

Desigualdades que importam¹

Inequalities that Matter

Susanne Baer

Tribunal Constitucional alemão, Humboldt Universität zu Berlin e University of Michigan Law School. Berlim, Alemanha.

Artigo recebido e aceito em agosto de 2016.

Tradução:

Ligia Fabris Campos

Professora da FGV Direito Rio e doutoranda da Humboldt Universität zu Berlin. A tradutora foi responsável pela confecção do resumo, palavras-chaves, abstract e key-words.

¹ Palestra proferida, ao lado de Catherine MacKinnon, na Conferência da I-CONS em Berlim em 2016.

Resumo

Qual é a situação das desigualdades hoje? O objetivo desse artigo é discutir alguns avanços e os graves retrocessos quanto às desigualdades atualmente, assim como propor uma abordagem específica para enfrentar as desigualdades que importam por meio do direito. Em primeiro lugar, mencionarei a crescente resistência às mudanças estruturais necessárias para reagir adequadamente às desigualdades. em segundo lugar, eu tratarei da necessidade de ter precisão e clareza sobre o que significa desigualdade em um dado contexto, para contrapor à própria injustiça a que corresponde a desigualdade. Em seguida, eu apresentarei minha abordagem para a interpretação dos três direitos fundamentais pós-segunda guerra mundial como um triângulo: dessa forma, igualdade, por exemplo, deve ser interpretada à luz da dignidade e da liberdade. Para ilustrar esse argumento, analisarei a decisão do Tribunal Constitucional alemão quanto aos benefícios sociais a requerentes de asilo. Em terceiro lugar, eu sustento que há muitas formas que podem ser usadas para se reconhecer o dano das desigualdades, e exemplificarei algumas delas. Finalmente, concluo que, levadas a sério e seguindo essa abordagem, pode-se enfim chegar às desigualdades que importam. (Texto elaborado pela tradutora)

Palavras-chave: Desigualdades, estudos de gênero/feminismo; direito constitucional; direitos humanos; direitos fundamentais; liberdade; dignidade; igualdade.

Abstract

What is the situation of inequalities today? The objective of this article is to discuss the small advancements and the serious setbacks regarding inequalities nowadays as well as to propose a specific approach for addressing inequalities that matter through law. First, I will mention the growing resistance to the structural changes needed to properly react to inequalities. Second, I sustain the necessity of being precise and clear on what equality means in a given context, to counter the very injustice that equality responds to. Thus, I present my approach for the interpretation of the three post-World War II fundamental rights as a triangle: therefore equality, for instance, must

be interpreted in light of dignity and liberty. To illustrate this point, I will analyze the German Federal Constitutional Court's ruling on Asylum Seeker Benefits. Third, I maintain that there are many sources that may be used to recognize the harm of inequalities, and I will exemplify some of them. Finally, I conclude that taken seriously, and so prepared, one may indeed really get at inequalities that matter. (Abstract written by the translator)

Keywords: Inequalities; gender studies/feminism; constitutional law; human rights, fundamental rights, liberty; dignity; equality.

Quando se trata de uma resposta jurídica adequada às desigualdades, em que estado nos encontramos? Somos bem-sucedidos em nossos esforços de combater desigualdades, quaisquer sejam os papéis que desempenhamos – juiz, acadêmico, professor, advogado, litigante, ativista? Nós chegamos onde queríamos, as coisas mudaram? E estamos prontos para as mudanças que virão?

Gostaria de compartilhar algumas observações que são, na verdade, preocupações. Minha impressão é de que a igualdade *não* anda muito bem. As coisas não mudam realmente, mudam? Leis que buscam promover igualdade frequentemente não alcançam as desigualdades que importam. Ainda falta clareza quanto ao que significa desigualdade. Os esforços para atingir igualdade sofrem resistência crescente. Portanto, aqueles que se importam com essa questão precisam ser realmente perspicazes: nós precisamos entender melhor sobre igualdade, enquanto um direito muito específico contra desigualdades.

Não se deixe enganar. Eu, pelo menos, escuto muitas vezes que nós já conseguimos tudo. Nesses tempos, nos é dito que, ao menos nos países ocidentais, em culturas esclarecidas, há leis que garantem a igualdade, e que a desigualdade que nos importa não é, ou não é mais, um problema.² Então, no meu caso, como mulher, e como uma mulher lésbica, insinua-se que eu deveria estar satisfeita. De fato, diz-se que “pessoas gays” (o que exclui mulheres homossexuais; aliás, uma exclusão de longa data) não deveriam ser tão gananciosas, uma vez que direitos não se tratam de extras (extras como, por exemplo, a *adoção* em uma família?³). Como se isso fosse tudo que importasse para mim. Em muitos casos, esses ataques são acompanhados de

² O argumento é normalmente colocado da seguinte forma: sim, há uma ausência evidente de mulheres nos altos cargos das corporações, mas isso é questão de mérito, comprometimento e mercado. Há diferença salarial, mas como diferença, não injustiça ou dano. Outros países estão ainda muito distantes, mas nós... realmente não. Eu chamo isso de “violetwashing” (uma variação de “whitewashing”, usando violeta como a cor associada ao feminismo em vários lugares; sobre pinkwashing, veja abaixo na nota 3): o argumento de que a situação das mulheres já é boa, já que se pode mencionar outros lugares onde estão piores.

³ Note-se que o Tribunal Constitucional alemão considerou que a exclusão de pais homossexuais que vivem em regime de união estável viola o direito ao tratamento igualitário, uma vez que casais heterossexuais casados são autorizados a adotar sucessivamente (co-adoção). Ver, em inglês, a decisão do Tribunal Constitucional alemão, primeira Turma, em 19 de fevereiro de 2013 - 1 BvL 1/11 -, http://www.bverfg.de/e/ls20130219_1bvl000111en.html.

tentativas de suborno. Depois, te dizem para ficar quieta e colaborar.⁴ Como se isso fosse tentador!⁵ No entanto, para muitos, parece valer a pena.

Ainda com mais frequência, escuto pessoas dizerem que há problemas mais emergenciais. Hoje, a referência é aos refugiados. Sugere-se que essa questão – ou os próprios refugiados – são mais importantes que as mulheres: “As mulheres já têm oportunidades, e todo o resto depende apenas da instrução”. Certamente, se insinua que refugiados são mais importantes que transexuais. “Eles não são tantos assim, não é mesmo?” e qualquer coisa parece ser mais importante que vagas nos estacionamentos designadas às mulheres ou banheiros neutros quanto ao gênero.⁶ “Ah, sério?...”. Todas essas distrações fazem parte das “Olimpíadas da Opressão”. No entanto, elas pressupõem jogos para os quais não haverá ganhador.⁷ Essas são tentativas superficiais, mas difundidas, de questionar a relevância, especialmente, daquelas necessidades que não têm muito espaço na política. E isso desconsidera as desigualdades que envolvem as grandes questões que temos de responder.

⁴ Há variações disso: brinque com os meninos e eles não te machucarão. Desempenhe o papel de heterossexual e você pelo menos não estará sozinho. Para as pessoas com deficiência diz-se: aceite o trabalho ruim e você, pelo menos, não morrerá de fome etc. Na lei, este tipo de argumento é amplamente utilizado como defesa para alegações de assédio sexual.

⁵ Há uma ideia de que “aqui” (nos países ocidentais), ser gay não é mais uma desigualdade real, e que a homofobia está em um outro lugar, atrasado, onde as pessoas não foram ainda suficientemente educadas, e que a questão da opressão de homossexuais como uma desigualdade real não existe mais “aqui”. O termo para isso é “pinkwashing”, cunhado originalmente para sugerir que se pense antes de comprar produtos de fita cor de rosa comercializados como forma de se solidarizar com as mulheres que sofrem de câncer de mama. A origem do termo remonta à Breast Cancer Action (BCAction), uma organização ativista e de educação de base com sede nos EUA que apoia e é formada por mulheres que sofrem de câncer de mama. A organização foi fundada em 1990 por Elenore Pred, Susan Claymon e Linda Reyes. Mais informações online em: <http://thinkbeforeyoupink.org/>.

