



Igualdade substantiva revisitada

Substantive equality revisited

Sandra Fredman¹

¹Universidade de Oxford, Oxford, Londres, Inglaterra. E-mail: sandra.fredman@law.ox.ac.uk.

Tradução recebida em 04/08/2023 e aceita em 06/08/2023

Versão original:

FREDMAN, Sandra. Substantive equality revisited. *International Journal of Constitutional Law*, v. 14, n. 3, julho 2016, p. 712-738. <https://doi.org/10.1093/icon/mow043>. Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article/14/3/712/2404476>.



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License



Resumo

As limitações de uma interpretação formal do direito à igualdade são atualmente bem (re)conhecidas. No entanto, o significado de igualdade substantiva permanece profundamente contestado. Este artigo argumenta que o direito à igualdade substantiva não deve ser reduzido a uma única fórmula, como dignidade ou igualdade de oportunidades ou de resultados. Em vez disso, com base em concepções conhecidas, é proposta uma abordagem de quatro dimensões: reparar desvantagem; enfrentar estigma, estereotipagem, preconceito e violência; aumentar a voz e participação; e abranger diferenças e alcançar mudança estrutural. Isso reflete o princípio que o direito à igualdade deve responder àqueles que estão em desvantagem, são aviltados, excluídos ou ignorados. A abordagem de quatro dimensões é deliberadamente enquadrada em termos de dimensões para nos permitir focar em sua interação e sinergias, ao invés de afirmar uma prioridade lexical pré-estabelecida. Chamar a atenção para todas as dimensões e insistir na construção de complementariedades pode nos mover positivamente para promover a igualdade substantiva. Conflitos devem ser abordados em referência a todo o quadro para criar uma síntese, ao invés de priorizações. Portanto, não se trata de uma definição, mas de um quadro analítico para avaliar e auxiliar a modificação de leis, políticas e práticas para melhor se alcançar igualdade substantiva.

Abstract

The limitations of a formal interpretation of the right to equality are now well recognized. However, the meaning of substantive equality remains deeply contested. This article argues that the right to substantive equality should not be collapsed into a single formula, such as dignity, or equality of opportunity or results. Instead, drawing on familiar conceptions, a four dimensional approach is proposed: to redress disadvantage; address stigma, stereotyping, prejudice, and violence; enhance voice and participation; and accommodate difference and achieve structural change. This reflects the principle that the right to equality should be responsive to those who are disadvantaged, demeaned, excluded, or ignored. The four-dimensional approach is deliberately framed in terms of dimensions, to permit us to focus on their interaction and synergies, rather than asserting a pre-established lexical priority. Drawing attention to all the dimensions and insisting on building complementarities can move us positively towards furthering substantive equality. Conflicts should be addressed by referring to the whole framework, to create a synthesis rather than prioritizing. It is thus not a definition, but an analytic framework to assess and assist in modifying laws, policies and practices to better achieve substantive equality.



Introdução*

O direito à igualdade é um compromisso central nas normas de direitos humanos. A aspiração à igualdade ressoa poderosamente nos preâmbulos de uma multiplicidade de instrumentos de direitos humanos e constituições domésticas e o direito à igualdade e não-discriminação estão invariavelmente entre os principais direitos enumerados nesses instrumentos. No entanto, o significado do direito à igualdade é profundamente contestado. Westen (1982), por exemplo, argumenta que “igualdade é uma ideia que deve ser banida do discurso moral e jurídico como uma norma explicativa” (WESTEN, 1982, p. 542). Para outros, o direito à igualdade não vai longe o suficiente. Mesmo se a igualdade perante a lei estiver estabelecida, a desvantagem persiste, e essa desvantagem tende a ser concentrada em grupos de condição particular, como mulheres, pessoas com deficiências, minorias étnicas e outros (BRODSKY; DAY, 2002).

Essas preocupações levaram à busca por concepções mais sofisticadas, passando de uma compreensão formal focada em semelhança de tratamento para concepções mais substantivas. Tanto a Suprema Corte do Canadá (CANADÁ, 1999) quanto a Corte Constitucional da África do Sul (ÁFRICA DO SUL, 1997a) adotaram o princípio da igualdade substantiva na interpretação da igualdade, uma tendência refletida em nível internacional (ONU, 2004). Todavia, o significado do direito à igualdade substantiva permanece fugidio. Doutrinadores, legisladores e juízes elucidaram vários significados centrais, entre os principais: igualdade de resultados, igualdade de oportunidades e dignidade. Esses, por sua vez, estão refletidos em algum nível em fórmulas jurídicas, como discriminação injusta, impacto desproporcional ou discriminação indireta, acomodação razoável e assédio. Enquanto isso, na Suprema Corte dos Estados Unidos, juízes conservadores consideram a igualdade substantiva como altamente problemática (MINOW, 2010; ESTADOS UNIDOS, 2009; ESTADOS UNIDOS, 2007).

Argumenta-se neste artigo que, embora seja claro que o direito à igualdade deve se mover para além de concepção formal que iguais devem ser tratados igualmente, uma concepção substantiva resiste à captura por um único princípio. Em vez disso, aproveitando os pontos fortes de princípios conhecidos no discurso da igualdade substantiva, propõe-se um princípio de quatro dimensões: reparar desvantagem;

* A autora gostaria de agradecer a Professora Martha Minow por seus prestativos comentários sobre uma versão anterior do artigo, Meghan Campbell por sua assistência de pesquisa e todos os meus estudantes e colegas com quem tenho discutido e debatido essas ideias ao longo de muitos anos.



enfrentar estigma, estereotipagem, preconceito e violência; aumentar a voz e participação; e abranger diferenças e alcançar mudança estrutural (FREDMAN, 2011a, 2002). Por trás disso está o princípio básico de que o direito à igualdade deve ser localizado no contexto social em resposta àqueles que estão em desvantagem, são aviltados, excluídos ou ignorados.

A abordagem de quatro dimensões objetiva fornecer um quadro analítico para iluminar melhor a natureza multifacetada da desigualdade e auxiliar a determinar se ações, práticas ou instituições impedem ou promovem o direito à igualdade. Ela é deliberadamente enquadrada em termos de dimensões para nos permitir focar em sua interação e sinergias, ao invés de afirmar uma prioridade lexical pré-estabelecida. Nesse sentido, somos capazes de entender a maneira pela qual diferentes dimensões podem ser usadas para reforçar uma a outra. Onde haja conflitos, ou uma atravesse a outra, a tensão pode ser resolvida referindo-se ao quadro como um todo, com o objetivo sendo não tanto insistir que uma dimensão tenha prioridade, mas criar uma síntese que leve em consideração todas as dimensões. Por exemplo, embora a dignidade deva ser estimulada, isso não deve ocorrer às custas da reparação de desvantagem. Similarmente, a afirmação de diferença e identidade deve ser circunscrita à necessidade de se prevenir estigmas, estereotipagem e preconceito. Reconhece-se que as fronteiras entre as dimensões podem ser fluídas; mas argumenta-se que é analiticamente útil mantê-las separadas.

O quadro seguramente não busca resolver todas as questões relacionadas ao direito à igualdade substantiva. O objetivo da abordagem multidimensional é, em última análise, avaliativo, para fornecer um conjunto de critérios para determinar se uma lei, política, prática ou instituição é propensa a cumprir o direito à igualdade e para apontar modos em que elas devem ser reformadas para melhor cumpri-lo. Por exemplo, sistemas de bem-estar social baseados na transferência condicionada de renda podem aparentar melhorar a desvantagem material de pessoas em situação de pobreza. Mas cumprem eles o direito à igualdade substantiva para as mulheres e, se não, como podem ser reformulados? (FREDMAN, 2015).



1. Background e metodologia

Minha preocupação, enquanto uma advogada de direitos humanos, é com a evolução do significado do direito à igualdade no direito internacional e doméstico de direitos humanos. Não pretendo explicar uma concepção de igualdade em abstrato, que atenderia às objeções dos filósofos que tentaram fazê-lo. Sempre reconheci que a escolha entre diferentes concepções de igualdade não é de lógica, mas de valores ou políticas. (FREDMAN, 2011a). Minha abordagem é enraizada em entendimentos existentes. Embora o direito à igualdade seja um princípio de textura aberta, não é um recipiente vazio que possa conter quaisquer significados que alguém queira atribuir a ele. O conceito de igualdade substantiva deve se desenvolver e se basear em entendimentos existentes do direito à igualdade na legislação e na literatura. Mas tampouco é meu objetivo encontrar uma concepção que, no sentido dworkiniano, seja “o melhor ajuste”, dando sentido aos princípios existentes. (COLLINS, 2003). Há muitos entendimentos conflitantes sobre o direito à igualdade para que se possa encontrar um princípio subjacente que dê sentido às interpretações existentes. O projeto está, portanto, enraizado em entendimentos existentes, mas também participa conscientemente na evolução contínua de um direito à igualdade substantiva. Em particular, argumento que o direito à igualdade deve ser capaz de responder a injustiças concretas. Meu objetivo, então, é encontrar e extrapolar aqueles entendimentos de igualdade substantiva que são sensíveis às injustiças vivenciadas por mulheres e outros grupos excluídos em razão de sua condição. Embora não haja um consenso único, há consenso suficiente em relação a alguns princípios para dar credibilidade ao projeto de se extrapolar a partir desses princípios. Também é possível, por meio de engajamento e discussões permanentes, criar novos consensos¹.

Este artigo se baseia em materiais jurídicos comparativos principalmente dos Estados Unidos, Reino Unido, Canadá e África do Sul, a fim de fundamentar a concepção de igualdade substantiva na experiência de quatro países de língua inglesa que estiveram

¹ Para suas contribuições seminais, veja *Substantive Equality and Transformation in South* (ALBERTYN, 2007); *Facing the Challenge of Transformation: Difficulties in the Development of an Indigeous Jurisprudence on Equality* (ALBERTYN; GOLDBLATT, 1998); *Substantive Equality, the Supreme Court of Canada, and the Limits to Redistribution* (FUDGE, 2007); *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law* (MACKINNON, 1987); *Reflections on Sex Equality under Law* (MACKINNON, 1991); *Gender in Constitutions* (MACKINNON, 2012). Para o debate no Reino Unido, veja *Beyond Discrimination: It's Time for Enforceable Duties on Public Bodies to Promote Equality Outcomes* (FREDMAN, SPENCER, 2006).



na vanguarda do desenvolvimento do direito à igualdade em nível doméstico. Os Estados Unidos, o Canadá e a África do Sul possuem o direito à igualdade arraigado constitucionalmente. O Reino Unido possui um sofisticado quadro legislativo, o qual é complementado pela União Europeia e pela Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH – UNIÃO EUROPEIA, 1950), atualmente incorporada no *Human Rights Act*. Em todas essas jurisdições, diversas concepções substantivas de igualdade disputam a proeminência com o princípio do igual tratamento. Essas concepções incluem discriminação indireta ou impacto desproporcional, acomodação razoável, ação afirmativa, discriminação sistêmica e discriminação injusta.

Embora formulados diferentemente, esses direitos são construídos em torno de um núcleo central. O mais aberto é o previsto na Décima Quarta Emenda dos Estados Unidos, que afirma simplesmente que “Nenhum Estado deve... negar a qualquer pessoa a igual proteção das leis”. Tanto o Canadá quanto a África do Sul possuem uma garantia geral de igualdade em conjunto com uma proibição mais específica de discriminação com base em critérios enumerados exemplificativamente (CANADÁ, 1982, c. 11, § 15; ÁFRICA DO SUL, 1996a, § 9). Ambos possuem previsões expressas para ação afirmativa. O quadro legislativo do Reino Unido foi recentemente consolidado no *Equality Act 2010*, o qual possui previsões de discriminação direta, discriminação indireta, acomodação razoável e vitimização, mas apenas uma previsão muito limitada para ação afirmativa (REINO UNIDO, 2010, §§13, 19)². No entanto, inclui previsões para uma ação proativa por parte das autoridades públicas para ter “devida consideração” à necessidade de promover igualdade de oportunidades e boas relações (REINO UNIDO, 2010, §149)³. O artigo 14 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, incorporado ao *Human Rights Act 1998*, exige que os direitos e as liberdades da Convenção sejam garantidos sem discriminação por critérios listados exemplificativamente⁴. O direito à igualdade no direito internacional dos direitos humanos é geralmente definido em termos de textura aberta. As convenções centrais simplesmente se referem a uma obrigação dos Estados de garantir os direitos humanos sem “distinção”, “discriminação”, “exclusão”, ou “restrição” ou “com base na igualdade” em relação a uma lista não exaustiva de critérios.

² Veja também *Equality: The New Legal Framework* (HEPPLE, 2011).

³ Veja *The Public Sector Equality Duty* (FREDMAN, 2011b).

⁴ O *Protocol 12 to the Eur. Ct. H.R. (E.T.S. No. 177)* (UNIÃO EUROPEIA, 2000), que não foi ratificado pelo Reino Unido, também se aplica a “qualquer direito estabelecido por lei” e proíbe a discriminação por parte de órgãos públicos com base em qualquer um dos fundamentos mencionados na mesma lista não exaustiva.



