

OBJETIVOS E LIMITES DAS LEIS DE IGUALDADE¹

PROF. DR. SIR BOB HEPPLÉ²

RESUMO: O artigo pretende debater a Igualdade na África do Sul, país que atualmente dispõe de leis que promovem a igualdade, em que pese ter sido palco para as piores desigualdades legais do mundo. Por meio da análise do Princípio do Tratamento Igualitário e dos limites da lei, busca-se indicar quais os objetivos e os limites das Leis de Igualdade, bem como examinar as teorias subjacentes de igualdade e direitos humanos nas quais a estrutura legal sul-africana parece estar baseada. Juntamente com o valor fundamental dignidade, ao qual a igualdade está atrelado, objetiva-se a promoção da igualdade, tanto como princípio básico da justiça social quanto direito humano fundamental.

PALAVRAS-CHAVE: África do Sul; Igualdade; Princípio do Tratamento Igualitário; Leis de Igualdade; Limites; Objetivos; Promoção.

ABSTRACT: This article debates the Equality in South Africa, a country that currently has laws that promote equality, despite have been the worst stage for legal inequalities in the world. Through analysis of the Principle of Equal Treatment and the limits of the law, seek to indicate the goals and the limits of the Laws of Equality, as well as examine the underlying theories of equality and human rights legal framework which South Africa seems be based. Along with the fundamental value of dignity, that equality is tied, the objective is the promotion of equality, both as a basic principle of social justice as a fundamental human right.

KEYWORDS: South Africa; Equality; Principle of Equal Treatment; Equality Laws; Limits; Aims; Promotion.

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Princípio do Tratamento Igualitário; 2 Uma Divagação: Dignidade; 3 Igualdade Substantiva; 4 Limites da Lei; Conclusão; Referências.

Artigo recebido em 19.05.2012. Artigo aceito para publicação em 17.06.2012 mediante convite.

¹ Publicado originalmente por HEPPLÉ, Bob. The Aims and Limits of Equality Laws. In: DUPPER, Ockert; GARBERS, Cristoph. *Equality in the Workplace: reflections from South Africa and beyond*. Cidade do Cabo: Juta & Co. Ltd, 2009. Traduzido por Maria Carolina Rosa de Souza. Mestranda pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto Meridional – IMED, 2010. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo – UPF, 2007. Advogada integrante da banca Carles de Souza Advogados Associados. *mariacarolsouza@yahoo.com.br*

² Doutor em Direito (Cambridge), Doutor em Direito *honoris causa* (University College London, Universidade de Witwatersrand, Universidade de Cape Town e Universidade de Bari). Professor de Direito da Universidade de Cambridge de 1995 a 2001. Nomeado Conselheiro Honorário da Rainha em 1996 e eleito Membro da British Academy em 2003.

INTRODUÇÃO

A África do Sul transformou-se, de um país que tinha as piores desigualdades legais do mundo, em um cujas disposições constitucionais e legislativas promovem a igualdade; as quais, atualmente, despertam a inveja dos ativistas dos direitos humanos em todos os lugares. Um grupo de especialistas redigiu um conjunto de “Princípios de Igualdade”³, com o patrocínio do *Equal Rights Trust*, uma organização internacional independente que objetiva o combate à discriminação e a promoção da igualdade como um direito humano fundamental e um princípio básico da justiça social. O modelo sul-africano foi mencionado com frequência pelos participantes como um modelo para aplicação e desenvolvimento de direitos iguais. Por essa razão, foi para mim uma grande honra e prazer ter sido convidado a participar da importante conferência, na qual se baseia este livro, particularmente significativa porque foi realizada em uma Universidade fonte de influência intelectual do apartheid, mas que agora está tentando ardorosos esforços para alcançar a igualdade de trabalho, sendo que o professor Dupper e seus colegas merecem ser parabenizados por esta iniciativa. Os participantes conheceram bastante sobre o quanto a promessa das leis de igualdade da África do Sul se encaixam na realidade e coletaram novas ideias que podem servir como bússola orientadora dos esforços legislativo, judiciário e político em outros lugares.

