar que as relações sociais de emprego e ocupação podem promover o reconhecimento e, se promoverem o reconhecimento, as ações afirmativas nelas realizadas promoveriam a dignidade da pessoa humana e seriam compatíveis com a justiça social.

Destaque-se que, em teorias bidimensionais como a de Nancy Fraser, também são sustentados argumentos de fundamentação ética para as ações afirmativas, visto que essas teorias também defendem políticas de redistribuição

---

<sup>261</sup> Destaca-se, na doutrina brasileira, a tese de Barzotto de que as ações afirmativas não têm fundamentação ética na justiça comutativa e na justiça distributiva. Em respeito aos limites desta pesquisa, não serão desenvolvidas todas as premissas do referencial teórico desta abordagem crítica. Ressalte-se, contudo, que os argumentos do autor também poderiam ser aplicados ao principal fundamento normativo de validade das ações afirmativas, isto é, o princípio da proibição de discriminação. Outra hipótese de pesquisa seria analisar os argumentos a partir do conceito de ação afirmativa construído no capítulo 3, uma vez que esse conceito é diferente do pressuposto pelo autor. Também vale ser investigada a relação entre o pressuposto de Barzotto de que, segundo Tomás de Aquino, a justiça particular (comutativa e distributiva) não estaria alheia ao bem comum e o argumento anteriormente apresentado de que não podem ser desrespeitadas outras esferas de reconhecimento da relação de emprego e ocupação. Nesse sentido, pode-se investigar se a igualdade proporcional pode se fundamentar em uma relação que violou a igualdade absoluta entre pessoas humanas. Apontam-se também diferenças entre o conceito aristotélico de justiça comutativa e distributiva e os conceitos de justiça comutativa e distributiva atuais, como advertem Posner (2007) e Fleischacker (2006). Salienta-se também que a análise de Barzotto pressupõe um direito social de justiça distributiva, que poderia ser substituído por um direito social de justiça social, como o trabalho. Pode-se questionar também se, sob o fundamento de que a condição normativa de reciprocidade foi violada, poderia o direito proibir a correção da discriminação e desobrigar o indivíduo discriminado do seu dever de não discriminar? A consequência dessa perspectiva é a destruição, ainda maior, da condição normativa de igualdade entre os cidadãos de uma comunidade política. Segundo o referencial de Honneth, a violação da condição de igualdade seria uma das causas para que se desencadeie uma luta por reconhecimento, que reivindica a condição normativa original e a atualiza. Barzotto (2010, p. 106) também pressupõe que “Para aquele que se coloca do ponto de vista do direito constitucional brasileiro, a questão que se coloca é a seguinte: qual é o *status* do bem *vaga* no ensino superior? Se ele faz parte do que os brasileiros consideram como um bem absolutamente necessário para a plena realização do ser humano, ele é devido a todos em virtude da dignidade da pessoa humana, independente da pertença a este ou àquele grupo étnico.” Se a questão de saber <<quais são os bens básicos>> tem origem kantiana, poder-se-ia pressupor uma questão que tivessem fundamento no conceito de reconhecimento, como, por exemplo, <<quais são os bens que as pessoas de um comunidade reconhecem-se reciprocamente>>.

<sup>262</sup> Esse argumento corrobora o argumento do capítulo 3, fundamentado em Alexy, de que o direito à ação afirmativa associa-se, precipuamente, ao direito à proibição de discriminação, o qual é um direito fundamental.

para realizar condições fáticas necessárias à experiência de reconhecimento.<sup>263</sup> Fraser exemplifica que, na sociedade americana, há casos em que trabalhadores homossexuais não possuem um diferencial salarial em relação a trabalhadores heterossexuais. Contudo, há desrespeito a esferas de reconhecimento desse grupo de trabalhadores em seus ambientes de trabalho, o que fundamentaria as demandas desses trabalhadores por reconhecimento.

É importante considerar que, em casos como esse, as medidas antidiscriminatórias trabalhistas existentes no direito brasileiro, cuja grande maioria são salariais, seriam ineficazes. Diversos exemplos podem ser citados. Se, por exemplo, é a negação de reconhecimento que impede a ascensão de mulheres negras a cargos de chefia, a imposição dessa ascensão, por meio de uma ação afirmativa, poderia causar ainda mais desrespeito ao grupo de trabalhadoras mulheres negras. Nessa circunstância, uma promoção poderia ser, com efeito, uma forma de discriminação na relação de emprego e ocupação. É possível, assim, supor que uma ação afirmativa adotada sem política de reconhecimento pode tanto ser ineficaz quanto causar ao trabalhador e ao grupo ao qual ele pertence um dano ainda maior. Possíveis evidências de que a relação de emprego e ocupação não tenha fundamento exclusivo na justiça distributiva são que, até os dias atuais, há forte intervenção estatal nessas relações privadas de trabalho e o trabalhador continua tendo, como regra, a condição de hipossuficiente na relação social de emprego e ocupação. Ademais, vale questionar: que efeito teria a exclusiva distribuição de bens para a autonomia do indivíduo? Deve-se cogitar que o indivíduo a quem os bens foram distribuídos poderia continuar sem as experiências de reconhecimento, uma vez que, de nenhuma forma, os bens garantem a ele reconhecimento. Ao fim e ao cabo, a distribuição de bens poderia não contribuir, em absoluto, para a aquisição de autonomia. Ademais, essa distribuição, caso seja feita de forma injusta (no sentido proposto por Honneth), poderia enfraquecer, ainda mais, os laços de solidariedade que uniam os grupos envolvidos. Da mesma forma, valeria questionar se a promoção de práticas sociais e institucionais poderia garantir

---

<sup>263</sup> Corroborando essa assertiva, tem-se que o Ministro Lewandowski e a Vice-Procuradora Geral da República, Deborah Duprat, utilizaram a teoria bidimensional de Nancy Fraser, respectivamente, em seus relatório e parecer da ADPF 186 (STF, 2012). Esse entendimento foi adotado, na doutrina brasileira, por Rios (2008) e por Ikawa (2008). Ikawa (2008, p. 7) sustenta o direito individual constitucional à “redistribuição não apenas de bens, mas de status econômico e de reconhecimento”. Os fundamentos desse direito estão resumidamente apresentados na nota de rodapé nº 116 desta dissertação. Segundo nossa interpretação de Fraser, o termo <<redistribuição>> utilizado por Fraser refere-se a bens, e não a status econômico ou a reconhecimento. Para Fraser, a redistribuição de bens é o que promoveria *status* econômico, em algumas circunstâncias, necessário ao reconhecimento.

a experiência de reconhecimento. Não se encontrou argumento para responder, positiva ou negativamente, esse questionamento.

A nosso juízo, a teoria de Fraser parece associar-se mais às teorias do liberalismo que às teorias do comunitarismo.<sup>264</sup> Uma das principais diferenças conceituais da autora com as teorias liberais é seu argumento de que a razão última da redistribuição é o reconhecimento.<sup>265</sup> A autora, contudo, utiliza o mesmo pressuposto kantiano das capacidades essenciais para a agência humana para justificar direitos básicos necessários à experiência de reconhecimento.<sup>266</sup> Um dos fundamentos apresentados por Fraser para a redistribuição é, portanto, diferente daqueles que Dworkin sustenta para a fundamentação da redistribuição, os quais, segundo Barzotto (L.F., 2010), fundamentam-se no utilitarismo. Com Fraser (2006), pode-se perceber que a justiça distributiva poderá não ter apenas fundamentos utilitaristas, uma vez que a autora sustenta que a redistribuição poderia ser uma condição necessária para o reconhecimento. Dessa forma, refuta-se a hipótese de que o utilitarismo seja o único argumento para fundamentar as ações afirmativas na justiça distributiva. A nosso juízo, os argumentos utilitaristas de Rawls e de Dworkin para fundamentação da ação afirmativa na justiça distributiva poderiam não ser, portanto, a fundamentação redistributivista mais sólida.

Como pode ser constatado, as teorias sociais liberalistas têm pressupostos teóricos muito diferentes das teorias sociais comunitaristas, fundamentadas no conceito de reconhecimento. É, no mínimo, incerto utilizar fundamentos decorrentes de perspectivas filosóficas diferentes sem justificar a compatibilidade entre eles. Por esta razão, para fundamentar eticamente a ação afirmativa, deve-se ter muita atenção a essas diferenças e zelo ao tentar comungar modelos teóricos tão diferentes. Essa justificação, infelizmente, não se observou na grande maioria da doutrina jurídica brasileira.

---

<sup>264</sup> Em decorrência dos argumentos que utiliza para justificar a redistribuição de bens básicos, Fraser parece associar-se aos seguidores da teoria redistributiva de Rawls, dentre os quais podem ser citados Dworkin, Cohen, Sem e Nussbaum (FLEISCHACKER, 2006). Segundo Fleischacker (2006), as principais questões investigadas a partir da teoria de Rawls são o alcance da distribuição (quais bens, em qual quantidade, a quais pessoas devem os bens ser distribuídos?), a oposição ao libertarismo e as extensões da justiça distributiva.

<sup>265</sup> Por outro lado, a teoria de Fraser não pode ser classificada como uma teoria comunitarista. Nesse sentido, uma das diferenças entre a teoria de Fraser e de Honneth seria a relação de precedência, em algumas circunstâncias entre redistribuição e conhecimento. Ao passo que aquela teoria sustenta a precedência da redistribuição em algumas circunstâncias; esta sustenta sempre a precedência do reconhecimento.

<sup>266</sup> Apesar de a referida autora fundamentar-se, a esse respeito, em Kant, Elton (2012) recorda que os bens fundamentais ao ser humano são investigados desde Aristóteles.

Se o ideal são políticas de redistribuição associadas a políticas de reconhecimento ou exclusivamente políticas de reconhecimento, essa é uma questão que apenas o aprofundamento das teorias sociais contemporâneas pode, futuramente, responder. O fato é que se pôde evidenciar que as políticas de reconhecimento podem ser necessárias nas relações sociais de emprego e ocupação. Nesse sentido, afirma Silva (Josué, 2008) que o modelo político-social redistributivista não pode ser adotado como único paradigma, pois as profundas alterações pelas quais passaram as relações sociais de emprego e ocupação revelaram ainda mais insuficiências desse modelo. Uma aplicação do direito fundamentada na justiça distributiva deveria, ao menos, justificar por que o paradigma redistributivo é suficiente para garantir a autonomia aos indivíduos, bem como a equidade e a transparência das trocas próprias das relações sociais de emprego e ocupação.