Esse artigo aborda o direito à igualdade em relação a particulares grupos ou identidades. Ele não entra no debate sobre a distinção entre o direito à igualdade e à não-discriminação, exceto para sugerir que as diferenças entre eles são pragmáticas, em vez de lógicas. A maioria das garantias constitucionais e internacionais de igualdade é expressa em termos de um ou outro, ou ambos, e diferentes jurisdições delineiam as distinções entre eles de maneiras diferentes. O artigo também não examina as formas pelas quais os critérios proibidos de discriminação são ou deveriam ser determinados. No entanto, o entendimento substantivo do direito à igualdade é desenvolvido aqui em um contexto de discriminação; em outras palavras, para enfrentar as injustiças vivenciadas especialmente em razão de gênero, raça, deficiência, orientação sexual etc., bem como a intersecção entre esses critérios. A seção 3 brevemente considera e critica o conceito central de igual tratamento. A seção 4 apresenta algumas das conhecidas candidatas a noções substantivas: igualdade de resultados, igualdade de oportunidades e dignidade. As vantagens e limitações de cada uma dessas concepções apontam para um entendimento multidimensional, o qual eu apresento na seção 5.

2. O princípio do igual tratamento: tratando iguais igualmente

A declaração mais simples e onipresente do princípio da igualdade é a fórmula aristotélica que iguais devem ser tratados igualmente. O princípio de que iguais devem ser tratados igualmente é possivelmente a interpretação mais difundida do direito à igualdade, principalmente na forma de proibições de discriminação direta (REINO UNIDO, 2010, §13) ou tratamento díspar. Uma outra manifestação é na forma do direito a pagamento igual por trabalho de igual valor, o que permite uma mulher reivindicar igual pagamento se ela estiver exercendo um trabalho de igual valor ao de um comparável do sexo masculino no mesmo estabelecimento.

É essa formulação que é o alvo principal da crítica de Westen (1982, p. 540). Não apenas as declarações de igualdade “implicam logicamente (e necessariamente se transformam em) declarações de direitos mais simples”, mas “o passo adicional de transformar declarações de direitos simples em declarações de igualdade não apenas envolve trabalho desnecessário, mas também gera uma profunda confusão conceitual”. (WESTEN, 1982, p. 542). Não há nada na fórmula em si, ele argumenta, que indique



quando duas pessoas são relevantemente iguais e, se forem iguais, qual tratamento está em questão. (WESTEN, 1982, p. 543–548). Uma vez determinado que duas pessoas são relevantemente iguais, o conceito de igualdade torna-se supérfluo, uma vez que essa determinação simplesmente estabelece o requisito de elegibilidade para um direito. Por exemplo, a afirmação que todos os cidadãos têm igual direito a voto é idêntica à afirmação que todos os cidadãos têm direito a voto. Westen, no entanto, não descarta totalmente o direito à igualdade. Para ele, a cláusula de igual proteção na Décima Quarta Emenda possui “substância legal e moral” enquanto um direito independente (WESTEN, 1982, p. 565–566). Embora ele identifique amplamente isso como o direito de estar livre de injúria racial, ele observa que: “Significativamente, os tribunais até agora falharam em identificar o tipo preciso de injúria que a substância da cláusula de igual proteção é projetada para proibir” (WESTEN, 1982, p. 565).

Isso coloca a questão de qual valor pode estar perseguindo o princípio de que iguais devem ser tratados igualmente. Um valor possível e elementar é o simples princípio da consistência. Uma vez determinado que dois indivíduos ou situações são relevantemente iguais, eles devem ser tratados igualmente por uma questão de consistência. No entanto, a consistência por si só é um valor mínimo, dificilmente digno das elevadas reivindicações do direito à igualdade. Há várias razões para tanto. Primeiramente, isso não resolve o problema de quando é que dois indivíduos são relevantemente iguais, de modo a atrair um tratamento consistente. Nem toda distinção é discriminatória. Governos e indivíduos classificam pessoas em grupo por uma ampla variedade de razões e muitas delas são legítimas. É bastante legítimo distinguir entre grupos de alta e baixa renda por razões tributárias. Por outro lado, por muitos anos pensou-se ser legítimo distinguir mulheres de homens, negros de brancos (FREDMAN, 2011a, p. 67–82). Um dos maiores avanços nas lutas pela igualdade no século XX foi o reconhecimento de que características baseadas em raça, sexo, cor ou origem étnica não devem, por si só, constituir diferenças relevantes que justifiquem um tratamento inferior. Em outras áreas, como orientação sexual, esse reconhecimento ainda não foi totalmente alcançado.

A decisão sobre quando iguais devem ser tratados igualmente é, portanto, uma decisão que exige recorrer a princípios que estão fora da fórmula formal de igualdade. Em geral, isso resultou de ganhos duramente conquistados por meio de engajamentos ativos com o processo político. O resultado de tais lutas é refletido no fato que a maioria das



garantias constitucionais ou legais incluem uma lista de critérios, abordando de alguma forma a questão de quando dois indivíduos são relevantemente iguais ao declarar quais características são irrelevantes para essa determinação. Assim, embora a Décima Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos simplesmente declare que “Nenhum Estado deve... negar a qualquer pessoa a igual proteção das leis”, outras Constituições, como a canadense, a sul-africana e a indiana, incluem uma cláusula de não discriminação que especifica uma lista de critérios (CANADÁ, 1982, s. 15; ÁFRICA DO SUL, 1996a, s. 9; ÍNDIA, 1950, arts. 14-16; UNIÃO EUROPEIA, 1950, art. 14). Isso também é verdadeiro para a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), União Europeia e Reino Unido (REINO UNIDO, 2010, §13). Mesmo em relação à Décima Quarta Emenda, a Suprema Corte dos Estados Unidos preencheu parcialmente essa lacuna por meio do seu conceito de “classificações suspeitas” (“suspect classes”), referindo-se primeiramente à raça ou à condição de estrangeiro (ESTADOS UNIDOS, 1938).

Isso, no entanto, é apenas parte da solução. Mesmo onde seja prescrito que dois indivíduos são relevantemente iguais apesar de raça, sexo etc., o princípio de igual tratamento prescreve apenas que eles devem ser tratados igualmente. Isso é ainda mais restrito quando o princípio de igual tratamento é expresso como uma proibição de discriminação direta ou tratamento díspar, que proíbe o tratamento “menos favorável” em razão de raça, sexo etc.⁵. Contudo, ser tratado igualmente pode ter pouco valor. Isso porque o princípio de que iguais devem ser tratados igualmente é cumprido se dois indivíduos forem tratados igualmente bem ou igualmente mal. Ainda mais problemático, uma reivindicação de igualdade pode ser atendida removendo-se um benefício de um grupo relativamente privilegiado (nivelamento para baixo). Em um caso famoso dos Estados Unidos, a cidade de Jackson, no Mississippi, recebeu ordens para desagregar suas quatro piscinas “somente para brancos”, juntando-as com a única piscina “somente para negros”. Em vez disso, decidiu fechar todas as suas piscinas públicas (ESTADOS UNIDOS, 1971a). Afirmou-se que estava se aplicando um tratamento idêntico para brancos e negros e que, portanto, não havia violação à garantia de igualdade. Também não se pode dizer que um grupo foi tratado de forma menos favorável do que o outro com base em raça. Uma resposta similar foi observada no Reino Unido em relação à legislação que concede a autoridades o poder de deter estrangeiros indefinidamente sem julgamento caso sejam suspeitos de terrorismo internacional (REINO UNIDO, 2001, § 23). A Câmara

⁵ Veja *Equality Act 2010*, § 13 (REINO UNIDO, 2010).



dos Lordes derrubou a legislação em razão, *inter alia*, de que ela se aplicava apenas a estrangeiros, e não a cidadãos do Reino Unido que também poderiam ser suspeitos de terrorismo internacional (REINO UNIDO, 2004). Uma vez que os estrangeiros e cidadãos do Reino Unido eram “iguais” em um sentido relevante, eles deveriam ser tratados igualmente. O governo respondeu concedendo a si mesmo o poder de emitir ordens restringindo a liberdade (novamente sem julgamento) de suspeitos de terrorismo tanto nacionais quanto estrangeiros. O princípio da semelhança de tratamento foi satisfeito ao se intrometer igualmente na liberdade de ambos os grupos (FREDMAN, 2006).

Foi esse risco que levou a maioria da Suprema Corte dos Estados Unidos a evitar o direito à igualdade quando finalmente decidiu derrubar a legislação que criminalizava a homossexualidade. *Lawrence v. Texas* referia-se a uma lei do Texas que proibia duas pessoas do mesmo sexo de se envolverem em intimidades sexuais específicas (ESTADOS UNIDOS, 2003). Como o J. Kennedy colocou: “Se considerássemos a lei inválida à luz da Cláusula de Igual Proteção, alguém poderia questionar se uma proibição seria válida se formulada diferentemente, digamos, para proibir a conduta entre participantes do mesmo sexo e de sexos diferentes” (ESTADOS UNIDOS, 2003, p. 575). Para evitar essa opção de nivelamento por baixo, a maioria da Corte decidiu que a lei constituía uma violação ao direito substantivo do devido processo legal. Raz vai mais longe e conclui que, no campo da igualdade distributiva, a possibilidade de nivelamento por baixo demonstra que a igualdade não pode ter valor intrínseco. Ele argumenta que a crença no valor intrínseco da igualdade implica considerar “igualdade [como] valiosa, mesmo se isso signifique um nível relevantemente mais baixo de realização ou instanciação de outros valores” (RAZ, 2008, p. 6)⁶. Isso apenas faz sentido se a simples experiência de ser igual for valiosa, uma proposição que Raz rejeita.

O segundo problema com a igualdade como consistência é que isso assume que o mesmo tratamento é sempre apropriado. Contudo, onde há desvantagem antecedente, o tratamento “semelhante” pode, na prática, consolidar a diferença. Portanto, tratamento desigual pode ser necessário para alcançar a igualdade genuína. Como Sen argumentou: “Igual consideração para todos pode demandar tratamento muito desigual em favor dos desfavorecidos” (SEN, 1992).

Pode-se argumentar que o valor de fundo não é simplesmente consistência, mas mérito. O pressuposto subjacente é que, uma vez que características como raça, sexo etc.

⁶ Também encontrado em Raz (2009).



são desconsideradas, os indivíduos podem ser tratados inteiramente com base em seu mérito. Nos Estados Unidos, isso assume a forma do princípio da “anticlassificação”, ou seja, que os indivíduos devem ser tratados com base em seu próprio mérito, independentemente de sua cor ou raça⁷. Contudo, isso pressupõe que o “mérito” individual pode ser considerado em abstrato, independentemente de cor, religião, origem étnica, gênero ou outras características tais como essas. No entanto, a situação social, econômica e política de um indivíduo ainda é fortemente determinada por essas mesmas características. Os termos pelos quais o mérito é julgado são frequentemente um produto do grupo dominante: por exemplo, o tempo gasto pelas mulheres no cuidado de crianças é usualmente ignorado na avaliação de suas qualificações para um emprego. Assim, a premissa básica, ou seja, que existe um “indivíduo universal”, é profundamente enganosa. Em última análise, a semelhança de tratamento somente pode ser julgada contra o tratamento concedido a um comparável similarmente situado que, longe de ser universal, está vestido como os atributos dominantes de gênero, cultura, religião, etnia ou sexualidade. Não é coincidência que, quando falamos de etnia, geralmente nos referimos a minorias étnicas, em vez de majorias étnicas, atribuindo à cultura dominante “normalidade”, e não sua especificidade étnica.

O resultado é criar poderosas pressões conformistas. Na literatura feminina, isso foi apelidado de “norma masculina”. Igualdade como consistência requer uma resposta à pergunta: “Igual a quem?”. A resposta é, inevitavelmente, “igual a um homem”. Nas poderosas palavras de Catharine MacKinnon (1987): “Oculto é o modo substantivo pelo qual o homem se tornou a medida de todas as coisas. Sob o padrão de similitude, mulheres são medidas conforme nossa correspondência ao homem... Neutralidade de gênero é, portanto, simplesmente o padrão masculino.” (MACKINNON, 1987, p. 34). A tendência assimilacionista também tem sido problemática no contexto de religião e etnia. Parekh (1998) diz claramente: “A escolha perante as minorias é simples. Se elas desejarem se tornar parte e serem tratadas como o resto da comunidade, elas devem pensar e viver como esta; se, pelo contrário, elas insistirem em manter suas culturas separadas, elas não devem reclamar se forem tratadas diferentemente.”. O problema tem sido particularmente agudo em relação aos direitos na gestação. Em uma visão estrita de igualdade enquanto consistência, simplesmente não há um comparativo masculino

⁷ Veja *From Colorblindness to Antibalkanization: An Emerging Ground of Decision in Race Equality Cases* (SIEGAL, 2011).



apropriado e, daí, não surge qualquer direito de igualdade. Essa dificuldade foi inicialmente abordada pelo mecanismo insatisfatório de comparar o tratamento recebido por uma mulher grávida com o de um homem doente, uma abordagem ainda atual nos Estados Unidos. Foi somente quando a Corte pôde ir além da ideia de igualdade enquanto consistência e, portanto, além da necessidade de um comparável masculino, que o progresso real pôde ser feito⁸.

