

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE FORMIGA-MG
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO
GISELE TEIXEIRA MENDONÇA

TEORIA DO IMPACTO DESPROPORCIONAL: aplicação na igualdade de gênero

FORMIGA – MG

2017

GISELE TEIXEIRA MENDONÇA

TEORIA DO IMPACTO DESPROPORCIONAL: aplicação na igualdade de gênero

Trabalho de conclusão de curso elaborado ao Curso de Direito do UNIFOR-MG, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Ms. Nélida Reis Caseca Machado

FORMIGA – MG

2017

Gisele Teixeira Mendonça

TEORIA DO IMPACTO DESPROPORCIONAL: aplicação na igualdade de gênero

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Direito do UNIFOR-MG, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ms. Nélida Reis Caseca Machado

Orientadora

Prof.

UNIFOR-MG

Prof.

UNIFOR-MG

Formiga MG, 6 de novembro de 2017

Dedico este trabalho à minha família, que se manteve paciente com minha ausência até que ele fosse concluído.
À minha mãe, meu exemplo de jurista, perseverança e fé.
Ao meu pai, espelho de ser humano, bondade e compreensão.
Ao meu irmão, meu amigo e companheiro de jornada.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço à Deus, que despertou em mim seu amor e fez com que a cada minuto eu estivesse mais capaz de ser aquilo que Ele planejou para minha vida.

À minha mãe Juliana, minha inspiração de vida, que com paciência, compreensão e amor sempre demonstrou sua fé em talentos que venho aos poucos descobrindo que herdei. Ao meu pai Geordane, meu porto seguro, onde encontro colo em todos os momentos de aflição, pela força e amor de sempre.

Ao meu irmão, colega de profissão e amigo, Ralph, pelos momentos de descontração e pela cumplicidade.

Ao meu namorado Matheus, pela paciência, apoio e amor, sem os quais eu não concluiria esse trabalho.

Aos professores do UNIFOR-MG, que com sua humildade ao lecionar, me ensinaram grandes lições jurídicas e de vida.

À minha orientadora de Iniciação Científica e agora da Monografia, Nélida, a quem devo gratidão pelas oportunidades oferecidas e pelo conhecimento compartilhado.

RESUMO

Trata-se de uma pesquisa bibliográfica, por meio da qual foram utilizados artigos acadêmicos e obras doutrinárias acerca da importância da promoção do princípio da igualdade a todos os destinatários da norma, mormente as mulheres. O presente trabalho tem como objetivo principal abrir a discussão sobre a igualdade de gênero de forma histórica e sociológica, reconhecendo a necessidade de ações diretas para a promoção da igualdade material. Partindo da teoria do impacto desproporcional criada nos Estados Unidos, a qual revelou uma nova modalidade de discriminação, a indireta, passa-se à tentativa de sua aplicação em leis de proteção às mulheres, reconhecidas como ações afirmativas. Nesse enfoque, o presente estudo analisará a história da mulher perante a sociedade e a influência do patriarcado na formação sociológica do Brasil. Após, serão exaltadas as lutas feministas que culminaram na conquistas dos direitos das mulheres brasileiras, como o direito à leitura, ao voto, à liberdade sexual. Tal alusão histórica servirá para o reconhecimento da necessidade de existirem leis de proteção às mulheres, que, após tantos anos de segregação, precisam hoje de atitudes estatais para garantir oportunidades antes não lhes oferecidas. Em relação à isso, serão especificados dois casos submetidos ao Supremo Tribunal Federal que discutiram a constitucionalidade de normas de proteção à mulher que criaram efeitos desproporcionais, ao passo que um dificultou a inserção da mulher no mercado de trabalho e o outro constrangeu mais ainda as vítimas de violência doméstica. Ao final, o princípio da igualdade se torna o foco, levando em conta a sua evolução durante os paradigmas de Estado Liberal e Social, que assumem que apenas a inscrição na legislação não produz os efeitos necessários da igualdade material. É através das teorias do reconhecimento e da redistribuição que se encontra justificativa para implementações de atitudes diretas para a promoção da igualdade, as quais ainda devem ser temporárias.

Palavras-chave: Teoria do Impacto Desproporcional. Igualdade de gênero. Ações afirmativas.

ABSTRACT

It is a bibliographical research, through which academic articles and doctrinal works were used on the importance of promoting the principle of equality to all recipients of the norm, especially women. The main objective of this paper is to open the discussion about gender equality in a historical and sociological way, recognizing the need for direct actions to promote material equality. Based on the disparate impact doctrine created in the United States, which revealed a new form of discrimination, the indirect one, we proceed to the attempt of its application in laws of protection to the women, recognized as affirmative actions. In this approach, the present study will analyze the history of women before society and the influence of patriarchy in the sociological formation of Brazil. Afterwards, the feminist struggles that culminated in the conquest of Brazilian women's rights, such as the right to read, to vote, to sexual freedom, will be exalted. Such a historical allusion will serve to recognize the need for laws to protect women, who, after so many years of segregation, now need state attitudes to secure opportunities not previously offered to them. In relation to this, two cases submitted to the Federal Supreme Court will be specified, which discussed the constitutionality of norms for the protection of women that created disproportionate effects, while one made it difficult for women to enter the labor market and the other constrained the victims even more domestic violence. In the end, the principle of equality becomes the focus, taking into account its evolution during the paradigms of Liberal and Social State, which assume that only registration in legislation does not produce the necessary effects of material equality. It is through the theories of recognition and redistribution that one finds justification for implementations of direct attitudes towards the promotion of equality, which must still be temporary.

Keywords: Disparate Impact Doctrine. Gender equality. Affirmative actions.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 A TEORIA DO IMPACTO DESPROPORCIONAL	11
2.1 Conceito	11
2.2 A teoria do impacto desproporcional no Brasil	16
3 AS MULHERES NA SOCIEDADE.....	22
3.1 O histórico	22
3.2 A proteção dos direitos das mulheres	24
4 IGUALDADE E AS AÇÕES AFIRMATIVAS	27
4.1 O princípio da igualdade.....	27
4.2 Ações afirmativas.....	31
5 CONCLUSÃO.....	34
REFERÊNCIAS	37

1 INTRODUÇÃO

O impacto desproporcional é uma teoria norte-americana que analisa os impactos discriminatórios de atitudes estatais ou particulares que, mesmo inicialmente revestidas de neutralidades, causam efeitos desproporcionais aos originariamente previstos. Essa teoria nasceu do *case Griggs vs. Duke Power Co.*, no qual a Suprema Corte Americana julgou que a criação de um teste entre os funcionários da empresa Duke Power Co. para concorrerem a cargos de chefia gerou um impacto desproporcional em relação aos negros, que por terem nível de escolaridade menor ou por terem estudado em escolas piores que os brancos, ficaram com as vagas de subalternos enquanto os cargos de gerência se mantinham no padrão dos brancos.

O reconhecimento do impacto desproporcional, nesse caso, foi objeto de uma construção jurisprudencial da Suprema Corte dos Estados Unidos que, desde 1868, com o advento da “Cláusula da Igual Proteção” prevista na Emenda Constitucional n.º XIV, retirava de seu ordenamento as políticas públicas de conteúdo discriminatório. Essa Emenda à Constituição de 1791 prevê o igual tratamento de todos os indivíduos que se encontrem na mesma posição social ou jurídica.

Para a efetivação dessa igualdade de tratamento, a Suprema Corte criou três mecanismos de controle de constitucionalidade de atitudes estatais para o reconhecimento de qualquer tipo de marginalização: um em que a ação estatal já chega para julgamento com a presunção de constitucionalidade (*rational relationship test*); outro em que se visa evitar a dominação de um grupo sobre o outro, analisando a colocação do grupo dominado no contexto histórico do país (*intermediate scrutiny*); e um último que analisa a lei em face dos princípios constitucionais, os quais não podem ser ignorados em busca de outros objetivos estatais (*strict scrutiny*).

Através do controle chamado “*strict scrutiny*” daquela corte, que é o mais rigoroso, é que a teoria do impacto desproporcional criou raízes, uma vez que, frente ao histórico de segregação racial vivida pelos negros americanos, as diferenciações em razão da raça ou cor de pele se tornaram, com o tempo, mais difíceis de identificar, cabendo à Suprema Corte analisar minuciosamente as medidas tomadas pelo Estado, que não conseguiu prever os efeitos danosos delas decorrentes, mormente quanto aos negros, quando de sua elaboração.

No Brasil, Daniel Sarmiento, ao realizar estudos sobre a igualdade étnico-racial, baseou-se na definição da teoria do impacto desproporcional de Joaquim Barbosa Gomes, desenvolvida através de seus estudos sobre ação afirmativa e o princípio da igualdade,

aplicando-a nas ações afirmativas criadas para promover oportunidades aos negros. No mesmo sentido, fazendo um caminho parecido, dois julgamentos do Supremo Tribunal Federal (STF) que, mesmo não citando a teoria ou reconhecendo expressamente os efeitos desproporcionais, declarou inconstitucionais medidas de proteção à mulher que, inicialmente intencionadas em promover a igualdade, criou novas formas de constrangimento e discriminação.

Além da discriminação indireta, far-se-á a relação com a violência simbólica de Pierre Bourdieu, que aponta que a vítima não percebe que está sofrendo, em razão da inconsciência de sua situação, em virtude da percepção parecida com a do violador. Quando isso ocorre, a inconsciência quanto à discriminação sofrida torna difícil de ser reconhecida pela vítima e, conseqüentemente, difícil de ser confrontada.

Esses dois julgamentos serão estudados neste trabalho e decorre deles a análise de duas medidas legislativas com intenção de distribuir oportunidades e de proteger as mulheres, quais sejam: a obrigatoriedade do teto máximo do salário-maternidade pago pela Previdência Social instituído pela Emenda Constitucional número 20 (i) e a exigência da representação da mulher prevista na Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha) para o crime de lesões corporais leves sofridas em âmbito familiar (ii).

Ressalte-se que estas questões foram submetidas ao Supremo Tribunal Federal em razão de seus efeitos práticos, vez que, inicialmente, tinham como objetivo promover a igualdade, mas culminaram na promoção de discriminação indireta.

Diante desse cenário, o objetivo deste trabalho é analisar se essas duas normas, julgadas pelo STF, se encaixam na definição da teoria do impacto desproporcional, ao passo que aponta, ainda, o que também será analisado, a ineficiência do Estado em promover a igualdade entre homens e mulheres.