⁶ Isso se refere às práticas muitas vezes ridicularizadas na Alemanha de reservar estacionamento perto de segurança em lugares considerados perigosos para mulheres e, ainda, às controvérsias políticas relatadas na mídia internacional sobre banheiros neutros quanto ao gênero, em algumas escolas norte-americanas, que têm por objetivo não discriminar estudantes intersexuais e transgêneros. Para a controvérsia no Brasil em relação ao vagão de uso exclusivo feminino nos vagões de metrô e trem como resposta ao assédio sexual enfrentado pelas mulheres nos transportes públicos, assim como a discussão sobre banheiros neutros quanto ao gênero, ver Ligia Fabris Campos, “Vagão rosa e o banheiro feminino segundo a população do Rio de Janeiro: Os espaços exclusivos entre discursos de proteção da mulher e mecanismos de disciplinamento da diversidade de gênero”. in: José Ricardo Cunha. (Org.). *Investigando convicções morais: O que pensa a população do Rio de Janeiro sobre os Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Gramma, 2015, p. 239-275.

⁷ As origens do termo são desconhecidas. Ver Ange-Marie Hancock, *Solidarity Politics for Millennials: A Guide to Ending the Oppression Olympics (The Politics of Intersectionality)*, 2011; Nira Yuval-Davis, *Dialogical Epistemology—An Intersectional Resistance to the "Oppression Olympics"*; *Gender & Society* 26 (1/2012): 46–54.

Se observarmos de maneira atenta e realista, os refugiados são pessoas marcadas exatamente pelas desigualdades, abrangidas pelas leis que promovem igualdade, incluindo gênero. Refugiados são marcados por raça e etnia, procedência ou localização, por sexo, identidade e orientação sexual, por religião e credo, por classe de diversas maneiras, e muito mais. Assim, não há questões mais importantes. Ao contrário, há uma necessidade desesperada de uma compreensão adequada de todas essas dimensões. Precisamos de reações inteligentes, adequadas e oportunas para todas as desigualdades, incluindo a questão da migração em massa. Porque não se trata, neste momento, de uma crise de refugiados, mas de uma crise de direitos humanos. Nós precisamos fazer algo a esse respeito.

A minha pergunta é: Estamos preparados?

Nesse momento, a Europa – na verdade, todos os países do norte global e do Ocidente que parecem um refúgio seguro para se viver – é o destino de centenas de milhares de pessoas do sul global e do Oriente, que fogem da guerra em suas formas clássicas e novas. Note-se que a maioria dos refugiados não se dirigem para a Europa ou chegam nela. No entanto, para aqueles que o fazem, precisamos reagir a essa tragédia humana adequadamente, com as nossas formas democráticas, de acordo com o Estado de Direito.⁸ E não falamos de caridade. Nós – ou seja, aqueles comprometidos com o constitucionalismo, com o conceito de proteção dos direitos fundamentais nos Estados democráticos vinculados ao Estado de Direito, um "nós" particular, porém não localmente específico – prometemos, em nossas constituições e em compromissos internacionais de direitos humanos, abordar os direitos fundamentais e, em especial, a igualdade. Esse é o direito que está em jogo com a ascensão dos demagogos de direita. Cada vez mais pessoas acreditam que, com a promessa de asilo e proteção para refugiados, os tempos de generosidade deveriam acabar, incluindo a prestação de benefícios sociais. Muitos agora querem que a seguridade social acabe, até mesmo para europeus. Cada vez mais pessoas se diferenciam entre “nós” e “eles”, resultando em várias formas de racismo e duras versões de sexismo e

⁸ Sobre essa temática, ver Norman Dorsen, Michel Rosenfeld, Andras Sajó, Susanne Baer, Susanna Mancini, *Comparative Constitutionalism*, 3rd ed. 2016, ch 1.

heterossexismo (isto é: uma homofobia ascendente). É necessário fazer algo urgente a esse respeito.

Dentre as muitas questões relevantes presentes nesse debate, meu objetivo nesse artigo é levantar apenas algumas delas. Em primeiro lugar, é necessário ressaltar que há a existência de avanços, mas eles são limitados: há sérios retrocessos e resistência crescente a mudanças reais, isto é, sistêmicas, estruturais. Em segundo lugar, é preciso ter clareza sobre o que significa igualdade em um dado contexto, ou seja, opor-se à própria injustiça à qual a igualdade reage, como um vértice do triângulo dos direitos fundamentais pós-Segunda Guerra Mundial, portanto à luz da dignidade e da liberdade. A decisão do Tribunal Constitucional alemão acerca dos benefícios dos requerentes de asilo pode ilustrar essa questão. Em terceiro lugar, não há um direito à igualdade hoje, e não há qualquer “inflação” de demandas por igualdade, mas há diversas fontes que podem ser usadas para reconhecer o dano causado pelas desigualdades. Pode-se de fato atingir as desigualdades que importam se elas forem levadas a sério e abordadas da maneira aqui proposta.

1. Avanços, Retrocessos e Resistências

Atualmente, há uma extensa legislação garantindo igualdade – direitos humanos em nível global, direitos humanos regionais, constituições e leis –, bem como uma série de decisões judiciais e de Comitês que foram celebradas como conquista por aqueles que lutam pela igualdade. Muitos lutaram com sucesso pela igualdade de direitos em muitos aspectos. Há garantias de igualdade especificamente em relação ao racismo, aos direitos das mulheres, das crianças e dos deficientes. E há muitas decisões pioneiras, em que juízes concordaram com argumentos concretos desenvolvidos por advogados e ativistas corajosos e inovadores. Há correntes jurisprudenciais sobre igualdade de gênero que garantem direitos iguais em esferas antes consideradas protegidas contra o acesso da justiça, porque figuravam como espaço do “privado”. Pense-se, por exemplo, no casamento e na família. Há casos de

reconhecimento da violência de gênero como crime. É o caso da inclusão de feminicídio enquanto instrumento de guerra⁹. Há jurisprudência contra a segregação e a perpetuação de vieses racistas na educação e no emprego. Há decisões que ampliam os direitos de gays e lésbicas. Há determinações que reconhecem transexuais em suas identidades escolhidas, e as políticas de banheiro transgênero. Tudo isso representa avanço.

Observe, porém, os retrocessos. Nos tratados de direitos humanos, diversos países fazem muitas reservas, em particular, às garantias específicas de igualdade, principalmente em relação à Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) – o que não é uma coincidência¹⁰. Além disso, existe uma série de medidas políticas de fachada, como a ratificação sem implementação. Nem mesmo todas as desigualdades que alcançaram a forma de legislação são levadas igualmente a sério.

Considerando que o preceito jurídico da igualdade está, assim como todas as leis, intimamente relacionado com o contexto sociocultural, econômico e político do processo regulatório que o concretizou, suas definições e entendimentos, assim como implementação, diferem. A atenção que pessoas com voz no processo legislativo dão a problemas como desigualdades que precisam ser tratadas na lei é contingente e, além de as pessoas não serem igualmente influentes, nem todos os apoiadores da igualdade perseguem os mesmos objetivos. Dessa forma, diferentes histórias moldam diferentes garantias jurídicas.

Como de costume, no entanto, diferença soa como algo bom, mas não

⁹ Para a genealogia, ver Diana Russell, Nicole van de Veen, *Crimes Against Women: Proceedings of the International Tribunal*, 1976; Catharine A. MacKinnon, Rape, Genocide, and Women's Human Rights, 17 *Harvard Women's L.J.* (1994) 5; Catharine MacKinnon, *Are Women Human? and other international dialogues*, 2007. Para uma aplicação, cf. International Criminal Tribunal for Rwanda, *Prosecutor v. Akayesu*, ICTR-96-4-T, online at <http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict96-4/appeals-chamber-judgements/en/010601.pdf>.