Infere-se, por fim, que a pressuposição de uma fundamentação ética implica consequências na fundamentação jurídica. Quem, por exemplo, compreende a ação afirmativa como reparação de discriminações passadas, fundamenta-as, eticamente, na justiça comutativa e redistributiva e, juridicamente, no direito à igualdade fática. Ao contrário, quem compreende a ação afirmativa como correção de uma discriminação atual, fundamenta-as, eticamente, na justiça social e, juridicamente, no direito à proibição de discriminação, conforme pode ser observado no quadro abaixo<sup>267</sup>:

Quadro 04 – Relação entre a fundamentação ética e a fundamentação jurídica das ações afirmativas

<b>Teorias</b>	<b>Fundamento ético</b>	<b>Argumentos aduzidos</b>	<b>Principal fundamento jurídico</b>
Liberalistas	Redistribuição (justiça particular)	Correção de discriminação passada, diversidade, correção de distorções em testes <sup>268</sup> , condições mínimas, etc.	Igualdade fática
Comunitaristas	Reconhecimento (justiça social)	Autoconfiança, autorrespeito, autoestima.	Proibição de discriminação

Os argumentos das teorias liberalistas são muito discutidos.<sup>269</sup> Repisa-se que há um importante pressuposto ético na associação das ações afirmativas

<sup>267</sup> Esse quadro não é uma sistematização das fundamentações éticas existentes para a ação afirmativa; é apenas uma simples contraposição que visa a evidenciar que existem relações entre a fundamentação ética e a fundamentação jurídica das ações afirmativas.

<sup>268</sup> Os três primeiros argumentos são apontados por Sandel (2012).

exclusivamente ao direito à igualdade fática. Quem faz essa associação pressupõe que o fundamento ético das ações afirmativas é o de redistribuição. É provável que, justamente por associar a ação afirmativa exclusivamente ao direito à igualdade fática, alguns autores admitem que a pessoa jurídica também seja titular do direito à ação afirmativa.

Para a investigação da hipótese ora sustentada, outras teorias poderiam ser contrapostas. Uma abordagem crítica dessa hipótese poderia ser realizada a partir do referencial teórico, por exemplo, de Arendt (2010). Assim como a teoria de Honneth pressupõe o reconhecimento nas três esferas para a autonomia do indivíduo, a teoria de Arendt<sup>270</sup> pressupõe duas atividades humanas fundamentais para o desenvolvimento de uma terceira, a ação, a qual realizaria a condição propriamente humana: a pluralidade, *conditio per quam* de toda a vida política (ARENDR, 2010, p. 8-9). Adotando-se como referencial a teoria de Arendt, pode-se inferir que uma ação afirmativa poderia possibilitar a um trabalhador discriminado a realização das duas primeiras atividades fundamentais, isto é, a do trabalho (por meio da inclusão do trabalhador no mercado de trabalho), e a da obra (por meio da fabricação de artefatos que compõem um mundo diferente do mundo natural). Em respeito aos limites desta pesquisa, não será possível desenvolver os argumentos da teoria arendtiana necessários à construção dessa abordagem. É possível, todavia, brevemente pontuar argumentos de refutação dessa hipótese.

---

<sup>269</sup> Assim, por exemplo, na doutrina brasileira, Goldmeier (2011), quem realizou um estudo crítico acerca da fundamentação das ações afirmativas nas teorias do utilitarismo e do liberalismo, sustenta que o argumento da correção de discriminações passadas seria incompatível, inclusive, com os pressupostos das teorias do liberalismo igualitário. Em sentido contrário, a Suprema Corte americana já determinou que, segundo Título VII, esse argumento é válido (APPEL; GRAY; LOY, 2005). Também sobre o argumento da diversidade, há controvérsia. O estudo crítico sobre os quarenta anos de realização de ações afirmativas nas relações de emprego e ocupação nos EUA (APPEL; GRAY; LOY, 2005) sugere que o fundamento da diversidade não apenas seja admitido jurisprudencialmente, como também seja incluído no Título VII, através de emenda legislativa, sob o fundamento de que a utilização desse fundamento evita alguns dos principais empecilhos que os empregadores têm ao realizar ações afirmativas, apresentados na nota de rodapé nº 211 desta dissertação.

<sup>270</sup> Em respeito aos limites desta pesquisa, também não serão desenvolvidas todas as premissas do referencial teórico desta abordagem crítica. Segundo Arendt (2010), o trabalho é uma das três atividades humanas fundamentais, que realiza uma das três condições humanas: a vida. Arendt (2010, p.8) argumenta que “o trabalho é a atividade que corresponde ao processo biológico do corpo humano, cujos crescimento espontâneo, metabolismo e resultante declínio estão ligados às necessidades vitais produzidas e fornecidas ao processo vital pelo trabalho”. Conforme a teoria de Arendt, outra atividade fundamental do ser humano é a obra, que realizaria a condição humana da mundanidade. A autora (ARENDR, 2010, p. 8) explica que “a obra é a atividade correspondente à não naturalidade da existência humana [...] proporciona um mundo ‘artificial’ de coisas, nitidamente diferente de qualquer ambiente natural”, cuja razão é conferir “uma medida de permanência e durabilidade à futilidade da vida mortal e ao caráter efêmero do tempo humano” (ARENDR, 2010, p. 10). Foi Arendt quem evidenciou que, desde a tradição grega, existia uma distinção, outrora mais nítida, entre trabalho (realizado pelo *animal laborans*) e obra/fabricação (realizado pelo *homo faber*), manifestada pela contraposição das expressões o “trabalho de nosso corpo” e a “obra de nossas mãos” (ARENDR, 2010). Essas duas atividades humanas, trabalho e obra, compõem ainda hodiernamente o significado do termo “trabalho”.

Considerando o diagnóstico da própria autora de vitória do *animal laborans* sobre o *homo faber* na era moderna, a probabilidade de ocorrer a referida hipótese, principalmente quanto ao desenvolvimento da atividade fundamental de *homo faber* pelo trabalhador, seria, em geral, pequena e sempre variaria no caso concreto, ficando, portanto, a utilização desse argumento prejudicada em um discurso pragmático sobre ações afirmativas. Sob o mesmo argumento, não se poderia fundamentar as ações afirmativas na probabilidade que elas teriam de contribuir para a atividade humana da ação ao promover a pluralidade no ambiente de trabalho, uma vez essa probabilidade seria ainda mais remota.

Analisando a fundamentação ética das ações afirmativas, Posner (2007) aponta as insuficiências dos argumentos associados à justiça distributiva. O autor afirmar que o jurista “não irá longe na tentativa de formular uma teoria de justiça distributiva, e logo terá de se voltar para o filósofo político ou moral, mas ao fazê-lo estará tentando acabar com a obscuridade através de um mergulho numa obscuridade ainda maior” (POSNER, 2007, p. 449). Ele sugere que seja possível encontrar fundamentos no conhecimento fático do fenômeno, o que também não seria uma fundamentação suficiente.<sup>271</sup> Para Posner (2007, p. 467-468), a tentativa de Dworkin de atribuir uma base moral à ação afirmativa é um exemplo de fracasso da filosofia moral<sup>272</sup>, pois Dworkin:

nunca leva em conta quais poderiam ser as consequências da ação afirmativa [...] Todas essas questões dizem respeito mais diretamente à resposta jurídica apropriada à ação afirmativa do que à especulação sobre o que significa, abstratamente, tratar as pessoas com igual consideração e respeito.

---

<sup>271</sup> Justifica o autor que: “Ao criticar os esforços por extrair direitos legais de princípios morais numa sociedade de pontos de vista morais tão diversificados quanto a nossa, espero que não se pense que eu esteja exagerando a diferença entre fatos e valores. Se tivéssemos conhecimento suficiente, muitos de nossos dilemas morais desapareceriam. [...] O debate moral ocorre mais ferozmente numa atmosfera de ignorância factual; é quando as pessoas carecem de um conhecimento objetivamente reproduzível que elas se apegam a intuições arraigadas na psicologia e na formação individuais, bem como nas experiências pessoais. Mas isso não serve de consolo para o direito, dada sua insuficiente percepção dos fatos e sua resistência ao ethos científico.” (POSNER, 2007, p. 471)

<sup>272</sup> Posner (2007, p. 384-385) justifica que: “Um caso como o de Weber não pode ser decidido por um método de interpretação neutro; clama um julgamento político ou ético. Ronald Dworkin respondeu a esse clamor; ele argumenta que a ação afirmativa pode ser justificada pelo conceito de igualdade. Seu argumento ilustra a dificuldade de resolver – “burlar” talvez fosse um termo melhor – as questões de interpretação em bases substantivas (isto é, políticas públicas). [...] A abordagem de Dworkin tenta fazer no varejo aquilo que os cânones substantivos de interpretação [...] tentem fazer no mercado: transferir o plano de análise do modo de extrair o significado que, pode-se dizer, os legisladores introduziram na lei, para o modo de conferir o melhor significado ético ou político.”



Segundo Posner (2007), uma hipótese na justiça social, como a sustentada no capítulo 7, não traria mais avanços do que uma fundamentação na justiça corretiva ou na justiça distributiva traz para a fundamentação de decisões jurídicas sobre ação afirmativa.<sup>273</sup> Sua principal crítica à proposta comunitarista é que elas não conseguem responder como seria possível extrair a norma moral subjacente em uma sociedade tão plural quanto a contemporânea. Afirma o autor que “abordagens comunitárias [...] não sustentam o projeto de fazer do direito um campo determinado e autônomo de pensamento e ação sociais. Na verdade, elas apontam para a direção contrária.” (POSNER, 2007, p. 527). Quanto à possibilidade de encontrar fundamentos seguros para a ação afirmativa, Posner declara-se cético, fundamentando que:

[...] vejo com ceticismo a possibilidade de que a filosofia moral tenha muito a oferecer ao direito em termos de respostas a questões jurídicas específicas, ou mesmo de suporte em geral. O valor fundamental da filosofia moral para o direito é crítico. Ajudar-nos a identificar as fraquezas das teorias sociais ambiciosas que poderiam ser usadas para gerar, validar ou revogar obrigações jurídicas. (POSNER, 2007, p. 466).

Os métodos da filosofia moral e política não são poderosos o bastante para solucionar os debates morais que afetam profundamente as pessoas, nem para oferecer bases sólidas para os julgamentos legais depois de tê-los resolvido. Na verdade, por mais frágeis que sejam os métodos de raciocínio jurídico, não são mais frágeis do que os métodos de raciocínio moral. (POSNER, 2007, p. 472).

A crítica de Posner (2007) permite evidenciar que, se, por um lado, é necessário buscar fundamentos de validade nos elementos fáticos e valorativos do fenômeno jurídico (BARZOTTO, 2007), por outro lado, encontrar esses fundamentos é mais difícil do que pode parecer.<sup>274</sup>

<sup>273</sup> O autor analisa e refuta argumentos não apenas de liberais, mas também de utilitaristas, libertários, sociobiologistas e comunitaristas. O autor aponta as insuficiências de abordagens contemporâneas que adotam pressupostos aristotélicos, mas não as desenvolve.

<sup>274</sup> Criticando a solução encontrada por Dworkin para o problema de fundamentar as ações afirmativas, Sandel (2012) sugere que talvez não seja possível dissociar as questões de justiça das questões éticas ou políticas. Manifesta o autor que “Relacionar debates sobre justiça a discussões sobre honra, virtude e o significado dos bens pode parecer uma boa receita para a eterna divergência. As pessoas têm concepções diferentes de honra e virtude. A missão que devem ter as instituições sociais – sejam universidades, corporações, exército, profissões ou a comunidade política em geral – é contestável e conflituosa. Assim, é tentador procurar uma base para a justiça e para os direitos que mantenha distância dessas controvérsias. Grande parte da filosofia política moderna tenta fazer precisamente isso. Como vimos, as filosofias de Kant e de Rawls são audaciosas tentativas de encontrar um fundamento para a justiça e para os direitos que seja neutro em relação às diferentes concepções do que venha a ser uma vida boa. É hora de ver se os projetos de ambos serão bem sucedidos.” (SANDEL, 2012, p. 226).