Para tanto, primeiramente, a teoria do impacto desproporcional será apresentada, com um apanhado histórico da criação jurisprudencial norte-americana que levou à definição da teoria como instrumento de reconhecimento de discriminações indiretas provenientes de atos estatais que não tinham a intenção direta de discriminar qualquer grupo. Após, far-se-á a análise da importação da teoria do impacto desproporcional pelos estudiosos brasileiros, especialmente Daniel Sarmiento que, com sua definição de discriminação *de facto* e discriminação indireta, propõe a aplicação dessa teoria em análises da constitucionalidade de atos estatais ou privados.

Em seguida, no capítulo dois, será apontado o papel das mulheres na sociedade nos âmbitos familiar, profissional e político, bem como suas lutas feministas para alcançar

direitos. Tudo isso tem relevância porque é através dessa análise que se percebe a necessidade de criação de medidas protecionistas para garantir o tratamento igual entre homens e mulheres dentro do Estado Democrático de Direito, tanto que várias normas surgiram para a proteção à mulher, tais como o Decreto n.º 21.076/1932 que deu ao sexo feminino os direitos políticos, o Estatuto da Mulher Casada (Lei n.º 4.121/1962) que retirou a incapacidade civil das mulheres do Código Civil em vigor à época, além da Lei do Divórcio (Lei n.º 6.515/1977), a qual autorizou a dissolução do casamento e a escolha da mulher sobre ficar ou não com o nome do marido.

Por fim, no terceiro e último capítulo, será analisada a igualdade, princípio construído através das experiências dos Estados Liberal e Social, que deve ser o parâmetro para analisar os problemas decorrentes das normas que protegem as mulheres e o impacto desproporcional, já que esses dois efeitos surgem da desigualdade enfrentada pelas mulheres durante sua história de marginalização. Em segundo momento nesse capítulo, serão estudadas as pesquisas de Nancy Fraser sobre as injustiças, que se permeiam pelas teorias do reconhecimento e da distribuição, conceitos relevantes para a conclusão da importância das ações afirmativas estatais que buscam a compensação das diferenças históricas.

A pesquisa realizada é bibliográfica e foi feita através do método hipotético dedutivo e, inicialmente, a hipótese era a de que a teoria do impacto desproporcional poderia se revelar ferramenta útil para a identificação de discriminações indiretas de gênero, o que foi confirmado, pois a teoria é um mecanismo que analisa a constitucionalidade de um ato através de seus efeitos práticos, revelando que não há necessidade de comprovação da intenção discriminatória no momento de sua elaboração.

2 A TEORIA DO IMPACTO DESPROPORCIONAL

Neste capítulo será feita a análise sistemática da teoria do impacto desproporcional. Sua origem está na jurisprudência norte-americana, em que, na busca pela efetivação da igualdade pelos juízes, criou-se mecanismos para a declaração de inconstitucionalidade de atos estatais com objetivo expresso ou não de discriminação racial, sendo a teoria uma ferramenta para identificação de atos inconstitucionais revestidos de neutralidade que causam efeitos danosos a um grupo específico.

2.1 Conceito

A teoria do impacto desproporcional tem como fundamento o fato de que é possível efeitos desproporcionais de atos aparentemente neutros e que existem com a intenção de proporcionar melhorias. Em outras palavras, pelo impacto desproporcional, busca-se perceber a violação ao princípio da igualdade a partir de medidas que, quando de sua criação, se revestiu de generalidade e abstração.

Essa teoria tem seu berço nos Estados Unidos (*disparact impact doctrine*), país historicamente discriminador de negros, que mantinha, até a década de 70, políticas públicas expressamente segregacionistas (SARMENTO, 2006, p. 72).

Em busca da retirada das leis discriminatórias do sistema constitucional do país, a Emenda XIV¹, ratificada em 9 de julho de 1968, criou a Cláusula da Igual Proteção - “*Equal Protection Doctrine*” -, a qual obrigou o combate à desigualdades, cabendo à Suprema Corte o reconhecimento e declaração de inconstitucionalidade de atos segregacionistas (BUNCHAFT, 2010, p. 153).

Para isso, a Suprema Corte americana, com base no princípio da anticlassificação², desenvolveu modalidades de controle de constitucionalidade das leis que poderiam violar o princípio da igualdade, principalmente em relação aos negros.

¹ EMENDA XIV - Seção 1 - Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência, Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.

² O Princípio da Anticlassificação visa avaliar as medidas estatais com base em “critérios de diferenciações suspeitos” (BUNCHAFT, 2010, p. 154). Quando se refere à critérios de diferenciações suspeitos, significa uma análise de um ato estatal com presunção de inconstitucionalidade por causa da histórica discriminação do grupo mencionado naquela medida. Anticlassificação, portanto, trata da busca pela diminuição de aceitação de atitudes estatais que classifique um grupo, principalmente o dos negros, como inferiores ou subordinados.

O primeiro, o “*rational relationship test*”, é a forma mais simples de observação. Aqui há uma presunção de constitucionalidade da lei, cabendo ao proponente do serviço da Corte argumentar quanto à possível inconstitucionalidade. Nessa modalidade, para que a Suprema Corte reconheça a afronta à Constituição, ela observa se a discriminação prevista na lei tem finalidade legítima.

Em segundo lugar, criou-se uma categoria mais rigorosa, o “*strict scrutiny*”, na qual a norma já chega para julgamento com presunção de inconstitucionalidade. Essa presunção se baseia em critérios chamados “suspeitos”, os quais são classificados em razão do grupo discriminado. Inicialmente, essa modalidade era aplicada apenas em leis que discriminavam grupos em razão de raça e cor, por causa da histórica discriminação racial vivida naquele país. Assim, a norma que tratasse de negros já vinha para julgamento com grande suspeita de desrespeitar os direitos fundamentais.

Enquanto o sistema mais simples tratava, basicamente, da segregação de grupos com diferenças socioeconômicas e o mais rigoroso da discriminação racial, surgiram demandas que não poderiam ser analisadas com tanta simplicidade como prevê o “*rational relationship*” e nem com tanto rigor quanto o “*strict scrutiny*”, tornando necessária criar uma categoria intermediária.

Foi por causa desse controle de constitucionalidade mais rigoroso das normas que os Estados Unidos começaram a indagar sobre a existência de discriminações indiretas, uma vez que quando havia diferenciação em razão da raça, era obrigatória a passagem da medida pelo “*strict scrutiny*”.

O “*intermediate scrutiny*”, então, entrou em cena como um critério que estuda a ligação entre as distinções adotadas e o interesse estatal, sendo que o último deve ser relevante. A Corte, aqui, baseava seu julgamento no contexto histórico da participação do grupo discriminado para declarar a constitucionalidade ou não do ato.

Esse último serviu, inicialmente, para julgar casos que envolvessem as mulheres e os filhos ilegítimos, por exemplo, que não poderiam ser analisados pelos dois primeiros métodos.

Com o amadurecimento da Cláusula da *Equal Protection*, o Poder Judiciário conseguiu demonstrar a grande relevância de seus trabalhos na luta de grupos minoritários pela igualdade material.

Dessa forma, os movimentos sociais passaram a interpretar a Emenda XIV de forma que incluísse em seus parâmetros a proteção não apenas dos negros, mas de qualquer minoria marginalizada, “potencializando novos significados constitucionais” (BUNCHAFT, 2010, p.

160). E foi através dessa percepção que as distinções baseadas em sexo passaram a merecer atenção do controle de constitucionalidade “*strict scrutiny*” (BUNCHAFT, 2010, p. 160).

Ainda em relação à evolução da Cláusula da *Equal Protection*, a doutrina dos Estados Unidos começou a perceber que a nova previsão constitucional não abrangia todas as formas de discriminação de determinados grupos, pois tratava apenas de diferenciações explícitas, necessitando, portanto, de uma modalidade que aplicasse o princípio da igualdade a todos os indivíduos.

Verificou-se que era possível a existência de formas de segregação de grupos que não estaria abrangida pelo princípio da anticlassificação utilizado pela cláusula da igual proteção. Começava, nesse momento, a atenção aos efeitos das normas para a aferição e sua constitucionalidade (BUNCHAFT, 2010, p. 161).

Bunchaft, em 2010, citou os estudos de Owen Fiss, estudioso que explanou a necessidade de haver uma teoria que identificasse todas as formas de discriminação, principalmente a indireta, não apenas pela utilização de critérios de diferenciações classificadas como suspeitas ou não:

Está implícita à interpretação em relação ao que é vedado pela Cláusula da Igual Proteção, a ideia de que certas práticas estatais podem chegar a serem danosas para os membros de um grupo especialmente em desvantagem e, ainda assim, não prejudicar ou pôr em risco, ou agravar o status ou a posição do grupo. O que se requer, para que se possa considerar que uma certa prática estatal se encontra proibida pela Cláusula, é uma teoria sobre o dano de status, uma teoria que mostre que a prática desafiada tem este efeito no grupo. Desde esta perspectiva - que veda o dano ao status - poder-se-ia considerar a ação estatal discriminatória. A ação estatal discriminatória seria aquela conduta estatal que agrava o status de um grupo especialmente em desvantagem. A Cláusula da Igual Proteção proíbe ao Estado, por exemplo, utilizar a raça como critério de admissão nas piscinas públicas ou nos projetos de habitação coletiva, uma vez que, desse modo, há um agravamento da posição subordinada dos afroamericanos, ao excluí-los das facilidades outorgadas pelo Estado. O mesmo pode dizer-se em relação ao sistema escolar dual, isto é, à prática de isolar os estudantes nas escolas em razão de sua raça e com o objetivo de segregar alguns grupos. Novamente, estes tipos de ações estatais encontram-se proibidos pela Cláusula da Igual Proteção, uma vez que agravam a posição subordinada dos afroamericanos, e não porque a classificação não se encontra relacionada ou se encontra pouco relacionada a um propósito estatal (FISS, 1999, p. 146-147 *apud* BUNCHAFT, 2010, p. 161).

Owes Fiss destaca, nesse trecho, que a cláusula da igual proteção não pode ser útil apenas para proibir ações estatais claramente discriminatórias, mas também deve atuar na averiguação dos danos causados por elas, a fim de evitar a segregação de um grupo baseada em propósitos legítimos do Estado.

Levando a atenção sempre para a proteção dos negros, essa doutrina buscava reconhecer que certas ações, embora justificadas pelo Estado como neutras e não direcionada a grupos específicos, acabavam por afetar negativamente os afrodescendentes.

Nasceu, aqui, o princípio da antissubordinação, que confronta a anticlassificação e propõe uma nova maneira de buscar a efetivação do Princípio da Igualdade: através do reconhecimento de todas as discriminações, sobretudo das provenientes de atos neutros que causam efeitos danosos a grupos específicos.