¹⁰ Ver Linda M. Keller, The Impact of States Parties' Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, *Michigan State Law Review* 2014: 309. Sobre os EUA, cf. Harold Hongju Koh, Why America Should Ratify the Women's Rights Treaty (CEDAW), *Case W. Res. J. Int'l L.* 34 (2002): 263; Judith Resnik, Comparative (in) equalities: CEDAW, the jurisdiction of gender, and the heterogeneity of transnational law production, *ICON* 10.2 (2012): 531-550.

é. Da mesma maneira que no apartheid e outras formas de segregação racista (ou sexista), o separado não era e não é igual. Na própria lei há uma hierarquia interna de níveis de proteção contra discriminação.¹¹ Isso significa que algumas desigualdades parecem importar mais que outras. Racismo e sexismo são bastante proeminentes, mas a homofobia ou, mais especificamente, o heterossexismo¹² não goza da proteção de uma Convenção das Nações Unidas, apesar de um promissor projeto da Yogyakarta para a proteção de direitos humanos mais inclusivos. Além disso, idade não está na lista – e, na verdade, não está claro se o etarismo é uma desigualdade similar ao racismo ou sexismo, por exemplo, nem se isso pode ser pressuposto. O capacitismo é reconhecido em uma bela Convenção das Nações Unidas¹³, mas não é uma desigualdade nomeada em muitos outros contextos. No entanto, nem mesmo os tipos clássicos de desigualdade são tratados da mesma forma. A Declaração de Direitos Humanos lista “raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política, origem nacional ou social, fortuna, nascimento ou qualquer outra situação”. Compare isso com a sua norma de igualdade favorita e com as Convenções mais específicas relacionadas a determinados marcadores de desigualdade. O PIDCP, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, por exemplo, dá atenção especial à desigualdade de gênero – no art. 23.2, quanto ao casamento, e no art. 3º –, mas limita a igualdade aos direitos garantidos na Convenção. O Art. 8º aborda a escravidão, mas não como uma desigualdade, nem em sua forma racista, nem em sua forma racista e sexista. O Art. 24 trata especificamente das crianças quanto a discriminação de raça, cor, sexo, língua, religião, origem nacional ou social, situação econômica ou nascimento. Em

¹¹ Susanne Baer, *Ungleichheit der Gleichheiten? Zur Hierarchisierung von Diskriminierungsverboten*, in: Klein, Eckart/ Menke, Christoph (Hrsg.), *Universalität - Schutzmechanismen - Diskriminierungsverbote*, 2008, 421-450.

¹² Ver, entre muitos outros, Raewyn W. Connell, *Gender and power: Society, the person and sexual politics*, 2014; M. Jacqui Alexander/ Chandra Talpade Mohanty. *Feminist genealogies, colonial legacies, democratic futures*. 2013.

¹³ Cf. Gerard Quinn, Theresia Degener et. al., *Derechos humanos y discapacidad: Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*, 2014; eds., *Human Rights and Disability: The Current Use and Future Potential of United Nations Human Rights Instruments in the Context of Disability* (Geneva:

Office of the United Nations Commissioner for Human Rights, 2002).

seguida, o art. 26 trata de igualdade e não discriminação para todos.¹⁴ Idade está ausente. Orientação sexual não é mencionada. Identidade sexual não aparece, nem tampouco qualquer tipo de deficiência ou doença.

Ao lado das hierarquias internas, outro retrocesso são as tensões no interior dos direitos humanos. Uma clássica tensão emerge entre igualdade e direitos de minorias. No PIDCP, o art. 26 garante igualdade, mas o art. 27, na sequência, assegura que minorias étnicas, religiosas ou linguísticas não poderão ser privadas de sua própria cultura, religião ou língua. Isso é difícil de conciliar. Deve-se observar, ainda, a tensão entre direitos e princípios que informam e protegem uma “sociedade de livre mercado”, como no “capitalismo” (cada vez mais, em sua versão radical, e não na versão ordoliberal da economia social de mercado alemã), e direitos e princípios que afirmam a igualdade enquanto um limite a contratos que exploram aqueles que carregam os marcadores de opressão.¹⁵ A base é a tensão construída entre igualdade e liberdade no direito constitucional e nos direitos humanos. Isso é certamente uma falsa dicotomia, mas está em todos os lugares.

Mais especificamente, veja-se, por exemplo, os casos dos (de certa forma restritivamente denominados) “direitos dos gays” (“gay rights”). Certamente, há mais proteção para aquele outro tipo de amor, considerado romântico^{NT}. Podem ter êxito processos que objetivem acessar individualmente um privilégio do heterossexismo, i.e., benefício de redução de impostos para pessoas casadas com rendimentos extremamente desiguais (“separação de rendimentos” ou “*income splitting*”)¹⁶. Mas oposições à

¹⁴ O artigo nomeia qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação, mas como exemplos “tais como”. ^{NT} A autora se refere, aqui à versão em língua inglesa do Pacto traz a expressão “*such as*”; na versão em língua portuguesa, no entanto, a expressão exemplificativa não está presente.

¹⁵ Em alemão, “*gestörte Vertragsparität*” significa, literalmente: “paridade contratual comprometida”, ou seja, a quebra do equilíbrio contratual entre as partes, uma doutrina que busca mitigar desigualdades que afetam contratos,. Cf. Julgados do Tribunal Constitucional alemão: BVerfGE 81, 242 <255>; 97, 169 <176 f.>.

^{NT} Isso é especialmente significativo se observarmos, no contexto brasileiro, a ampla utilização do termo “homoafetivo” em lugar de “homossexual”, para enfatizar o caráter afetivo da relação e obliterar o caráter sexual. O exemplo mais visível disso é o do pleito e posterior reconhecimento jurídico da “união homoafetiva” pelo Supremo Tribunal Federal, em 2011.

¹⁶ O Tribunal Constitucional alemão considerou essa uma violação do direito à igualdade. Ver, em inglês, BVerfG, Julgamento da Segunda Turma de 12 de Setembro de 2012 - 2 BvR 1390/12 - parágrafos (1-215), http://www.bverfg.de/e/rs20120912_2bvr139012en.html.

heteronormatividade, incluindo-se noções tradicionais de família, como no caso de adoção conjunta homoparental, muitas vezes fracassam¹⁷. Em muitos lugares, não há algo como “casamento gay”¹⁸ (que eu apenas endossaria como uma construção jurídica de proteção) e nem mesmo algo parecido com isso. No entanto, a retórica se destina a silenciar críticos *queer*. Assim, os tribunais reconhecem compromissos formais tradicionais, comparando-nos com o casamento heterossexual, contudo, ainda muitas vezes negam a plena igualdade em questões financeiras, no acesso aos rituais, ou em relação às crianças. Minha impressão é, portanto, de que a heteronormatividade está muito viva, prejudicial para todos os tipos de pessoas, e a homofobia realmente resiste.

Da mesma forma, transexuais podem ter êxito em casos de reconhecimento de um novo sexo claramente definido, ou até mesmo nos benefícios de assistência médica que possibilitam que uma pessoa se torne um/a “verdadeira/o” mulher ou homem. No entanto, muitas reações jurídicas são movidas por noções bastante problemáticas do que significam “verdadeiros homens e mulheres” e, dessa forma, reforçam o sexismo. Porém, quando reivindicações de igualdade abalam seriamente a nossa compreensão dessa diferença “natural”, isto é, com a implementação de banheiros “neutros” quanto ao gênero, ou a ausência de indicadores de sexo em nossos artigos científicos ou com o pleito do fim da segregação nos esportes, enfrentamos uma forte resistência que, por sua vez, impede avanços.

Note-se, ainda, que mulheres podem propor ações contra empresas para ter acesso a empregos, e existem leis em vigor que prometem igualdade. Porém, a igualdade muitas vezes ainda se dá nos termos masculinos hegemônicos. Muitos locais de trabalho e ambientes profissionais ainda não são favoráveis à diversidade. Ainda há um “contrato oculto” de apoio “privado” em casa que é prejudicial às mulheres, sejam elas não pagas, como esposas e companheiras, ou pagas, como empregadas domésticas. Ainda há

¹⁷ Curiosamente, a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) não reconhece o direito ao casamento como um direito humano.