### **7.3 Conclusões parciais: condições filosóficas para realização do direito à ação afirmativa em matéria de emprego e ocupação**

A teoria do reconhecimento está longe de ser apenas uma abordagem teórica das patologias sociais contemporâneas. Ela vai além ao superar o abismo entre teoria e prática e tentar legitimar normativamente práticas que promovam, em matéria de emprego e ocupação, a autoconfiança, o autorrespeito e a autoestima do trabalhador, requisitos fundamentais à justiça social e à dignidade da pessoa humana. A partir do referencial teórico adotado, observou-se que as ações afirmativas nas relações sociais de emprego e ocupação têm grande potencial para promover as formas de reconhecimento, notadamente, a de estima social, bem como para corrigir, imediata ou mediadamente, formas de reconhecimento errôneo.

Sustentou-se uma hipótese de as ações afirmativas terem fundamentação ética na justiça social. Além disso, constatou-se que redistribuição e reconhecimento são não apenas possíveis fundamentos éticos de validade das ações afirmativas, mas também são limites à realização do direito à ação afirmativa. Nesse sentido, argumentou-se que a fundamentação ética ora sustentada implica consequências para a realização do direito à ação afirmativa, como foi possível evidenciar com questão da compulsoriedade das ações afirmativas.

Se estiverem corretas as teses de que são inadmissíveis, no ordenamento jurídico brasileiro, a fundamentação ética da ação afirmativa na justiça comutativa e na justiça distributiva (BARZOTTO, 2010), então se conclui que a confirmação de hipóteses de compatibilidade entre ação afirmativa e justiça social, como a ora sustentada, é uma condição ética necessária à realização do direito à ação afirmativa.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio dessa pesquisa, pôde-se observar que o direito à ação afirmativa é um recente objeto de estudo. Foram confirmadas as duas hipóteses inicialmente sustentadas, cujas principais conclusões foram que direito à ação afirmativa (1) tem, como objeto, a correção de uma discriminação; (2) tem, como principais fundamentos jurídicos de validade, o direito à igualdade e o direito à proibição de discriminação; (3) não pode ser associado exclusivamente ao direito à igualdade fática; (4) pode estruturar-se como direito de proteção, direito ao procedimento ou direito social; (5) possui fontes formais no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive constitucionais; (6) não é, em princípio, um direito fundamental; (7) sua fundamentação jurídica é constituída por fundamentos jurídicos, fáticos (estatísticos e econômicos), éticos e políticos; e, por fim, (8) seus fundamentos de validade jurídica são também condições necessárias à realização desse direito.

Constatou-se também que as condições necessárias à realização do direito à ação afirmativa vão além das margens de ação estrutural ou epistêmica do Legislador. Ademais, essas condições necessárias fundamentam-se em pressupostos que não são nem irrefutáveis, nem consensuais, o que implica insegurança, imprevisibilidade e irracionalidade ao direito e às relações sociais que ele visa a regular. Nesse sentido, observou-se a validade jurídica dos fundamentos jurídicos do direito à ação afirmativa variam conforme o referencial procedimentalista adotado. Por outro lado, apesar de essas condições necessárias não serem nem irrefutáveis, nem consensuais, elas conferem legitimidade jurídica e social às ações afirmativas. Elas possibilitam qualificar, de forma mais objetiva, um ato jurídico como ação afirmativa, bem como fundamentar razões suficientes para um tratamento jurídico desigual. É possível também que, à medida que for realizado o direito à ação afirmativa, sejam refutadas ou confirmadas algumas dessas condições, assim como sejam sustentadas novas condições necessárias.

Ao buscar uma fundamentação juridicamente coerente para o direito à ação afirmativa, observou-se que os métodos hermenêuticos existentes são insuficientes e, por essa razão, os fundamentos fáticos, éticos e políticos são também importantes para a fundamentação jurídica do direito à ação afirmativa. Todavia, nenhum dos três elementos do fenômeno jurídico apresenta, atualmente, fundamentos seguros para fundamentar a validade jurídica das ações afirmativas. Observou-se que a

decisão da ADPF 186 (STF, 2012) fundamenta-se em argumentos jurídicos formalmente indefensáveis a partir do referencial teórico de Alexy (2008) e em fundamentação ética possivelmente incompatível com o cerne ético do ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, por ser uma decisão inevitavelmente política colidiu com o princípio formal da divisão de poderes constitucionalmente positivado. Uma vez que a decisão da ADPF 186 (STF, 2012) é uma decisão política, pode-se afirmar que, com essa decisão, há o surgimento de um novo direito. Com isso, inferiu-se que, dentre todos os fundamentos do direito à ação afirmativa que foram analisados, é possível que os fundamentos políticos sejam os mais fortes e determinantes para a validade jurídica do direito à ação afirmativa.

Constatou-se, nas fontes formais apresentadas, que negar a outrem o reconhecimento do direito à correção de discriminações é, também, uma forma de discriminar. Essa pesquisa, por meio da técnica de pesquisa-ação, buscou evidenciar e justificar que esse direito à correção de discriminação já pertence ao mundo jurídico. Para isso, definiu-se o conceito de ação afirmativa e construiu-se uma fundamentação iusfundamental para a validade jurídica do direito à ação afirmativa no ordenamento jurídico brasileiro vigente. Entendemos, contudo, que essa é, dentre outras, apenas uma possível fundamentação do direito à ação afirmativa. Dessa forma, o sentido que ora atribuímos ao direito à ação afirmativa como <<ação de correção de discriminação>> não implica a refutação de outras interpretações da ação afirmativa, mas, sim, a complementação dialética destas. A coexistência de todas as interpretações, própria do método hermenêutico, é o que torna possível a compreensão do fenômeno jurídico e social da ação afirmativa. Determinados pressupostos jurídicos doutrinários foram, contudo, inevitavelmente refutados.<sup>275</sup>

Deve-se advertir que as conclusões dessa pesquisa estão condicionadas aos referenciais teóricos adotados, notadamente os mencionados na introdução, sendo

---

<sup>275</sup> Um dos pesares da realização dessa pesquisa foi a refutação de argumentos sustentados na doutrina brasileira, como, por exemplo, alguns argumentos de Gomes (2001, 2003), principal doutrinador brasileiro sobre ações afirmativas, a quem temos muita estima. Defrontamo-nos com dificuldade semelhante à vivenciada por outros autores ao confrontarem seus grandes referenciais teóricos, a qual foi descrita por Benjamin Constant através das seguintes palavras: “Certamente, evitarei a companhia dos detratores de um grande homem. Quando o acaso faz com que aparentemente eu esteja de acordo com eles sobre um único ponto, começo a suspeitar de mim próprio; e para consolar-me de parecer por um instante defender sua opinião [...] preciso repudiar e conservar distante de mim, tanto quanto eu puder, esses pretensos auxiliares.” CONSTANT, Benjamin. **De la liberté des anciens comparée à celle des modernes**, reeditado em Cours de politique constitutionnelle (1872), II, 549, citado por ARENDT, 2010, p. 97.

conveniente repisar, portanto, que a adoção de outros referenciais teóricos para a análise do direito à ação afirmativa ou a refutação dos referenciais ora adotados poderiam levar a conclusões diversas das alcançadas nessa pesquisa. Como foi possível observar, por exemplo, pelo conceito semântico de norma e pelo conceito de margem de ação, a teoria de Alexy visa a garantir maior segurança jurídica às relações sociais e maior racionalidade e legitimidade ao direito, tão caras às teorias procedimentalistas. Ademais, por respeitar o princípio da democracia e o princípio da divisão de poderes, essa teoria tem a preocupação de não reduzir o fenômeno político no fenômeno jurídico. Em respeito aos limites da presente pesquisa, não se contrapôs a teoria de Alexy a outras teorias pós-positivistas, nem se pesquisou ou buscou refutar os argumentos contrários ao pós-positivismo e ao referencial teórico do direito dedutivo proposto por Alexy. Outros limites dessa pesquisa, que poderiam ser superados em futuras pesquisas, seriam a sistematização da doutrina brasileira sobre o tema, a sistematização de seus argumentos e respectivos referenciais teóricos, a justificação das condições necessárias para a realização do direito à ação afirmativa, o desenvolvimento de estudos interdisciplinares sobre a discriminação e o desenvolvimento de estudos de direito comparado sobre ações afirmativas.

Por meio dessa pesquisa, buscou-se contribuir ao desenvolvimento do debate brasileiro, produzindo novos argumentos a serem pensados, assim como um novo conceito de ação afirmativa. Sustentaram-se hipóteses de condições necessárias para a realização do direito à ação afirmativa e, com isso, espera-se que essa pesquisa tenha contribuído, ainda que em uma medida mínima, para o objetivo de tornar as relações sociais de emprego e ocupação da sociedade brasileira mais justas, mais humanas e, juridicamente, mais seguras. A partir dessa pesquisa, também foi possível sugerir novos objetos de pesquisa, bem como o aprofundamento dos objetos ora investigados, como, por exemplo, a identificação e a sistematização dos direitos e liberdades que são constitucionalmente protegidos no ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, a sistematização dos diversos fundamentos de validade jurídica desses direitos melhoraria, em grande medida, a argumentação jurídica do direito à ação afirmativa. Por meio do direito à ação afirmativa, pôde-se observar a positivação, interpretação e aplicação de direitos fundamentais, como o direito à igualdade e à proibição de discriminação e, por essa razão, essa pesquisa pode ser relevante a outras pesquisas de direitos fundamentais. Foi possível analisar a importância da justificação de novos direitos na

esfera pública para a eficácia de direitos fundamentais nas relações sociais da esfera privada, notadamente, nas relações sociais de emprego e ocupação. Observou-se que, se, por um lado, deve-se considerar que o direito à ação afirmativa é um novo direito, pois essa estrutura do direito à proibição de discriminação apenas está sendo justificada e realizada na conjuntura histórica e social contemporânea, por outro lado, o direito à ação afirmativa é, em sua essência, apenas uma nova manifestação da antiga e complexa questão da igualdade. A investigação do sistema de direitos subjetivos proposto por Alexy e sua aplicação aos princípios que fundamentam o direito à ação afirmativa foi uma tentativa de reduzir a distância entre teoria e prática dos direitos fundamentais. Com a estrutura de direito prestacional em sentido amplo, contribui-se para a solução da dialética entre liberdade e igualdade. Nas palavras de Alexy, por meio dos direitos prestacionais em sentido amplo, tal como é o direito à ação afirmativa, pode-se perceber que o abismo que separa os direitos de tradição liberal dos direitos do Estado Social não é tão profundo quanto se imaginava.