A partir daí, a Suprema Corte começou a perceber a inconstitucionalidade de atos em que o Estado excluía os negros e as mulheres se utilizando de normas revestidas de neutralidade. Nesses casos, a discriminação com base na raça ou sexo era intencional, porém camuflada em medidas estatais neutras.

Dois exemplos são os casos *Guinn v. United States* e *Green v. County School Board*. O primeiro, em 1915, declarou inconstitucional o direito ao voto apenas às pessoas cujos ascendentes puderam votar antes de 1867, pois excluía os negros do direito político de votação, visto que seus ancestrais eram escravos proibidos de votar até 1866 (BUNCHAFT, 2010, p. 164).

No segundo, em 1968, a Corte reconheceu a afronta ao Princípio da Igualdade ao sistema de “liberdade de escolha” dos pais de optarem por uma de duas escolas, sendo uma identificada como “para brancos” e outra “para negros”, ocorrendo, obviamente, a separação das crianças. Tal separação já havia sido objeto do *leadin case Brown v. Board of Education*, julgado em 1954, o qual concluiu que “separação não é igual” e tal distância poderia criar sentimentos de inferioridade entre os estudantes separados (KARAGIANNIS, STAINBACK, STAINBACK, 1999, p. 27).

Isto posto, percebe-se que a Suprema Corte protegia o Princípio da Igualdade previsto na Emenda XIV ao retirar do ordenamento jurídico qualquer norma ou ato estatal que autorizasse a exclusão de qualquer grupo, principalmente o das mulheres e dos afrodescendentes.

Ocorre que a jurisprudência se firmou, ao longo do tempo, na comprovação da intenção de segregar o grupo em desvantagem e isso não era tudo, pois, infelizmente, nem sempre a norma ou medida, seja estatal ou não, consegue antecipar seus efeitos danosos.

Necessário ainda, enfatizar que existia uma dificuldade do Poder Judiciário de comprovar que os atos julgados tinham, desde o início, o objetivo de discriminar. Por consequência, nasce a ideia de se observar os efeitos de aplicação das medidas à luz do Princípio da Igualdade (BUNCHAFT, 2010, p. 165).

Inicia-se, aqui, a aferição das discriminações indiretas, exteriorizadas por intermédio do impacto desproporcional (*disparact impact doctrine*) criado por regras ou normas potencialmente neutras, mas que, inesperadamente, criam prejuízos a grupos específicos.

A primeira vez que a Suprema Corte reconheceu o “*disparact impact doctrine*” foi em 1971, no julgamento do caso *Griggs vs. Duke Power Co.* proposto por vários negros que se sentiram lesados pela empresa Duke Power Company em razão de um teste de inteligência que os empregados eram submetidos para obter promoção. O teste tinha como ideal a avaliação do desempenho dos trabalhadores.

Ocorre que só eram promovidos trabalhadores brancos, pois o teste favorecia esse grupo por terem nível de estudo superior ao dos trabalhadores negros, que era em sua maioria reprovado. Com essa medida, a empresa se via com negros apenas em cargos subalternos, enquanto os cargos de chefia ou gerência eram ocupados predominantemente por brancos.

Neste julgamento foi identificado o impacto desproporcional da prática da empresa sobre seus empregados negros, pois ela criou um teste igual para todos seus funcionários, mas, na verdade, manteve o *status quo* com cargos de chefia destinados a brancos, já que eram eles quem tinham nível de escolaridade maior.

A decisão da Corte norte-americana, citando o *Civil Rights Act* de 1964³, reconheceu que a atitude da empresa ocasionou a exclusão dos afrodescendentes de cargos mais altos e ainda exigiu a comprovação da relação entre os testes e as funções a serem exercidas (BUNCHAFT, 2010, p. 166).

Por outro lado, em 1976, no julgamento do caso *Washington v. Davis*, ao contrário de 1971, a Suprema Corte utilizou a doutrina de classificação, já superada e antiquada, não verificou inconstitucionalidade de nenhum procedimento de classificação de candidatos ao Departamento de Polícia de Washington, mesmo que os negros estivessem sendo claramente prejudicados pelos testes aparentemente neutros.

Para a Corte, a aplicação de testes baseados na habilidade verbal não infringia a cláusula da *Equal Protection*, pois não havia interesse direto do Estado de discriminar os negros, sendo, portanto, um ato legítimo. Aqui, os efeitos desproporcionais que eliminavam afrodescendentes por causa desse teste foram completamente ignorados em razão da não classificação do ato como diretamente segregacionista.

³ Esse diploma instituiu a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho, exigindo a remoção das “barreiras arbitrárias quando as mesmas impliquem efeitos discriminatórios, independentemente da intenção discriminatória”, como bem delinea Maria Eugenia Bunchaft (2010, p. 166).

Em defesa da teoria do impacto desproporcional, o jurista norte-americano Charles Lawrence III, especialista em questões raciais, em suas pesquisas em 1999, asseverou a desnecessidade da prova da intenção direta em discriminar para o reconhecimento do impacto danoso e conseqüente declaração de inconstitucionalidade do ato (SARMENTO, 2006, p. 74).

Daniel Sarmento, analisando os estudos de Charles Lawrence III, enfatiza que o pesquisador norte-americano, acertadamente, admite que a tendência atual da sociedade americana seja a de disfarçar comportamentos discriminatórios, sendo inútil a busca pela intenção:

De acordo com ele, o racismo nos Estados Unidos tem raízes muito profundas - e o mesmo poderíamos dizer em relação ao Brasil - sendo os americanos socializados em um contexto que os torna naturalmente preconceituosos em relação ao negro. Contudo, no momento atual, em que o racismo passou a ser considerado imoral, há uma tendência de que o Ego de cada indivíduo dimensão consciente da sua personalidade disfarce de alguma maneira os impulsos racistas provenientes do seu Id (inconsciente). Isso leva as pessoas a praticarem comportamentos racistas, sem sequer se aperceberem disso, e a racionalizarem esses comportamentos em termos que lhes pareçam moralmente mais aceitáveis. Daí porque, segundo ele, considerando o caráter inconsciente de muitos atos de natureza racista, a busca da intenção discriminatória como pressuposto para a afirmação da ilegitimidade da conduta não parece solução adequada (SARMENTO, 2006, p. 75).

No mesmo sentido, a Corte Europeia de Justiça também aplicou a teoria do impacto desproporcional, sem intenção de comprovação da intenção discriminatória, para impedir a exclusão de mulheres.

O precedente julgado em 1986, no Caso 170/84, *Bilka-Kaufhaus vs Von Hartz*, declarou a invalidez da negativa de manutenção de um sistema privado de pensão de uma empresa germânica aos empregados que trabalhavam em regime de tempo parcial. A Corte se utilizou da teoria ao identificar que essa negativa afetava drasticamente as mulheres, pois elas, em sua maioria, gozavam do regime parcial de tempo (SARMENTO, 2006, p. 74).

2.2 A teoria do impacto desproporcional no Brasil

A abordagem sobre a teoria no Brasil está a cargo, principalmente, de Daniel Sarmento, que estuda a igualdade étnico-racial. Para ele, o princípio da igualdade pode ser afrontado de duas maneiras: pela “discriminação *de facto*” e pela “discriminação indireta”.

A discriminação *de facto* ocorre na aplicação de norma jurídica válida e geral, sendo que sua aplicação é que atinge mais um determinado grupo. Sua verificação se vale do

sistema de estatística⁴, que pode apresentar a incidência maior de uma norma ou ato estatal em pessoas integrantes de uma minoria.

Já a discriminação indireta assume que a teoria do impacto desproporcional é meio eficaz para sua identificação, utilizando-se da definição ideal de Joaquim Barbosa Gomes, que condena à invalidade qualquer ato que resulta em prejuízos a certos grupos, não necessitando de prova da intenção discriminatória:

Toda e qualquer prática empresarial, política governamental ou semigovernamental, de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação do princípio constitucional da igualdade material se, em consequência de sua aplicação, resultarem efeitos nocivos de incidência especialmente desproporcional sobre certas categorias de pessoas. (GOMES, 2001, p.24)

A discriminação indireta, portanto, é a violação do princípio da igualdade oculta em normas, regras ou atitudes, estatais ou não, que, quando elaboradas, se revestiam de neutralidade e generalidade (CRUZ, 2016, p. 59).

No Supremo Tribunal Federal, em que pese a teoria do impacto desproporcional não seja aplicada diretamente, seus ministros já se depararam com argumentações nesse sentido, principalmente em relação à igualdade de gênero e reconheceram efeitos desproporcionais de normas de proteção à mulher sem que fosse citada a teoria no acórdão.

A emenda constitucional número 20, de 15 de dezembro de 1998 instituiu, em seu artigo 14, que o salário referente ao período de maternidade, teria o limite de R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), o qual deveria ser pago pela Previdência Social, cabendo ao empregador inteirar o salário caso fosse maior que o previsto.

Diante disso, o Partido Socialista Brasileiro propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade de n. 1946-DF, alegando que tal dispositivo infringiu os artigos 3º, IV, 7º, XVIII, e 60, § 4º, todos da Constituição Federal⁵, além do artigo 72, da Lei 8.213/91. Em outras palavras, buscava-se a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo da emenda por causa de suas afrontas ao princípio da igualdade.

⁴ Daniel Sarmento apresenta o exemplo dessa estatística se referindo às revistas pessoais realizadas pela polícia. Se restar comprovado que a polícia realiza tais buscas em pessoas negras com frequência maior do que em brancos, significa que o princípio da igualdade está sendo violado (SARMENTO, 2006, p. 71).

⁵ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. [...] Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias; [...] Art. 60. [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais. [...]

Em 4 de março de 2003, a ADI 1946-DF foi julgada procedente no sentido de que a determinação do artigo 14 da EC 20/98 não poderia se aplicar ao salário-maternidade previsto no artigo 7º, XVIII, da CF, uma vez que seus efeitos implicariam em “retrocesso histórico”⁶ no tocante à participação das mulheres no mercado de trabalho.

De acordo com os Ministros do Supremo Tribunal Federal, a exigência do teto máximo pago pela Previdência Social a título de salário-maternidade renderia efeitos não previstos pelo poder constituinte derivado, que resultariam na exclusão das mulheres do mercado de trabalho, o que caracterizaria o retrocesso, visto que a vida profissional das mulheres foi uma conquista histórica.