¹⁸ Reva Siegel discute uma empatia específica, em decisões da Suprema Corte, por homossexuais que se casam, especificamente em *EUA v. Windsor* e *Hollingsworth v. Perry*. Cf. Note 2012 Term, *Harvard L. Rev* 127 (2013) 1, p. 4.

discriminação de salários, singelamente chamada de “diferença” e proclamada como racional e irrelevante, não uma desigualdade. Ainda mais frequentemente, há um silêncio absoluto em relação à desigualdade sempre presente nas avaliações de mérito.¹⁹ Além disso, a violência sexual ainda é muitas vezes tratada como um excesso cometido e só então como crime; e a lei, que não corresponde a padrões de igualdade adequados, muitas vezes não oferece proteção. Da mesma forma, há uma legislação penal contra incêndios criminosos em centros de refugiados ou outras formas de crimes de ódio racial, mas, frequentemente, não há uma resposta adequada às desigualdades, nas ruas ou no ambiente virtual, nem ações afirmativas capazes de transformar estruturas. Nesse sentido, pense-se no direito ao voto: formalmente, todos são iguais. No entanto, comumente, os eleitos são representantes de uma única cultura: espelham a elite dominante, não representando a diversidade do eleitorado.²⁰ Com frequência, a lei não se envolve para além das formalidades. As desigualdades persistem, e os tribunais por vezes até enfraquecem o acesso a um governo representativo ou à educação²¹. Na verdade, em muitos assuntos, o silêncio impera. Muitas desigualdades nunca chegam aos tribunais ou à pauta dos órgãos legislativos. Assim, muitas desigualdades que importam ainda são deixadas de lado.

Ao mesmo tempo, esforços para desfazer desigualdades enfrentam resistência crescente e cada vez mais agressiva. Isso é muitas vezes motivado por um interesse na manutenção do *status quo* por parte daqueles que lucram com a desigualdade. Note-se o sexismo que está em toda parte: nas piadas não tão engraçadas, nos tabloides, nas novelas e nas séries de TV, na expectativa de não frustrar uma conversa, de não estragar a “brincadeira”, de ser agradável. Observe-se a falta de conhecimento sobre questões de gênero presentes em assuntos fundamentais, como o dos refugiados: uma série de

¹⁹ Normalmente, isso é feito por meio da identificação de quem está em situação semelhante, ou numa situação comparável. Como exemplo, para entender se a responsabilidade pelas pessoas é devidamente remunerada, deve-se comparar posições de liderança com as posições de cuidados infantis e treinadores esportivos, o que é geralmente considerado ilegítimo no direito do trabalho.

²⁰ Note-se que representação carrega muitos significados. Aqui, diversidade entre aqueles que ocupam posições de poder deve assegurar a variedade de perspectivas e permitir a confiança nas decisões via atribuição de empatia.

²¹ Nos Estados Unidos, *Fisher v UofTexas*, 133 S.Ct. 2411 (2013); *Shelby County v Holder*, 133 S.Ct. 2612 (2013).

vieses transformam, cada vez mais frequentemente, direitos das mulheres em indicadores que servem à islamofobia. De forma análoga, há uma crescente homofobia com uma “nova” direita política aparentemente burguesa que tem como alvo a “ideologia de gênero”, isto é, pessoas que se identificam como ou com LGBTIQ*, além daqueles que querem educar a esse respeito. Ao mesmo tempo, a tolerância superficial possui um viés perverso quando os direitos dos gays se tornam o teste de admissão para fazer parte do clube, usado para fazer *pink-wash* nos próprios membros do grupo e, paralelamente, censurar os outros. Note-se o racismo quando pessoas são tachadas de uma “enxurrada de gente”, rotulando-se, assim, os refugiados como produtores de uma crise, ao invés de enfrentar nossa crise de compromisso com os direitos humanos.

A resistência à igualdade é também motivada pelo interesse específico de ser deixado só, isto é, o direito à privacidade. Muitas pessoas não querem justificar ou mudar o que fazem há tanto tempo. Além disso, diversos chamados ao pluralismo tolerante claramente prejudicam mulheres, minorias sexuais e outros “outremizados”, porque a lei, diz-se, não pode “impor” um “ponto de vista”. Vê-se tribunais, comissões e parlamentos terem dificuldades com a aplicação universal formalmente aceita da igualdade, uma vez que sofrem fortes pressões para serem lenientes, deixarem uma “margem de apreciação” e levarem em consideração (uma falsa noção de) “diversidade” para nações, religiões²² ou culturas. E aqueles que exigem “reconhecimento” ou “respeito” não são chamados de “extremistas”, mas de “parceiros” nos esforços para garantir que há esferas da vida, ou contextos culturais, ou comunidades, ou congregações, ou estados-nação, em que as desigualdades permanecem intocadas por lei.²³ Pense-se apenas no número de reservas feitas ao CEDAW ou CERD e a discussão sobre o sexismo em comunidades

²² Isso é particularmente problemático quando negócios dirigidos pela igreja ou por fiéis são autorizados a excluir mulheres de posições de poder ou excluir homossexuais ou heterossexuais “fracassados” (ou seja, que se casam novamente após o divórcio), embora usufruam o privilégio de um domínio comum, isto é, público. A crítica reside no fato de que quem quer que usufrua do público deve aderir a normas básicas de igualdade.

²³ Note-se a jurisprudência que permite a Estados, baseados na sua margem de apreciação, discriminem pessoas homossexuais, perpetuando, dessa forma, o heterossexismo. Veja-se a discussão sobre circuncisão ou roupas religiosas. Na verdade, isso reestabelece, ou confirma, versões da divisão entre público e privado. Cf. Susanne Baer, *Privatizing Religion. Legal Groupism, No-Go-Areas and the Public-Private-Ideology in Human Rights Politics*, *Constellations* 20 (1/2013), 68 – 84.

religiosas e tradicionais: a resistência ao universalismo é particularmente forte quando se trata de igualdade.

2. Seja perspicaz

O fato de haver resistência à igualdade não é uma surpresa. De fato, a crescente resistência e agressividade podem indicar o nível de sucesso nos esforços para reverter as desigualdades. Dito de outro modo, pode-se ter chegado a um ponto em que as transformações podem realmente acontecer. Não retroceder é, portanto, fundamental.

No entanto, para abordar de forma adequada e eventualmente desfazer as desigualdades, devemos nos tornar ainda mais perspicazes. Na verdade, *vocês* devem. Digo isso como juíza, porque preciso da ação de outras pessoas para a ela dar seguimento. Acima de tudo, um tribunal é sempre um ator inerte e, assim, responsivo. Não se deve pensar que as pessoas togadas dos bancos dos tribunais sejam salvadores heroicos; os juízes não são Hércules.²⁴ Em vez disso, como advogados, acadêmicos e ativistas, é fundamental inspirar juízes e outros em semelhantes posições de poder. Forneçam-nos argumentos! Do meu ponto de vista, há pelo menos três aspectos do direito à igualdade que merecem atenção: igualdade no contexto de outros direitos fundamentais, a definição de dano, bem como a pluralidade de fontes nas quais se apoiar.

a. O Triângulo dos Direitos Fundamentais

No Direito Constitucional e nos Direitos Humanos, o direito à igualdade não está só. Ele não pode ser visto isoladamente, porque a liberdade, assim como a dignidade (por vezes de forma explícita, mas frequentemente de maneira implícita) são garantidas, e todas as três são igualmente

²⁴ Sobre a tarefa de julgar, cf. Susanne Baer, "The Difference a Justice May Make: Remarks at the Symposium for Justice Ruth Bader Ginsburg", *Colum. J. Gender & L.* 25 (2013): 92.

fundamentais. Discutir um caso com um foco único na igualdade pode, assim, não ser uma boa ideia do ponto de vista conceitual. Estrategicamente, é sempre sensato ancorar um argumento em mais de um lugar.