Ainda mais fundamentalmente, isso pressupõe que as identidades individuais devam ser descartadas. No entanto, cada indivíduo é constituído parcialmente por afinidades grupais (YOUNG, 1990), seja por seu senso de identidade, história, afinidade com outros, modo de raciocínio ou expressão de sentimentos. Com certeza, a maior contribuição do direito à igualdade tem sido a insistência de que um indivíduo não deve ser submetido a tratamento prejudicial com base em estereótipos negativos atribuídos a ele por causa de sua raça ou sexo. No entanto, ao rejeitar os efeitos negativos de levar em consideração as características baseadas no grupo, o princípio da igualdade assumiu que todos os aspectos da pertença ao grupo devem ser desconsiderados. Contudo, diversas identidades individuais podem ser enriquecedoras e desejadas. Isso demonstra que o problema não é a diversidade de características, mas o tratamento prejudicial a elas atribuído. Assim, o objetivo não deve ser eliminar a diferença, mas proibir o prejuízo associado a tal diferença, preferencialmente ajustando as normas existentes para abranger a diferença.

O princípio de que iguais devem ser tratados igualmente possui uma dificuldade adicional. Uma violação do direito exige a demonstração de que Y tratou X de forma menos favorável do que um comparável em situação semelhante por motivos de raça, sexo etc. Isso, por sua vez, significa que uma violação do direito à igualdade só pode ser constatada se um perpetrador, Y, puder ser encontrado. Nos Estados Unidos, isso tem sido refletido na insistência adicional de intenção discriminatória para se provar a violação da cláusula de igual proteção da Décima Quarta Emenda⁹. No contexto do Reino Unido, embora os tribunais tenham sido firmes contra a necessidade de comprovar a intenção em um caso de discriminação direta (REINO UNIDO, 1990; REINO UNIDO, 2009), ainda há a necessidade de se provar causalidade: “se não fosse” a característica protegida da

⁸ Veja também *A Difference with Distinction: Pregnancy and Parenthood Reassessed* (FREDMAN, 1994) e *Women and the Law* (FREDMAN, 1997).

⁹ *Washington v Davis* (ESTADOS UNIDOS, 1976) e veja *Toward a Renewed Equal Rights Amendment: Now More Than Ever* (MACKINNON, 2014).



requerente, ela não teria sido tratada desfavoravelmente. No entanto, o sexismo, o racismo e outras formas de discriminação vão muito além dos atos individuais de preconceito. Tais preconceitos estão frequentemente embutidos na estrutura da sociedade e não podem ser atribuídos claramente a qualquer pessoa.

3. Concepções alternativas

Uma maneira de avançar, como sugere Westen (1982), é abandonar a igualdade e optar por direitos substantivos. Reconhecer suas limitações, no entanto, não necessariamente implica em abandonar o conceito. Em vez disso, tribunais e legisladores têm se inclinado para interpretações mais substanciais do direito à igualdade. Diferentes concepções têm sido desenvolvidas. Embora todas entrem na ampla categoria de "igualdade substantiva", o significado preciso de igualdade substantiva continua contestado. A próxima seção considera várias opções. Uma abordagem ampla é responder à pergunta "igualdade de quê" de uma maneira diferente. Em vez da igualdade de tratamento, buscamos a igualdade de resultados ou igualdade de oportunidades. Uma diferente abordagem ampla é buscar valores substantivos, como a dignidade. A seção 4 considera igualdade de resultados, igualdade de oportunidades e dignidade como opções para o significado de igualdade substantiva. Com base nas percepções obtidas dessa discussão, a seção 5 apresenta uma abordagem multidimensional para compreender e aplicar a igualdade substancial.

3.1 Igualdade de resultados

Como vimos até então, uma limitação fundamental da concepção de igualdade de tratamento é a sua incapacidade de lidar com situações em que o igual tratamento fortalece desigualdades anteriores. Ao focar nos resultados em vez do tratamento, é possível evitar esse problema. Tratamento desigual pode ser permitido ou necessário para alcançar resultados iguais. Enquanto o princípio de igual tratamento se baseia em uma noção de justiça procedimental decorrente de um tratamento consistente, a igualdade de resultados está relacionada a uma distribuição mais justa de benefícios (GARDNER, 1989). Portanto, ações afirmativas ou tratamentos preferenciais a um grupo



em desvantagem, embora aparentemente violadores do princípio de igual tratamento, são melhor compreendidas como promovedores da igualdade de resultados. Semelhantemente, o conceito de impacto desproporcional na legislação dos Estados Unidos proíbe práticas neutras que, no entanto, injustificadamente têm impacto desigual: "práticas que são justas em sua forma, mas discriminatórias em sua operação" (ESTADOS UNIDOS, 1971b). Ao passar do tratamento para os resultados, a prova de intenção se torna desnecessária. No caso seminal de *Griggs v. Duke Power*, a Suprema Corte dos Estados Unidos deixou claro que "boa intenção ou ausência de intenção discriminatória não redimem procedimentos de contratação ou mecanismos de teste que funcionam como 'obstáculos embutidos' para grupos minoritários e não estão relacionados à avaliação da capacidade de trabalho." ESTADOS UNIDOS, 1971b, p. 432)¹⁰. Da mesma forma, no Reino Unido e na União Europeia, a discriminação indireta refere-se a práticas, políticas ou critérios que se aplicam igualmente a todos, mas colocam um indivíduo em desvantagem devido a uma característica protegida e que não podem ser justificados¹¹.

O princípio da igualdade de resultados, no entanto, é desafiador. Quais "resultados" importam e o que significa "igualdade" nesse contexto? Teóricos como Parfit (1997) tendem a se concentrar na igualdade do bem-estar, mas o significado de bem-estar em si é objeto de mais do que um pequeno debate e, de fato, as consequências radicais de insistir na igualdade de bem-estar tendem a ser usadas como motivo para rejeitar o igualitarismo. No direito da antidiscriminação, o princípio da igualdade de resultados é geralmente aplicado à participação na força de trabalho, vagas em escolas ou universidades, ou votação. Mas aqui a aplicação da "igualdade" se torna problemática. Os resultados devem refletir a distribuição de todos os grupos identitários na população como um todo? Isso pode ser relativamente fácil de imaginar em relação ao gênero ou raça. Poderíamos plausivelmente visar a alcançar uma força de trabalho ou corpo estudantil equilibrado, com paridade entre mulheres e homens em todos os níveis. Mas estamos visando a alcançar uma força de trabalho, instituição educacional ou órgão representativo que reflita exatamente a população em relação à idade, deficiência, religião ou crença e orientação sexual? E como levamos em conta a discriminação

¹⁰ "Intenção não foi comprovada nos tribunais inferiores. No entanto, além de enfrentar a discriminação estrutural, o impacto desigual pode ser usado para '(1) revelar propósitos discriminatórios ocultos; e (2) contestar preconceitos subscientes do empregador.'" (SIEGAL, 2011, p. 1317).

¹¹ Veja *Equality Act 2010*, §19 (REINO UNIDO, 2010); Veja também *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd* (CANADÁ, 1985); *City Council of Pretoria v. Walker* (ÁFRICA DO SUL, 1998).



interseccional? Como várias jurisdições descobriram, um simples foco na igualdade de resultados não nos ajuda a determinar como contabilizar a representação de mulheres brancas em relação a homens negros, e onde posicionamos grupos com identidades interseccionais, como mulheres mais velhas, mulheres com deficiências, mulheres gays etc.

Tampouco é óbvio que a igualdade de resultados resolva o problema da nivelamento para baixo. É perfeitamente plausível alcançar a igualdade de resultados igualando todos em um nível mais baixo: de fato, a crítica ao igualitarismo é direcionada principalmente a soluções distributivas como essa. Uma maneira de avançar é seguir a abordagem "prioritária" de Parfit. Nessa visão, o foco está nos mais desfavorecidos. Em qualquer cenário, os ganhos para os menos favorecidos são considerados de maior valor do que os ganhos para qualquer outra pessoa. Como Parfit coloca, isso não é uma reivindicação igualitária. "Não consideramos, em si, ruim ou injusto que algumas pessoas estejam pior do que outras... Os igualitaristas estão preocupados com as relações: como o nível de cada pessoa se compara ao nível de outras pessoas. Na Visão Prioritária, estamos preocupados apenas com os níveis absolutos das pessoas." (PARFIT, 1997, p. 214). Ele conclui que essa abordagem torna a igualdade redundante: o que importa são os direitos absolutos das pessoas, e não os direitos em relação aos outros. No entanto, os direitos absolutos tendem a se estabelecer no mínimo e não fazem nada para reparar disparidades acima do mínimo. É aqui que a igualdade continua a desempenhar uma função. Um exemplo claro é a diferença entre o direito a um salário-mínimo, que é um direito absoluto, e o direito à igualdade salarial para o mesmo trabalho entre homens e mulheres, que está central e corretamente preocupado com disparidades. Assim, embora a igualdade substantiva não precise ser apenas sobre alcançar resultados puramente igualitários, ela deve, ao menos parcialmente, objetivar a redução da diferença entre os mais desfavorecidos e os menos desfavorecidos.

Há um problema mais profundo com a igualdade de resultados. Isso ocorre porque a alteração dos resultados não necessariamente exige uma reexame fundamental das estruturas que perpetuam a discriminação. Uma mudança na composição de cor ou gênero de uma classe ou setor, embora em certa medida positiva, pode refletir apenas uma política cada vez mais bem-sucedida de assimilação. Assim, as mulheres que alcançam essas posições podem tê-lo feito ao se conformarem a padrões de trabalho



"masculinos", externalizando suas responsabilidades de cuidado infantil para outras mulheres, que permanecem subvalorizadas e sub-remuneradas como sempre.

Da mesma forma, o aumento do número de mulheres em certos tipos de empregos pode coincidir com uma diminuição no salário ou status do trabalho em questão. Nos Estados Unidos, a dessegregação escolar, embora aparentemente alcance a integração racial, na verdade frequentemente replica hierarquias raciais dentro das escolas, como refletido no fato de que a lacuna de desempenho racial persiste mesmo em escolas de classe média racialmente mistas (MINOW, 2010, p. 26). Assim, a mudança quantitativa pode apenas refletir parcialmente a mudança qualitativa. Há também o perigo de que um foco na igualdade de resultados preste pouca atenção ao igualmente importante dever de abranger a diversidade por meio da adaptação de estruturas existentes. Isso é especialmente problemático em relação ao impacto desproporcional ou discriminação indireta devido à possibilidade de uma defesa de justificativa. De acordo com o padrão dos Estados Unidos, uma prática que exclui um grupo protegido só é proibida se, nas palavras do J. Burger em *Griggs*, "não puder ser demonstrado que está relacionada ao desempenho do trabalho" (ESTADOS UNIDOS, 1971b, p. 431). Da mesma forma, a previsão do Reino Unido permite um empregador justificar uma discriminação indireta *prima facie* se for um meio proporcional de alcançar um objetivo legítimo (REINO UNIDO, 2010, §19). Em última análise, portanto, se um empregador puder justificar o impacto desigual com base na proporcionalidade de um fim legítimo, a desigualdade de resultados é tolerada. Assim, a igualdade de resultados, embora ofereça um antídoto bem-vindo à igualdade de tratamento, pode ser vista, no máximo, como um quadro parcial para situar o direito à igualdade. Existe também a necessidade adicional de mudança estrutural.

3.2 Igualdade de oportunidades

A igualdade de oportunidades é uma alternativa popular tanto ao igual tratamento quanto à igualdade de resultados e possui força legal em várias jurisdições (REINO UNIDO, 2010, §149). Os defensores desse ponto de vista reconhecem que o igual tratamento em um contexto de discriminação passada e estrutural pode perpetuar desvantagens. Usando a metáfora ilustrativa de competidores em uma corrida, argumenta-se que a verdadeira igualdade não pode ser alcançada se os indivíduos



começarem a corrida a partir de pontos de partida diferentes. No entanto, de acordo com essa abordagem, focar exclusivamente na igualdade de resultados é ir longe demais em subordinar o direito a um tratamento individual a uma ênfase utilitarista nos resultados. Uma vez que os indivíduos desfrutem de igualdade de oportunidades, o problema da discriminação institucional é superado e a justiça exige que eles sejam tratados com base em suas qualidades individuais, sem levar em conta o sexo ou raça. Esse modelo, portanto, rejeita especificamente políticas que visam a corrigir desequilíbrios na força de trabalho por meio de cotas ou metas cujo objetivo seja a igualdade de resultados. Em vez disso, uma abordagem de igualdade de oportunidades objetiva equalizar o ponto de partida, e não o resultado final. Uma vez que todos possuam iguais oportunidades, eles devem ser julgados de acordo com seu mérito individual. A igualdade de oportunidades é totalmente compatível com resultados desiguais, não apenas porque o talento individual difere, mas porque essa abordagem incorpora e enfatiza a escolha. Uma vez que as oportunidades são oferecidas, cada indivíduo pode escolher seu próprio caminho de vida.