Os procedimentos oportunizaram aos participantes aprender sobre desenvolvimento em outros países, notavelmente na Índia, Canadá, União Européia (UE) e a nível internacional. Por conseguinte, faz-se necessário enfatizar (como Manfred Weiss disse) que “a função da ... lei, bem como os ajustes institucionais que ela cria, depende muito do contexto histórico, político, cultural e econômico de países específicos e de regiões específicas”⁴. Nós podemos concordar com alguns princípios universais, mas suas aplicações e efeitos dependerão da sociedade nas quais operam. Por exemplo, na formulação de nossos “Princípios de Igualdade”, concordamos que o incitamento à violência, o qual é motivado pela raça, gênero ou homofobia, constitui uma séria violação do direito de igualdade. Mas alguns ativistas americanos relutaram em assinar este princípio, a menos que fosse qualificado por uma referência à ameaça de violência “iminente”. Isso reflete a fixação ao extremo direito de liberdade de expressão na Constituição Americana; até mesmo na Europa é compreensível em vista de sua história que países como Alemanha, Áustria, e França consideram a negação do holocausto uma séria ofensa, enquanto outros países como a Grã-Bretanha,

³ *Declaration of Principles on Equality*. Equal Rights Trust (2008), em www.equalrightstrust.org.

⁴ Weiss “The Future of Workers” “Participation in the EU”, em Barnard, Deakin & Morris (eds). *The Future of Labour Law. Liber Amicorum Sir Bob Hepple QC* (2004) 229.

que simplesmente proíbem o incitamento à aversão de um grupo particular, não consideram. A questão é, como RH Tawney afirma em seu clássico livro *Igualdade* (publicado em 1391), que

*a igualdade possui uma variedade de significados diferentes. É uma metáfora aritmética para uma relação entre seres humanos, e a interpretação a ser atribuída a isso varia de geração a geração, desde que dependa das realidades práticas do ambiente econômico*⁵.

Deve-se, portanto, tecer alguns comentários – os quais não estão limitados à igualdade trabalhista – no contexto específico da África do Sul. O objetivo é examinar as teorias subjacentes de igualdade e direitos humanos nas quais a estrutura legal sul-africana parece estar baseada⁶. O capítulo iniciará com o Princípio de Tratamento Igualitário, pelo qual significa a garantia de tratamento igualitário de indivíduos semelhantes e também a remoção de barreiras para tal tratamento. Esta parte do capítulo deveria ser relativamente incontroversa, mas deve ser explicado, com algumas observações históricas e comparativas, por que este Princípio tem lugar de honra na estrutura legal. O capítulo pretende provocar com alguns comentários na declaração feita, por pelo menos um notável juiz sul-africano, que o significado de igualdade é determinado somente pela ideia de dignidade⁷. Então, o capítulo voltará à questão realmente controversa dos direitos legais para igualdade socioeconômica substantiva. Isso inclui conceitos como igualdade substantiva de oportunidade, redistribuição, autorização e igualdade de capacidades. Finalmente, o capítulo indicará alguns dos defensores mais radicais do uso da lei como instrumento de transformação através do questionamento dos limites da lei – e, em particular, o judiciário – para alcançar a mudança real. Espera-se que isso incomode vocês o suficiente para assegurar um debate vigoroso!

1 O PRINCÍPIO DO TRATAMENTO IGUALITÁRIO

Primeiramente, o Princípio do Tratamento Igualitário. Para mim, o ponto inicial é a Carta de Liberdade. Os organizadores do Congresso do Povo – no qual eu estive envolvido como membro do Congresso Sul Africano dos Democratas – convidaram as pessoas a enviarem suas reivindicações e anseios. Havia milhares de pedaços de papel, folhas tiradas de cadernos de aula, rabiscos no verso de panfletos e resoluções de reuniões de todo o mundo. Estes iam de simples reivindicações, como um salário mínimo de 1£ por dia para os trabalhadores, a propostas sofisticadas de reforma agrária de agricultores de Sekhukuni, os quais estavam engajados em uma árdua luta. A magnificência da Carta era que ela conectava estas injustiças ao que o

⁵ Tawney *Equality With a New Introduction* by Richard M Titmuss (1964) 92.