Por fim, concluímos que, se respeitadas as condições necessárias para a realização do direito à ação afirmativa, o novo fenômeno social das ações afirmativas poderá promover diferentes formas de integração social, constituir um importante meio para o desenvolvimento humano e, assim, realizar o valor supremo de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2 ed. espanhola. Trad. Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- ALEXY, Robert. Teoria do discurso e direitos fundamentais. Trad. Maria Cláudia Cachapuz. In: HECK, Luís Afonso (Org.). **Direito natural, direito positivo e direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan. **Igualdade de gênero e ações afirmativas: desafios e perspectivas para as mulheres brasileiras: pós Constituição Federal de 1988**. São Paulo: LTr, 2012.
- APPEL, Richard N.; GRAY, Alison L.; LOY, Nilufer. Affirmative action in the workplace: forty years later. In: **Hofstra Labor & Employment Law Journal**, v. 22, 02 de junho de 2005, p. 549-574.
- ARAÚJO, José Carlos Evangelista de. **Ações afirmativas e Estado democrático social de direito**. São Paulo: LTr, 2009.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 11ª ed. Trad. Roberto Raposo. Rev. Adriano Correia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2012.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2009.
- BARZOTTO, Luciane Cardoso. **Direitos humanos e trabalhadores: atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho e os limites do direito internacional do trabalho**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.
- BARZOTTO, Luciane Cardoso. Igualdade e discriminação no ambiente de trabalho. In: BARZOTTO, Luciane Cardoso (Org.). **Trabalho e igualdade: tipos de discriminação no ambiente de trabalho**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, Escola Judicial do TRT da 4ª Região, 2012.
- BARZOTTO, Luis Fernando. **Filosofia do direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.
- BECKER, Gary Stanley. **The economics of discrimination**. 2ª ed. Chicago: Univ. of Chicago, 1971.
- BITTAR, Eduardo C. B. **Metodologia de pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de direito**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BAUMAN, Zygmunt; MAY, Tim. **Aprendendo a pensar com a sociologia**. Trad. Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010.

BLS. **Current labor statistics: comparative indicators**. Disponível em: <<http://www.bls.gov/pub/mlr/2012/01/cls1201-tables.pdf>>. Acesso em: abr. 2012.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Apres. Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BORCHARDT, Klaus-Dieter. **The ABC of European Union law**. European Commission, Directorate-General for Education and Culture. Luxemburgo: Office for Official Publications of the European Communities, 2010. Disponível em: <[http://europa.eu/documentation/legislation/pdf/oa8107147\\_en.pdf](http://europa.eu/documentation/legislation/pdf/oa8107147_en.pdf)>. Acesso em: jun. 2012.

BORJAS, George J. **Economia do trabalho**. Trad. R. Brian Taylor. 5ª ed. Porto Alegre: AMGH, 2012.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452**, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: jun. 2012.

BRASIL. **Decreto nº 19.841**, de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: jun. 2012.

BRASIL. **Decreto nº 25.696**, de 20 de outubro de 1948. Promulga a Constituição da Organização Internacional do Trabalho e seu Anexo. Disponível em: <[http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent\\_work/doc/constituicao\\_oit\\_538.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf)>. Acesso em: jun. 2012.

BRASIL. **Decreto nº 62.150**, de 19 de janeiro de 1968. Promulga a Convenção nº 111 da OIT sobre discriminação em matéria de emprego e profissão. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: jun. 2012.

BRASIL. **Decreto nº 65.810**, de 08 de dezembro de 1969. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/conv\\_int\\_elimizacao\\_disc\\_racial.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/conv_int_elimizacao_disc_racial.htm)>. Acesso em: jun. 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Atualizada até a alteração da Emenda nº 70, de 29 de março de 2012. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: mar. 2012.

BRASIL. **Decreto nº 591**, de 06 de julho de 1992a. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: jun. 2012.



BRASIL. **Decreto nº 592**, de 06 de julho de 1992b. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: jun. 2012.

BRASIL. **Decreto nº 678**, de 06 de novembro de 1992c. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: jun. 2012.

BRASIL. **Lei nº 9.029**, de 13 de abril de 1995. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: mar. 2012.

BRASIL. **Decreto nº 1.973**, de 1º de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, de 09 de junho de 1994. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>> e <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=122009>>. Acesso em: jun. 2012.

BRASIL. **Decreto nº 2.760**, de 27 de agosto de 1998. Promulga o Protocolo de Reforma da Carta da Organização dos Estados Americanos. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: jun. 2012.

BRASIL. **Decreto nº 3.321**, de 30 de dezembro de 1999. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - Protocolo de San Salvador, de 17 de novembro de 1988. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: jun. 2012.

BRASIL. **Decreto nº 3.956**, de 08 de outubro de 2001. Promulga a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, de 07 de junho de 1999. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: jun. 2012.

BRASIL. **Decreto nº 4.316**, de 30 de julho de 2002a. Promulga o Protocolo Facultativo à Convenção sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: jun. 2012.

BRASIL. **Decreto nº 4.377**, de 13 de setembro de 2002b. Promulga a Convenção sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, inicialmente promulgada pelo Decreto 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: jun. 2012.

BRASIL. **Decreto nº 4.886**, de 20 de novembro de 2003. Institui a Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial - PNPIR e dá outras providências. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: jun. 2012.

BRASIL. **Decreto nº 6.975**, de 07 de outubro de 2009a. Promulga o Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul, de 05 e

06 de dezembro de 2002. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: jun. 2012.

BRASIL. **Decreto nº 6.949**, de 25 de agosto de 2009b. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: jun. 2012.

BRASIL. **Lei nº 12.288**, de 20 de julho de 2010. Institui o Estatuto da Igualdade Racial. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: mar. 2012.

BRASIL. **Lei nº 12.711**, de 29 de agosto de 2012. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: mar. 2012.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Ações afirmativas**. São Paulo: LTr, 2012.

CONSELHO DA UE. **Diretiva 2000/43/CE**, de 29 de junho de 2000a. Aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: jun. 2012.

CONSELHO DA UE. **Diretiva 2000/78/CE**, de 27 de novembro de 2000b. Relativa ao estabelecimento de um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: jun. 2012.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11ª ed. São Paulo: LTr, 2012.

DIEESE. **Anuário dos trabalhadores: 2010/2011**. 11ª ed. São Paulo: DIEESE, 2011. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br>>. Acesso em: abr. 2012.

DIEESE. PED. **A mulher negra no mercado de trabalho metropolitano: inserção marcada pela dupla discriminação**. Série Estudos e Pesquisas, ano II, nº 14, nov. 2005. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br>>. Acesso em: abr. 2012.

DIEESE. PED. **A inserção da mulher no mercado de trabalho da região metropolitana de Porto Alegre**. Série Estudos e Pesquisas, mar 2012. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br>>. Acesso em: abr. 2012.

DIEESE. PED. **A mulher no mercado de trabalho em 2011 - região metropolitana de São Paulo**. Série Estudos e Pesquisas, nº 23, mar 2012. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br>>. Acesso em: abr 2012.

DIEESE; OIT. **Negociação de cláusulas de trabalho relativas à igualdade de gênero e raça: 2007–2009**. Brasília: OIT, 2011. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br>>. Acesso em: abr. 2012.

DORNELES, Leandro Amaral Dorneles de. Teoria geral da relação de emprego e sociedade pós-industrial: algumas reflexões. In: DORNELES, Leandro Amaral Dorneles de; OLIVEIRA, Cíntia Machado de. **Temas de direito e processo do trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

EEOC. **Charge statistics: FY 1997 through FY 2011**. 2012. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/eeoc/statistics/enforcement/charges.cfm>>. Acesso em: abr. 2012.

EEOC. **Enforcement and litigation statistics**. 2012. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/eeoc/statistics/enforcement/index.cfm>>. Acesso em: abr. 2012.

EEOC. **Overview**. 2012. Disponível em: <<http://www1.eeoc.gov/eeoc/index.cfm>>. Acesso em: abr. 2012.

EEOC; BLS. Employment outlook: 2010-2020. In: **Monthly Labor Review**, v. 135, nº 1, jan. 2012. Disponível em: <<http://www.bls.gov/opub/mlr/2012/01/mlr201201.pdf>>. Acesso em: abr. 2012.

EHRENBERG, Ronald G.; SMITH, Robert S. **A moderna economia do trabalho: teoria e política pública**. Trad. Sidney Stancatti. 5ª ed. São Paulo: Makron Books, 2000.

FARIAS, Márcia Medeiros de. **Assédio moral no trabalho**. Entrevista realizada por Ricardo Orlandini em 08 de dez. de 2011 no Programa PontoNet, exibido no canal POA-TV. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=8VhDgIMSEHM>>. Acesso em ago. 2012.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Aspectos jurídicos das ações afirmativas. In: **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 69, n. 2, p. 72-79, jul./dez., 2003.

FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da justice distributiva**. Trad. Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FREDMAN, Sandra. **Discrimination Law**. New York: Oxford University Press, 2002.

FURASTÉ, Pedro Augusto. **Normas técnicas para o trabalho científico: explicitação das normas da ABNT**. 15ª ed. Porto Alegre: s.n., 2011.

GOLDMEIER, Gabriel. **Ações afirmativas a partir da perspectiva do liberalismo igualitário**. Dissertação do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2011.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: (o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. 2003. In: SANTOS, Renato Emerson dos; LOBATO, Fátima (Org.). **Ações afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais**. Rio de Janeiro: DP&A, 2003. Disponível em: <<http://www.neab-proafro.uerj.br/arq/txtrec/O%20debate%20constitucional%20sobre%20as%20politicas%20de%20a%E7%E3o%20afirmativa%20Joaquim%20barboza.pdf>>. Acesso em: ago. 2012.

GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação: sua aplicação às relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

HONNETH, Axel. **Luta por Reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Trad. Luiz Repa. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2003.

HONNETH, Axel. Trabalho e reconhecimento: tentativa de uma redefinição. In: **Civitas**, Porto Alegre, v. 8, n. 1, p. 46-67, 2008.

HONNETH, Axel. A textura da justiça: sobre os limites do procedimentalismo contemporâneo. In: **Civitas**, Porto Alegre, v. 9, n. 3, p. 345-368, 2009.

HONNETH, Axel; FRASER, Nancy. **¿Redistribución o reconocimiento? Un debate político-filosófico**. Madrid: Ediciones Morata, 2006.

IBGE. **Indicadores IBGE: principais destaques da evolução do mercado de trabalho nas regiões metropolitanas abrangidas pela pesquisa – 2003/2011**. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>>. Acesso em: abr. 2012.

IBGE. **PNAD**. 2009. Volume Brasil. v. 30. Rio de Janeiro: IBGE, 2009. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/>>. Acesso em: abr. 2012.

IBGE. **PNAD**. 2011. Volume Brasil. v. 31. Rio de Janeiro: IBGE, 2009. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/>>. Acesso em: abr. 2012.

IBGE. **Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira 2010**. Série Estudos e Pesquisas, nº 27, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>>. Acesso em: abr. 2012.