No entanto, existem tribunais, como no Canadá e nos Estados Unidos, que usam a dignidade como um parâmetro para a igualdade. Isso pode de fato ser problemático quando o limiar para uma desigualdade se torna muito elevado, com o objetivo de não tornar a dignidade algo insignificante. Em vez disso, eu sugiro considerar a igualdade, assim como a dignidade e a liberdade, como vértices de um triângulo de preocupações fundamentais reconhecidas no direito.²⁵ Cada um tem seu propósito e conteúdo específico e, considerados de forma conjunta, eles são capazes de limitar o poder adequadamente, garantir nossas necessidades básicas e possibilitar o máximo de autorrealização possível. Em um vértice, liberdade protege claramente nossa autodeterminação, e se contrapõe ao risco de um paternalismo igualitário. No outro vértice, a dignidade salvaguarda o direito fundamental ao reconhecimento da maneira como se é, e não da maneira que um costume, uma ordem superior, uma crença ou uma ideologia espera que se seja ou aja. Finalmente, no terceiro vértice, a igualdade assegura que tal liberdade possa ser usufruída por todos, enquanto uma diversidade de seres humanos, em igualdade de condições.

Isso é relevante na prática. Em particular, é significativo quando abordamos a pauta urgente deste momento, qual seja: refugiados e justiça social. Em 2012, o Tribunal Constitucional alemão decidiu um caso que pode ilustrar o desafio que se coloca com essa questão. Naquele momento, as pessoas reivindicavam prestações sociais mais altas, já que as vigentes eram vistas como insuficientes para a subsistência. Para um Tribunal, essa é uma situação muito difícil, porque nós somos pouco inclinados a interferir no orçamento definido pelo legislativo, em razão do mandato e do desenho institucional. Porém, existem também direitos fundamentais que prometem liberdade, dignidade e igualdade para todos.

²⁵ Ver Susanne Baer, *Dignity, Liberty, Equality: A Fundamental Rights Triangle of Constitutionalism*, *U of Toronto Law Journal* 4 (2009), 417-468.

As pessoas mencionadas eram imigrantes. A lei em questão atribuía status jurídicos diferentes a requerentes de asilo e refugiados, em uma variedade de contextos. Ela estabelecia seus benefícios como significativamente mais baixos que aqueles para alemães. Certamente, há uma forte tradição de dar menos ou nada a estrangeiros. Além disso, sistemas fiscais nacionais criam fundos para benefícios de bem-estar gerais para os quais os refugiados normalmente não contribuíram com nada. Então, com frequência, parte-se do pressuposto da negação de subsídios para aqueles que não são “nós” nem são “daqui”. E como se deve levar isso em conta no âmbito do direito?

Pode-se argumentar a partir da igualdade. A maior parte das pessoas compara estrangeiros com nacionais, e avalia a racionalidade que justificaria tal diferença. Na verdade, há muitas maneiras de se fazer isso. Porém, se empregada dessa forma, a igualdade é sempre relativa e permite muitos argumentos para dar menos ao “outro”.

Ao contrário disso, o Tribunal Constitucional alemão enfatizou, em primeiro lugar, a dignidade. Afinal, o caso não versava sobre isenção fiscal, nem sobre redução de custos, ou algum recurso adicional, mas sobre necessidades básicas. A dignidade é compreendida como garantia do reconhecimento básico de todos da maneira que são, seja de onde forem.²⁶ O Tribunal afirma: “Esse direito fundamental é, em essência, não disponível e deve ser assegurado como uma pretensão a prestações de benefícios sociais. Contudo, este direito precisa ser moldado em detalhe e regularmente atualizado pelo legislador, que deve orientar os benefícios a serem pagos no sentido do respectivo estágio de desenvolvimento da comunidade política, e de acordo com as condições de vida existentes em relação às necessidades concretas das partes interessadas”. (1 BvL 10/10 - para. 64)²⁷. A exigência é de

²⁶ Novamente tratados em: BVerfG, Decisão da Primeira Turma de 23 de Julho de 2014 - 1 BvL 10/12 - para.75: “O direito constitucionalmente assegurado aos benefícios que garantem uma existência mínima digna abrange apenas os meios estritamente necessários para assegurar tanto a existência física, bem como para garantir um nível mínimo de participação na vida social, cultural e política (cf. BVerfGE 125, 175 <223>; 132, 134 <160, para. 64>).” Ver também parágrafo 90: Não há nenhuma indicação de que se tenha negligenciado quaisquer tipos relevantes de necessidade.

²⁷ BVerfG, Julgamento da Primeira Turma de 18 de Julho de 2012- 1 BvL 10/10 - para. 64. E continua: “Se as pessoas não têm os meios materiais necessários para garantir uma existência

que “às pessoas em necessidade que vivem na Alemanha hoje seja assegurada uma vida que possa ser considerada digna física, social e culturalmente” (1 BvL 10/12 para 81).²⁸

No entanto, isso não é tudo. Deve-se interpretar o acórdão à luz da análise de todos os três interesses fundamentais. Afinal, ele não tratava apenas de prestação de benefícios existenciais, mas de benefícios para pessoas tradicionalmente excluídas, em um sistema de prestações sociais historicamente autoritário. Como de costume, benefícios estatais são acompanhados de expectativas, e são comumente estruturados de forma paternalista. Portanto, a liberdade deve ser levada em conta. A decisão alemã não aborda as restrições que acompanham tais regimes bem-estar. Porém, a decisão judicial pode ser lida de forma a enfatizar que os benefícios de bem-estar não podem aniquilar o direito que uma pessoa tem de viver a vida à sua própria maneira.²⁹

No que tange à igualdade substantiva como interesse que informa o reconhecimento de uma vida digna, o Tribunal é mais explícito: afirmou que não se pode discriminar escolhendo diferentes métodos de acesso para grupos

digna porque elas estão impedidas de adquirir recursos por meio de emprego remunerado, de seus próprios ativos ou de pagamentos de terceiros, o Estado é obrigado, dentro de seu mandato para proteger a dignidade humana e manter o estado de bem-estar social, a garantir que os meios materiais estão disponíveis para aqueles que precisam (ver BVerfGE 125, 175 <222>). Porque é um direito humano, tanto os nacionais alemães e estrangeiros que residem na República Federal da Alemanha são titulares desse direito fundamental.” , para 65.

²⁸ Os padrões de vida alemães são decisivos, considerou o BVerfG, Decisão da Primeira Turma de 23 de Julho de 2014 - 1 BvL 10/12 - para 80: Afirmou-se que benefícios devem “assegurar uma existência mínima digna” e de não deve “cair abaixo daquele nível mínimo”; para. 92: “Isso é parte da orientação do legislador em relação ao estado de desenvolvimento da comunidade e das condições de vida existentes (cf. BVerfGE 125, 175 <222>)”. Sobre necessidade de mobilidade, ver parágrafo 114.