Inicialmente, deve-se esclarecer que o salário-maternidade, que é de direito da gestante por cento e vinte dias, se trata de benefício previdenciário e, por isso, o seu pagamento é obrigação da Previdência Social.

⁶ Na decisão do STF, foi citado que a proibição de diferenças baseadas no sexo é um desdobramento do princípio da igualdade e, ao criar essa diferenciação, violou-se o citado preceito fundamental. É a ementa do julgamento: DIREITO CONSTITUCIONAL, PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. LICENÇA-GESTANTE. SALÁRIO. LIMITAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 14 DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 3º, IV, 5º, I, 7º, XVIII, E 60, § 4º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O legislador brasileiro, a partir de 1932 e mais claramente desde 1974, vem tratando o problema da proteção à gestante, cada vez menos como um encargo trabalhista (do empregador) e cada vez mais como de natureza previdenciária. Essa orientação foi mantida mesmo após a Constituição de 05/10/1988, cujo art. 6º determina: a proteção à maternidade deve ser realizada "na forma desta Constituição", ou seja, nos termos previstos em seu art. 7º, XVIII: "licença à gestante, sem prejuízo do empregado e do salário, com a duração de cento e vinte dias". 2. Diante desse quadro histórico, não é de se presumir que o legislador constituinte derivado, na Emenda 20/98, mais precisamente em seu art. 14, haja pretendido a revogação, ainda que implícita, do art. 7º, XVIII, da Constituição Federal originária. Se esse tivesse sido o objetivo da norma constitucional derivada, por certo a E.C. nº 20/98 conteria referência expressa a respeito. E, à falta de norma constitucional derivada, revogadora do art. 7º, XVIII, a pura e simples aplicação do art. 14 da E.C. 20/98, de modo a torná-la insubsistente, implicará um retrocesso histórico, em matéria social-previdenciária, que não se pode presumir desejado. 3. Na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$1.200,00 (hum mil e duzentos reais) por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira, facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora. Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da C.F./88), proibição, que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal. Estará, ainda, conclamado o empregador a oferecer à mulher trabalhadora, quaisquer que sejam suas aptidões, salário nunca superior a R\$1.200,00, para não ter de responder pela diferença. Não é crível que o constituinte derivado, de 1998, tenha chegado a esse ponto, na chamada Reforma da Previdência Social, desatento a tais conseqüências. Ao menos não é de se presumir que o tenha feito, sem o dizer expressamente, assumindo a grave responsabilidade. 4. A convicção firmada, por ocasião do deferimento da Medida Cautelar, com adesão de todos os demais Ministros, ficou agora, ao ensejo deste julgamento de mérito, reforçada substancialmente no parecer da Procuradoria Geral da República. 5. Reiteradas as considerações feitas nos votos, então proferidos, e nessa manifestação do Ministério Público federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade é julgada procedente, em parte, para se dar, ao art. 14da Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, interpretação conforme à Constituição, excluindo-se sua aplicação ao salário da licença gestante, a que se refere o art. 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal. 6. Plenário. Decisão unânime. (Processo ADI 1946 DF. Publicação DJ 16-05-2003 PP-00090 EMENT VOL-02110-01 PP-00123. Julgamento 3 de Abril de 2003. Relator Sydney Sanches)

O artigo 72, da Lei 8.213/91 dispõe que o salário maternidade da mulher empregada deve consistir no valor de sua remuneração integral. Dessa forma, cabe à Previdência Social pagar o salário-maternidade da mulher trabalhadora em seu valor integral.

Ocorre que, pela previsão do artigo 14, da Emenda Constitucional n. 20, a Previdência pagaria R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais) e, caso a mulher recebesse maior valor, caberia ao empregador inteirar o benefício previdenciário até o valor estimado de sua remuneração.

Ao exigir que o empregador responda pelo valor que ultrapasse o montante total pago pela Previdência Social durante o benefício do salário-maternidade, restou reconhecido que a preferência por trabalhadores masculinos seria um dos efeitos da Lei. Outro efeito, não previsto pelo legislador, seria a limitação do salário da mulher no valor de R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais).

Os efeitos desproporcionais, então, se identificam ao evitar a obrigação do pagamento do benefício previsto na EC n. 20/98 pelo empregador, as mulheres seriam excluídas do mercado de trabalho, ferindo, portanto, o princípio da igualdade que autoriza a proteção das mulheres em razão de sua histórica segregação. Ao ferir um direito fundamental, em afronta à cláusula pétrea, artigo 60, § 4º, da Constituição da República, reconhecida está a inconstitucionalidade da previsão da Emenda, contrária ao originariamente previsto pelo poder constituinte originário de 1988.

No tocante à Lei Maria da Penha 41 (Lei 11.340/06), em 2010, a Procuradoria-Geral da República propôs uma Ação Direta de Inconstitucionalidade com finalidade de analisar a constitucionalidade dos artigos 12, inciso I, 16, que exigiam a representação da vítima como condição de procedibilidade da ação penal de lesões corporais leves.

Na inicial, a Vice-Procuradora, Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, citando a teoria do impacto desproporcional, pugnou pela interpretação da Constituição dos artigos 12, inciso I, 16 e 41 da Lei 11.340/06⁷ alegando, inicialmente, que a exigência da representação para início da ação penal relativa a lesões corporais leves praticadas no ambiente doméstico criaria uma discriminação indireta, concordando que vítima desse crime se veria mais uma vez intimidada e ensejaria a impunidade do agressor.

⁷ Art. 12. Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal: I - ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada; [...] Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público. [...] Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Isso porque, as vítimas da violência de gênero se encontram, normalmente, presas ao agressor, que, levados por comportamentos dominadores, impingem grande sofrimento físico e psicológico a elas, impedindo-as de buscar ajuda e garantindo que não será processado por seus crimes.

Vale a transcrição de um trecho da petição inicial da ADI, no qual a Procuradoria-Geral demonstra a incidência da discriminação indireta:

Como fartamente descrito no tópico anterior, a interpretação que condiciona à representação o início da ação penal relativa a crime de lesões corporais leves praticado no ambiente doméstico, embora não incida em discriminação direta, acaba por gerar, para as mulheres vítimas desse tipo de violência, efeitos desproporcionalmente nocivos. É que ela, por razões históricas, acaba dando ensejo a um quadro de impunidade, que, por sua vez, reforça a violência doméstica e a discriminação contra a mulher. (PEREIRA, SANTOS, p. 13, 2010)

A mesma peça argui, ainda, que o artigo 226, § 8º da Constituição Federal prevê o dever do Estado de promover mecanismos para coibir a violência doméstica, cabendo a ele proteger as mulheres de forma proporcional ao necessitado.

Com base nisso, argumentou que a representação no caso aqui estudado seria um “empecilho à persecução penal nos crimes de lesões corporais leves”, o que levaria à afronta ao princípio da proporcionalidade, o qual veda a “proteção deficiente”⁸ à todos os Poderes.

A ação foi julgada procedente em Sessão Plenária em 09 de fevereiro de 2014, por maioria dos votos, vencido o Ministro Cezar Peluso, reconhecendo-se afronta à proteção constitucional garantida às mulheres.

O Ministro Relator, Marco Aurélio, ressaltou em seu voto que ao deixar a cargo da vítima a persecução penal do agressor, o Estado deixa de levar em conta a vulnerabilidade e o temor em que se encontra aquela mulher agredida no seu âmbito de convivência familiar em estado de submissão:

Deixar a cargo da mulher autora da representação a decisão sobre o início da persecução penal significa desconsiderar o temor, a pressão psicológica e econômica, as ameaças sofridas, bem como a assimetria de poder decorrente de relações histórico-culturais, tudo a contribuir para a diminuição de sua proteção e a prorrogação da situação de violência, discriminação e ofensa à dignidade humana. Implica relevar os graves impactos emocionais impostos pela violência de gênero à vítima, o que a impede de romper com o estado de submissão. (STF – ADI 4424 DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de julgamento: 09/02/2012, Trinunal Pleno, Data de Publicação: DJe-148 DIVULG 31-07-2014 PUBLIC 01-08-2014).

⁸ Na petição inicial, a Procuradoria-Geral da República fez menção às Cortes Interamericana de Direitos Humanos e Europeia de Direitos Humanos, as quais já decidiram no sentido de reconhecer efeitos não previstos e nocivos de leis originariamente garantistas e protecionistas.

Reconhecendo que a mulher vítima de violência de gênero se encontra em situação de submissão ao homem, necessitando de proteção do Estado para se desvencilhar dos grilhões de um relacionamento abusivo, percebe-se o impacto desproporcional da exigência de representação da vítima em caso de lesão corporal. Demonstrou-se que a lei para proteger as mulheres criou, na verdade, uma forma de continuar submetendo-a a constrangimentos que resultam na continuidade de sua situação de submissão.

A partir da análise desses julgamentos, percebe-se que a incidência da desigualdade de gênero no Brasil ainda é uma realidade, e isso se deve à histórica segregação das mulheres.

Segundo Daniel Sarmiento, identificar a discriminação indireta contra afrodescendentes no ordenamento jurídico brasileiro é mais difícil do que nos Estados Unidos, tendo em vista que lá, antes da Cláusula da Igual Proteção, existiam leis expressamente anti-igualitárias em relação aos negros (SARMENTO, 2006, p. 70).

Já no Brasil, como bem descrito, a incidência da discriminação indireta segue a jurisprudência europeia, sendo reconhecida em atos que tratam da igualdade de gênero. Isso pelo motivo de que, no ordenamento jurídico brasileiro, historicamente, as mulheres já foram expressamente excluídas da sociedade capaz de exercer direitos sociais ou políticos.

Em que pese a existência de alguns percalços advindos das normas que impactam desproporcionalmente a sociedade, há que se ponderar que essas normas têm objetivo de transformar a sociedade, fazendo com que seja possível uma melhor convivência entre homens e mulheres, pois, como se verá no próximo capítulo, esta relação nem sempre foi tratada em igualdade.

3 AS MULHERES NA SOCIEDADE

Ainda que de forma concisa, a história da participação da mulher na sociedade, no seio familiar, no mercado de trabalho e na política será tema deste capítulo, a fim de que se esclareça a real história da mulher, que separada da história do mundo, passou por momentos de submissão e silêncio que, em certas ocasiões, perduram até hoje.

3.1 O histórico

A desigualdade entre o homem e a mulher aparece desde as narrações da Bíblia, em que o homem devia ser o chefe da família e exercer a “voz forte” e a mulher, a obra prima do homem, tinha a obrigação de submissão e de subordinação. Nestes termos, por muitos anos, a igreja continuou pregando e afirmando a fragilidade feminina e seu papel de educar os filhos e de cuidar da casa, dentro do casamento (CANEZIN, 2004).