Assim como a igualdade de resultados, a igualdade de oportunidades requer mais atenção para o que conta como uma oportunidade e, em última instância, o que conta como igualdade. Quais medidas são necessárias para garantir que os indivíduos sejam aptos para genuinamente competir igualmente? Williams faz uma distinção entre uma visão procedimental e uma visão substantiva de igualdade de oportunidades. Em uma visão procedimental, a igualdade de oportunidades requer a remoção de obstáculos ao avanço de mulheres ou minorias, mas não garante que isso levará a uma maior justiça substantiva no resultado (WILLIAMS, 1962). Por exemplo, a abolição do recrutamento por indicação ou de critérios de seleção não relacionados ao trabalho remove obstáculos procedimentais e, assim, abre mais oportunidades. Contudo, isso não garante que mais mulheres ou minorias de fato estarão em uma posição de aproveitar essas oportunidades. Aqueles que não possuem as qualificações necessárias como resultado de discriminação passada ainda serão incapazes de atender aos critérios relacionados ao trabalho; mulheres com responsabilidades de cuidado infantil ainda não encontrarão mais facilidade para ingressar no trabalho remunerado. Nas famosas palavras do presidente dos Estados Unidos, Lyndon Johnson, "não é suficiente abrir as portas da oportunidade. Todos os nossos cidadãos devem ter a capacidade de atravessar essas portas." (THERNSTROM, 1996, p. 2037).



Uma visão substantiva da igualdade de oportunidades, em contraste, requer a adoção de medidas para garantir que pessoas de todas as camadas da sociedade tenham uma chance genuinamente igual de satisfazer os critérios de acesso a um bem social específico (WILLIAMS, 1962, p. 125-126). Isso requer medidas positivas, como educação e treinamento, e medidas favoráveis à família. Pode ir ainda mais longe e questionar os critérios de acesso, uma vez que os critérios de mérito existentes podem refletir e reforçar padrões existentes de desvantagem. Por exemplo, critérios que enfatizam um histórico de trabalho contínuo refletiriam a visão de que a experiência fora da força de trabalho remunerada tem pouco valor para um emprego futuro. Mulheres que deixaram a força de trabalho remunerada para cuidar dos filhos seriam prejudicadas dessa forma. Conforme argumenta Hepple (1990), não se está fornecendo uma igualdade genuína de oportunidades ao se aplicar um inquestionado critério de mérito a pessoas que foram privadas da oportunidade de adquirir "mérito". Na prática, no entanto, a igualdade de oportunidades raramente é usada em seu sentido substantivo ao se formular normas de igualdade. Assim, a igualdade de oportunidades, assim como a igualdade de resultados, continua sendo, no máximo, uma base parcial para fundamentar o direito à igualdade.

3.3 Dignidade

Em vez de se concentrar na igualdade de oportunidades ou resultados, muitos legisladores, tribunais e teóricos têm buscado um núcleo mais substantivo para a noção de igualdade. Um núcleo substantivo desse tipo poderia, em particular, evitar o argumento de "nivelamento para baixo". Isso pode ser visto no caso *Johnson v. California*, da Suprema Corte dos Estados Unidos, que envolveu a segregação racial de prisioneiros (ESTADOS UNIDOS, 2005). A autoridade prisional argumentou que isso não deveria ser considerado discriminatório porque todas as raças eram "igualmente segregadas". A Suprema Corte dos Estados Unidos rejeitou enfaticamente o argumento de que a igualdade poderia ser satisfeita por meio desse tipo de "neutralidade". Citando o anterior caso *Powers v. Ohio*, a Corte afirmou: "É axiomático que classificações raciais não se tornam legítimas com base na suposição de que todas as pessoas as sofrem em igual grau." (ESTADOS UNIDOS, 1991, p. 410).

A Suprema Corte dos Estados Unidos não especificou o valor central ao qual estava se referindo. Outras jurisdições têm sido mais explícitas. O mais destacado tem



sido a noção de igualdade. A primazia da dignidade e do valor individual como base para os direitos de igualdade tem sido claramente articulada em várias jurisdições, tanto em documentos constitucionais ou legais, quanto pelos tribunais. Especialmente enfático nesse sentido tem sido a Suprema Corte do Canadá, a qual colocou a dignidade no centro do princípio da igualdade. "Igualdade significa que nossa sociedade não pode tolerar distinções legislativas que tratem certas pessoas como cidadãos de segunda classe, que as humilhem, que as tratem como menos capazes sem motivo válido, ou que de outra forma ofendam fundamentalmente a dignidade humana." (CANADÁ, 1999, §51). Da mesma forma, desde o início da jurisprudência sobre igualdade na Corte Constitucional da África do Sul, a dignidade desempenhou um papel central. Assim, o J. Ackerman, no caso inicial de *Prinsloo v. Van der Linde*, afirmou que discriminação injusta "principalmente significa tratar pessoas de maneira diferente de uma forma que prejudique sua dignidade fundamental como seres humanos." (ÁFRICA DO SUL, 1997a, §31).

Certamente, há muito o que torna a dignidade um conceito intuitivamente atraente (ÁFRICA DO SUL, 1997a, §31). Ainda mais importante, a dignidade deve substituir a racionalidade como um gatilho para o direito à igualdade. A racionalidade tem se mostrado uma doutrina excludente, que tem sido utilizada para negar o acesso ao direito à igualdade, especialmente às mulheres, que foram retratadas como carentes do pré-requisito da racionalidade¹². O avanço crucial representado pela substituição da racionalidade pela dignidade é que a dignidade é vista como inerente à humanidade de todas as pessoas.

No entanto, um olhar mais atento a essas formulações revela que a dignidade não é a panaceia que frequentemente se imagina. Dignidade por si só não implica necessariamente igualdade. De fato, a dignidade é igualmente capaz de ser hierárquica. Alguém poderia facilmente imaginar que alguns poderiam ser considerados mais dignos do que outros. Poderíamos considerar todos como tendo valor moral, sem considerá-los inevitavelmente como tendo igual valor moral e, portanto, atraindo igual preocupação e respeito. De fato, a história do conceito de dignidade revela suas raízes em ideias de posição e hierarquia, ao invés de igualdade. (HENNETTE-VAUCHEZ, 2011; MCCRUDEN, 2008). É apenas insistindo que todos têm o mesmo valor moral que alcançamos o objetivo de justificar igual consideração e respeito. Isso demonstra que a igualdade desempenha

¹² Para uma abordagem particularmente persuasiva, veja *Discrimination and Dignity* (RÉAUME, 2003).



um papel independente, acima da dignidade. Na verdade, ainda estamos fazendo a pergunta: igualdade de quê? E nossa resposta neste caso é “igual dignidade”.

De qualquer forma, a “dignidade” está sujeita a diferentes interpretações e até resultados opostos¹³. Isso pode ser visto no caso *Hugo*, do Tribunal Constitucional da África do Sul (ÁFRICA DO SUL, 1997b). O caso dizia respeito ao perdão concedido pelo presidente Mandela a todas as mulheres presas que eram mães de crianças pequenas. O perdão foi contestado por um preso do sexo masculino, o único cuidador de seus filhos pequenos, com base na discriminação com base no sexo. O Tribunal rejeitou o caso. De acordo com o J. Goldstone, “o Ato Presidencial pode ter negado aos pais uma oportunidade que oferecia às mães, mas não se pode dizer que prejudicou fundamentalmente seus direitos de dignidade ou senso de igual valor” (ÁFRICA DO SUL, 1997b, §47). Em contraste, para o J. Kriegler, foi a suposição de que as mulheres são as principais cuidadoras dos filhos que constituiu um atentado à sua dignidade. Como ele disse em sua dissidência: “Uma das maneiras pelas quais alguém concede igual dignidade e respeito às pessoas é procurando proteger as escolhas básicas que elas fazem sobre suas próprias identidades. A confiança na generalização de que as mulheres são as cuidadoras primárias é prejudicial em sua tendência de restringir e tolher os esforços de homens e mulheres para formar suas identidades livremente...” (ÁFRICA DO SUL, 1997b, §80). Aqui, a dignidade é interpretada de pelo menos três maneiras: como proteção de um senso de valor próprio, como proteção das escolhas básicas que os indivíduos fazem e como proteção dos indivíduos contra estereótipos nocivos. Não há nenhuma razão particular dentro da concepção de dignidade pela qual devemos escolher qualquer uma dessas formulações.

O uso da dignidade na aplicação do direito à igualdade tem sido, na prática, altamente problemático (ALBERTYN; GOLDBLATT, 1998). Tribunais em várias jurisdições tendem a considerar a dignidade como um elemento independente no direito da antidiscriminação, exigindo que a requerente prove não apenas que ela foi prejudicada, mas que isso significa falta de respeito por ela como pessoa. Já vimos que no sul-africano caso *Hugo* (ÁFRICA DO SUL, 1997b), o Tribunal considerou que embora tivesse sido negada ao requerente uma oportunidade oferecida às mulheres, não se poderia dizer que isso prejudicou seu senso fundamental de dignidade ou de valor próprio. Esse perigo foi

¹³ Veja *Human Dignity as a Legal Value: Part 1* (FELDMAN, 1999) e *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights* (MCCRUDEN, 2008).



similarmente demonstrado na Suprema Corte do Canadá, na qual a Corte sustentou que a prova de desvantagem com base em uma característica proibida não seria em si discriminatória se o requerente não pudesse provar, além disso, que essa desvantagem significava que a sociedade a considerava de menor valor que outros (CANADÁ, 1999, 2002). Assim, no caso *Gosselin* (CANADÁ, 2002), beneficiários da assistência social com menos de trinta anos recebiam benefícios significativamente mais baixos do que aqueles com mais de trinta, a menos que participassem de uma atividade de trabalho designada ou programa educacional. Dada a grande escassez de vagas disponíveis, muitos jovens, incluindo a requerente, viviam em situação de pobreza real. Ela alegou que isso constituía discriminação de idade, em violação da garantia de igualdade do § 15(1) da Carta Canadense. No entanto, a maioria sustentou que “o fornecimento de diferentes quantias iniciais de apoio monetário a cada um dos dois grupos não indica que a dignidade de um grupo foi valorizada acima da do outro” (CANADÁ, 2002, §61). Rejeitou-se, portanto, o pedido da requerente. Em uma resposta notavelmente semelhante, no caso *Reynolds* da Câmara dos Lordes do Reino Unido, *Lord* Rodgers declarou: “Não há dúvida de que os regulamentos relevantes, endossados pelo Parlamento, deliberadamente deram menos para menores de 25 anos. Mas isso não ocorreu porque os formuladores de políticas estavam tratando pessoas com menos de 25 anos de idade como membros menos valiosos da sociedade” (REINO UNIDO, 2005, §45).

Este problema foi agora reconhecido pela Corte canadense. Em um importante caso de 2010, *R. v. Kapp* (CANADÁ, 2008), foi reconhecido que

várias dificuldades surgiram da tentativa... de empregar a dignidade humana como um teste legal. Não há dúvida de que a dignidade humana é um valor essencial subjacente à garantia de igualdade da seção 15. De fato, a proteção de todos os direitos garantidos pela Carta tem como estrela-guia a promoção da dignidade humana... Mas, como os críticos apontaram, a dignidade humana é uma noção abstrata e subjetiva que... tem... provado ser um fardo adicional para os requerentes de igualdade, em vez do aprimoramento filosófico que pretendia ser. (CANADÁ, 2008, §§21-22)

Isso sugere fortemente que o direito à igualdade não pode ser simplesmente reduzido ao direito à dignidade.



4. Igualdade substantiva: um conceito de quatro dimensões

Nesta seção, baseio-me nas considerações acima para reconceituar o direito à igualdade estipulando um quadro de quatro dimensões de metas e objetivos. Primeiramente, o direito à igualdade substantiva deve visar a reparação de desvantagens. Em segundo lugar, deve combater o preconceito, o estigma, a estereotipagem, a humilhação e a violência com base em uma característica protegida. Em terceiro lugar, deve aumentar a voz e a participação, combatendo a exclusão política e social. Finalmente, deve abranger a diferença e alcançar a mudança estrutural.