²⁹ BVerfG, Decisão da Primeira Turma de 23 de Julho de 2014 - 1 BvL 10/12 – para. 66: “Ela garante toda a existência mínima como uma garantia dos direitos fundamentais abrangente, que engloba tanto a existência física dos seres humanos, ou seja, alimentos, roupas, artigos para o lar, habitação, aquecimento, higiene e saúde, quanto a garantia da possibilidade de manter relações interpessoais e um grau mínimo de participação na vida social, cultural e política, uma vez que um ser humano como pessoa necessariamente existe no contexto social”. Ver também BVerfG, Decisão da Primeira Turma de 23 de Julho de 2014 - 1 BvL 10/12 – para. 84: “Benefícios devem ser calculados ou de forma a compensar qualquer cobertura insuficiente de determinados itens dentro do próprio montante global (cf. BVerfGE 125, 175 <238>), ou permitir ao beneficiário da prestação que reserve fundos para cobrir diferentes necessidades (cf. BVerfGE 125, 175 <229>); ou devem existir arranjos que garantam que uma reivindicação possa ser feita para compensar, por outros meios, tal cobertura insuficiente de necessidades.”

de pessoas diferentes.³⁰ Também alertou que não se pode dar menos a pessoas por razões de política migratória, nem usar etnia ou mesmo nacionalidade como indicadores para menos benefícios. É possível diferenciar em relação a “características particulares de grupos de indivíduos específicos ao determinar a existência mínima digna”, mas não “de forma geral, à luz do status de residência dos interessados”. Tal diferenciação só é admissível se a necessidade de benefícios existenciais desviar significativamente daquela de outras pessoas em necessidade, e se isso puder ser fundamentado de forma consistente com base nas necessidades reais deste grupo específico, em um processo que seja transparente em termos de seu conteúdo” (1 BvL 10/10 para 75).³¹ Se “a dignidade humana (...) não pode ser modificada à luz de considerações sobre política migratória” (1 BvL 10/10; para 97), não se permite que a desigualdade do racismo seja admitida.

Ao invés disso, e retomando o preceito da dignidade, o Tribunal impeliu ao legislativo que estipule as medidas de bem-estar com base em uma “consideração realista e atualizada das necessidades relevantes” (1 BvL 10/12 para 76) e conforme os meios necessários para se viver uma vida digna na Alemanha hoje.³² E, finalmente, o Tribunal determinou ao Parlamento que

³⁰ BVerfG, Decisão da Primeira Turma de 23 de Julho de 2014 - 1 BvL 10/12 – para. 78: “Se métodos diferentes forem usados para certos grupos, isso deve ser objetivamente justificável (cf. BVerfGE 125, 175 <225>)”.

³¹ O BVerfG continuou, no parágrafo 77: “Se necessidades inferiores específicas podem de fato ser apuradas em caso de residência de curto prazo que não se destina a tornar-se permanente, e se o legislador então deseja determinar separadamente os benefícios existenciais para este grupo de indivíduos, o legislador deve garantir que a definição legal deste grupo, de fato e de forma suficientemente confiável, abrange apenas aqueles que geralmente ficam na Alemanha por apenas um curto período de tempo. Quando as pessoas inicialmente fixam residência, isso só pode ser feito por meio de um prognóstico. Este prognóstico é determinado não apenas, mas entre outros fatores, pelo respectivo status de residência. Deve-se sempre considerar como um status é incrustrado em condições de vida reais.”

³² BVerfG, Decisão da Primeira Turma de 23 de Julho de 2014 - 1 BvL 10/12 – para. 74: “Esse direito fundamental não é, a princípio, sujeito a disposição por parte do legislador e deve ser efetivado por meio de uma pretensão jurídica a prestação; ele deve, no entanto, ser construído concretamente, e ser regularmente atualizado pelo legislador. O legislador deve avaliar os benefícios em função do respectivo grau de desenvolvimento do sistema político e das condições de vida atuais, levando em conta as necessidades específicas das pessoas afetadas.” Ver também: “O padrão para definir esta existência mínima só pode ser estabelecido a partir das circunstâncias na Alemanha, o país no qual a existência mínima deve ser garantida. Assim, a Constituição não permite definir as necessidades de uma vida digna na Alemanha em um nível mais baixo que o previsto pelas condições de vida no país de origem das pessoas em necessidade, ou referindo-se ao nível de existência em outros países.” (1 BvL 10/10 para 69).

defina o que isso significa em euros, porque não vivemos em uma "juristocracia", mas em uma democracia.³³

b. O dano da Desigualdade

As decisões sobre os benefícios de bem-estar dos requerentes a asilo podem ser vistas como uma tentativa de reagir adequadamente a desigualdades. Além de uma clara ênfase na dignidade, pode-se querer revisitar as desigualdades em jogo. Na verdade, é preciso ser perspicaz quanto a padrões e ao reconhecimento de um dano. Isto nos obriga a não reduzir igualdade à não-arbitrariedade, e definir a desigualdade como especificamente prejudicial.

No entanto, ainda hoje e muito frequentemente usa-se igualdade em apenas um sentido, qual seja: a versão formalista e simétrica da não-arbitrariedade, como um direito geral ao tratamento igualitário perante a lei.³⁴ Se esse for todo o sentido do preceito, a igualdade se converte em um mero direito à comparação razoável, requerendo alguns poucos argumentos adicionais, de acordo com os "níveis de escrutínio". Tais argumentos podem de fato desencadear fortes reações tanto em políticos quanto em juízes. Em particular, as cortes não são inclinadas a testar toda e qualquer distinção existente. Mais especificamente, sistemas complexos de mais ou menos seguridade social envolvem muitas distinções, em que todas elas demandam um grupo de apoiadores para fazer uma reivindicação.

³³ BVerfG, Decisão da Primeira Turma de 23 de Julho de 2014 - 1 BvL 10/12 – para. 74: "No âmbito do seu Art. 1 (1) conjugado com o art. 20 (1), a Lei Fundamental garante um direito fundamental a uma garantia de uma existência mínima digna". Para 82: "Ao fazê-lo, o Tribunal Constitucional Federal não se coloca com a sua própria experiência no lugar do legislador, mas apenas analisa os parâmetros legislativos definidos para o cálculo dos benefícios que, embora não seja quantificável com precisão nos termos da Constituição, estão garantidos como um direito fundamental".

³⁴ Para que fique claro, arbitrariedade também não é, sob o domínio da lei, justa. Mas a justiça é, neste contexto, enraizada em uma ideia de justiça esquemática. Nesse sentido, a igualdade de tratamento garante a própria racionalidade jurídica, como o direito de ter direitos de forma igual a todos, onde ninguém é deixado de fora. Porém, ao tratar desigualdades como desvantagem injusta, estamos em outro plano.

A garantia substantiva da igualdade³⁵, por sua vez, não se volta para uma versão da irracionalidade, mas se dirige ao dano da desigualdade. Isso a limita em seu alcance e, dessa forma, lhe confere um grande apelo, particularmente para tribunais. É muito diferente do princípio geral subjacente à própria ideia de estado de direito. Igualdade geral *perante* a lei enfatiza a qualidade abstrata do sujeito de direito, enquanto o direito substantivo à igualdade diz respeito à realidade concreta da vida do sujeito. Isso responde ao chamado da jurisprudência crítica para pensar a justiça a partir da perspectiva dessas injustiças, em vez de começar com um ideal.³⁶ Da mesma forma, isso também respeita a história da igualdade como um direito humano, em relação à qual se lutou, e ainda se luta, para que seja considerada uma opressão, uma injustiça estrutural em uma dada sociedade. Em diversos momentos, em diferentes lugares, a igualdade destinou-se e destina-se a acabar com a escravidão, o *apartheid*, o sistema de castas e regimes eugênicos, a desfazer o patriarcado e o heterossexismo. A igualdade é, nas lutas políticas que deram origem a esse direito, a reivindicação pelo fim de determinados tipos de danos. Vejamos o que isso significa.

Minha sugestão é definir desigualdade como dano. Isso altera a compreensão definida no direito pelo “teste”, doutrina ou dogmática dominantes. Enquanto a igualdade for considerada um juízo comparativo, ela representa uma razão, mais ou menos racional, para a diferença. No momento que se passa a considerar a igualdade como um direito substantivo contra a discriminação, é necessário que haja uma discussão sobre os parâmetros da violação e se isso pode ser justificado por razões suficientes. A questão passa a ser: se o ato em tela é necessário, se é o menos intrusivo e, considerando

³⁵ Essa ideia é endossada por muitos e foi inicialmente articulada por Catharine A. MacKinnon em "Substantive Equality: A Perspective", *Minnesota Law Review* 96 (2011): 1–2182, e em Catharine A. MacKinnon, *Sex Equality*, 2ª ed., New York: Foundation Press, 2007. Sobre o conceito de MacKinnon pelo mundo, ver Susanne Baer, "Traveling Concepts: Substantive Equality on the Road", *Tulsa Law Review* 46 (2010): 59–80. Para uma abordagem mais geral, ver também Susanne Baer, "Equality", in Michel Rosenfeld & András Sajó (orgs.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 982–1001.