Na sociedade grega, as mulheres não eram consideradas cidadãs, não eram registradas nos registros oficiais e o único direito de que gozavam era o de contrair casamento legal e gerar descendentes herdeiros legítimos. Enquanto solteiras, eram representadas pelo pai e, depois do casamento, pelo marido. Não podiam sair de casa sem acompanhamento de um tutor ou escravo e suas saídas eram limitadas a reuniões religiosas ou familiares e a compras pessoais (CANEZIN, 2004).

Na Antiguidade, o casamento servia para perpetuar alianças e patrimônios familiares sem mesclas com outros povos, o que mantinha a segurança social e política. Buscava-se manter a autoridade dos pais, que tinham o papel de chefe da família, incluindo noras e genros e a mulher tinha o dever de criar os futuros cidadãos e chefes de família. Este modelo foi o precursor da sociedade patriarcal romana (CANEZIN, 2004).

Na Idade Média, nos séculos IX e X, a mulher não tinha o direito de escolher seu marido, tendo em vista que o matrimônio era combinado entre as famílias e acontecia quando a mulher era ainda muito jovem. Nesta época o direito canônico influenciou fortemente o costume, trazendo novas regras, como a indissolubilidade do matrimônio (CANEZIN, 2004).

No Brasil Colônia, não existiam escolas públicas para meninas até 1827. Até essa data, as garotas poderiam estudar em conventos ou particular e individualmente nas casas das professoras.

E, em 15 de outubro de 1827 a Lei⁹ instituiu escolas públicas femininas, sendo que as matérias de geometria e aritmética eram reduzidas em relação ao que se ensinava nas escolas masculinas, além de serem ministradas aulas de prendas domésticas (DUARTE, 2003).

Em 1916 entrou em vigor o Código Civil escrito por Clóvis Beviláqua em 1899, o qual foi baseado na representação familiar romana e retratava uma sociedade patriarcal e conservadora, com capítulos descrevendo os papéis da mulher e do homem, sendo a primeira considerada incapaz relativamente, e proibida até de exercer profissão sem a autorização do marido (DIAS, 2015).

Somente em 1932, quando da instituição do Decreto 21.076, o Código Eleitoral, é que as mulheres passaram a ter direito ao voto.

Em busca de igualdade, em 1962, o Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121) entrou em vigor e alterou quatorze artigos do Código Civil e um do Código de Processo Civil, retirando da legislação brasileira a incapacidade feminina. Dentre as modificações tem-se a consagração do livre exercício de profissão pela mulher casada, o que permitiu sua independência financeira e sua maior participação dentro da situação familiar e a permissão de a mulher ter usufruto dos bens do marido falecido, bem como a guarda dos filhos após o desquite (CANEZIN, 2004).

Porém, o Estatuto não suprimiu as discriminações sofridas pela mulher dentro da vida civil, pois o homem ainda exercia o “pátrio poder” e continuava a ser o titular do direito de ficar com o domínio da família “com a colaboração da mulher”, bem como era obrigatória a adoção do sobrenome do marido (CANEZIN, 2004).

Em 1977, a Lei do Divórcio (Lei 6.515) pôs fim à indissolubilidade do matrimônio, deu o direito à mulher de continuar ou não com nome do marido, substituiu o regime universal de bens pela comunhão parcial de bens e ampliou a equiparação entre os filhos “legítimos” e “bastardos” (CANEZIN, 2004).

Desde 1824, as Constituições brasileiras trazem o princípio da igualdade, mas foi na Constituição Federal de 1988 é que houve a igualdade absoluta dos sexos, pois igualou os sexos em direitos e obrigações (CANEZIN, 2004).

⁹ Art. 11. Haverão escolas de meninas nas cidades e vilas mais populosas, em que os Presidentes em Conselho, julgarem necessário este estabelecimento. Art. 12. As Mestras, além do declarado no Art. 6º, com exclusão das noções de geometria e limitado a instrução de aritmética só as suas quatro operações, ensinarão também as prendas que servem à economia doméstica; e serão nomeadas pelos Presidentes em Conselho, aquelas mulheres, que sendo brasileiras e de reconhecida honestidade, se mostrarem com mais conhecimento nos exames feitos na forma do Art. 7º.

Por outro lado, o Código Civil de 1916 vigorou até 2002, com disposições que diferenciavam homens e mulheres, como por exemplo, a determinação de papéis dos cônjuges, em que o marido exercia o papel de chefe e a mulher de submissão; inclusive os pais tinham o direito de deserdar a filha desonesta que vivesse na casa paterna. Assim, até 2002, por mais que a Constituição Federal adotasse o fim das diferenças entre homens e mulheres e o Supremo Tribunal Federal já aplicasse a Constituição, ainda havia divergências doutrinárias e de aplicadores do direito, que utilizavam o Código Civil de 1916 (vigente à época) como base para suas opiniões e para as decisões judiciais (CANEZIN, 2004).

Em 2002, o Código Civil foi revogado e o novo texto trouxe mais efetividade aos preceitos da Constituição, bem como a obediência à Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher da Organização das Nações Unidas, de 1979, da qual o Brasil foi signatário desde então (CANEZIN, 2004).

3.2 A proteção dos direitos das mulheres

Frente a todo esse histórico, ainda que curto, verifica-se que a mulher era discriminada nas antigas sociedades e este comportamento decorre de algumas questões de gênero.

A terminologia “gênero”, inicialmente, se opõe ao definido por “sexo”, que baseia as diferenciações a partir das características biológicas dos homens e das mulheres. Ou seja, quem nasce mulher/fêmea integra o sexo feminino, e quem nasce homem/macho integra o sexo masculino.

Em contrapartida, gênero é um conceito social, que se desenvolve através dos padrões específicos e impostos aos indivíduos. Ao seguir os padrões sociais, gênero e sexo se coincidem e homem se liga ao masculino e mulher em feminino.

Daí cria-se a “questão de gênero”, que, como bem descreve Paula Loureiro da Cruz em sua tese de doutorado, se trata “das contradições oriundas da criação de padrões comportamentais, culturais e sociais específicos, definidos a partir do sexo biológico e impostos aos indivíduos desde o nascimento” (CRUZ, 2016, p. 96).

Isto é, desde os primeiros suspiros, espera-se das mulheres gestos e comportamentos mais suaves e delicados em decorrência de sua considerada fragilidade, enquanto os homens são dotados de maior agressividade (ARAUJO, BARRETO, HEILBOM, 2010).

Partindo desse pressuposto, a discriminação de gênero foi inserida inconscientemente na sociedade, fazendo com os padrões masculinos fossem considerados o padrão social, sem

que houvesse qualquer questionamento ou percepção acerca da submissão/subordinação da mulher (ARAUJO, BARRETO, HEILBOM, 2010).

Quando se diz que a discriminação foi inserida inconscientemente significa que, durante toda a história, os gestores das sociedades (seja ela feudal, monárquica ou republicana) tinham um padrão baseado na força física, ao considerar o homem mais forte que a mulher, considerada frágil, e tal padrão era repassado para os membros da sociedade sem que eles percebessem que se tratava de uma forma de discriminação.

E esta padronização inconsciente e automática começa pelas brincadeiras direcionadas para meninas e meninos, por exemplo, como forma de estabelecer na mente das crianças um comportamento para a mulher, que se diferencia do comportamento do homem, sempre valorizando a força física masculina e a fragilidade feminina.

Em virtude disso, a virilidade masculina tinha mais valor e exercia maior poder (ARAUJO, BARRETO, HEILBOM, 2010). E mesmo sendo diminuídas e desvalorizadas, as mulheres não discutiam suas posições na sociedade, até porque não tinham voz ativa ou capacidade garantida nas leis (CANEZIN, 2004).

Mas, com o passar dos anos, elas começaram a não aceitar algumas imposições e suas lutas se iniciaram, tendo surgido mulheres como Simone de Beauvoir e os movimentos feministas em busca da igualdade entre homens e mulheres, bem como o fim de qualquer definição pré-estabelecida de feminino e masculino (CANEZIN, 2004).

Tomando como base os estudos de Constância Lima Duarte, o feminismo no Brasil passou por quatro momentos, denominados pela autora como “ondas, que começam difusas e imperceptíveis e, aos poucos (ou de repente) se avolumam em direção ao clímax – o instante de maior envergadura, para então refluir numa fase de aparente calma, e novamente recomeçar” (DUARTE, 2003, p. 152).

A primeira onda se iniciou no Século XIX e teve sua bandeira levantada em busca do direito de ler e escrever, que era considerado desnecessário às mulheres, que eram destinadas a aprender essencialmente os serviços domésticos (DUARTE, 2003, p. 152).

Já em 1870, surge a segunda onda em busca do direito ao voto feminino, à educação superior e à profissionalização feminina, lutas que sofreram grande resistência do teatro e da imprensa masculinas, que ridicularizavam as doutoras e insistiam em pregar que era impossível uma mulher manter um casamento, cuidar dos filhos e exercer uma profissão, tudo ao mesmo tempo. Naquela época, no entanto, as mulheres pobres tinham autorização para trabalhar em fábricas ou exercer serviços domésticos (DUARTE, 2003, p. 156).

Durante o Século XX, instaura-se a terceira onda, que se caracteriza pelo clamor de um movimento já organizado em prol da igualdade de direitos das mulheres. Foi durante esse momento que foram reconhecidos os direitos políticos, o de educação superior e da ampliação do campo de trabalho feminino, que até então se restringia ao de professoras (DUARTE, 2003, p. 157).

A quarta onda do feminismo, iniciada em 1970, ficou marcada pelo anseio por uma revolução sexual e literária. Foi nesse movimento que houve a conscientização política das mulheres e a busca por melhores condições de trabalho. Abriu-se o debate sobre a dupla jornada de trabalho, a prostituição, o planejamento familiar, o controle de natalidade e a tecnologia do anticoncepcional. As denúncias sobre violência de gênero começaram em razão da publicação de jornais femininos, como o *Mulherio*, de São Paulo (DUARTE, 2003, p. 162).

Em que pese hoje as desigualdades baseadas em diferenciações de gênero não estejam mais previstas na legislação, a luta por reconhecimento de igualdade ainda não acabou, pois com o passar dos anos, as formas de discriminação mudaram.