⁶ Hepple *Current Legal Problems* (2008). Palestra não publicada, apresentada na Faculty of Laws UCL 11-10-2007.

⁷ Ackerman "Equality and non-discrimination: some analytical thoughts", 2006 (22) SAJHR 202.

professor ZK Matthews (antecipando Martin Luther King) chamou “sonho” do futuro. As reivindicações visavam, sobretudo, o término da discriminação racial e por direitos iguais para todos. A carta fielmente refletia essas reivindicações – em linguagem poética similar à da Declaração Universal dos Direitos Humanos e da Carta do Povo do Movimento Cartista Inglês das décadas de 1830 e 1840 – vislumbrando “direitos iguais e oportunidades indiferentemente de raça, cor ou sexo”, “condição igual” para todos os grupos nacionais, igualdade perante a lei e direitos humanos iguais. Em essência, a Carta previa uma democracia capitalista liberal baseada nos direitos naturais e na igualdade formal de oportunidades para os indivíduos.

O ponto importante a ser destacado é que a Carta não considerou quaisquer obrigações legais negativas ou positivas para alcançar a igualdade distributiva socioeconômica. É verdade que a Carta exigia que todas as pessoas deveriam dividir as riquezas do país, a terra deveria ser dividida entre aqueles que a cultivam e os trabalhadores deveriam receber pagamento igual pelo trabalho e um salário mínimo. Mas, em seu hábil depoimento pela defesa no Treason Trial, o professor Jack Simons deixou claro que não era um documento Marxista. A nacionalização da riqueza mineral, bancos e indústria imobiliária que prometia era, no contexto, característica do estado capitalista, assim como o que foi implementado após a Guerra pelo Governo Trabalhista na Grã-Bretanha e amplamente mantido pelos Governos Conservadores subsequentes. O professor Thomas Hodgkin, especialista em nacionalismo africano, disse que a Carta defendia reformas as quais um britânico prudente do final do século XIX poderia aprovar. Em um artigo publicado em junho de 1956, Nelson Mandela salientou que a Carta apoiava a iniciativa privada e permitiria que o capitalismo prosperasse entre os africanos pela primeira vez. Em sua auto-biografia ele deixa claro, que apesar de a Carta ser, no contexto do apartheid, um “documento revolucionário”, “não era para ser capitalista ou socialista, mas uma fusão das reivindicações do povo a fim de acabar com a opressão. Na África do Sul somente para que a equidade fosse alcançada, o próprio apartheid teve que ser destruído, pois era a personificação da injustiça”⁸.

A “revolução” Sul-Africana, a este respeito, possui algumas semelhanças com a Revolução Francesa. Quando questionado sobre o que pensava da Revolução Francesa, o Primeiro Ministro chinês Zhou-en-Lai disse que “é cedo demais para dar um veredicto.” Mas nós sabemos, como Tawney explicou, que a forma incorporada pelo princípio de *égalité* nas circunstâncias da França do século XVIII, continua influenciando as atitudes francesas de hoje

foi decretado pelo cunho das desigualdades que existiam. Desde os mais notáveis deles, eram jurídicos, não econômicos, era em primeiro

⁸ Mandela *Long Walk to Freedom* (1994) 164.

*lugar, privilégio legal, não desigualdade de riqueza, o que era objeto de ataque. Uma distinção foi traçada entre égalité de droit (igualdade de direito) e égalité de fait (igualdade de fato), entre igualdade formal ou legal e igualdade prática ou econômica*⁹.