IKAWA, Daniela. **Ações afirmativas em universidades**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ISENSEE, Josef. Privatautonomie: freiheit zur diskriminierung? – verfassungsrechtliche vorgaben. In: ISENSEE, Josef (Org.). **Vertragsfreiheit und diskriminierung**. Berlin: Duncker & Humblot: Berlin, 2007.

JAEGER JUNIOR, Augusto. **MERCOSUL e a livre circulação de pessoas**. São Paulo: LTR, 2000.

KING JUNIOR, Martin Luther. **Adress at the Mass meeting at the Bishop Charles Mason Temple**, 18 de março de 1968. The Martin Luther King Jr. Research and Education Institute. Disponível em: <<http://mlk-kpp01.stanford.edu/primarydocuments/680318-000.pdf>>. Acesso em: ago. 2012.

LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do poder judiciário no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

LIMA, Firmino Alves. **Teoria da discriminação nas relações de trabalho**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

LOUREIRO, Paulo R. A. Uma resenha teórica e empírica sobre economia da discriminação. In: **Rev. Bras. Econ**, 2003, vol.57, n.1, p. 125-157.

MALLET, Estêvão. Igualdade, discriminação e direito do trabalho. In: **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, v. 76, n. 3, jul./set. 2010, p. 17-51.

MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jaime. In: MARQUES, Cláudia Lima (Org.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Manual de direito e processo do trabalho**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MASTRANTONIO, Simone Aparecida Barbosa. **Ações afirmativas: promoção da cidadania empresarial**. Curitiba: Editora Juruá, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MERCOSUL. **Declaração Sociolaboral**, de 10 de dezembro 1998. Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/declaracoes/1998/declaracion-sociolaboral-del-mercosur>>. Acesso em: jun. 2012.

MERCOSUL. **Resolução nº 84/00 do GMC**, de 07 de dezembro de 2000. Brasília. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/normativa/resolucao/2000>>. Acesso em: jun. 2012.

MERCOSUL. **Protocolo Constitutivo do Parlamento do MERCOSUL**, de 09 de dezembro de 2005. Montevideú. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/tratados-e-protocolos/protocolo-constitutivo-do-parlamento-do-mercosul>>. Acesso em: jun. 2012.

MERCOSUL. **Decisão nº 04/06 do CMC**, de 20 de julho de 2006. Córdoba. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/normativa/decisoes/2006>>. Acesso em: jun. 2012.

MERCOSUL. **Recomendação nº 05/08 do CMC**, de 30 de junho de 2008. San Miguel de Tucumán. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/normativa/recomendacoes/2008>>. Acesso em: jun. 2012.

MERCOSUL. **Recomendação nº 06/08 do CMC**, de 15 de dezembro de 2008. Salvador. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/normativa/recomendacoes/2008>>. Acesso em: jun. 2012.

MERCOSUL. **Declaração Especial dos Presidentes dos Estados Partes do MERCOSUL e Estados Associados sobre Migrações**, de 17 de dezembro de 2010. Foz do Iguaçu. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/comunicados/2010>>. Acesso em: jun. 2012.

MERCOSUL. **Decisão nº 24/11 do CMC**, de 19 de dezembro de 2011. Montevideu. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/normativa/decisoes/2011-1>>. Acesso em: jun. 2012.

MICHAEL, Lothar. As três estruturas de argumentação do princípio da proporcionalidade – para a dogmática da proibição de excesso e de insuficiência e dos princípios da igualdade. Trad. Luís Afonso Heck. In: HECK, Luís Afonso (Org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

MTE. **Núcleos de promoção da igualdade de oportunidades e de combate à discriminação no trabalho**. 2ª tiragem. Brasília: MTE, Assessoria Internacional, 2003.

MTE. **Relação das Convenções da Organização Internacional do Trabalho ratificadas pelo Brasil até 16 de junho de 2009**. 2009. Disponível em: <[http://www3.mte.gov.br/rel\\_internacionais/Quadro\\_OIT\\_ratificadas\\_Brasil\\_junho\\_2009.pdf](http://www3.mte.gov.br/rel_internacionais/Quadro_OIT_ratificadas_Brasil_junho_2009.pdf)>. Acesso em: jun. 2012.

NOBRE, Marcos. Modelos de teoria crítica. In: NOBRE, Marcos (Org.). **Curso livre de teoria crítica**. Campinas: Papyrus, 2008.

OEA. **Carta da Organização dos Estados Americanos**, de 30 de abril de 1948, reformada em 25 de setembro de 1997. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/carta.htm>>. Acesso em: jun. 2012.

OEA. **Carta Democrática Interamericana**, de 11 de setembro de 2001. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/Basicos/Basicos15.htm>>. Acesso em: jun. 2012.

OEA. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**, de abril de 1948. Disponível em: <[http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/b.Declaracao\\_Americana.htm](http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/b.Declaracao_Americana.htm)>. Acesso em: jun. 2012.

OIT. **Constituição da Organização Internacional do Trabalho**, de 09 de outubro de 1946, e seu Anexo, de 10 de maio de 1944. Disponível em: <[http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent\\_work/doc/constituicao\\_oit\\_538.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf)>. Acesso em: jun. 2012.

OIT. **Convenção nº 111**, de 05 de julho de 1958. Dispõe sobre discriminação em matéria de emprego e ocupação. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/node/472>>. Acesso em: jun. 2012.

OIT. **Declaração sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho e seu seguimento**, de 09 de junho de 1998. Disponível em: <[http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/oit/doc/declaracao\\_oit\\_547.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/oit/doc/declaracao_oit_547.pdf)>. Acesso em: jun. 2012.

OIT. **Piso de proteção social para uma globalização equitativa e inclusiva**. Relatório do Grupo Consultivo sobre o Piso de Proteção Social. 1ª ed. Genebra: OIT, 2011a. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/piso-de-prote-o-social-para-uma-globaliza-o-equitativa-e-inclusiva>>. Acesso em: jun. 2012.

OIT. **Igualdade no trabalho: um desafio contínuo**. Relatório Global no quadro do seguimento da Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho. Genebra: OIT, 2011b. Disponível em: <[http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/relatorioglobal\\_2011.pdf](http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/relatorioglobal_2011.pdf)>. Acesso em: ago. 2012.

OIT. **Convenções ratificadas pelo Brasil**. 2012. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/convention>>. Acesso em: jun. 2012.

OEA. **Anteprojeto de Convenção Interamericana Contra o Racismo e Toda Forma de Discriminação e Intolerância**. Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos. Publicado em 18 de abril de 2006. Disponível em: <<http://www.oas.org/consejo/pr/cajp/racismo.asp#Docs>>. Acesso em: set. 2012.

OLIVEIRA, Tânia Modesto Veludo de. Abordagem não-probabilística: adequação de situações para uso e limitações de amostras por conveniência, julgamento e quotas. In: **Administração On Line**, v. 2, nº 3, 2001. Disponível em: <[http://www.fecap.br/adm\\_online/art23/tania2.htm](http://www.fecap.br/adm_online/art23/tania2.htm)>. Acesso em: jun. 2012.

OLIVEIRA, Elton Somensi de. **Participação em banca de defesa de mestrado**. Porto Alegre. 10 dez. 2012. Notas da arguição realizada em banca de defesa de Vanessa Del Rio Szupszynski.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades. **Constituição e direitos fundamentais – exigibilidade e proteção**. In: XVII Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Florianópolis. Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 3664-3677.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades. Desafios teóricos e práticos à efetivação dos direitos fundamentais sociais. In: LEAL, Rogério Gesta (Org.). **O diálogo das**

**fontes: direitos sociais e políticas públicas na Europa e no Brasil.** Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011, v. 1, p. 82-92.

ONU. **Carta das Nações Unidas**, de 26 de junho de 1945. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1945%20Carta%20das%20Na%C3%A7%C3%B5es%20Unidas.pdf>>. Acesso em: jun. 2012.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>. Acesso em: jun. 2012.

ONU. **Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial**, de 07 de março de 1966. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/conv\\_int Eliminacao\\_disc\\_racial.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/conv_int Eliminacao_disc_racial.htm)>. Acesso em: jun. 2012.

ONU. **Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos**, de 19 de dezembro de 1966. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/pacto\\_dir\\_politicos.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_politicos.htm)>. Acesso em: jun. 2012.

ONU. **Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**, de 19 de dezembro de 1966. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/pacto\\_dir\\_economicos.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_economicos.htm)>. Acesso em: jun. 2012.

ONU. **Convenção sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher**, de 18 de dezembro de 1979. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: jun. 2012.

ONU. **Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**, de 30 de março de 2007. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/corde/arquivos/pdf/Cartilha%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20os%20Direitos%20das%20Pessoas%20com%20Defici%C3%Aancia.pdf>>. Acesso em: jun. 2012.

ONU. **Os direitos das minorias**. Ficha informativa nº 18. Rev. 1. Trad. Gabinete de documentação e direito comparado. out. 2008. Lisboa. Disponível em: <[http://www.gddc.pt/direitos-humanos/Ficha\\_18.pdf](http://www.gddc.pt/direitos-humanos/Ficha_18.pdf)>. Acesso em: jun. 2012.

OPEN UNIVERSITY. **Economics explains discrimination in the labour market**. Learning Space. Disponível em: <<http://openlearn.open.ac.uk/mod/oucontent/view.php?id=399032>>. Acesso em: out. 2012.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas. In: **Estudos Feministas**, Florianópolis, set./dez. 2008, p. 887-896.



POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Trad. Jeferson Luiz Camargo. Rev. Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

POSNER, Richard Allen. **Affirmative Action - Posner's Comment**. 21 ago. 2005. Disponível em: <<http://www.becker-posner-blog.com/>>. Acesso em: out. 2012.

PULIDO, Carlos Bernal. Estudio Introductorio. In: ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2 ed. espanhola. Trad. Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

RIOS, Roger Raupp. **Participação em banca de defesa de mestrado**. Porto Alegre. 10 dez. 2012. Notas da arguição realizada em banca de defesa de Vanessa Del Rio Szupszynski.

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

RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. In: **Revista de Informação Legislativa**, v.33, n.131, p. 283-295, jul./set. 1996.

RODRIGUES, Igor Fonseca. O acordo sobre residência para nacionais dos Estados-Partes do MERCOSUL como instrumento de redução da discriminação nas relações de trabalho. In: BARZOTTO, Luciane Cardoso (Org.). **Trabalho e igualdade: tipos de discriminação no ambiente de trabalho**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, Escola Judicial do TRT da 4ª Região, 2012.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. 3ª ed. Trad. Wagner D. Giglio e Edilson Alkmim Cunha. São Paulo: LTr, 2000.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

SAAVEDRA, Giovani Agostini; SOBOTTKA, Emil Albert. Apresentação. In: **Civitas**, Porto Alegre, v.8, n.1, p. 5-8, 2008.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Participação em banca de defesa de mestrado**. Porto Alegre. 10 dez. 2012. Notas da arguição realizada em banca de defesa de Vanessa Del Rio Szupszynski.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Trad. Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 6ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34ª ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2011.