A abordagem de quatro dimensões extrapola os entendimentos existentes do direito à igualdade substantiva. As duas primeiras dimensões, desvantagem e estigma ou estereotipagem, são claramente evidentes na jurisprudência canadense e sul-africana. A Suprema Corte do Canadá resumiu sua posição no caso *Withler*, de 2011 (CANADÁ, 2011). Referindo-se à igualdade substantiva como a “norma animadora” (CANADÁ, 2011, §2) do direito à igualdade na Carta, a Corte afirmou que, ao determinar se a igualdade substantiva foi violada, a questão deveria ser se “tendo em conta todos os fatores relevantes, a medida impugnada perpetua desvantagem ou estereótipos do grupo demandante” (CANADÁ, 2011, §3). Semelhantemente, no prévio caso *Brink v. Kitshoff* do Tribunal Constitucional da África do Sul (ÁFRICA DO SUL, 1996b, §42), o J. O’Regan, escrevendo para o Tribunal, identificou o propósito do direito constitucional à igualdade como remediar padrões de desvantagem. Em casos posteriores, o Tribunal efetivamente colocou a dignidade no centro do direito à igualdade. No entanto, nenhuma dessas jurisdições articulou expressamente a relação entre dignidade e desvantagem, ou como as tensões entre elas devem ser abordadas. A dimensão da participação tem sido central para o desenvolvimento da jurisprudência sobre raça dos tribunais dos Estados Unidos com base na exclusão do processo político de “minorias visíveis e insulares” (ESTADOS UNIDOS, 1938) e ressoa também com a preocupação dos tribunais canadenses e sul-africanos com residentes permanentes como não cidadãos (CANADÁ, 1989; ÁFRICA DO SUL, 2004). A dimensão transformadora surge e elabora deveres de acomodação em relação à religião e deficiência nos EUA, Canadá e Reino Unido (ESTADOS UNIDOS, 2002; CANADÁ, 2006), bem como o dever do Reino Unido de ter a devida atenção à necessidade de promover a igualdade de oportunidades (REINO UNIDO, 2010, §149). Conforme discutido acima, o modelo de quatro dimensões está enraizada nos entendimentos



existentes, extrapolando o que já está implícito nas abordagens de igualdade substantiva dos tribunais e de outros tomadores de decisão nacionais e internacionais. Ao reunir esses entendimentos implícitos em um formato multidimensional, argumenta-se, a síntese resultante leva adiante a abordagem da igualdade substantiva de maneiras que podem ser mais responsivas a erros sociais concretos.

Um dos benefícios de uma abordagem multidimensional para a igualdade substantiva é que ela nos permite abordar a interação entre diferentes facetas da desigualdade. Filósofos e cientistas políticos tendem a se concentrar na desigualdade distributiva (RAZ, 2008, p. 3), enquanto os advogados de direito da antidiscriminação veem o direito à igualdade como principalmente preocupado em combater o preconceito e a estereotipagem, considerando as desigualdades distributivas como domínio dos formuladores de políticas¹⁴. Argumenta-se aqui que ambos têm uma importância dentro do direito à igualdade, mas que não esgotam o campo. Também é importante incluir as desigualdades na participação e os obstáculos estruturais à igualdade. Além disso, as formas pelas quais eles interagem precisam ser compreendidas e abordadas. Essas interações nem sempre são harmoniosas. Mas, em vez de excluir totalmente uma ou outra faceta do direito à igualdade, argumenta-se aqui que uma abordagem substantiva exige que elas sejam consideradas em conjunto. Isso torna possível também reconhecer e lidar com conflitos entre as diferentes facetas. Onde existe o potencial para essas facetas puxarem em direções opostas, o objetivo é buscar síntese ou compromisso, em vez de sugerir que a igualdade substantiva persiga um dos objetivos ao custo de apagar os outros. A abordagem de quatro dimensões não é, portanto, uma definição como tal, mas um quadro analítico que pode ser usado para avaliar e auxiliar na modificação de políticas e práticas para melhor alcançar a igualdade substantiva. Chamar a atenção para todas as dimensões e insistir na resolução de conflitos e na construção de complementaridades pode nos mover positivamente no sentido de garantir que leis, políticas ou programas possam ser formulados de forma a promover a igualdade substantiva.

A próxima seção explica brevemente cada dimensão, enquanto a seção seguinte elabora brevemente como as dimensões se complementam e se reforçam e como os conflitos podem ser resolvidos. Dados os limites de espaço, este artigo não examina até que ponto as formulações legais existentes do direito à igualdade ou antidiscriminação

¹⁴ Veja *Redistribution and Recognition: Reconciling Inequalities* (FREDMAN, 2007).



estão em conformidade com o princípio da igualdade substantiva aqui delineado; isso foi feito em outro lugar (FREDMAN, 2011a). Este artigo também não trata da medida em que o direito à igualdade substantiva pode ser justificadamente limitado por referência a outros direitos ou ao interesse público; o argumento é que o próprio direito deve ser claramente estabelecido antes de ser equilibrado com outros direitos ou interesses.

4.1 Reparar desvantagens

Uma das principais evoluções representadas pela igualdade substantiva em relação à igualdade formal é que ela é expressamente assimétrica. Isso a diferencia do modelo de igual tratamento, que proíbe a classificação com base em critérios proibidos independentemente de beneficiar ou prejudicar um grupo desfavorecido. Em vez disso, a igualdade substantiva concentra-se no grupo que sofreu desvantagem: mulheres em vez de homens, pessoas negras em vez de brancas, pessoas com deficiência em vez de pessoas sem deficiência, ou pessoas gays em vez de heterossexuais. Mulheres, minorias étnicas, pessoas negras e pessoas com deficiência tendem a ter os salários mais baixos, enfrentar as maiores taxas de desemprego e predominar entre aqueles que vivem em situação de pobreza ou exclusão social. Assim, não é tanto a condição individual ou a identidade do grupo que é o problema, mas as consequências prejudiciais associadas a essa condição. Com efeito, essa dimensão da igualdade substantiva preenche a lacuna entre a esfera tradicional do direito da antidiscriminação e a igualdade distributiva, esta última sendo considerada uma questão de política em vez de normas de direitos humanos, como vimos anteriormente.

Direcionar a desvantagem em vez de buscar neutralidade tem vários ganhos. Mais importante ainda, remove a possibilidade de uma opção de nivelamento para baixo. Sua assimetria também significa que é possível conciliar a ação afirmativa com o direito à igualdade. Embora aparentemente viole o princípio de igual tratamento, a ação afirmativa, na realidade, promove a igualdade substantiva ao tomar medidas para reparar a desvantagem. Esta é uma base mais sólida para apoiar a ação afirmativa do que a igualdade de resultados. Não exige que os resultados sejam numericamente iguais para diminuir a desvantagem. Em vez disso, deixa em aberto a questão de quando a desvantagem foi reparada. De fato, é compatível com uma teoria prioritarista.



No entanto, concentrar-se na desvantagem também traz consigo alguns desafios importantes. Um deles é especificar a natureza da desvantagem. Nesse contexto, a desvantagem é principalmente voltada para a desvantagem socioeconômica, e o direito à igualdade frequentemente atua para enfrentar a sub-representação no emprego, remuneração insuficiente para trabalho de igual valor ou restrições ao acesso a crédito, propriedade ou recursos similares. No entanto, a desvantagem deve abranger mais do que a má distribuição de recursos. Também precisa considerar as restrições que as estruturas de poder impõem às pessoas por causa de sua condição. Young argumenta que, em vez de focar na alocação de objetos materiais, o foco deve estar na dominação ou nas estruturas que excluem as pessoas de participar na determinação de suas ações. (YOUNG, 1990). Crucialmente, a dominação não precisa ser atribuída às ações de um indivíduo específico, mas produz restrições que são o produto intencional ou não intencional das ações de muitas pessoas. Isso é especialmente relevante em relação às mulheres (YOUNG, 1990, p. 31-32; MACKINNON, 2014, p. 572). A desvantagem das mulheres não pode ser caracterizada apenas em termos de pobreza de renda, mas está centralmente relacionada aos desequilíbrios de poder dentro e fora da família (CHANT, 2008). Por exemplo, como observa Chan (2006), a renda familiar pode não ter relação com a pobreza das mulheres, porque elas podem não ter acesso a ela.

A desvantagem também pode ser compreendida como uma privação de oportunidades genuínas para alguém perseguir suas próprias escolhas valorizadas. Isso se baseia nos aportes da teoria das "capacidades" desenvolvida por Amartya Sen (1999) e Martha Nussbaum (2000).

Partindo do pressuposto de que cada indivíduo deve ser capaz de ser e fazer o que valoriza, essa teoria enfatiza a importância de considerar até que ponto as pessoas são realmente capazes de exercer suas escolhas, em vez de apenas ter o direito formal de fazê-lo. A abordagem das capacidades é mais ampla do que a igualdade de oportunidades, porque incorpora tanto a autonomia individual quanto as diferentes necessidades de indivíduos situados de maneira diferente. Ela reconhece que pode não ser viável para uma pessoa alcançar os objetivos que valoriza devido a restrições sociais, econômicas ou físicas, bem como interferências políticas. (NUSSBAUM, 2000, p. 90-91). "O que as pessoas podem alcançar é influenciado por oportunidades econômicas, liberdades políticas, poderes sociais e as condições facilitadoras de boa saúde, educação básica, incentivo e cultivo de iniciativas". (SEN, 1999, p. 5). Assim, não é suficiente tratar todos



igualmente, pois o tratamento igual de indivíduos com restrições muito diferentes pode replicar a desvantagem. Uma das funções do direito à igualdade substantiva é, portanto, reparar a desvantagem, removendo obstáculos para uma escolha genuína.

Ao mesmo tempo, é preciso reconhecer que a própria escolha pode ser problemática, uma vez que as pessoas frequentemente adaptam suas escolhas às suas circunstâncias. Por exemplo, as mulheres podem preferir trabalhar meio período, mesmo que seja inseguro e mal remunerado, porque isso lhes permite conciliar o trabalho remunerado e o cuidado dos filhos. Mas essa escolha é feita dentro de um contexto em que se pressupõe que as mulheres sejam as principais cuidadoras dos filhos. O fato de mulheres fazerem essas escolhas não implica que não haja maior necessidade de intervenção legal. A igualdade substantiva deve visar a eliminar as desvantagens associadas ao trabalho em meio período. Além disso, há circunstâncias em que a preocupação não é apenas aumentar a variedade de opções viáveis, mas sim enfrentar a desvantagem associada às circunstâncias em que a pessoa se encontra de fato. Isso é particularmente verdadeiro no contexto de certos tipos de deficiência, bem como de obrigações de cuidado. Essas complexidades dentro da noção de desvantagem sugerem que é necessário mais do que apenas essa dimensão da igualdade substantiva. Reparar desvantagens precisa ser complementado pela segunda dimensão (enfrentar o estigma, preconceito e estereotipagem), para a qual nos voltamos agora.

4.2 Enfrentar estigma, estereotipagem e humilhação

Estigma, estereotipagem, humilhação e violência em razão de gênero, raça, deficiência, orientação sexual ou outra condição podem ser experimentados independentemente da desvantagem relativa. Essa é a dimensão da igualdade que se relaciona com nossa humanidade básica. A igualdade se aplica a todos os indivíduos, não por mérito, racionalidade, cidadania ou pertencimento a um grupo específico, mas sim por sua humanidade. Os indivíduos não devem ser humilhados ou degradados por meio do racismo, sexismo, violência ou preconceito baseado em status.

Essa dimensão apresenta semelhanças com a "dignidade", mas procura evitar alguns de seus problemas. Em vez de depender de uma definição vaga e manipulável de dignidade, prefiro o conceito de "reconhecimento", originalmente desenvolvido por Hegel e aprimorado e expandido por Fraser e Honneth (2003). O reconhecimento refere-



se à importância central da afirmação interpessoal para nossa percepção de quem somos. A identidade é moldada por meio das formas pelas quais os outros nos reconhecem e nós reconhecemos os outros. Falso reconhecimento ou desigualdades de reconhecimento surgem por meio da depreciação, humilhação e falta de valorização dos indivíduos. Até aí, reconhecimento ressoa com o discurso da dignidade. No entanto, o reconhecimento e a dignidade diferem devido ao formato essencialmente relacional do primeiro: em vez de considerar cada pessoa como um indivíduo isolado ao qual a dignidade está vinculada, ele considera os indivíduos como construídos de várias maneiras pela sociedade e normas sociais. A igualdade substantiva é, portanto, capaz de abordar raça e gênero como construções sociais. Em vez de considerar sexo como algo biologicamente dado, o direito à igualdade busca enfrentar suas consequências sociais por meio do foco nas formas como as pessoas se relacionam umas com as outras. Portanto, o direito à igualdade pode enfrentar o assédio sexual e a estereotipagem de maneiras que um paradigma de igual tratamento puro não poderia. Uma abordagem semelhante pode ser aplicada à deficiência: utilizando a dimensão do reconhecimento da igualdade substantiva, é possível enfrentar as implicações sociais da deficiência em vez de focar na limitação em si.