Pensava-se que uma vez abolidos os impedimentos legais para empreendimentos econômicos e removido o uso pelos indivíduos de seus talentos, em outras palavras, uma vez estabelecida a igualdade legal de oportunidade, os indivíduos agindo em interesse próprio, livres de restrições arbitrárias, maximizariam o bem estar da sociedade. Igualdade significava, não a ausência de desigualdade de riqueza ou condição, mas oportunidades iguais para se tornar desigual. Em relação a isso, a França é frequentemente diferenciada da Inglaterra. A Inglaterra teve pouco tempo para celebrar proclamações de igualdade legal porque não havia nenhuma barreira legal diferenciando as várias camadas da sociedade. Como leitores de Jane Austen, Sra. Gaskell e Charles Dickens saberão, os ingleses apóiam-se no costume e convenção, não em leis positivas para manter a deferência social das classes mais baixas. Somente na década de 1960 que a igualdade legal foi declarada na Inglaterra, até então somente em contextos muito específicos onde abusos poderiam ser revelados como discriminação racial e de gênero.

A semelhança entre a França e a África do Sul é que as extremas desigualdades legais impostas pelo apartheid tornaram inevitável que o significado de igualdade devesse ser visto como a destituição de distinções arbitrárias, a ampliação de oportunidades formais legais e a seleção de indivíduos de acordo com as suas capacidades: ao invés de raça, gênero ou outras condições determinando a posição de alguém, a qualidade do indivíduo seria decisiva na determinação de sua riqueza, classe e oportunidades de emprego.

Na época da Carta da Liberdade, a moderna lei de igualdade estava em um estágio inicial de concepção nos países democráticos. Quando as notícias da decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos sobre o caso *Brown x Secretaria da Educação*¹⁰ chegou à África do Sul, em 1954, advogados com ideias liberais ficaram muito agitados. Desde a época do caso *Ministério dos Correios e Telégrafos x Rasool*¹¹, os tribunais sul-africanos aplicavam a lei comum de igualdade (como enunciado por Voet)¹², de acordo com a doutrina “separado mas igual”. *Brown* demonstrou, conclusivamente, que esta doutrina era inerentemente falsa. Não apenas fez com que isso fornecesse munição contra o crescente conjunto de leis raciais, mas alguns ingenuamente acreditaram que *Brown* demonstrou que o judiciário poderia

⁹ 92-93.

¹⁰ 347 U.S. 483 (1954).

¹¹ 1934 AD 167.

¹² Voet 1.3.5, em *Rasool* 177.

ser persuadido a provocar uma “revolução igualitária”. Tenha em mente que a ala liberal da Divisão de Apelação tinha recentemente derrubado a Lei de Representação Separada dos Eleitores. Mas como a avalanche de leis raciais continuou, *Brown* logo enfraqueceu na África do Sul em uma distante ilusão estrangeira. Foram necessários pressões externas e outros quarenta anos de luta na África do Sul, antes que o sonho da igualdade civil e direitos políticos se tornasse realidade na nova Constituição sul-africana e nas primeiras eleições democráticas de 1994.

Até então, a lei de igualdade havia funcionado, sob o impacto do Movimento dos Direitos Civis dos Estados Unidos e movimentos contra a discriminação racial e por igualdade de gênero, bem como pelos direitos de pessoas deficientes na Grã-Bretanha e em alguns outros países europeus. Quando eu cheguei à Grã-Bretanha, há 45 anos, fiquei aterrorizado em descobrir que muitas das atitudes racistas e comportamentos que eu pensava ter deixado para trás eram corriqueiras em meu novo país. “Não aceitamos pessoas de cor, Irlandeses e cachorros” eram avisos que podiam ser vistos nas janelas de imóveis para alugar. Trabalhadores brancos entraram em greve para protestar contra o emprego de trabalhadores “de cor”. Varejistas dispensaram trabalhadores com a justificativa de que os clientes não iriam gostar de ser servidos por eles.