³⁶ Esta é a referência dos estudos feministas do direito, estudos críticos da raça (*critical race studies*), estudos *queer* do direito e estudos pós-coloniais do direito, na medida em que pensam o direito a partir da perspectiva daqueles que não desfrutam das promessas da lei. Essas têm sido chamadas de "*outsider jurisprudence*" (ou "jurisprudência do apartado"). Sobre epistemologia feminista, ver MacKinnon: *Toward a Feminist Theory of the State*. Cambridge: Harvard University Press, 1989.

todos os interesses existentes, se ele é suportável, isto é, proporcional. Esse teste é estruturado da mesma forma que o teste que avalia violações de liberdades. Como tal, é propício a ser utilizado por advogados, porque eles o conhecem muito bem e podem se sentir confortáveis em aplicá-lo. Porém, a vantagem substantiva é que se deve compreender e mostrar, para enfrentar essa questão devidamente, o que e quem é lesionado. Meu argumento é o de que, se o conceito referido for o de dano, pode-se reagir de forma muito melhor às desigualdades.³⁷

Um esforço verdadeiramente inspirador de concretizar essa proposta pode ser visto na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Em uma mudança paradigmática, esse catálogo de direitos humanos concebe a igualdade como um direito de capacitar pessoas ao eliminar os fatores que as descapacitam. Enquanto mecanismo de violação da igualdade e da liberdade, discriminação é uma interferência no direito à autodeterminação, e gera estigma – o que desrespeita, portanto, a dignidade. Se revisitarmos as lutas pela abolição da escravatura e contra o racismo ou pela abolição do patriarcado e contra o sexismo, pode-se notar violações semelhantes. É importante compreender esses apelos à igualdade como tentativas de por fim à opressão (que representa a ausência de autodeterminação) ao desconsiderar pessoas (evidenciando falta de dignidade), marcando-as como grupos (portanto, inerentemente desiguais). O dano da desigualdade é suportado pelos excluídos, que não “se encaixam”, não estão em conformidade com padrões hegemônicos, e representam uma minoria muito específica e não numérica, que sofre um dano infligido por uma maioria igualmente específica.³⁸ O dano da desigualdade é, assim, um sistema

³⁷ Esta não é uma tarefa fácil, num caso de prestação de benefícios pelo Estado. Em todos os regimes distributivos, há muitos motivos racionais para tratar as pessoas de forma diferente, e os tribunais hesitam em derrubar leis de bem-estar, desde que elas sejam minimamente aceitáveis. Porém, se a questão é o dano que uma norma causa, deve-se estar em desacordo com o que acontece concreta e diretamente com as pessoas. Nesses casos, a igualdade é o direito de fazer frente a uma dimensão particular daquilo que esse regime faz na vida. No caso sobre os benefícios a requerentes de asilo, o TCF enfatizou a dignidade: a própria negação de uma vida significativa uma violação do seu direito fundamental de vivê-la. Além disso, a igualdade garante que todas as pessoas têm essa opção, com base em suas necessidades individuais, e não nos marcadores de opressão.

³⁸ Isto também significa que aqueles que são oprimidos, excluídos ou lesionados – uma minoria qualitativa (ambos não contados como números, mas compreendidos em termos de poder, em

de privilégios e opressões, reduzindo “o outro” a uma “característica” e ao sofrimento. Majoritariamente, “o outro” é racializado ou etnicizado e sexualizado para que se torne normal e atraente.³⁹ Assim, reivindicar igualdade foi e ainda é um protesto contra interesses estabelecidos, tradições fortemente enraizadas, privilégios firmemente assentados, forte intuição, normalidade. É por isso que o dano deve ser definido adequadamente.

c. A pluralidade de fontes

O terceiro aspecto dos esforços para abordar de forma apropriada as desigualdades que importam é um convite à utilização de uma pluralidade de estatutos de igualdade no direito.

Quanto ao aspecto legal, temos uma infinidade de garantias de direitos humanos à igualdade, seja no âmbito regional, como na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH – Pacto de San José da Costa Rica), a Carta de Banjul (Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos) e a Declaração de Direitos Humanos da Associação de Nações do Sudeste Asiático (ASEAN)⁴⁰ – ou Pacto Global das Nações Unidas – que abrange desde o clássico PIDCP (Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos), passando por PIDESC (Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), até o CEDR (Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial), CEDAW (Convenção para a Eliminação de todas as

uma hierarquia) – não são capazes de discriminar. Algo bastante diferente dos argumentos que tratam de ação afirmativa como a discriminação das minorias.

³⁹ A luta contra a escravidão é uma sublevação ao pressuposto de que algumas pessoas não são pessoas, podem ser comercializadas e usadas. A luta contra o apartheid é uma investida contra a crença de que as pessoas parecem diferentes, e, portanto, são diferentes e, assim, devem viver de forma diferente e, pior, segregadas. Quando as pessoas lutaram contra o patriarcado, isso era e é um rebelião contra a normalidade rosa e azul-clara da pequena diferença biológica que ajuda a criar uma enorme diferença social. Quando as pessoas lutam contra o heterossexismo, manifestam, assim, uma recusa a se adequar ao padrão e viver a biologia como destino.

⁴⁰ Para os Estados asiáticos, há um Grupo de Trabalho para um Mecanismo de Direitos Humanos ASEAN. Note-se, ainda, os mecanismos de direitos humanos nos acordos de cooperação internacional, isto é, os acordos da OSCE (Ata Final da OSCE 01 de agosto de 1975, Art. III) ou no acervo comunitário (*acquis communautaire*) na União Europeia, ou nos acordos comerciais.

Formas de Discriminação contra a Mulher) e a CIDC (Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança)⁴¹. Há muita legislação nacional, muitas vezes belas adormecidas, especificamente em Constituições – que podem ser interpretadas à luz dos direitos humanos, embora não executáveis automaticamente –, em declarações de direitos humanos e em disposições legais. E mesmo na maioria das Constituições, não há um direito à igualdade, mas muitos (que fazem referência a diferentes características, como ao acesso ao emprego ou cargo público, à realização de eleições, ao casamento e à família etc). Como mencionado, há tensões, também. Mas esses documentos e órgãos que os interpretam nos dizem uma série de coisas interessantes e inspiradoras. Existem nuances nos conceitos para compreender e fazer frente às desigualdades que importam.

Todo esse conjunto de possibilidades não sai ileso de ataques. Leia os jornais, veja o noticiário, fale com as pessoas à sua volta ou com aquelas que estão em posições de tomada de decisão, incluindo advogados, professores e juízes: há direitos à igualdade “demais”, eles dirão. Na Europa, viu-se uma onda de resistência ao direito à igualdade quando as Diretivas da União Europeia contra racismo, sexismo, heterossexismo etc. seriam implementadas. Hoje, há pessoas que alertam para a “inflação” de direitos humanos e pleiteiam uma moratória, uma reversão ou, ainda, se ignora completamente, na forma de uma não implementação.⁴² Como reação ao que é definido como uma crise de refugiados, cresce a simpatia por um estado de exceção das regras. Lembre-se também que muitos juízes hesitam em garantir a igualdade

⁴¹ Estes são apenas os seculares (no sentido de não baseado na religião), como a DCSDH – Declaração do Cairo sobre Direitos Humanos no Islã: 05 de agosto de 1990, da ONU GAOR, World Conf. on Hum. Rts., 4th Sess., Agenda Item 5, U.N. Doc. A/CONF.157/PC/62/Add.18 (1993).