A importância central dessa dimensão pode ser observada no caso *Brown v. Board of Education* (ESTADOS UNIDOS, 1954). A Suprema Corte dos Estados Unidos formulou a pergunta da seguinte forma: "A segregação de crianças em escolas públicas unicamente com base na raça, mesmo que as instalações físicas e outros fatores 'tangíveis' possam ser iguais, priva as crianças do grupo minoritário de oportunidades educacionais iguais?" (ESTADOS UNIDOS, 1954, p. 493). A resposta foi inequivocamente afirmativa. E a razão apresentada foi surpreendentemente ressonante com questões de reconhecimento: "Separá-los de outros de idade e qualificações semelhantes unicamente por causa de sua raça gera um sentimento de inferioridade em relação ao seu status na comunidade que pode afetar seus corações e mentes de uma maneira improvável de ser desfeita." (ESTADOS UNIDOS, 1954, p. 494). O princípio do reconhecimento também aborda a violência racista, sexista, homofóbica e outras formas de violência contra grupos protegidos. Essa violência é distintiva em sua negação da própria identidade da vítima.



4.2 A dimensão participativa: inclusão social e voz política

A terceira dimensão da igualdade substantiva diz respeito à participação. O direito à igualdade está preocupado com dois aspectos da participação. O primeiro é político. Considerando que a discriminação passada ou outros mecanismos sociais bloquearam as vias de participação política de determinadas minorias, são necessárias leis de igualdade tanto para compensar essa ausência de voz política quanto para abrir canais para uma maior participação no futuro. Em uma das notas de rodapé mais famosas da história, a Suprema Corte dos Estados Unidos afirmou que a intervenção judicial sob a garantia de igualdade era particularmente necessária devido à maneira como “o preconceito contra minorias visíveis e insulares... tende a restringir seriamente o funcionamento dos processos políticos normalmente utilizados para proteger minorias” (ESTADOS UNIDOS, 1938, p. 152). Com base nessa abordagem, John Hart Ely desenvolveu sua teoria de revisão judicial de “reforço da representação” em relação a grupos “cujas necessidades e desejos os oficialmente eleitos não têm nenhum interesse aparente em atender” (ELY, 1980, p. 46). Da mesma forma, a Suprema Corte do Canadá, em *Andrews v. Law Society* (CANADÁ, 1989), considerou que a garantia de igualdade deveria se estender a não-cidadãos pela simples razão de que, carentes de poder político, eles eram vulneráveis a ter seus interesses negligenciados e seus direitos a igual consideração e respeito violados. Essas formulações abordam a falta de voz política ao permitir revisão judicial de grupos excluídos por meio do direito à igualdade. Um passo adicional pode envolver a abertura de caminhos para maior participação política, potencialmente por meio de cotas no Parlamento ou outras medidas explícitas para alcançar a paridade¹⁵.

O segundo aspecto da dimensão participativa é abordar a importância da comunidade na vida dos indivíduos. Em vez do indivíduo universal e abstrato da igualdade formal, a igualdade substantiva reconhece que os indivíduos são essencialmente sociais. Ser plenamente humano inclui a capacidade de participar em igualdade de condições na comunidade e na sociedade em geral. Fraser coloca especial ênfase na participação, considerando a paridade de participação como o núcleo normativo de sua concepção de justiça, abrangendo tanto a redistribuição quanto o reconhecimento sem reduzir um ao outro. (FRASER; HONNETH, 2003, p. 36-37). Collins, na busca de uma justificativa para o

¹⁵ Veja *A New European Parity–Democracy Sex Equality Model and Why it Won’t Fly in the United States* (MARTIN, 2012).



afastamento do princípio de igual tratamento, desenvolve o conceito de inclusão social como central para sua noção de igualdade substantiva. Como Young e Fraser, a concepção de Collins inclui a distribuição de bens materiais mas vai além dela.

Embora... a inclusão social partilhe com a igualdade uma preocupação com as alocações distributivas a grupos e indivíduos numa sociedade, o seu objetivo mais fundamental é o resultado da coesão social. A inclusão social é uma teoria de como a sociedade pode ser integrada e harmoniosa. Em sua forma mais simples, a teoria é que se todos participarem plenamente da sociedade, estarão menos propensos a se tornarem alienados da comunidade e se conformarem com suas regras e leis sociais. (COLLINS, 2003, p. 36-37)

Ele vê o objetivo da inclusão social como tendo o potencial de fornecer um ingrediente vital em uma consideração mais coerente dos objetivos do direito da antidiscriminação. Outra caracterização alternativa é a da solidariedade, um valor também expresso na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Barnard argumenta que a solidariedade requer não apenas a remoção de obstáculos à participação, mas também medidas ativas para integrar os indivíduos à sociedade. (BERNARD, 2004). Vale ressaltar que a coesão social é expressamente exigida na legislação antidiscriminatória do Reino Unido. O *Equality Act* de 2010 exige que os órgãos públicos tenham devida consideração à necessidade de boas relações raciais (REINO UNIDO, 2010, §149).

4.3 Abranger diferença e mudança estrutural

Sob uma abordagem de igualdade formal ou de "anticlassificação", gênero, raça, etnia ou outras condições são considerados como irrelevantes. Isso pressupõe que é tanto desejável quanto possível abstrair um indivíduo desses aspectos de sua identidade e tratá-lo inteiramente com base no "mérito". Em contraste, a igualdade substantiva reconhece que essas características podem ser aspectos valorizados da identidade de um indivíduo. O problema não é tanto a diferença em si, mas sim o prejuízo que é associado à diferença. O quarto objetivo da igualdade substantiva deve, portanto, ser respeitar e integrar a diferença, removendo o prejuízo, mas não a diferença em si mesma. Isso, por sua vez, significa que as estruturas sociais existentes devem ser alteradas para integrar a diferença, em vez de exigir que os membros de grupos minoritários se conformem à norma dominante. Igualdade substantiva é, portanto, potencialmente transformadora. Por exemplo, as horas de trabalho sempre foram baseadas na suposição de que o cuidado



infantil ocorre fora do mercado de trabalho. Mulheres que desejam participar do mercado de trabalho remunerado devem se conformar a esse paradigma, seja abrindo mão de ter filhos ou deixando seus filhos com cuidadores remunerados ou familiares. A igualdade substantiva busca modificar tais instituições para que a parentalidade participativa seja possível tanto para mães quanto para pais no mercado de trabalho. Da mesma forma, o ambiente construído deve ser adaptado para atender às necessidades de pessoas com deficiência, e os códigos de vestimenta e os feriados devem abranger minorias étnicas e religiosas.

Assim como nas outras facetas da igualdade substantiva, a mudança estrutural apresenta desafios. Primeiro, abranger a diferença requer uma mudança estrutural geral ou é suficiente criar exceções para indivíduos, mantendo a regra geral? Uma abordagem "excepcionalista" tem sido criticada com base no argumento de que, como argumentaram Brodsky e Day (1996),

não desafia os desequilíbrios de poder nem os discursos de dominação, como o racismo, o capacitismo e o sexismo, que resultam em uma sociedade projetada de maneira favorável para alguns e desfavorável para outros. Permite que aqueles que se consideram "normais" continuem a construir instituições e relações à sua imagem, desde que outros, ao desafiar essa construção, sejam "acomodados"... Em suma, a acomodação é assimilacionista. Seu objetivo é tentar fazer com que pessoas "diferentes" se encaixem nos sistemas existentes. (DAY; BRODSKY, 1996, p. 433)

No entanto, a dicotomia entre excepcionalismo e mudança estrutural pode ser exagerada. Existem claramente situações, especialmente no contexto da discriminação de gênero, em que a norma deve ser alterada. Mas em outras situações, pode ser apropriado manter a norma como um todo, mas com exceções específicas para atender às diferenças religiosas. Por exemplo, se os Sikhs não puderem usar capacete em um canteiro de obras devido ao dever religioso de usar um turbante, a criação de uma exceção é preferível à rejeição total da regra. O segundo desafio decorre do fato de que a mudança estrutural pode ser custosa. Como podemos justificar esperar que o Estado ou entidades privadas arquem com os custos? Um modo de responder a essa pergunta pode ser com base em um modelo de responsabilidade civil, ou seja, apenas aqueles com culpa por causar o dano devem ser responsáveis por indenizar a vítima. No entanto, uma premissa básica da igualdade substantiva é que ela pode responder a barreiras estruturais, para as quais não se pode encontrar um único perpetrador. Em vez de procurar um perpetrador "com culpa", os custos devem ser suportados por aqueles em



posição de promover mudanças. Isso também evita uma abordagem adversarial, que pode incentivar ações defensivas em vez de ações cooperativas. Kelman argumenta que a decisão sobre onde os custos devem recair depende da natureza desses custos. Ele contrasta a "discriminação simples", que é similar ao princípio de igual tratamento, com a demanda por acomodação. Como a "discriminação simples" pode ser removida por uma mudança de gosto ou conduta subjetiva, todas as demandas por estar livre de discriminação simples podem ser justificadas (KELMAN, 2001, p. 34). Uma demanda contra discriminação simples, portanto, não pode ser equilibrada com outras reivindicações concorrentes (KELMAN, 2001, p. 853-854). A demanda por integração, ao contrário, é uma reivindicação de recursos sociais que são inerentemente finitos e, portanto, precisam ser equilibrados com outras demandas. Assim, argumenta ele, as reivindicações de integração estão sempre sujeitas ao argumento de que não são razoáveis no sentido de que os recursos a elas destinados poderiam ser melhor gastos (KELMAN, 2001, p. 837).

Isso, no entanto, não oferece qualquer orientação sobre o que é razoável. Kelman geralmente aborda essa questão sob a perspectiva da tomada de decisão baseada no mercado. Sob a perspectiva da igualdade substantiva, o ponto de partida deve residir no reconhecimento de que a questão não é quanto gastar, mas quem deve arcar com o custo. É enganoso argumentar que é muito custoso abranger diferenças ou provocar mudanças estruturais, uma vez que o custo é incorrido de qualquer maneira. O *status quo*, sem intervenção legal, exige que o grupo externo assuma o custo total: as mulheres arcam com o custo da gravidez e dos cuidados infantis; as pessoas com deficiência arcam com o custo da deficiência; e as minorias étnicas arcam com o custo de seus próprios compromissos culturais ou religiosos. Qualquer custo que não seja suportado pelos empregadores ou pelo Estado é deixado a cargo dos menos aptos a suportá-lo. Ao mesmo tempo, pouca atenção é dada ao fato de que a sociedade sim arca com o custo das características específicas dos grupos dominantes, sejam eles homens, não-deficientes ou da maioria étnica. O horário de trabalho, o ambiente construído, ou feriados religiosos ou culturais e o vestuário já atendem aos grupos dominantes. A igualdade substantiva visa redistribuir esses custos de forma mais justa para todos. Em última análise, então, qualquer decisão quanto à alocação de custos deve ser avaliada em relação à estrutura das quatro dimensões.



4.4 Uma abordagem multidimensional: complementariedades e conflitos

Tendo considerado cada uma das dimensões e os desafios que elas colocam, o que uma abordagem multidimensional tem a oferecer? Esta seção visa esboçar como as dimensões podem ser usadas para reforçar umas às outras e abordar melhor os pontos fracos de cada uma. Já vimos que focar apenas na reparação da desvantagem, ou na primeira dimensão, não é suficiente para lidar com a necessidade de valorizar os indivíduos independentemente de sua posição socioeconômica. A necessidade de uma abordagem multidimensional é reforçada pela consideração de três outras questões. A primeira diz respeito à ligação entre desvantagem e “critérios de discriminação” ou características protegidas. Se mantivermos que a principal preocupação é com a desvantagem socioeconômica, por que não nos concentramos simplesmente na desvantagem, independentemente de sua conexão com gênero ou outros grupos excluídos? Esta questão só pode ser respondida de forma útil reconhecendo a natureza multidimensional da igualdade substantiva, que aborda a desvantagem como parte de um padrão de estigma e preconceito, barreiras estruturais e exclusão. Quando a desvantagem é desproporcionalmente associada a um grupo que também sofre de um ou de todos os outros fatores, deve atrair a atenção do direito à igualdade. Isso também ajuda a responder à questão de saber se a desvantagem socioeconômica deve ser um critério de discriminação. A desvantagem socioeconômica por si deve ser abordada por meio de outros direitos e políticas públicas, como o direito à seguridade social. O direito à igualdade aplica-se à desvantagem socioeconômica quando essa desvantagem está também associada a outras dimensões, como o estigma, a falta de voz ou fatores estruturais que prendem os indivíduos e as suas famílias num ciclo de desvantagem. (KELMAN, 2001).

A segunda razão pela qual a reparação da desvantagem não pode ser a única dimensão da igualdade substantiva surge em resposta à crítica anterior da discriminação indireta. Esta dimensão apoia a discriminação indireta na medida em que o igual tratamento pode violar o direito à desigualdade quando reforça a desvantagem. No entanto, não aborda o papel das justificativas relacionadas aos negócios, mencionado acima. Em vez disso, a reparação da desvantagem precisa ser aliada à quarta dimensão, que requer mudança estrutural. O direito à igualdade substantiva não seria satisfeito por uma concepção de discriminação indireta que permite justificativas de negócios sem



mais: também exigiria mudanças para permitir que o grupo excluído atendesse melhor aos critérios de trabalho. Isso pode incluir mudanças no lado da oferta, como treinamento ou creche, ou mudanças no lado da demanda, como horários flexíveis. Igualmente, prestar atenção à quarta dimensão enfatiza a importância de deveres positivos sobre os empregadores e outros para tomar medidas preventivas para evitar impactos díspares. Isso foi reconhecido em várias jurisdições que exigem a comprovação de que não há meios de alcançar o objetivo do demandado que tenham um impacto discriminatório menos invasivo¹⁶.