SILVA, Denise Britz; CARVALHO, Alexandre Pinto de; NERI, Marcelo Cortes. Diferenciais de salários por raça e gênero: aplicação dos procedimentos de Oaxaca e Heckman em pesquisas amostrais complexas. In: **Ensaio Econômico da EPGE**, nº 638, FGV, 2006. Disponível em: <[http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2006/docspdf/ABEP2006\\_695.pdf](http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2006/docspdf/ABEP2006_695.pdf)>. Acesso em: mai. 2012.

SILVA, Josué Pereira da. **Trabalho, cidadania e reconhecimento**. São Paulo: Annablume, 2008.

SOMMERS, Dixie; FRANKLIN, James C. Overview of projections to 2020. In: EEOC; BLS. Employment outlook: 2010-2020. **Monthly Labor Review**, v. 135, nº 1, jan 2012. Disponível em: <<http://www.bls.gov/opub/mlr/2012/01/mlr201201.pdf>>. Acesso em: abr. 2012.

STF. **Informativo nº 663**, de 23 a 27 de abril de 2012. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo663.htm>>. Acesso em: mai. 2012.

TEIFKE, Nils. Flexibilidade da dignidade humana? Para estrutura do artigo 1, alínea 1, da lei fundamental. Trad. Roberto José Ludwig. In: HECK, Luís Afonso (Org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

TOMEI, Manuela. **Ação afirmativa para a igualdade racial: características, impactos e desafios**. Trad. Hélio Guimarães. Brasília: OIT, 2005. Disponível em: <[http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/discrimination/pub/acao\\_afirmativa\\_igualdade\\_racial\\_227.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/discrimination/pub/acao_afirmativa_igualdade_racial_227.pdf)>. Acesso em: set. 2012.

UE. **Convenção Europeia dos Direitos Humanos**, de 04 de maio de 1950. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: jun. 2012.

UE. **EUR-Lex: acesso ao direito da União Europeia**. Pesquisa na legislação. 2012. Disponível em <[http://eur-lex.europa.eu/RECH\\_legislation.do](http://eur-lex.europa.eu/RECH_legislation.do)>. Acesso em: jun. 2012.

UE. **Versão consolidada do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia**, de 25 de março de 1957. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0047:0200:PT:PDF>>. Acesso em: jun. 2012.

UE. **Versão consolidada do Tratado da União Europeia**, de 07 de fevereiro de 1992. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0013:0046:PT:PDF>>. Acesso em: jun. 2012.

**UE. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**, de 07 de dezembro de 2000. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:PT:PDF>>. Acesso em: jun. 2012.

UNIVERSITY OF CHICAGO. The web site of Gary S. Becker. Nobel Prize. Disponível em: <<http://home.uchicago.edu/~gbecker/index.html>>. Acesso em: out. 2012.

## **APÊNDICE A – Fontes formais do direito à proibição de discriminação e do direito à ação afirmativa em matéria de emprego e ocupação no ordenamento jurídico brasileiro<sup>276</sup>**

### **A.1 Constitucionais**

**Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Atualizada até a alteração da Emenda nº 70, de 29 de março de 2012.

- Artigo 1º
- Artigo 2º
- Artigo 3º
- Artigo 4º, Caput, incisos II e VII
- Artigo 5º, Caput, incisos I, II, VI, VII, XXXIV, XXXV, XLI, LIV, LV, §1º, §2º e §3º
- Artigo 6º
- Artigo 7º, Caput, incisos I, XII, XVIII, XIX, XX, XXV, XXX, XXXI, XXXII, XXXIV e § ú.
- Artigo 37, Caput, inciso VIII
- Artigo 60, Caput, §4º, incisos I, II, III e IV
- Artigo 170, Caput, incisos III e VII
- Artigo 193
- Artigo 227, Caput, §1º, inciso II.

### **A.2 Infraconstitucionais não internacionais<sup>277</sup>**

**Decreto-Lei nº 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal, com alterações da Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor e da Lei nº 9.459, de 13 de maio de 1997, que altera os arts. 1º e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, e acrescenta parágrafo ao art. 140 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

- Artigo 140
- Artigo 149
- Artigo 208

**Decreto-Lei nº 5.452**, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.

- Artigo 3º, § ú.
- Artigo 5º
- Artigo 6º

<sup>276</sup> O objetivo deste Apêndice é apresentar as fontes formais, encontradas nesta pesquisa, do direito à proibição de discriminação e do direito à ação afirmativa em matéria de emprego e ocupação no ordenamento jurídico brasileiro. As fontes foram sistematizadas em quatro grupos. Abaixo de algumas fontes, foram apontadas as proposições normativas específicas que preveem esses direitos. Sugere-se ao leitor, no estudo dessas fontes, a leitura dos respectivos preâmbulos e considerações preliminares, visto que, apesar de não serem fontes formais, também são fontes relevantes.

<sup>277</sup> Dentre as fontes formais infraconstitucionais não internacionais, foram pesquisadas apenas decretos, decretos-lei e leis ordinárias. A principal ferramenta de pesquisa utilizada foi ferramenta de <<Busca avançada>> do <<Portal da legislação>> do *site* da Presidência da República. Os termos pesquisados foram <<igualdade>>, <<discriminação>>, <<afirmativa>> e <<afirmativas>>. Essa pesquisa foi complementada com as fontes formais informadas pela doutrina. Além das espécies de fontes pesquisadas, há, no ordenamento jurídico brasileiro, outras espécies de fontes formais, como, por exemplo, as portarias do MTE.

- Artigo 8º
- Artigo 9º
- Artigo 165
- Artigo 168
- Artigo 338
- Artigo 354
- Artigo 358
- Artigo 373-A
- Artigo 389
- Artigo 400
- Artigo 444
- Artigo 460
- Artigo 461
- Artigo 544
- Artigo 546

**Lei nº 2.889**, de 1º de outubro de 1956. Define e pune o crime de genocídio.

- Artigo 1º ao artigo 3º

**Lei nº 4.117**, de 27 de agosto de 1962. Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações.

- Artigo 53

**Lei nº 5.250**, de 09 de fevereiro de 1967. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação.

- Artigo 1º
- Artigo 14
- Artigo 61

**Lei nº 5.473**, de 10 de julho de 1968. Regula o provimento de cargos e dá outras providências.

- Artigo 1º

**Decreto nº 63.223**, de 06 de setembro de 1968. Promulga a Convenção relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino.

**Lei nº 7.170**, de 14 de dezembro de 1983. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências.

- Artigo 22

**Lei nº 7.347**, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências.

- Artigo 13

**Lei nº 7.353**, de 29 de agosto de 1985. Cria o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher - CNDM e dá outras providências.

- Artigo 1º

- Artigo 4º

**Lei nº 7.853**, de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências.

- Artigo 2º, Caput, § 1º, inciso III, alíneas “a”, “b”, “c” e “d”.
- Artigo 8º, Caput, incisos II e III

**Lei nº 8.112**, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

- Artigo 5º, Caput, §2º

**Lei nº 8.213**, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.

- Artigo 93

**Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

- Artigo 24, Caput, inciso XX

**Lei nº 9.029**, de 13 de abril de 1995. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Artigos 1º ao 4º.

- Artigo 1º ao artigo 4º

**Lei nº 9.100**, de 29 de setembro 1995. Estabelece normas para a realização das eleições municipais de 3 de outubro de 1996, e dá outras providências.

- Artigo 11

**Decreto sem número de 20 de novembro de 1995**. Institui Grupo de Trabalho Interministerial, com a finalidade de desenvolver políticas para a valorização da População Negra, e dá outras providências.

**Decreto sem número de 20 de março de 1996**. Cria, no âmbito do Ministério do Trabalho, o Grupo de Trabalho para a Eliminação da Discriminação no Emprego e na Ocupação - GTEDEO, e dá outras providências.

**Lei nº 9.504**, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições.

- Artigo 10, Caput, §3º

**Lei nº 9.799**, de 26 de maio de 1999. Insere na Consolidação das Leis do Trabalho regras sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho e dá outras providências.

- Artigo 1º, Caput, § 1º.

**Lei nº 10.216**, de 06 de abril de 2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.

- Artigo 1º

**Decreto nº 4.228**, de 13 de maio de 2002. Institui, no âmbito da Administração Pública Federal, o Programa Nacional de Ações Afirmativas e dá outras providências.

- Artigo 2º

**Lei nº 10.558**, de 13 de novembro de 2002. Cria o Programa Diversidade na Universidade, e dá outras providências.

**Lei nº 10.639**, de 09 de janeiro de 2003. Altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial da Rede de Ensino a obrigatoriedade da temática "História e Cultura Afro-Brasileira", e dá outras providências.

**Decreto sem número de 10 de março de 2003**. Institui Grupo de Trabalho Interministerial para elaborar proposta para a criação da Secretaria Especial de Promoção da Igualdade Racial.

**Lei nº 10.678**, de 23 de maio de 2003. Cria a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, da Presidência da República, e dá outras providências.

**Decreto nº 4.738**, de 12 de junho de 2003. Promulga a Declaração Facultativa prevista no art. 14 da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, reconhecendo a competência do Comitê Internacional para a Eliminação da Discriminação Racial para receber e analisar denúncias de violação dos direitos humanos cobertos na mencionada Convenção.

**Lei nº 10.741**, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências.

- Artigo 27
- Artigo 28
- Artigo 100

**Decreto nº 4.885**, de 20 de novembro de 2003. Dispõe sobre a composição, estruturação, competências e funcionamento do Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial - CNPIR, e dá outras providências.

**Decreto nº 4.886**, de 20 de novembro de 2003. Institui a Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial - PNPIR e dá outras providências.

- ANEXO: POLÍTICA NACIONAL DE PROMOÇÃO DA IGUALDADE RACIAL. II - OBJETIVOS ESPECÍFICOS. Defesa de direitos. Ação afirmativa. V – AÇÕES.

**Decreto nº 4.887**, de 20 de novembro de 2003. Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras

ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

**Lei nº 10.778**, de 24 de novembro de 2003. Estabelece a notificação compulsória, no território nacional, do caso de violência contra a mulher que for atendida em serviços de saúde públicos ou privados.

**Decreto sem número de 15 de julho de 2004**. Institui Grupo de Trabalho Interministerial com a finalidade de elaborar Plano Nacional de Políticas para as Mulheres.

**Decreto sem número de 20 de agosto de 2004**. Institui, no âmbito do Ministério do Trabalho e Emprego, a Comissão Tripartite com o objetivo de promover políticas públicas de igualdade de oportunidades e de tratamento, e de combate a todas as formas de discriminação de gênero e de raça, no emprego e na ocupação.

**Decreto nº 5.296**, de 02 de dezembro de 2004. Regulamenta as Leis nºs 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências.

**Decreto sem número de 30 de dezembro de 2004**. Institui o ano de 2005 como "Ano Nacional de Promoção da Igualdade Racial", e dá outras providências.

**Lei nº 11.096**, de 13 de janeiro de 2005. Institui o Programa Universidade para Todos - PROUNI, regula a atuação de entidades beneficentes de assistência social no ensino superior; altera a Lei nº10.891, de 9 de julho de 2004, e dá outras providências.