Aqueles que estudaram as causas desta discriminação racial e se uniram à campanha para que a legislação a banisse, depositamos nossa fé no simples ideal de tratamento igual – um conceito tão velho quanto Aristóteles, que semelhantes devem ser tratados igualmente. A lei comum proclamou a igualdade formal antes da lei, mas à parte de umas poucas e limitadas exceções, conservou a discriminação política, social, cultural e econômica. Voltamos, então, à crescente legislação estadual e municipal de emprego justo nos Estados Unidos e a Lei Federal dos Direitos Civis de 1964. As duas primeiras gerações de legislação britânica anti-discriminação, a Lei das Relações Inter-raciais de 1965 e a Lei das Relações Inter-raciais de 1968, incluíram o princípio do tratamento igual na forma de discriminação direta, o mínimo tratamento favorável de uma pessoa em nível racial.

Porém, logo percebemos que a noção de igualdade formal ou processual foi incapaz de remover as barreiras aparentemente neutras (tais como os critérios de seleção para emprego, distinções entre trabalhadores de meio-turno e de turno integral, etc.) as quais colocaram as mulheres e as minorias étnicas em desvantagem. A oportunidade de ampliar o conceito surgiu quando a Lei contra a Discriminação Sexual de 1975 estava sendo esboçada. O então Secretário do Estado, Roy Jenkins e seus assessores cruzaram o Atlântico e descobriram que a Suprema Corte estava ocupada interpretando a Lei dos Direitos Civis de modo a ocultar, não apenas discriminação “pública”, mas também “práticas que são justas na teoria, mas discriminatórias na prática”. Este conceito de “impacto contrário” ou discriminação “indireta” foi incluído na terceira geração da legislação

anti-discriminação na Grã-Bretanha, quando a Lei contra a Discriminação Sexual de 1975 e então a nova Lei das Relações Inter-raciais de 1976. Mais tarde, o conceito foi pego emprestado pelo Tribunal de Justiça Europeu (ECJ), no momento da construção da proibição no Tratado da Comunidade Européia sobre a discriminação entre mulheres e homens em matéria de remuneração, e está agora incluído na legislação da União Européia sobre a discriminação de raça, sexo, redesignação sexual, orientação sexual, deficiência, religião ou crença, como o segundo membro do que é chamado “o princípio do tratamento igualitário”.

O uso do conceito de discriminação indireta não deixa claro se esta é uma obrigação processual restrita, ou ampla e substantiva. A obrigação processual envolve a remoção de barreiras ou obstáculos, tais como critérios de seleção que não estejam relacionados com as necessidades de um emprego. Como disse Sandra Fredman, nos faz lembrar “a metáfora gráfica de competidores em uma corrida” e “declarar que a verdadeira igualdade não pode ser alcançada se os indivíduos começam a corrida de diferentes pontos de partida.” O objetivo é igualar os pontos de partida. Isto oferece mais oportunidades, mas “não garante que mais mulheres ou (membros de minorias étnicas) estarão de fato em uma posição para tirar vantagem destas oportunidades”¹³. A Constituição sul-africana e legislação complementar adotaram este princípio de tratamento igual em consideração a 19 níveis listados ou qualquer outro nível que possa se mostrar injusto. Albertyn e Goldblatt argumentam que esta noção de igualdade formal também constitui a jurisprudência da seção 9(1) da Constituição¹⁴. Me parece que isto é compatível com a abordagem de igualdade na Carta da Liberdade, atualizada à luz da experiência americana e européia: o foco está no legal ao invés de na igualdade distributiva.

2 UMA DIVAGAÇÃO: DIGNIDADE

Permita tomar um momento para comentar sobre a ideia do respeito pelo valor igualdade e dignidade, que é o valor fundamental subjacente ao Princípio do Tratamento Igual. Os tribunais da África do Sul deram notoriedade à noção de respeito pelo valor e dignidade de cada indivíduo, que tem sido usado com êxito para justificar direitos legais de igualdade em situações onde a legislação tenha silenciado, como a recusa de uma companhia aérea de empregar um comissário de bordo com HIV¹⁵.