Em terceiro lugar, a reparação da desvantagem não aborda suficientemente a sub-representação na tomada de decisões políticas. Diferentemente da sub-representatividade no emprego ou na educação, é difícil caracterizar a sub-representação na tomada de decisões em termos de má distribuição de benefícios. Incluir a dimensão participativa nos obriga a fazer uma pergunta diferente, a saber, o que seria a participação para fins de igualdade substantiva? Isso reconhece que não se trata tanto da necessidade de distribuir benefícios, mas sim da necessidade de garantir que as perspectivas das mulheres e de outras pessoas sejam ouvidas e levadas a sério. Isso também esclarece se igualdade significa paridade numérica estrita ou não.

Da mesma forma, seria um erro ver a segunda dimensão (estigma, estereotipagem, preconceito e violência) isoladamente. Isso pode ser visto olhando novamente para o julgamento em *Brown v. Board of Education*. Embora o caso tenha sido baseado no estigma e sentimento de inferioridade gerados pela educação segregada, isso não deve ser separado da realidade da desvantagem e da necessidade de mudança estrutural na educação racialmente segregada na América. Como Martha Minow (2010) pergunta, “a Corte no caso *Brown* considerou a educação racialmente separada inerentemente desigual porque tendia a ser educacionalmente inferior, ou por que a educação segregada comunicava e reforçava a hierarquia racial? A Corte não resolveu essas duas opções”. (MINOW, 2010, p. 20). Como demonstra o desdobramento do caso *Brown*, simplesmente enfrentar os danos de reconhecimento sem prestar atenção séria na reparação das desvantagens e na mudança estrutural, como melhorar a qualidade do fornecimento educacional, é improvável de alcançar uma igualdade substantiva.

O estigma e a estereotipagem podem, é claro, levar diretamente a desvantagens materiais, como visto no caso sul-africano *Union of Refugee Women*, no qual uma

¹⁶ Veja mais em *Discrimination Law* (FREDMAN, 2011a).



proibição de refugiados trabalharem na indústria de segurança privada foi contestada como uma violação do direito à igualdade previsto na Seção 9 da Constituição. O governo argumentou que os refugiados não poderiam ser considerados confiáveis, uma alegação que os juízes vencidos consideraram injustamente prejudicial e baseada em estereótipos. Como os juízes O'Regan e Mokgoro afirmaram em seus votos dissidentes: "Ao excluir todos os refugiados, independentemente de poderem ou não cumprir os requisitos da seção 23(1)(d), a mensagem clara subjacente à seção 23(1)(a) é que, independentemente de os refugiados poderem provar sua confiabilidade, eles não podem ser empregados como prestadores de serviços de segurança" (ÁFRICA DO SUL, 2006, §§ 122-123). No entanto, "não é apenas o estigma social que pode resultar dessa discriminação, mas também o impacto material que pode ter nos refugiados" (ÁFRICA DO SUL, 2006, §122).

A abordagem multidimensional também revela potenciais conflitos entre dimensões. Em vez de tornar um aspecto do conflito invisível e, portanto, permitir efetivamente que um prevaleça sobre o outro, a abordagem multidimensional exige síntese e compromisso. Isso pode ser observado ao considerar um grande desafio levantado pela quarta dimensão, a necessidade de abranger a diferença e alcançar a mudança estrutural. Em que ponto é irrazoável ou até mesmo errado abranger a diferença ou tolerar culturas minoritárias? Muitos desses dilemas surgem em relação à religião. Deve-se acomodar a poligamia? Devem-se tolerar objeções religiosas aos direitos iguais para LGBT ou mulheres? Deve-se permitir o uso de burcas? A mutilação genital feminina? Como isso se compara às abordagens minoritárias a festivais religiosos, leis dietéticas, abate ritual de animais? Mais uma vez, a resolução desses dilemas difíceis é facilitada pela abordagem multifacetada da igualdade. Assim, a dimensão transformadora deve coexistir com a segunda dimensão, que aborda o estigma, o preconceito, a estereotipagem e a violência. Práticas que comprometem a dignidade básica e a humanidade das pessoas não podem ser aceitáveis para integrar a diferença. Dessa forma, o sexismo, o racismo e a homofobia não seriam passíveis de acolhimento. Pode haver, é claro, debates complexos sobre se práticas culturais ou religiosas específicas violam a dimensão de reconhecimento, especialmente se seus adeptos acreditarem que não o fazem. No entanto, a estrutura multidimensional fornece um quadro dentro do qual esses debates podem ocorrer. A abordagem multidimensional também pode ajudar a determinar como delimitar os custos de uma acomodação razoável (KELMAN, 2001, p. 895).



Conflitos conhecidos entre a reparação de desvantagens e o combate ao estigma também podem ser abordados por meio do quadro multidimensional. Medidas destinadas a reparar desvantagens socioeconômicas podem, por si só, causar estigma e outros danos de reconhecimento. Portanto, prestar atenção tanto à reparação da desvantagem quanto à necessidade de evitar o estigma e a estereotipagem é essencial para garantir que o desenho dos direitos sociais esteja em sintonia com a igualdade substantiva. Isso pode ser visto considerando que os direitos sociais, embora tenham como objetivo reparar desvantagens, podem ser altamente invasivos e humilhantes, além de serem baseados em estereótipos de gênero, como assumir homens como provedores ou mulheres como as principais cuidadoras das crianças. A demonização dos beneficiários da assistência social como preguiçosos e parasitas na retórica moderna é mais uma demonstração¹⁷. Lister aponta para as formas pelas quais as pessoas negras têm sido estereotipadas e estigmatizadas ao associá-las à pobreza e à dependência de programas assistenciais (LISTER, 2004, p. 64). Similarmente, Porter descreve um "padrão perturbador de culpabilização dos pobres" no Canadá, onde os beneficiários da assistência social eram vistos "em termos incessantemente negativos pelos economicamente seguros". (PORTER, 2007, p. 77). A falta de abordagem a esse estigma pode prejudicar os objetivos das medidas destinadas a corrigir desvantagens. Por exemplo, no Reino Unido, as refeições escolares gratuitas desempenham um papel central na nutrição das crianças de famílias mais pobres; no entanto, pesquisas mostram que 20% das crianças com direito a refeições escolares gratuitas não usufruem desse direito. Um terço dos alunos entrevistados e mais de dois quintos dos pais identificaram a vergonha ou o medo de serem ridicularizados como fatores que os impediam de aceitar sua refeição gratuita. (STOREY; CHAMBERLIN, 2001). Um ponto semelhante poderia ser feito sobre o desenho dos programas de ação afirmativa, os quais precisam tomar cuidado para evitar estigmatizar os beneficiários.

A aliança com a correção das desvantagens também nos ajuda a evitar o papel obstrutivo desempenhado pela dignidade, conforme visto nos casos do Canadá e Reino Unido mencionados acima. Uma vez que ambas as dimensões são levadas em consideração, não faz sentido dizer, como fizeram os juízes em *Gosseli* (CANADÁ, 2002) e

¹⁷ Isso tem sido particularmente verdadeiro para mães solteiras nos Estados Unidos, que foram alvo específico do pacote de reforma de assistência social quando o programa de Auxílio a Famílias com Crianças Dependentes (AFDC), que apoiava principalmente mães solteiras, foi substituído em 1996 por um programa de assistência temporária para famílias necessitadas conhecido como Assistência Temporária para Famílias Necessitadas (TANF). Veja *Welfare Reform in the United States: Implications for British Social Policy* (MIDGLEY et al, 2008).



Reynolds, que a desvantagem vivenciada pelos requerentes não deve ser vista como afetando sua dignidade. Infligir desvantagem socioeconômica pode constituir em si mesmo um dano de reconhecimento¹⁸. Isso foi destacado no caso sul-africano de *Khosa* (ÁFRICA DO SUL, 2004), que tratava de uma medida legislativa que restringia o direito ao benefício infantil e às pensões de velhice aos cidadãos sul-africanos, excluindo os residentes permanentes. Ao invalidar essa medida como uma violação da igualdade, a J. Mokgoro enfatizou que as consequências da exclusão não eram apenas socioeconômicas. Além disso, a exclusão de residentes permanentes tinha um forte efeito estigmatizante, criando a impressão de que eles eram inferiores aos cidadãos e menos dignos de assistência social. Os residentes permanentes foram, de fato, "relegados às margens da sociedade e privados do que pode ser essencial para que possam desfrutar de outros direitos conferidos a eles pela Constituição" (ÁFRICA DO SUL, 2004, § 77).

Uma observação final diz respeito ao papel da agência ou escolha. Embora uma agência aprimorada possa parecer ser um objetivo da igualdade substantiva, teorias liberais de escolha foram periodicamente usadas para negar reivindicações de igualdade com base no argumento de que o requerente poderia ter escolhido evitar as consequências de uma política ou prática. Indivíduos, portanto, apenas deveriam ser protegidos contra tratamento prejudicial com base em características "imutáveis" ou que não possam ser alteradas pelos próprios esforços dos requerentes. A igualdade substantiva trouxe consigo o reconhecimento de que um indivíduo não deve ser obrigado a pagar um preço irrazoável por suas escolhas. Mais fundamentalmente, a teoria das capacidades de Sen iluminou a distinção entre escolha abstrata e opções viáveis. No entanto, como a agência precisa ser cuidadosamente nuançada, ela não é considerada uma dimensão separada dentro do quadro de quatro dimensões. Em vez disso, a noção apropriada de agência deve ser construída dentro das quatro dimensões. Por exemplo, a necessidade de corrigir desvantagens pode sobrepor-se à escolha aparente quando essas escolhas são limitadas pela própria desvantagem, ou quando as escolhas parecem fortalecer a desvantagem. Da mesma forma, as questões de reconhecimento baseiam-se nas consequências concretas decorrentes da identidade de alguém, independentemente de essa identidade ser escolhida. Na dimensão transformadora, a agência pode ser aprimorada por meio da mudança de estruturas para ampliar a gama de opções viáveis.

¹⁸ Veja mais em *Discrimination and Dignity* (RÉAUME, 2003, p. 688).



No entanto, a escolha não é o único valor a ser buscado: ela deve ser complementada valorizando a situação em que as pessoas se encontram, independentemente da escolha.

5. Conclusão

Argumentei nesse artigo que o direito à igualdade continua sendo uma fonte poderosa de energia para aqueles que estão em desvantagem, excluídos, ignorados ou aviltados. Os desafios que esse direito representa não são motivo para descartá-lo. Ao contrário, como testemunhado pelo compromisso forte e crescente em níveis internacional e nacionais, o ímpeto deve ser desenvolvê-lo em termos substantivos, que vão além do direito ao igual tratamento, à igualdade de oportunidades ou de resultados, ou a um igualitarismo simplificado ou ao direito à dignidade. Em vez disso, sugeri que a igualdade substantiva deve ser desenvolvida em um formato multidimensional, que reconheça e aborde as singulares injustiças distributivas, de reconhecimento, estruturais vivenciadas por grupos excluídos. Essas quatro dimensões da igualdade substantiva criam uma concepção complexa e dinâmica do direito à igualdade, que se baseia em entendimentos existentes, mas também convida a um maior desenvolvimento e evolução. Essa abordagem, é claro, não resolve todos os desafios levantados pelo direito à igualdade. No entanto, espero que esta contribuição continue o processo vibrante de enriquecer o direito à igualdade por meio de conversas e engajamento.

Tradução

Roger Raupp Rios, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: roger.raupp.rios@gmail.com

Fábio Santos Brunetto, Universidade do Vale do Rio dos Sinos São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: fabiobrunetto@gmail.com

Referências

ÁFRICA DO SUL. *The Constitution of the Republic of South Africa*, 1996a

ÁFRICA DO SUL. Constitutional Court. *Brink v. Kitshoff*. CCT15/95, Z.A.C.C 9, 1996b.



ÁFRICA DO SUL. Constitutional Court. *Prinsloo v Van der Linde and Another*. ZACC 5, CCT4/96, 1997a.

ÁFRICA DO SUL. Constitutional Court. *President of the Republic of South Africa v. Hugo*. CCT11/96, Z.A.C.C. 4, 1997. ÁFRICA DO SUL, 1997b.

ÁFRICA DO SUL. Constitutional Court. *City Council of Pretoria v. Walker*. CCT8/97, Z.A.C.C. 1, SA 363, 1998.

ÁFRICA DO SUL. Constitutional Court. *Khosa and Mahlaule v. Minister for Social Development*. CCT13/03, B.C.L.R. 569, 2004.

ÁFRICA DO SUL. Constitutional Court. *Union of Refugee Women v. Director, Private Security Industry Regulatory Authority*. CCT 39/06, Z.A.C.C. 23, 2006.