⁴² De acordo com uma contagem feita por aqueles que defendem uma moratória quanto a mais direitos, e a um esforço para implementar as que existem, há 667 disposições individuais no sistema das Nações Unidas e 710 do Conselho da Europa; <http://www.freedomrights.info/wp-content/uploads/2013/07/HR-Inflation.pdf>. A explicação de Oona Hathaway para a predisposição dos Estados a assinar mais tratados quando eles não têm mecanismos de aplicação não se aplica ao direito constitucional. Ver *Journal of Conflict Resolution*, 51 (4/2007) 588-621. Ver, ainda, Kai Möller, *Proportionality and Rights Inflation*, LSE working Paper 2013, https://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/WPS2013-17_Moller.pdf; Michael Ignatieff, *Rights Inflation and Role Conflict in the Office of the High Commissioner for Human Rights*, in: Felice. D. Gaer and Christen L. Broecker (eds.) *The United Nations High Commissioner for Human Rights: Conscience for the World*, Leiden, Nijhoff, 2014, 35-45; Dominique Clément. *Rights Inflation and the Crisis of Canada's Rights Culture* (no prelo).

com medo de "mania de uniformização" (*Gleichmacherei*), afinal, para eles, seriam pessoas demais com uma diversidade de reivindicações, em muitas áreas da vida, mexendo demais com política.

Não obstante os ataques, sugiro levar a pluralidade de fontes mais a sério. No Tribunal, não encontro muito isso. Quando encontro, ajuda muito na construção dos argumentos judiciais. No caso dos requerentes de asilo, o Tribunal Constitucional alemão afirmou que o direito internacional deve ser observado.⁴³ Especificamente em relação às crianças e adolescentes requerentes de asilo, tal direito permitiu que o Tribunal exigisse do Legislativo uma regulação mais adequada.⁴⁴ O mesmo vale para o caso das pessoas com deficiência: se adotado marco normativo internacional, ele poderia também fazer a diferença. Em tais casos, precisamos de diversos direitos para inspirar mudanças. Argumentos perspicazes fazem julgamentos melhores. Com a pluralidade de fontes em nossas mãos, podemos ser mais perspicazes para resolver as desigualdades que importam.

Conclusão

Muito mais se poderia dizer sobre desigualdades que importam. Parece uma boa ideia reconsiderar, de tempos em tempos, quem nós somos, como chegamos até aqui e o que nós queremos ser, isto é, em que sociedade nós queremos viver. Eu sugiro pensar a igualdade dentro de um contexto, como um direito específico contra tipos de dano específicos, e usar a pluralidade de fontes que a garantem em cada situação. Juízes e legisladores precisam fazê-lo, advogados, ativistas e acadêmicos precisam pensá-lo pormenorizadamente, de preferência em conjunto. Será importante resistir às

⁴³ O legislativo tem margem de manobra na conformação deste estado de coisas (cf. BVerfGE 125, 175 <222>; 132, 134 <. 159, parágrafo 62>), mas também está vinculado a obrigações sob a lei internacional (cf. BVerfGE 132, 134 <161 e seguintes, parágrafo 68..>); parágrafo 74.

⁴⁴ BVerfG, Decisão da Primeira Turma de 18 de Julho de 2012- 1 BvL 10/10 - para. 70, em que o legislador também é obrigado por outras exigências advindas do direito da União Europeia e de obrigações internacionais. Nele, destacou-se a Diretiva 2003/9 / CE, artigo 10.2 sobre crianças, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 19 de Dezembro de 1966 com o art. 9 e 15; a Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, Art. 3, 22.1 e 28.

resistências. É relevante que continuemos debatendo. É necessário ser perspicaz. Por favor, sejam.

Referências Bibliográficas

Alexander, M. Jacqui & Chandra Talpade Mohanty. *Feminist genealogies, colonial legacies, democratic futures*, New York: Routledge, 2013.

Baer, Susanne. "Dignity, Liberty, Equality: A Fundamental Rights Triangle of Constitutionalism", *University of Toronto Law Journal* 59:4 (2009): 417-468.

———. "Privatizing Religion. Legal Groupism, No-Go-Areas, and the Public-Private-Ideology in Human Rights Politics", *Constellations* 20:1 (2013): 68-84.

———. "The Difference a Justice May Make: Remarks at the Symposium for Justice Ruth Bader Ginsburg", *Colum. J. Gender & L.* 25 (2013): 92.

———. "Traveling Concepts: Substantive Equality on the Road", *Tulsa L. Rev.* 46 (2010): 59-80.

———. "Ungleichheit der Gleichheiten? Zur Hierarchisierung von Diskriminierungsverboten", in Eckart Klein & Christoph Menke (orgs.), *Universalität - Schutzmechanismen - Diskriminierungsverbote*, Menschenrechtszentrum der Universität Potsdam, Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2008: Vol. 30.

Connell, Raewyn W. *Gender and power: Society, the person and sexual politics*, Cambridge: John Wiley & Sons, 2014.

Dorsen, Norman, Michel Rosenfeld, Andras Sajó, Susanne Baer & Susanna Mancini. *Comparative Constitutionalism: Cases and Materials*, 3 ed., Minnesota: West Academic Publishing, 2016.

Fabris Campos, Ligia, "Vagão rosa e o banheiro feminino segundo a população do Rio de Janeiro: Os espaços exclusivos entre discursos de proteção da mulher e mecanismos de disciplinamento da diversidade de gênero". in: José Ricardo Cunha. (Org.). *Investigando convicções morais: O que pensa a população do Rio de Janeiro sobre os Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Gramma, 2015, p. 239-275.

Hancock, Ange-Marie. *Solidarity Politics for Millennials*, New York: Palgrave Macmillan, 2011.

Hathaway, Oona A. "Why Do Countries Commit to Human Rights Treaties?", *Journal of Conflict Resolution* 51:4 (2007): 588-621.

Ignatieff, Michael. "Rights Inflation and Role Conflict in the Office of the High Commissioner for Human Rights", *The United Nations High Commissioner for Human Rights*, Brill, 2013: 33–44.

Keller, Linda M. "The Impact of States Parties' Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women", *Michigan State Law Review* 2014 (2014): 309-326.

Klein, Eckart & Christoph Menke. *Universalität - Schutzmechanismen-Diskriminierungsverbote: 15 Jahre Wiener Weltmenschrechtskonferenz*, Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2008.

Koh, Harold Hongju. "Why America Should Ratify the Women's Rights Treaty (CEDAW)", *Case W. Res. J. Int'l L.* 34 (2002): 263.

MacKinnon, Catharine A. *Are Women Human? And Other International Dialogues*, Cambridge: Harvard University Press, 2007.

———. "Rape, genocide, and women's human rights", *Harv. Women's LJ* 17 (1994): 5.

———. "Substantive Equality: A Perspective", *Minnesota Law Review* 96 (2011): 1-27,

———. *Sex Equality*, Foundation Press (University Casebook Series), 2d ed. 2007.

———. *Toward a Feminist Theory of the State*, Cambridge: Harvard University Press, 1989.

Möller, Kai. "Proportionality and rights inflation", *LSE Working Paper*, 2013.

Quinn, Gerard, Theresia Degener, Anna Bruce, Christine Burke, Joshua Castellino, Padraic Kenna, Ursula Kilkelly & Shivaun Quinlivan. *Derechos humanos y discapacidad: Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*, Nova York, Genebra: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2014.

Resnik, Judith. "Comparative (in) equalities: CEDAW, the jurisdiction of gender, and the heterogeneity of transnational law production", *International journal of constitutional law* 10:2 (2012): 531–550.

Siegel, Reva B. "Equality divided", *Harv. L. Rev.* 127 (2013): 1-94.

Yuval-Davis, Nira. "Dialogical Epistemology—An Intersectional Resistance to the "Oppression Olympics"", *Gender & Society* 26:1 (2012): 46-54.

Sobre a autora:**Susanne Baer**

Susanne Baer é juíza do Tribunal Constitucional alemão (2010-2022); professora de Direito Público e Estudos de Gênero na Humboldt Universität zu Berlin e James W. Cook Global Law Professor na University of Michigan Law School. Atualmente, é diretora do Law and Society Institute Berlin.

A autora é a única responsável pela redação do artigo.