**Decreto nº 5.390**, de 8 de março de 2005. Aprova o Plano Nacional de Políticas para as Mulheres - PNPM, institui o Comitê de Articulação e Monitoramento e dá outras providências.

**Lei nº 11.126**, de 27 de junho de 2005. Dispõe sobre o direito do portador de deficiência visual de ingressar e permanecer em ambientes de uso coletivo acompanhado de cão-guia.

**Lei nº 11.340**, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.

**Lei nº 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece



normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.

- Artigo 24

**Lei nº 11.644**, de 10 de março de 2008. Acrescenta art. 442-A à Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, impedindo a exigência de comprovação de experiência prévia por tempo superior a 6 (seis) meses.

**Decreto nº 6.872**, de 04 de junho de 2009. Aprova o Plano Nacional de Promoção da Igualdade Racial - PLANAPIR, e institui o seu Comitê de Articulação e Monitoramento.

- ANEXO: OBJETIVOS DO PLANO NACIONAL DE POLÍTICAS DE PROMOÇÃO DA IGUALDADE RACIAL – PLANAPIR. Eixo 1: Trabalho e Desenvolvimento Econômico. Inciso VIII.

**Decreto nº 7.037**, de 21 de dezembro de 2009. Aprova o Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH-3 e dá outras providências.

- Eixo Orientador III: Universalizar direitos em um contexto de desigualdades.

Diretriz 9: Combate às desigualdades estruturais.

Objetivo estratégico I: Igualdade e proteção dos direitos das populações negras, historicamente afetadas pela discriminação e outras formas de intolerância. Ações programáticas: alíneas “b”, “d” e “e”.

Objetivo estratégico II: Garantia aos povos indígenas da manutenção e resgate das condições de reprodução, assegurando seus modos de vida. Ações programáticas: alíneas “e” e “k”.

Objetivo estratégico III: Garantia dos direitos das mulheres para o estabelecimento das condições necessárias para sua plena cidadania. Ações programáticas: alíneas “a”, “b” e “c”.

Diretriz 10: Garantia da igualdade na diversidade.

Objetivo estratégico I: Afirmação da diversidade para construção de uma sociedade igualitária. Ações programáticas: alíneas “a” e “f”.

Objetivo estratégico V: Garantia do respeito à livre orientação sexual e identidade de gênero. Ações programáticas: alíneas “a”.

**Decreto sem número de 04 de junho de 2010**. Institui o Dia Nacional de Combate à Homofobia.

**Lei nº 12.288**, de 20 de julho de 2010. Institui o Estatuto da Igualdade Racial.

- Artigo 1º
- Artigo 2º
- Artigo 4º, Caput, incisos II, VII e § ú.
- Artigo 38 ao artigo 48
- Artigo 56
- Artigo 57

**Decreto nº 7.261**, de 12 de agosto de 2010. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão da Secretaria de Políticas de

Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República, e dá outras providências.

**Decreto nº 7.388**, de 09 de dezembro de 2010. Dispõe sobre a composição, estruturação, competências e funcionamento do Conselho Nacional de Combate à Discriminação – CNCD.

**Lei nº 12.711**, de 29 de agosto de 2012. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências.

**Decreto nº 7.824**, de 11 de outubro de 2012. Regulamenta a Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012, que dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio.

### **A.3 Infraconstitucionais internacionais**

#### *A.3.1 ONU*

##### **Carta das Nações Unidas (ONU, 1945; BRASIL, 1945)**

- Artigo 1, inciso 3
- Artigo 55

##### **Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948)**

- Artigos I, II, VII, XII, XVIII, XIX e XXIII

##### **Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (ONU, Pacto Internacional de Direitos Civis..., 1966; BRASIL, Decreto nº 592, 1992)**

- Artigo 2º
- Artigo 3º
- Artigo 4º, inciso 1
- Artigo 20, inciso 1 e 2
- Artigo 24, inciso 1
- Artigo 25
- Artigo 26
- Artigo 27

##### **Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU, Pacto Internacional de Direitos Econômicos..., 1966; BRASIL, Decreto nº 591, 1992)**

- Artigo 2º, inciso 2
- Artigo 3º ao artigo 6º
- Artigo 7º, alíneas “a”, “b”, “c” e “d”
- Artigo 10
- Artigo 13, inciso 1

##### **Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (ONU, Convenção sobre a Eliminação..., 1966; BRASIL, 1969)**

- Artigo I ao artigo VII

**Convenção sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (ONU, 1979; BRASIL, Decreto nº 4.316, 2002; BRASIL, Decreto nº 4.377, 2002)**

- Artigo 1º ao artigo 11

**Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (ONU, 2007; BRASIL, Decreto nº 6.949, 2009)**

- Artigo 1 ao artigo 6
- Artigo 27

**Convenção da UNESCO relativa à Luta Contra a Discriminação no Campo do Ensino, de 1960 \*<sup>278</sup>**

- Artigo 1º ao artigo 5º

**Declaração da UNESCO sobre a Raça e os Preconceitos Raciais, de 1978 \***

- Artigo 1º ao artigo 5º

**Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Baseadas na Religião ou Convicção, de 1981 \***

- Artigo 5º

**Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989 \***

- Artigo 2º
- Artigo 30

**Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, de 1948 \***

- Artigo 2º

**Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas, de 1992 \***

### *A.3.2 OIT*

**Declaração de Filadélfia (OIT, 1946; BRASIL, 1948)**

- Anexo, incisos I, II e III

**Convenção nº 111 (OIT, 1958; BRASIL, 1968)**

- Artigo 1º ao artigo 5º

**Convenções da OIT ratificadas pelo Brasil que preveem o princípio da proibição de discriminação (MTE, 2009; OIT, 2012)**

Convenção nº 11, sobre o Direito de Associação (Agricultura), aprovada pela OIT em 1921 e promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 41.721, de 25 de junho de 1957.

---

<sup>278</sup> \* Fontes formais da ONU segundo o Comitê dos Direitos do Homem da ONU (ONU, 2008, p. 6 e 7).

Convenção nº 19, sobre a Igualdade de tratamento (acidentes de trabalho), aprovada pela OIT em 1925 e promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 41.721, de 25 de junho de 1957.

Convenção nº 97, sobre os Trabalhadores Migrantes, aprovada pela OIT em 1949 e promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 58.819, de 14 de julho de 1966.

Convenção nº 98, sobre o Direito de Sindicalização e Negociação Coletiva, aprovada pela OIT em 1949 e promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 33.196, de 29 de junho de 1953.

Convenção nº 100, sobre a Igualdade de Remuneração (Homens e Mulheres), aprovada pela OIT em 1951 e promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 41.721, de 25 de junho de 1957.

Convenção nº 103, sobre a Proteção da Maternidade (revisada), aprovada pela OIT em 1952 e promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 58.820, de 14 de abril de 1966, com exceção dos trabalhos a que se refere o artigo 7, § 1, incisos “B” e “C”.

Convenção nº 104, sobre a Abolição das Sanções Penais (trabalhadores indígenas), aprovada pela OIT em 1955 e promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 58.821, de 14 de abril de 1966.

Convenção nº 105, sobre Abolição do Trabalho Forçado, aprovada pela OIT em 1957 e promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 58.821, de 14 de abril de 1966.

Convenção nº 107, sobre as Populações Indígenas e Tribais, aprovada pela OIT em 1957 e promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 58.824, de 14 de julho de 1966.

Convenção nº 111, sobre a Discriminação no Emprego e na Ocupação, aprovada pela OIT em 1958 e promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968.

Convenção nº 118, sobre a Igualdade de tratamento entre nacionais e não nacionais (Seguridade Social), aprovada pela OIT em 1962 e promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 66.497, de 27 de abril de 1970, aceitando apenas as letras “a” e “g” do parágrafo 1º do artigo 2º.

Convenção nº 151, sobre o Direito de Sindicalização e Relações de Trabalho na Administração Pública, aprovada pela OIT em 1978 e ratificada no Brasil em 15 de junho de 2010.

Convenção nº 159, sobre a Readaptação profissional e o emprego (Deficientes Físicos), aprovada pela OIT em 1983 e promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 129, de 22 de maio de 1991.

Convenção nº 168, sobre o Fomento do Emprego e proteção contra o Desemprego, aprovada pela OIT em 1988 e promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 2.682, de 21 de julho de 1998.

Convenção nº 169, sobre as Populações Indígenas e Tribais, aprovada pela OIT em 1989 e promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004.

### **Convenções da OIT não ratificadas pelo Brasil que preveem o princípio da proibição de discriminação**

Convenção nº 48, sobre a Conservação dos Direitos Previdenciários dos Migrantes, aprovada pela OIT em 1935.

Convenção nº 65, sobre as Sanções Penais (trabalhadores indígenas), aprovada pela OIT em 1939.

Convenção nº 66, sobre os Trabalhadores migrantes, aprovada pela OIT em 1939.

Convenção nº 84, sobre o Direito de Associação (Territórios não metropolitanos), aprovada pela OIT em 1947.

Convenção nº 87, sobre a Liberdade Sindical e Proteção ao Direito de Sindicalização, aprovada pela OIT em 1948.

Convenção nº 156, sobre os Trabalhadores com responsabilidades familiares, aprovada pela OIT em 1981.

Convenção nº 158, sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, aprovada pela OIT em 1982, promulgada pelo Brasil por meio do Decreto nº 1855 em 10 de abril de 1996 e denunciada pelo Brasil em 20 de novembro de 1996 por meio do Decreto nº 2.100, de 20 de dezembro de 1996.

Convenção nº 177, sobre o Trabalho em Domicílio, aprovada pela OIT em 1996.

Convenção nº 183, sobre a Proteção da Maternidade (Revisada), aprovada pela OIT em 2000.

Convenção sem número sobre o Trabalho Marítimo, norma consolidada pela OIT em 2006.