ALBERTYN, Catherine; GOLDBLATT, Beth. *Facing the Challenge of Transformation: difficulties in the development of an indigenous jurisprudence of equality*. South African Journal on Human Rights, vol 14, issue 2, 1998. Disponível em <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/02587203.1998.11834979>. Acesso em 20 jul 2022.

ALBERTYN, Catherine. Substantive Equality and Transformation in South. *South African Journal on Human Rights*, vol. 23, issue 2, p. 235-276, 2007.

BARNARD, Catherine. *The Future of Equality Law: Equality and Beyond*. In: BARNARD, Catherine;

DEAKIN, Simon; MORRIS, Gillian, *The Future of Labour Law - Liber Amicorum Sir Bob Hepple QC*, Boomsbury Publishing, 2004.

BOYD, Susan; BRODSKY, Gwen; DAY, Shelaigh; YOUNG, Margot. *Poverty: Rights, Social Citizenship and Legal Activism*. University of British Columbia Press, 2007.

BRODSKY, Gwen; DAY, Shelaigh. *Beyond the Social and Economic Rights Debate: Substantive Equality Speaks to Poverty*. Canadian Journal of Women and the Law, Vol. 14, p 185-220, 2002.

CANADÁ. *The Canadian Charter of Rights and Freedoms. Part I of the Constitution Act, 1982 being Schedule B to the Canada Act, 1982*.

CANADÁ. Supreme Court. *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd*. S.C.R. 536, 1985.

CANADÁ. Supreme Court. *Andrews v. Law Society of British Columbia*. 1. S.C.R. 143, 1989.

CANADÁ. Supreme Court. *Law v Canada (Minister of Employment and Immigration)*. 1 SCR 497, 1999.

CANADÁ. Supreme Court. *Gosselin v. Quebec*. 4 S.C.R. 429, 2002.



CANADÁ. Supreme Court. *Multani v. Commission Scolaire Marguerite-Bourgeoys*. 1. S.C.R. 256, 2006.

CANADÁ. Supreme Court. *R. v. Kapp*. 2 S.C.R. 483, 2008.

CANADÁ. Supreme Court. *Withler v. Canada (Attorney General)*. 1 S.C.R. 396, 2011.

CHANT, Sylvia. *Re-thinking the "feminization of poverty" in relation to aggregate gender indices*. Journal of human development, 7 (2). pp. 201-220, 2006. Disponível em: <http://eprints.lse.ac.uk/2869/>. Acesso em 20 jul 2022.

CHANT, Sylvia. *The 'Feminisation of Poverty' and the 'Feminisation' of Anti-Poverty Programmes: Room for Revision?*. The Journal of Development Studies, 44(2), pp. 165-197, Fevereiro 2008. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/24084194>. Acesso em 20 jul 2022.

COLLINS, Hugh. *Discrimination, Equality and Social Inclusion*. The Modern Law Review, vol. 66, no. 1, p. 16-43, Jan. 2003. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1097547>. Acesso em: 20 jul. 2022.

DAY, Shelagh; BRODSKY, Gwen. *The Duty to Accommodate: Who Will Benefit?* The Canadian Bar Review. Vol. 75 No. 3, 1996. Disponível em <https://cbr.cba.org/index.php/cbr/article/view/3720>. Acesso em 20 jul 2022.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Harvard University Press, 1980.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 1938.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Brown v. Board of Education*. 347 U.S. 483, 1954.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Palmer v. Thompson*. 403 U.S. 217, 1971a.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424, 1971b.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Washington v Davis*. 426 U.S. 229, 96 S Ct 2040, 1976.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Powers v. Ohio*. 499 U.S. 400, 1991.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *U.S. Airways v. Barnett*. 535 U.S. 391, 2002.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Lawrence v. Texas*. 539 U.S. 558, 2003.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Johnson v. California*. 543 U.S. 499, 2005.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Ricci v. DeStefano*. 557, U.S 557, 2009.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District*. 551 U.S. 701, 2007.



- FELDMAN, David. *Human Dignity as a Legal Value: Part 1*. Public Law. 682-702, 1999.
- FRASER, Nancy; HONNETH, Alex. *Redistribution or Recognition?: A Political-Philosophical Exchange*. Verso Books, 2003.
- FREDMAN, Sandra; SPENCER, Sarah. *Beyond Discrimination: It's Time for Enforceable Duties on Public Bodies to Promote Equality Outcomes*. European Human Rights Law Review, vol. 6, 2006.
- FREDMAN, Sandra. *A Difference with Distinction: Pregnancy and Parenthood Reassessed*. Law Quarterly Review, vol.110, no.1, pp.106–123, 1994.
- FREDMAN, Sandra. *Women and the Law*. Oxford: Clarendon Press; New York: Oxford University Press, 1997.
- FREDMAN, Sandra. *The Future of Equality in Great Britain*. Equal Opportunities Commission (EOC) Working Paper Series No. 5, 2002.
- FREDMAN, Sandra. *From Deference to Democracy: the Role of Equality under the Human Rights Act 1998*. Oxford Legal Studies Research Paper, Law Quarterly Review, Vol. 122, pp. 53-81, 2006.
- FREDMAN, Sandra. *Redistribution and Recognition: Reconciling Inequalities*. South African Journal on Human Rights, vol. 23, p. 214-234, 2007.
- FREDMAN, Sandra. *Discrimination Law* (Clarendon Law Series). Oxford University Press, 2011a.
- FREDMAN, Sandra. *The Public Sector Equality Duty*. Industrial Law Journal, vol. 40, no. 4, p. 405-427, November, 2011b.
- FREDMAN, Sandra. *Engendering Social Welfare Rights*. In: GOLDBLATT, Beth; LAMARCHE, Lucie. *Women's Right to Social Security and Social Protection*. London: Hart Publishing, 2015.
- FUDGE, Judy. *Substantive Equality, the Supreme Court of Canada, and the Limits to Redistribution*. South African Journal on Human Rights, vol.23, no.2, pp.235–252, 2007.
- GARDNER, John. *Liberals and Unlawful Discrimination*. Oxford Journal of Legal Studies. Vol. 9, No. 1, p. 1-22, Spring, 1989. Disponível em <https://www.jstor.org/stable/764335>. Acesso em 20 jul 22.
- HENNETTE-VAUCHEZ, Stephanie. *A human dignitas? Remnants of the ancient legal concept in contemporary dignity jurisprudence*. International Journal of Constitutional Law, Volume 9, Issue 1, p. 32-57, January 2011. Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article/9/1/32/902316>. Acesso em 20 jul. 2022.



HEPPLE, Bob. *Discrimination and Equality of Opportunity* - Northern Irish Lessons [reviews]. Review Article; Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 10, Issue 3, p. 408-411, 1990.

HEPPLE, Bob. *Equality: The New Legal Framework*, Oxford; Portland, OR: Hart Publishing, 2011.

KELMAN, Mark. Market Discrimination and Groups. *Stanford Law Review*. Vol. 53, No. 4, pp. 833-896, Apr., 2001. Disponível em <https://www.jstor.org/stable/1229493>. Acesso em 20 jul 2022.

ÍNDIA. *Constitution of India*, 1950. Disponível em: <https://legislative.gov.in/constitution-of-india/>. Acesso em: 10 jan. 2022.

LISTER, Ruth. *Poverty*. Malden: Polity, 2004.

MACKINNON, Catharine. *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1987

MACKINNON, Catharine. *Reflections on Sex Equality under Law*. Yale Law Journal, vol.100, no.5, pp.1281–1328, 1991.

MACKINNON, Catharine. *Gender in Constitutions*. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, Oxford: Oxford University Press, pp.397–418, 2012.

MACKINNON, Catharine. Toward a Renewed Equal Rights Amendment: Now More Than Ever. *Harvard Journal of Law & Gender*, Vol. 37, 2013-2014.

MCCRUDDEN, Christopher McCrudden. *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*. European Journal of International Law, Volume 19, Issue 4, p. 655-724, September 2008. Disponível em <https://academic.oup.com/ejil/article/19/4/655/349356>. Acesso 20 jul 2022.

MARTIN, Ruth Rubio. A New European Parity–Democracy Sex Equality Model and Why it Won't Fly in the United States. *American Journal of Comparative Law*, 60, 99, 2012.

MIDGLEY, James et al. *Welfare Reform in the United States: Implications for British Social Policy*. Case paper 131, London: Centre for Analysis of Social Exclusion, London School of Economics, 2008.

MINOW, Martha. *In Brown's Wake*. Legacies of America's Educational Landmark, 2010.

NUSSBAUM, Martha. *Women and Human Development*. Cambridge University Press, 2000.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *UN Committee on the Elimination of Discrimination Against Women (CEDAW). General Recommendation No. 25: On Temporary Special Measures*. CEDAW/C/GC/25, 2004.



PAREKH, Bhikhu. *Integrating Minorities*. In: BLACKSTONE, Tessa; PAREKH, Bhikhu; SANDERS, Peter. *Race Relations in Britain*. London: Routledge, 1998.

PARFIT, Derek. *Equality and Priority*. *Ratio*, vol. 10, issue 3, p. 202-221, December 1997. Disponível em <https://onlinelibrary.wiley.com/toc/14679329/1997/10/3>. Acesso em 20 jul 2022.

PORTER, Bruce. *Claiming Adjudicative Space: Social Rights, Equality and Citizenship*. In: BOYD, Susan; BRODSKY, Gwen; DAY, Shelaigh; YOUNG, Margot. *Poverty: Rights, Social Citizenship and Legal Activism*. University of British Columbia Press, 2007.

RAZ, Joseph. *On the Value of Distributional Equality*. Oxford University Legal Research Paper, no. 41/2008, October 2008. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1288545. Acesso em 20 jul. 2022.

RAZ, Joseph. *On the Value of Distributional Equality*. In: DE WIJZE, Stephen; KRAMER, Matthew; CARTER, Ian. *Hillel Steiner and the Anatomy of Justice: Themes and Challenges*. New York: Routledge, 2009.

RÉAUME, Denise G. *Discrimination and Dignity*. *Louisiana Law Review*, vol.63, no.3, pp.645–695, 2003.

REINO UNIDO. House of Lords. *James v. Eastleigh Borough Council*. 2 AC 751, 1990.

REINO UNIDO. *Anti-Terrorism, Crime and Security Act*, 2001.

REINO UNIDO. House of Lords. *A and others v Secretary of State for the Home Department*. U.K.H.L 56, 2004.

REINO UNIDO. House of Lords. *Carson & Reynolds v Secretary of State for Work and Pensions*. UKHL 37, 2005.

REINO UNIDO. House of Lords. *R. (on the application of E) v. JFS Governing Body*. UKSC 15, 2009.

REINO UNIDO. *Equality Act 2010*, 8 de abril de 2010. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/contents>. Acesso em: 5 jan. 2022.

RUBIO MARIN, Ruth. *A new European parity–democracy sex equality model and why it won't fly in the United States*. *American journal of comparative law*, vol. 60, no. 1, pp. 99-125, 2012.

SEN, Amartya. *Inequality Re-examined*. Oxford Clarendon Press, 1992.

SEN, Amartya. *Development as Freedom*. Oxford University Press, 1999.

SIEGAL, Reva. *From Colorblindness to Antibalkanization: An Emerging Ground of Decision in Race Equality Cases*. *The Yale Law Journal*, vol. 120, n. 6, April 2011. Disponível em <https://www.yalelawjournal.org/article/from-colorblindness-to-antibalkanization-an-emerging-ground-of-decision-in-race-equality-cases>. Acesso em 20 jul 2022.



STOREY, Pamela; CHAMBERLIN, Rosemary. *Improving the Take Up of Free School Meals*. Thomas Coram Research Unit, Institute of Education. DfEE, 2001. Disponível em http://www.cpag.org.uk/campaigns/school_meals.htm. Acesso em 20 jul 2022.

THERNSTROM, Abigail. *Voting Rights, Another Affirmative Action Mess*. UCLA Law Review, Vol. 43, Issue 6, pp. 2031-2058, August 1996.

UNIÃO EUROPEIA. Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Roma, 4 de novembro de 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 10 jan. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. *Protocol n. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*. Rome, 4.XI, 2000. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/library_collection_p12_ets177e_eng. Acesso em: 10 jan. 2022.

WESTEN, Peter. *The Empty Idea of Equality*. Harvard Law Review, vol. 95, no. 3, p. 537-596, Jan. 1982. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1340593>. Acesso em: 20 jul. 2022.

WILLIAMS, Bernard. *The Idea of Equality*. In: RUNCIMAN, W. G; LASLETT, Peter. *Philosophy, Politics and Society (Second Series)*. Oxford: Basil Blackwell, 1962.

YOUNG, Iris. *Justice and the Politics of Difference*. Princeton University Press, 1990.

Sobre a autora

Sandra Fredman

Rhodes Professor of the Laws of the British Commonwealth and the USA, Oxford University; Professorial Fellow of Pembroke College, Oxford; e Diretora, Oxford Human Rights Hub. E-mail: Sandra.fredman@law.ox.ac.uk