Assim como demonstrado, as questões apresentadas ao STF reconheceram efeitos inesperados de normas que, em primeiro momento, visava a promoção da igualdade. Isso significa que a busca pela efetiva igualdade ainda tem passos a caminhar e, no Brasil, a igualdade entre homens e mulheres ainda necessita de reconhecimento.

É certo que muito já se conquistou, mas para que as mulheres se encontrem no mesmo nível de participação da sociedade que os homens, em todas as áreas, não são necessárias apenas as lutas, mas também as ações diretas do Estado que garantam sua proteção. A segregação histórica das mulheres justifica a adoção de medidas estatais que visem a valorização das mulheres em detrimento dos homens, o que gera reconhecimento: as chamadas ações afirmativas.

4 IGUALDADE E AS AÇÕES AFIRMATIVAS

Neste capítulo, será demonstrada a evolução do princípio da igualdade perante os diferentes paradigmas de Estado Liberal e Social, que, cada um a seu modo, contribuiu para o reconhecimento das minorias e sua efetiva participação em nível de igualdade. Em segundo momento, serão explanadas as dissertações de Nancy Fraser pela busca da identificação das injustiças, que se faz, brilhantemente pela passagem pelos conceitos de redistribuição e reconhecimento. Ao final, após a identificação das injustiças, passar-se-á pelo mecanismo das ações afirmativas, que de fato podem ser eficazes na efetivação da igualdade material e diminuição das injustiças.

4.1 O princípio da igualdade

As desigualdades participam do cotidiano social desde o período medieval, quando a vida dos indivíduos era pautada pela casta a que se pertencia. Dessa forma, a condição e as relações sociais do cidadão eram determinadas pelo que seus ascendentes vivenciaram (FRANÇA, 2011).

Inaugurado o Estado Liberal, originou-se a chamada igualdade formal, a qual, fruto de uma reação aos privilégios da nobreza e do clero, limitou-se a positivar os direitos iguais a todos, sem se preocupar com qualquer diferença ou desigualdade social experimentada por algum grupo (BARROSO, OSÓRIO, 2016). Nesta modalidade era proibida a elaboração de leis que causassem discriminação ou hierarquização dos grupos sociais, ignorando sua necessidade de proteção especial para efetiva equiparação (GOMES, 2001).

Joaquim Benedito Barbosa Gomes, em um estudo sobre a evolução do princípio da igualdade, delineia que a igualdade formal proporciona a liberdade das vontades sem que muitos tenham reais condições de exercer seus desejos:

Com a formação do Estado liberal burguês a igualdade se viu reduzida a uma concepção puramente formal e tecnicista, restrita, basicamente, aos limites da ordem jurídica. Isto é, a igualdade era vista como um ideal a ser alcançado por todos os homens, mas se instrumentalizava apenas por intermédio da proibição de elaboração de leis que desigualasse os cidadãos ou que fossem aplicadas de forma desigual, sem que as preocupações com a desigualação, de fato, entre as pessoas fosse objeto de debate. A igualdade resumia-se no próprio exercício livre da autonomia da vontade (ainda que muitos não possuam condições materiais para esse exercício pleno) (GOMES, 2001).

Ainda nesse sentido, Luís Roberto Barroso e Aline Rezende Peres Osório (2016, p. 210) afirmam que “a igualdade de todos perante a lei convivia perfeitamente com a exclusão dos pobres, dos negros e das mulheres da vida social” e ainda citam Anatole France¹⁰: “[a] majestosa igualdade da lei, que proíbe ricos e pobres de dormirem sob pontes, de mendigarem pelas ruas e de furtarem pão”.

Com o advento do Estado Social percebeu-se que o ideal de igualdade formal não se adequava nem efetivava a real igualdade entre os membros da sociedade. Logo, iniciou-se a busca pela igualdade real através da igualdade jurídica e social.

O Estado Social de Direito, com seus pilares nos direitos fundamentais e na organização econômica, reconheceu que a igualdade deveria se apresentar a partir da valorização e do reconhecimento das diferenças. Nasce aqui, o conceito da igualdade material.

A definição de Joaquim Barbosa merece destaque neste momento:

A igualdade material é aquela que assegura o tratamento uniforme de todos os homens, resultando em igualdade real e efetiva de todos, perante todos os bens da vida (GOMES, 2001, p. 129).

O alcance da igualdade material, no entanto, depende de ações estatais específicas com a estrita finalidade de nivelar as oportunidades, levando em consideração que existem grupos já historicamente privilegiados e desfavorecidos.

A partir dessa ideia, reconhecendo as desigualdades, cabe ao Estado, baseado na democracia e em uma constituição que prevê a igualdade formal, criar projetos de ações que visem a valorização das diferenças, dando especial atenção às minorias. Os poderes públicos devem atuar ativamente para a promoção da igualdade.

Para Barroso e Osório, apoiados pelas palavras de Nancy Fraser¹¹, a igualdade material se funda em dois eixos: o do reconhecimento e o da redistribuição. Em seu estudo, inicialmente, é imprescindível que as diferenças sejam devidamente reconhecidas para, após, serem tomadas providências para redistribuição de oportunidades.

Quanto às providências possíveis que podem ser adotadas pelo Estado para promover a igualdade material, as ações afirmativas, também chamadas de discriminações positivas ou inversas, se mostram como mecanismos eficazes para alcançar o objetivo pretendido.

¹⁰ FRANCE, Anatole. *Le Lys Rouge*, Paris: Calmann Lévy, 1894. p. 81. No original: “la majestueuse égalité des lois, qui interdit au riche comme au pauvre de coucher sous les ponts, de mendier dans les rues et de voler du pain”.

¹¹ BARROSO, OSÓRIO, 2016 *apud* FRASER, Nancy. Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition, and Participation. He Tanner Lectures on Human Values, 1996, p. 3. No original: “Here the goal, in its most plausible form, is a difference--friendly world, where assimilation to majority or dominant cultural norms is no longer the price of equal respect”.

Considerando que o presente trabalho se especializa na proteção às mulheres, é indispensável um estudo sobre as teorias do reconhecimento e da redistribuição de Nancy Fraser, que revelam a necessidade de reconhecer os diferentes para que haja sua inclusão na sociedade. Em seus estudos, as diferenciações de raça e gênero são vítimas da falta de reconhecimento e má distribuição. Explique-se.

Os estudos de Nancy Fraser partem do pressuposto de que existem grupos vítimas de injustiças sociais e busca, através de uma reflexão sobre as reivindicações do mundo contemporâneo (redistribuição e reconhecimento), encontrar remédios adequados para cada luta (CYFER, 2017, p. 263).

As diferenciações entre reconhecimento e distribuição se revelam conceitos diferentes, porém, como assinala Fraser, fazem parte do paradigma popular de justiça.

Por paradigma popular, Ingrid Cyfer, pesquisadora das obras de Nancy Fraser, resume ser “o conjunto de suposições sobre as causas e as soluções para as injustiças que são tacitamente pressupostas pelos atores sociais e políticos” (CYFER, 2017, p. 263). Nessa ênfase, os movimentos sociais se ligam a um tipo específico de demanda a ser debatida.

Por reivindicações distributivas, entende-se que se relacionam os movimentos de classe econômica, que buscam a distribuição igual de bens e riquezas. Já o reconhecimento é buscado por movimentos identitários, a fim de evitar que uma cultura seja assimilada por um comportamento dominante (CYFER, 2017, p. 263). Em que pese a distinção das demandas de redistribuição e reconhecimento, ambas buscam se corrigir através da “restituição da igualdade”, assumindo que novas faltas de redistribuição ou reconhecimento seriam meras maneiras de alcançar a justiça antes violada.

Após alguns debates, Nancy Fraser acrescentou em sua teoria uma terceira dimensão de justiça, agora incluindo uma esfera política de reivindicação: a representação. Essa terceira dimensão ainda foi subdividida em representação no pano da política local e o “mau-enquadramento”. A primeira diz respeito à forma como as normas decisórias consideram as exclusões das mulheres ou negros são dentro de sistemas eleitorais diferentes. O mau-enquadramento, por sua vez, se mostra através da privação do direito de ser representado na esfera nacional, uma vez que as leis definem, com base em um padrão, os membros da sociedade que serão levados em conta para tratarem de assuntos como o reconhecimento, redistribuição e representação (CYFER, 2017, p. 267).

A partir dessa conceituação, Nancy quer demonstrar que certos grupos “sofrem mais forte e frequentemente de falta de reconhecimento ou de má distribuição” (CYFER, 2017, p.

264). O grupo de operários, por exemplo, são vítimas da má distribuição das riquezas, enquanto o grupo dos homossexuais são vítimas da falta de reconhecimento.

Por outro lado, a autora também reconhece que existem minorias que sofrem das duas dimensões de injustiça, citando sempre como exemplos as desigualdades raciais e de gênero, as quais sofrem da falta de reconhecimento cultural e má distribuição de bens e riquezas. Ela denomina tais grupos de “dimensionais” (CYFER, 2017, p. 267).

Para contextualizar, Nancy Fraser faz alusão às injustiças sofridas pelas mulheres, relacionando as diferenciações de gênero à sociedade capitalista, que divide o trabalho em “produtivo” de “reprodutivo”, cabendo aos homens o primeiro e às mulheres o segundo, ressaltando que o trabalho reprodutivo não é remunerado. Assim, caracterizado está sua injustiça material. Quanto às diferenças culturais, Ingrid cita Fraser assumindo que “os padrões culturais institucionalizados privilegiam características associadas à masculinidade” (CYFER, 2017, p. 268).

Em busca de mudanças, chamadas de “remédios”, a autora é veemente no sentido de que as medidas a serem tomadas devem ser diferentes para cada reivindicação. Para as injustiças econômicas, mudanças na estrutura política-econômica. Para a falta de reconhecimento, mudanças culturais, as quais foram enumeradas por Patrícia Mattos:

(...) O remédio para a injustiça cultural, por sua vez, implica algum tipo de mudança cultural como, por exemplo, reavaliação positiva de identidades discriminadas e estereotipadas, bem como dos produtos culturais de grupos marginalizados; valorização da diversidade cultural, ou ainda, a desconstrução e transformação dos padrões sociais de representação, interpretação e comunicação para permitir uma maior possibilidade de auto-interpretação para os membros da comunidade política. A análise das lutas de gênero e raça pode ilustrar bem como esses remédios podem ser contraditórios, já que esses grupos sofrem tanto de injustiça econômica quanto de injustiça cultural. (MATTOS, 2004, p. 146)

Diante disso, extrai-se que as mudanças contra a falta de reconhecimento se mostram mais difíceis, exigindo uma “destruição de padrões sociais de comportamento e interpretação tidos como consensos cristalizados permeados por preconceitos” (MATTOS, 2014, p. 146).