## **A.4 Infraconstitucionais internacionais comunitárias**

### *A.4.1 OEA*

#### **Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA, 1997; BRASIL, 1998)**

- Artigo 1
- Artigo 3, alíneas “j”, “l” e “m”
- Artigo 45, alíneas “a”, “b” e “f”
- Artigo 137

#### **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (OEA, 1948)**

- Artigo I
- Artigo II
- Artigo XIV

- Artigo XXIX
- Artigo XXXVII

**Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica (BRASIL, Decreto nº 678, 1992)**

- Artigo 1
- Artigo 2
- Artigo 11
- Artigo 24
- Artigo 25
- Artigo 26
- Artigo 27

**Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - Protocolo de San Salvador (BRASIL, 1999)**

- Artigo 3
- Artigo 6
- Artigo 7
- Artigo 17
- Artigo 18

**Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher - Convenção de Belém do Pará (BRASIL, 1996)**

- Artigo 1
- Artigo 2
- Artigo 5 ao artigo 9

**Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (BRASIL, 2001)**

- Artigo I ao artigo III

**Carta Democrática Interamericana (OEA, 2001)**

- Artigo 9
- Artigo 10

*A.4.2 MERCOSUL*

**Declaração Sociolaboral (MERCOSUL, 1998)**

- Artigo 1º ao artigo 4º

**Resolução nº 84/00 do GMC (MERCOSUL, 2000)**

- Artigo 1
- Artigo 2

**Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do MERCOSUL, Bolívia e Chile (BRASIL, Decreto nº 6.975, 2009)**

- Artigo 9
- Artigo 10

**Protocolo Constitutivo do Parlamento do MERCOSUL (MERCOSUL, 2005)**

- Artigo 2
- Artigo 3

**Decisão nº 04/06 do CMC (MERCOSUL, 2006)**

- Artigo 1
- Anexo: PROPOSTA PARA A ESTRATÉGIA MERCOSUL DE CRESCIMENTO DO EMPREGO

**Recomendação nº 05/08 do CMC (MERCOSUL, Recomendação nº 05..., 2008)**

- Artigos 1º ao 3º

**Recomendação nº 06/08 do CMC (MERCOSUL, Recomendação nº 06..., 2008)**

- Artigo 1º ao artigo 6º

**Declaração Especial dos Presidentes dos Estados Partes do MERCOSUL e Estados Associados sobre Migrações (MERCOSUL, 2010)**

**Decisão nº 24/11 do CMC (MERCOSUL, 2011)**

- Artigo 1º ao artigo 4º

## **APÊNDICE B – Fontes formais do direito à proibição de discriminação e do direito à ação afirmativa em matéria de emprego e ocupação no ordenamento jurídico comunitário europeu<sup>279</sup>**

### **Convenção Europeia dos Direitos do Homem (UE, 1950)**

- Artigo 14

### **Tratado da União Europeia (UE, 1992)**

- Artigo 2º
- Artigo 3º
- Artigo 21º

### **Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (EU, 1957)<sup>280</sup>**

- Artigo 7º ao artigo 19º
- Artigo 45º
- Artigo 151º
- Artigo 153º
- Artigo 157º

### **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (EU, 2000)**

- Artigo 15º
- Artigo 20º ao artigo 23º
- Artigo 26º

### **Diretiva 2000/43/CE (UE, Diretiva 2000/43/CE, 2000)**

- Artigo 1º ao artigo 19º

### **Diretiva 2000/78/CE (UE, Diretiva 2000/78/CE, 2000)**

- Artigo 1º ao artigo 11º

### **Outras fontes do ordenamento comunitário da UE segundo o Comitê dos Direitos do Homem da ONU (ONU, 2008, p. 6 e 7; EU, 2012<sup>281</sup>):**

Convenção Quadro para a Proteção das Minorias Nacionais (Conselho da Europa)

Documento da Reunião de Copenhaga da Conferência sobre a Dimensão Humana da OSCE (Organização para a Segurança e Cooperação na Europa)

Carta Europeia das Línguas Regionais ou Minoritárias (Conselho da Europa)

<sup>279</sup> O objetivo do Apêndice B é apresentar as fontes formais, encontradas nesta pesquisa, do direito à proibição de discriminação e do direito à ação afirmativa no ordenamento jurídico comunitário europeu.

<sup>280</sup> O Tratado da UE incorporou o Acordo relativo à Política Social, também conhecido como Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais do Trabalhador, de 1989, por meio do Tratado de Amsterdã.

<sup>281</sup> Realizou-se uma pesquisa qualitativa pela ferramenta de pesquisa do site da UE (2012). Por meio do endereço virtual <[http://eur-lex.europa.eu/RECH\\_legislation.do](http://eur-lex.europa.eu/RECH_legislation.do)>, selecionaram-se as opções de busca por “diretivas” e por “palavras”, limitando-se a pesquisa por “atos em vigor”. O termo de pesquisa buscado foi “discriminação” tanto nos “títulos” quanto nos “textos”. Como resultado, a pesquisa encontrou 120 ocorrências, dentre as quais foram selecionadas aquelas que aplicavam o princípio da proibição de discriminação em matéria de emprego e ocupação.



DIRETIVA 2011/98/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 13 de Dezembro de 2011, relativa a um procedimento de pedido único de concessão de uma autorização única para os nacionais de países terceiros residirem e trabalharem no território de um Estado-Membro e a um conjunto comum de direitos para os trabalhadores de países terceiros que residem legalmente num Estado-Membro.

DIRETIVA 2010/41/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 7 de Julho de 2010, relativa à aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres que exerçam uma atividade independente e que revoga a Diretiva 86/613/CEE do Conselho.

DIRETIVA 2008/104/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 19 de Novembro de 2008, relativa ao trabalho temporário.

DIRETIVA 2006/54/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 5 de Julho de 2006, relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao emprego e à atividade profissional (reformulação).

DIRETIVA 2002/73 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 23 de Setembro de 2002, que altera a Directiva 76/207/CEE do Conselho relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho.

DIRETIVA 2001/23/CE DO CONSELHO, de 12 de Março de 2001, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes à manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas ou de estabelecimentos, ou de partes de empresas ou de estabelecimentos.

DIRETIVA 1999/70/CE DO CONSELHO, de 28 de Junho de 1999, respeitante ao acordo-quadro CES, UNICE e CEEP relativo a contratos de trabalho a termo.

DIRETIVA 98/23/CE DO CONSELHO, de 7 de Abril de 1998, que torna a Diretiva 97/81/CE relativa ao acordo-quadro relativo ao trabalho a tempo parcial celebrado pela UNICE, pelo CEEP e pela CES extensiva ao Reino da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte.

DIRETIVA 97/81/CE DO CONSELHO, de 15 de Dezembro de 1997, respeitante ao acordo-quadro relativo ao trabalho a tempo parcial celebrado pela UNICE, pelo CEEP e pela CES.

DIRETIVA 79/7/CE DO CONSELHO, de 19 de Dezembro de 1978, relativa à realização progressiva do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de segurança social.

## APÊNDICE C – Bibliografia brasileira sobre discriminação e/ou ações afirmativas em matéria de emprego e ocupação<sup>282</sup>

### C.1 Obras coletivas

#### 2012

BARZOTTO, Luciane Cardoso (Org.). **Trabalho e igualdade: tipos de discriminação no ambiente de trabalho**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Escola Judicial do TRT da 4ª Região, 2012.

#### 2010

RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira (Org.). **Discriminação**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2010.

#### 2009

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa (Org.). **Trabalho da mulher: homenagem a Alice Monteiro de Barros**. São Paulo: LTr, 2009.

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO (Org.). **Política de cotas: mitigação da isonomia em ação afirmativa?** Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009.

#### 2004

NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira (Org.). **Direito das minorias: proteção e discriminação no trabalho**. Campinas: Alínea, 2004.

#### 2002

DELGADO, Didice G.; CAPPELLIN, Paola; SOARES, Vera (Org.). **Mulher e trabalho: experiências de ação afirmativa**. São Paulo: Boi Tempo, 2002.

### C.2 Obras individuais

#### 2012

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Ações afirmativas**. São Paulo: LTr, 2012.

MEDEIROS, Aparecido Inácio Ferrari de. **Assédio moral, discriminação, igualdade e oportunidades no trabalho**. São Paulo: LTr, 2012.

---

<sup>282</sup> O objetivo do Apêndice C é apresentar as fontes bibliográficas sobre discriminação e/ou ações afirmativas em matéria de emprego e ocupação as quais se teve acesso na etapa de levantamento de dados da pesquisa deste trabalho. Neste Apêndice, foram apresentadas as fontes que eram livros (de autoria individual ou coletiva), mas não, artigos. As fontes foram sistematizadas segundo a autoria e a data. A pesquisa deste Apêndice é apenas parcial, uma vez que o levantamento de todas as obras não foi um dos objetivos deste trabalho, nem se teve acesso a todas as fontes encontradas. A finalidade deste Apêndice foi apenas contribuir para a sistematização da doutrina brasileira que aborda o tema da discriminação e/ou das ações afirmativas em matéria de emprego e ocupação.

ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan. **Igualdade de gênero e ações afirmativas: desafios e perspectivas para as mulheres brasileiras: pós Constituição Federal de 1988**. São Paulo: LTr, 2012.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11ª ed. São Paulo: LTr, 2012.

## 2011

ALMEIDA, Luciana Dayoub Ranieri de. **Ações afirmativas e a concretização do princípio da igualdade no direito brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MASTRANTONIO, Simone Aparecida Barbosa. **Ações afirmativas: promoção da cidadania empresarial**. Curitiba: Editora Juruá, 2011.

LIMA, Firmino Alves. **Teoria da discriminação nas relações de trabalho**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

## 2010

GROSSMAN, Jacksohn. **Combatendo a discriminação: relatos, leis & aplicação**. Rio de Janeiro: Mauad X, 2010.

SILVA JUNIOR, Paulo Isan Coimbra da. **Ação afirmativa para o trabalhador velho**. São Paulo: LTr, 2010.

GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação: sua aplicação às relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

## 2009

SANCHES, Vanessa K. C. **Discriminação por orientação sexual no contrato de trabalho**. São Paulo: LTr, 2009.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. **Discriminação por sobrequalificação**. São Paulo: LTr, 2009.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

VARELLA, Santiago Falluh. **Discriminação racial indireta e ação afirmativa no emprego sob a perspectiva dos direitos coletivos**. Universidade de Brasília. Instituto de Ciências Sociais. Tese. 2009.

## 2008

OLMOS, Cristina Paranhos. **Discriminação na relação de emprego e proteção contra a dispensa discriminatória**. São Paulo: LTr, 2008.

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

## 2006

JAKUTIS, Paulo. **Manual de estudo da discriminação no trabalho: estudos sobre discriminação, assédio sexual, assédio moral e ações afirmativas, por meio de comparações entre o direito do Brasil e dos Estados Unidos**. São Paulo: LTr, 2006.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2006.

CHAVES, Daniela Lustoza Marques de Souza. **Mercado de trabalho e discriminação etária: a vulnerabilidade dos trabalhadores “envelhescentes”**. São Paulo: LTr, 2006.

## 2005

SILVA, Ana Emilia Andrade Albuquerque da. **Discriminação racial no trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

NOVAIS, Denise Pasello Valente. **Discriminação da mulher e direito do trabalho: da proteção à promoção da igualdade**. São Paulo: LTr, 2005.

## 2004

MELO, Sandro Nahmias. **O direito ao trabalho da pessoa portadora de deficiência: o princípio constitucional da igualdade: ação afirmativa**. São Paulo: LTr, 2004.

## 2003

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **Ações afirmativas e o princípio da igualdade**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. **Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América**. Dissertação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Curso de Mestrado em Direito e Estado, Brasília, BR-DF, 2003.

## 2002

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Discriminação no trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

**2001**

GOMES, Joaquim Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: (o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

**2000**

BENTO, Maria Aparecida Silva. **Ação afirmativa e diversidade no trabalho: desafios e possibilidades**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2000.

**1996**

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. In: **Revista de Informação Legislativa**, v.33, n.131, p. 283-295, jul./set. 1996.

**1995**

BARROS, Alice Monteiro de. **A mulher e o direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1995.