

APRESENTAÇÃO DO DOSSIÊ: DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO

Antonio Moreira Maués¹

O direito antidiscriminatório no Brasil é uma criação da Constituição de 1988. Embora a igualdade seja reconhecida como um direito no constitucionalismo brasileiro desde a Constituição de 1824, a legislação e a jurisprudência de combate à discriminação somente se desenvolveram neste século.

Uma evidência dessa afirmação pode ser encontrada na literatura acadêmica. Os primeiros trabalhos que buscaram dar um tratamento sistemático à matéria no Brasil, de autoria de Joaquim Barbosa Gomes (“Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade”) e Roger Raupp Rios (“Direito da Antidiscriminação”), foram publicados, respectivamente, em 2001 e 2008. Mesmo no importante livro de Adilson José Moreira, “Tratado de Direito Antidiscriminatório”, publicado em 2020, as referências a trabalhos jurídicos de autores e autoras brasileiros aparecem em número relativamente pequeno.

De fato, a Constituição de 1988 trouxe importantes inovações nessa área. Ao incluir entre os objetivos da República Federativa do Brasil, “promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV), a Constituição possibilitou que essas características protegidas fossem interpretadas de modo a promover os direitos de grupos historicamente discriminados na sociedade brasileira. Além disso, o texto constitucional contém uma série de normas que reconhecem direitos de grupos específicos, como mulheres (art. 7, XX), pessoas com deficiência (art. 37, VIII e art. 203, V), pessoas idosas (art. 203, V) e povos indígenas (art. 231), as quais serviram de modelo para a adoção de medidas positivas de combate à discriminação, incluindo ações afirmativas.

Os passos seguintes no desenvolvimento do direito antidiscriminatório no Brasil foram dados pelo legislador, que aprovou diversas leis que lhe conferiram bases sólidas, dentre as quais se destacam o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03), a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06), o Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/10), a Lei de Cotas na Educação (Lei nº 12.711/11), a Lei de Cotas nos Concursos Públicos (Lei nº 12.990/14) e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/15).

Apesar de suas diferenças, essas normas possuem vários aspectos em comum. Em primeiro lugar, elas fundamentam o uso assimétrico das características protegidas, com o objetivo de beneficiar grupos historicamente discriminados. Seu

¹ Professor Titular da Universidade Federal do Pará.

foco não é a proibição do uso de categorias como sexo e raça pelo poder público, mas a criação de novos direitos para idosos, mulheres, negros e pessoas com deficiência, os quais impõem ao Estado o dever de prevenir e eliminar a discriminação, inclusive por meio de políticas de ação afirmativa. Portanto, essas leis objetivam modificar o acesso desigual a bens valiosos que afetam determinados grupos da sociedade brasileira, baseando-se em uma concepção substantiva do direito à igualdade.

Posteriormente, nas diversas oportunidades em que foi acionado para julgar a constitucionalidade dessas normas, o STF confirmou sua legitimidade, consolidando o direito antidiscriminatório no Brasil. Assim, o Tribunal reconheceu a constitucionalidade do uso do sexo como fator de diferenciação para neutralizar o desequilíbrio de poder entre mulheres e homens (ADC 19), e a constitucionalidade das cotas raciais na educação (ADPF 186) e no serviço público (ADC 41) como medida de correção das desigualdades entre brancos e negros. Paralelamente, no julgamento da ADI 4.277, o STF ampliou o catálogo das características protegidas para incluir a orientação sexual, reconhecendo como um direito fundamental a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Tendo em vista seu caráter recente, não podemos aferir completamente o impacto do direito antidiscriminatório no Brasil. O próprio desenvolvimento teórico e conceitual dessa área do direito é um trabalho que ainda está por ser feito pela comunidade jurídica brasileira. Porém, algumas mudanças parecem consolidadas, como o acesso de pretos e pardos ao ensino superior no país, recentemente mantido pela Lei nº 14.723/23.

Ao trazerem as experiências de diferentes ordenamentos jurídicos, os trabalhos publicados neste dossiê contribuem para o debate sobre o direito antidiscriminatório no Brasil. Fruto do painel organizado por nós no Congresso da International Society of Public Law (ICON-S), ocorrido em Madri, em julho de 2024, três artigos trazem análises sobre a Espanha, o Chile e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, aos quais se soma um estudo sobre a União Europeia.

Ana Micaela Alterio analisa, a partir da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Vicky Hernández e outros contra Honduras, o debate entre correntes feministas sobre a inclusão de mulheres trans no âmbito da proteção dos direitos das mulheres. Propondo que a passagem do sujeito político do feminismo para a categoria jurídica “gênero” é intrinsecamente aberta, múltipla e instável, o artigo oferece argumentos para defender a orientação inclusiva adotada pela Corte IDH, uma vez que ela permite superar os limites existentes nos sistemas de proteção de direitos. Assim, a autora defende uma interpretação progressiva do direito antidiscriminatório, que objetiva acolher as demandas de emancipação daqueles sujeitos que não se enquadram perfeitamente em suas previsões, mas sofrem as vulnerabilidades que ele pretende combater.

Itziar Gómez Fernández nos oferece um panorama completo da evolução do princípio da igualdade e do princípio antidiscriminatório no ordenamento jurídico espanhol, tanto no que se refere à legislação quanto à jurisprudência. Em relação a essa última, o trabalho reconhece o papel que a jurisprudência constitucional

exerceu no desenvolvimento do direito antidiscriminatório, apontando, porém, que ela está limitada por uma compreensão da igualdade como direito eminentemente relacional, sem substância própria. O artigo finaliza propondo um novo cânone interpretativo, que reconheça os contextos de discriminação estrutural e permita avançar na proteção do direito à igualdade em casos de discriminação indireta e discriminação interseccional.

Jone Elizondo-Urrestarazu analisa os organismos de igualdade europeus (*equality bodies*) e reflete sobre sua possível adoção no Brasil. Definidos como instituições públicas independentes, criadas para promover e garantir a igualdade de direitos e oportunidades para todas as pessoas, prevenindo e combatendo a discriminação, o artigo apresenta o desenvolvimento desses organismos na Europa desde a década de 60 até a recente aprovação, em maio de 2024, de novas diretrizes da União Europeia. Com base nessa experiência, a autora formula sugestões para a criação de organismos de direitos humanos no Brasil, o que pode ser viabilizado por meio de novas instituições ou pela ampliação das competências de órgãos já existentes, como a Defensoria Pública.

Yanira Zúñiga apresenta um detalhado estudo sobre a evolução da igualdade constitucional no Chile, desde a Constituição de 1980 até os fracassados processos constituintes que ocorreram recentemente no país. De acordo com sua análise, o regime constitucional chileno limitou o desenvolvimento do direito antidiscriminatório, que começa a ser utilizado pela legislação e pela jurisprudência somente neste século, com a criação de cotas eleitorais de gênero e de ações afirmativas para pessoas com deficiência, além de reformas nos campos da família, trabalho e violência de gênero. No entanto, a garantia desses avanços continua incerta, como demonstra a resistência às medidas de igualdade de gênero que foram propostas pela Convenção Constitucional de 2021-2022.

Esperamos que a publicação desse dossiê incentive ainda mais as pesquisas sobre o direito antidiscriminatório no Brasil, cujas medidas são indispensáveis para a concretização do direito à igualdade em nossa sociedade. Por fim, agradeço a Gabriela Santos, aluna do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPA, pela colaboração na revisão dos originais.