Para tanto, Fraser propõe não apenas a promoção da igualdade a todos, mas também a valorização das diferenças ao deixar de depreciar o feminino (considerado emotivo e irracional) em favor do padrão de poder masculino.

Isto posto, Fraser analisa duas estratégias para promover a igualdade valorizando as diferenças. São elas: a afirmação e a transformação.

As de afirmação teriam como objetivo a correção dos resultados sem alterar o que os provocou, enquanto que as de transformação corrigem os resultados e reestruturam a estrutura

que os produz. Com base nesta concepção, Nancy Fraser, estudada por Patrícia Mattos, salienta que as questões econômicas e culturais estão interligadas e se reforçam mutuamente, visto que as diferenças de gênero são vistas institucionalizadas tanto na esfera profissional quanto cultural (MATTOS, 2004, p. 148).

Nesse sentido, Fraser não vê os remédios afirmativos como eficazes para vencer a desigualdade de gênero, justificando que tais medidas acabariam por rotular as mulheres e criar um privilégio injusto com o passar do tempo (MATTOS, 2004, p. 148).

Dessa forma, propõe uma combinação entre “redistribuição transformativa e reconhecimento transformativo”. Através do rompimento com o pensamento de dominação masculina e da desestabilização das oposições entre masculino e feminino, busca-se o resultado, a longo prazo, de substituição de hierarquias de gênero por redes de diferença mútuas. Esse portanto, é visto como remédio eficaz para o problema da falta de reconhecimento e da má distribuição entre gêneros, além de prever que a sociedade, com o passar do tempo, teria maturidade para construir novas identidades e diferenças que conviveriam a nível de igualdade social (MATTOS, 2004, p. 148).

Quanto às medidas afirmativas, no entanto, a constatação de Fraser é pertinente no sentido de que causaria danos futuros, ao criar novas formas de privilégios, agora para os grupos antes marginalizados. Ocorre que, a partir dessa averiguação, é possível extrair conclusão diversa da de Nancy Fraser. Isso significa que as ações afirmativas não necessariamente serão ineficazes, desde que temporárias. É o que reconhece Joaquim Barbosa e Carmen Lúcia.

4.2 Ações afirmativas

A terminologia “ação afirmativa” foi pela primeira vez utilizada em 1965 por uma ordem executiva federal dos Estados Unidos que obrigava empreiteiras contratadas pelo Poder Público a aumentar a contratação de grupos “de minorias” (SILVA, 2001, p. 133).

A partir daí, ação afirmativa passou a se relacionar com a “exigência de favorecimento de algumas minorias inferiorizadas” para a busca de superação dessa inferiorização e efetivação do princípio da igualdade (SILVA, 2001, p. 133).

A implantação de ações afirmativas criou, portanto, uma mutação no princípio da igualdade, pois cria formas diretas de combate às discriminações e valorização das diferenças. Fica a cargo de Joaquim Barbosa Gomes a definição desse conceito:

(...) as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas ou privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego (GOMES, 2001, p. 133)

Como já visto alhures, a criação de medidas que efetivam o princípio da igualdade se dá através de atitudes estatais ou particulares, não sendo plausível esperar que as diferenciações acabarão apenas com a previsão legal da igualdade.

Adotando-se a ideia de que as ações afirmativas favorecem as minorias, importante o breve esclarecimento dessa expressão. Determina-se como minorias não o número de pessoas integrantes de um grupo, mas sim a sua posição ocupada. Isto é, “a maioria é determinada por aquele que detém o poder político, econômico e inclusive social” (SILVA, 2001, p. 134).

Diante disso, Joaquim Barbosa aponta que, no Brasil, os negros e mulheres integram grupos de minorias, mesmo que a população negra e de mulheres componha numericamente grande parte da sociedade brasileira.

Destarte, ações afirmativas não podem ser vistas simplesmente como novas formas de discriminação em detrimento das majorias, como assinala Nancy Fraser. É por esse motivo que elas devem ser temporárias¹², para que não haja preferência vitalícia de um grupo sobre o outro, criando normas discriminatórias, agora inversas.

Assim, Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva assevera que as ações afirmativas norte-americanas têm objetivo de subsistir até que haja convivência entre os negros e brancos, uns acostumados com a presença dos outros, em pé de igualdade (SILVA, 2001, p. 135).

Na Europa, as ações afirmativas ganharam outro nome, qual seja: “discriminação positiva”, baseada na ideia de “igualação pela desigualdade”, também delineando seu caráter

¹² No que se refere ao caráter temporário das ações afirmativas, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 186, reconheceu a constitucionalidade do sistema de cotas raciais nas universidades públicas, ressaltando sua natureza transitória: “Ressaltou-se a natureza transitória dos programas de ação afirmativa, já que as desigualdades entre brancos e negros decorreriam de séculos de dominação econômica, política e social dos primeiros sobre os segundos. Dessa forma, na medida em que essas distorções históricas fossem corrigidas, não haveria razão para a subsistência dos programas de ingresso nas universidades públicas. Se eles ainda assim permanecessem, poderiam converter-se em benesses permanentes, em detrimento da coletividade e da democracia. Consignou-se que, no caso da UnB, o critério da temporariedade fora cumprido, pois o programa de ações afirmativas lá instituído estabeleceu a necessidade de sua reavaliação após o transcurso de dez anos. Por fim, no que concerne à proporcionalidade entre os meios e os fins colimados nessas políticas, considerou-se que a reserva de 20% das vagas, na UnB, para estudantes negros, e de um pequeno número delas para índios, pelo prazo de citado, constituiria providência adequada e proporcional a atingir os mencionados desideratos.” (STF – ADPF: 186 DF, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Data de julgamento: 05/08/2010, Data de Publicação: DJE-149 12/0/2010)

temporário, com objetivo de “compensar uma desigualdade de fato preexistente” sofrida pelo grupo destinatário da norma (SILVA, 2001, p. 137)¹³.

Na doutrina brasileira, Joaquim Barbosa expõe os brilhantes estudos de Carmen Lúcia Antunes Rocha, nos quais consta assertiva de que as ações afirmativas são “a mais avançada tentativa de concretização do princípio da igualdade”, concluindo-se que a desigualação positiva promove a igualação jurídica (GOMES, 2001, p. 95).

Para Carmen Lúcia, o Direito Constitucional não pode se enraizar em conceitos históricos e estigmatizados, mas sim se demonstrar mutável diante das demandas sociais:

O Direito Constitucional, posto em aberto, mutante e mutável para se fazer permanentemente adequado às demandas sociais, não podia persistir no conceito estático de um direito de igualdade pronto, realizado segundo parâmetros históricos eventualmente ultrapassados (ROCHA *apud* GOMES, 2001, p. 95)

Considerando que as ações afirmativas são medidas estatais de promoção direta da igualdade em favor de grupos marginalizados, as diferenciações históricas entre homem e mulher, como bem esboçadas neste trabalho, demonstram que as legislações nacionais direcionadas à proteção das mulheres e à valorização delas têm consonância constitucional e devem, pois, continuar em vigência até que se crie a consciência social da igualdade.

¹³ Na Europa, as discriminações positivas têm se revelado na Corte alemã, que assumiu a utilização desse mecanismo a fim de promover a igualdade, desde que não se revele arbitrário. Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva cita um exemplo julgado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, no qual foi considerado em conformidade com a Constituição a lei que instituía a aposentadoria para mulheres aos sessenta anos enquanto os homens se aposentam com sessenta e cinco, sob o fundamento de que a diferença de tratamento seria necessária para compensar a dupla jornada sob o fundamento de que a diferença de tratamento seria necessária para compensar a dupla jornada a que estão submetidas: a de seus trabalhos assalariados e a familiar, como mães e donas-de-casa (SILVA, 2001, p. 138).

5 CONCLUSÃO

A igualdade de gênero como estudo jurídico tem sido hostilizada em razão das divergências de opiniões vividas na sociedade contemporânea. O Brasil vive um momento em que qualquer discurso sobre a igualdade de direitos às mulheres pode gerar contraposições severas no sentido de que o drama é o maior motivador dessas ideias.

É diante dessa realidade que o presente estudo vem para demonstrar que as diferenças entre homens e mulheres ainda existem e devem ser estudadas e discutidas, sendo que tais debates não precisam se dar necessariamente em âmbitos morais e de opiniões pessoais.

O presente estudo propõe, inicialmente, a análise de uma teoria importada dos Estados Unidos que serviu, na jurisprudência daquele país, para identificar a necessidade de evolução dos cidadãos americanos nas ações de inclusão dos negros.

A legislação primária norte-americana chegou a trazer em seu texto, discriminações raciais expressas, o que levou à segregação dos negros de forma catastróficas. Após o advento da Cláusula da Igual Proteção, coube ao Poder Judiciário criar mecanismos para a erradicação das normas segregacionistas.

Foi através do desenvolvimento dos métodos de controle de constitucionalidade que a Suprema Corte dos Estados Unidos chegou ao reconhecimento das chamadas discriminações indiretas, identificadas através de normas ou atos estatais que, mesmo aparentemente neutros, causaram efeitos desproporcionais sobre um grupo específico, resultando em mais exclusão.

Assim como nos Estados Unidos em relação aos negros, o Brasil manteve, durante anos, em seu ordenamento jurídico, normas explicitamente discriminatórias em relação às mulheres.

A história das mulheres brasileiras sofreu influências da sociedade patriarcal, que enxergava o sexo feminino como vulnerável e passível de dominação. É por causa dessa ideologia de dominação masculina é que, até 2002, existia na legislação do país preceitos em discordância com a Constituição de 1988, a qual declarou a igualdade entre os sexos em direitos e deveres.

A necessidade de proteção das mulheres, portanto, é necessária, tendo em vista que seus direitos não lhes foram dados como os foram aos homens, apenas pela positivação de leis, mas sim por meio de lutas, protagonizadas, principalmente, pelas feministas.

Dessa forma, é de rigor que as discriminações atuais se apresentam mais sutis e camufladas, revestidas de uma inconsciência quanto ao efeito discriminatório das ações, o que causa a discriminação indireta tratada pela teoria do impacto desproporcional.

Fazendo uma relação com a definição de Pierre Bourdieu de violência simbólica, a discriminação indireta, se não reconhecida e declarada inconstitucional, culmina em mais segregação e menos consciência das formas preconceituosas.

Conforme Pierre Bourdieu, ao reconhecer que a violência sofrida pela vítima não está sendo percebida, ela passa a ser simbólica e deixa de considerar os sentimentos, acabando por ser mais danosa.

A violência simbólica pode ser vista como um estágio de submissão não percebida pela vítima ou pela sociedade. E quando isso acontece o reconhecimento se torna mais difícil, visto que, a olho nu, não existe diferenciação, discriminação ou seu reconhecimento.

Com intuito de evitar a incidência da violência simbólica, não percebida pelo agredido ou pela sociedade, que causa efeito de aceitação da dominação do agressor, bem como para efetivar o princípio da igualdade, pode a atuação da teoria do impacto desproporcional se mostrar eficiente para a conscientização das discriminações ainda existentes. Nesse enfoque, cabe ao Supremo Tribunal Federal reconhecer os efeitos desproporcionais de qualquer ato, a fim de torná-lo inconstitucional.

Em análise aos temas discutidos no STF, o impacto desproporcional é visível, uma vez que o limite do salário-maternidade pago pela Previdência exigiria do empregador o pagamento de um benefício previdenciário, o que levaria à não contratação de mulheres ou à limitação do salário delas, deixando o mercado de trabalho mais acessível para os homens.

Já a exigência de representação para lesão corporal leve em ambiente familiar feria a dignidade da pessoa humana, uma vez que constrangia a vítima a expressar uma vontade que poderia colocar sua vida e sua segurança em perigo, tendo em vista que a ofendida já vive em um contexto intimidador e em situação de submissão.

Em outras palavras, as duas medidas visavam a promoção da igualdade e se demonstraram ineficazes, revelando que a busca pela efetiva igualdade ainda tem passos a caminhar e, no Brasil, a igualdade entre homens e mulheres ainda necessita de reconhecimento.

É certo que a promoção da igualdade de gênero se deve muito às lutas feministas, mas tais reivindicações servem, na verdade, para alertarem o Poder Público para as desigualdades, cabendo a ele criar ações diretas para garantir a proteção necessária das mulheres.

A evolução do princípio da igualdade perante os diferentes paradigmas de Estado Liberal e Social contribuiu para o reconhecimento das minorias e sua efetiva participação em nível de igualdade.

As doutrinas de reconhecimento e redistribuição se fazem necessárias para legitimar a utilização das ações afirmativas. Isso porque a identificação das injustiças através do reconhecimento da exclusão sofrida pelas mulheres durante a história da humanidade serve de justificativa para a criação de meios de valorização específica das mulheres que promovem a redistribuição de oportunidades e bens.

Diante de todo o explanado, conclui-se que a segregação das mulheres é uma realidade histórica que necessita de atenção para que a sociedade reconheça a desigualdade em que se encontraram as mulheres durante anos. Isso porque, a sociedade atual não debate a discriminação em razão do gênero de forma consciente das exclusões históricas, muito pelo contrário, as discussões são limitadas a apontamentos cínicos e sarcásticos, revelando a inconsciência das formas discriminatórias possível.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, L.; BARRETO, A.; HEILBOM, M. L. **Gestão de Políticas Públicas em Gênero e Raça/ GPP- GeR: módulo II**. Rio de Janeiro: CEPESC; Brasília: Secretaria de Políticas para as mulheres, 2010.

BARROSO, L. R.; OSORIO, A. “**Sabe com quem está falando?**”: **Notas sobre o princípio da igualdade no Brasil contemporâneo**. Revista Direito e Práxis, v. 7, n. 13, p. 204-232, 2016

BOURDIEU, P. **A dominação masculina**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

BUNCHAFT, M. E. **Judicialização e minorias: uma reflexão sobre a doutrina de equal protection na jurisprudência da suprema corte americana**. NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, Fortaleza, v.30, n.2, 2010, p.151-169.

BUNCHAFT, M. E., FREITAS, B. F., HAASIS, C. C. **A equal protection e a discriminação por orientação sexual na jurisprudência da suprema corte norte-americana**. Revista da Faculdade de Direito da UFG 35.01: 41-59. Disponível em: <<https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/12652>> Acesso em 30 de outubro de 2017.

CANEZIN, C. C. A mulher e o casamento: da submissão à emancipação. **Revista Jurídica Cesumar-Mestrado**, v. 4, n. 1, p. 143-156, 2007. Disponível em <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/368/431>>. Acesso em 17 de agosto de 2015.

CRUZ, Á. R. S. **O direito à diferença**. 3ª ed. rev. amp. Atual. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2009

CRUZ, L. F. F. M. **Ações afirmativas e o princípio da igualdade**. 2011. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-03092012-092058/en.php>> Acesso em 30 de outubro de 2017.

CRUZ, M. S.; MACHADO, J. S. **Pluralismo jurídico e ordem normativa: um diálogo com a teoria do reconhecimento de Axel Honneth**. 2012. Disponível em: <<https://repositorio.ufjf.br/jspui/handle/ufjf/5039>> Acesso em 30 de outubro de 2017.

CRUZ, P. L. da. **(Des) Igualdade e direito de gênero**. 2016. 246 f. Tese (Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo. Disponível em: <<http://tede.mackenzie.br/jspui/handle/tede/2864>> Acesso em 29 de outubro de 2017.

CYFER, I. **Feminismo, identidade e exclusão política em Judith Butler e Nancy Fraser**. *Idéias*, v. 8, n. 1, p. 247-274. Disponível em: <<https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/ideias/article/view/8649783>> Acesso em 30 de outubro de 2017.

_____. **Problema de Reconhecimento: poder, vulnerabilidade e violência**. A Teoria Crítica de Axel Honneth, Saraiva: 2013. Disponível em:

<http://www.academia.edu/download/34992642/problema_de_reconhecimento.pdf> Acesso em 30 de outubro de 2017.

DUARTE, C. L. **Feminismo e literatura no Brasil**. Estudos avançados, v. 17, n. 49, p. 151-172, 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142003000300010&script=sci_arttext> Acesso em 30 de outubro de 2017.

Emenda constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998. **Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc20.htm> Acesso em 22 de setembro de 2016.

FERNANDES, B. G. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FRANÇA, Mhardoqueu G. Lima. **Ações afirmativas e o princípio da igualdade: cotas para negros em universidades públicas**. Argumenta Journal Law, v. 15, n. 15, p. 13-39, 2011. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/197>> Acesso em 30 de outubro de 2017.

GALUPPO, M. C. **Da ideia à defesa: monografias e teses jurídicas**. 2ª ed.atual. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

GOMES, Joaquim Barbosa. **Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.24.

GUÉRIOS, P. B. **A Busca da minimização das desigualdades através de ações afirmativas**. Conhecimento Interativo, v. 5, n. 1, p. 113-122, 2011. Disponível em: <<http://app.fiepr.org.br/revistacientifica/index.php/conhecimentointerativo/article/view/71>> Acesso em 30 de outubro de 2017.

JÚNIOR, J. F. **O combate à discriminação racial nos EUA: estudo histórico comparado da atuação dos três poderes**. Rio de Janeiro, mimeo, 2004.

KARAGIANNIS, A.; STAINBACK, W.; STAINBACK, S.. Fundamentos do ensino inclusivo. **Inclusão: um guia para educadores**, p. 21-34, 1999.

Lei de 15 de outubro de 1827. **Manda criar escolas de primeiras letras em todas as cidades, vilas e lugares mais populosos do Império**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-15-10-1827.htm> Acesso em 20 de setembro de 2017.

Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991. **Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm> Acesso em 20 de setembro de 2016.

Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006. **Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência**

contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm> Acesso em 10 de setembro de 2016.

LENZA, P. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LUBENOW, J. A. **As críticas de Axel Honneth e Nancy Fraser à filosofia política de Jürgen Habermas**. Veritas, v. 55, n. 1, 2010. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/25530223.pdf>> Acesso em 30 de outubro de 2017.

MACIEL, A. F. **Algumas considerações sobre a Emenda Constitucional n. XIV e as minorias nos Estados Unidos**. Revista de Informação Legislativa, p. 7, 2003. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496892/RIL160.pdf#page=6>> Acesso em 10 de outubro de 2017.

MATEUS, K. G. F. **A igualdade enquanto norte: considerações acerca da teoria do impacto desproporcional e o crime de pederastia**. In: Educação, Gestão e Sociedade: revista da Faculdade Eça de Queiros, ISSN 2179-9636, Ano 1, numero 3, setembro de 2011. Disponível em: <http://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20170509151609.pdf> Acesso em 02 de outubro de 2017.

SARMENTO, D.; SOUZA, C. P. **Direito constitucional**. São Paulo: Fórum, 2014.

SARMENTO, D.. **Direito Constitucional e Igualdade Étnico-Racial**. In: **Ordem Jurídica e Igualdade Étnico-racial**. Brasília: SEPPIR, 2006. P. 59-108.

SARLET, I. W. **Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência**. Revista brasileira de ciências criminais, v. 47, p. 60-122, 2004. Disponível em: <<http://georgemlima.xpg.uol.com.br/sarlet.rtf>> Acesso em 20 de setembro de 2017.

SILVA, F. D. L. L. da. **As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva**. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL AS MINORIAS E O DIREITO, 2002, Brasília, DF. **As minorias e o Direito**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2002.

STRECK, L. L. **A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (" übermassverbot") à proibição de proteção deficiente (" untermassverbot") ou como não há blindagem contra normas inconstitucionais**. 2005.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1946 DF, Rel. Ministro SYDNEY SANCHES, julgado em 03/04/2003, DJ 16/05/2003**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266805>> Acesso em 5 de novembro de 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4424, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO julgada em 09/02/2012, DJ 01/08/2014**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4424&classe=A>>

DI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M> Acesso em 15 de outubro de 2016.

TELES, M. A. A. **A construção da memória e da verdade numa perspectiva de gênero.** DIREITO GV L. Rev., v. 11, p. 505, 2015. Disponível em:
<<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/direlaw11&div=25&id=&page=>> Acesso em: 30 de outubro de 2017.

VAZ, V. A. et. al. **Manual de Normalização de trabalhos acadêmicos.** 5ª ed. Formiga: UNIFOR-MG, 2014.

M529 Mendonça, Gisele Teixeira.
Teoria do impacto desproporcional: aplicação na igualdade de gênero / Gisele Teixeira Mendonça. – 2017.
41 f.

Orientadora: Nélida Reis Caseca Machado.
Trabalho de Conclusão de Curso (Direito)-Centro Universitário de Formiga-UNIFOR, Formiga, 2017.

1. Impacto desproporcional. 2. Igualdade de gênero.
3. Ações afirmativas. I. Título.

CDD 342.085