Porém, a dignidade não é incontestável como um valor legal e ético. Embora uma abordagem de igualdade que se concentre na dignidade humana seja totalmente compatível com os objetivos da Carta da Liberdade

¹³ Fredman “A Critical Review of the Concept of Equality in U.K. Anti-Discrimination Law”. Independent Review of the Enforcement of U.K. Anti-Discrimination Legislation. Working paper 3 (1999) 3.12-3.16.

¹⁴ Albertyn & Goldblatt “Equality”, em Woolman, Roux & Bishop (eds). *Constitutional Law of South Africa*. 2. ed., (2007) 35.6.

¹⁵ Albertyn & Goldblatt. Op cit. 35.8.

e esteja firmemente baseada na Constituição, em minha opinião esta abordagem não é suficientemente suscetível a conflitos com a liberdade individual. O conceito não é capaz de resolver uma disputa onde a dignidade é mais subjacente do que um dos valores fundamentais em jogo. Supondo que os juízes deparem-se com uma alegação de discriminação referente à aparência pessoal ("lookism") como, por exemplo, o peso, que seja injusta ou que a legislação tenha fixado um direito positivo das autoridades públicas a fim de assegurar a igualdade de oportunidade para pessoas sem levar em consideração as características físicas e que isso não caia na categoria de discriminação indireta em um nível proibido como o da raça ou gênero. Um libertário claramente se oporia a esta invasão da liberdade do indivíduo de escolher aqueles cuja aparência ele goste ou que será bom para seus negócios. Um clássico liberal pode também argumentar que havia evidência insuficiente de dano a outros para justificar a coerção legal. Mas as obrigações legais podem ser apoiadas por aqueles cujo ponto de partida é "comunitário": nós dividimos o valor de pertencer a uma sociedade na qual o bem-estar de cada pessoa e o da comunidade inteira importa para todos. As pré-condições para as obrigações legais promoverem igualdade de pessoas sem considerar suas características pessoais, seriam, então, que (1) estas medidas são mostradas por evidência para ser adequada ao legítimo propósito de proteção da saúde pública e da dignidade de um setor da sociedade, e (2) são resultado de um processo de tomada de decisão transparente e participativo, baseado em evidência, e faz autoridades responsáveis pela moderação de ações que reduzem a escolha individual. Ao invés de considerar a dignidade como um valor superior ou central, conclusões mais satisfatórias serão alcançadas com a aplicação do princípio da proporcionalidade: é o objetivo da pessoa que escolhe diferenciar com base na aparência pessoal uma legitimidade e são os meios proporcionais àquele objetivo?

Além do mais, enquanto a dignidade é um valor essencial para todos os direitos humanos, é ambígua e ampla demais para ser a base da lei de igualdade. Deixem-me dar como exemplo a lei contra o bullying e o assédio. A legislação nos países europeus confere direito específico e autônomo de proteção contra assédio no trabalho, em todos os níveis amparados pela lei de discriminação. Porém, interesses na dignidade não são limitados aos níveis proibidos de discriminação: as pessoas podem ser assediadas ou ameaçadas por muitas razões, que não tem nada a ver com os níveis proibidos; pode também ser difícil provar a motivação da pessoa que ataca ou ameaça. Por que não deveria haver um estatuto geral do crime de assédio e ameaça que evite a necessidade de provar a motivação de quem assedia? Esta seria uma abordagem inclusiva, baseada na proteção da dignidade. Se achar necessário, discriminação racial e outro assédio em níveis proibidos poderiam ser apresentados como um fator agravante, dando direito à vítima de buscar danos/indenizações.

3 IGUALDADE SUBSTANTIVA

Passo a seguir para os mais controversos desenvolvimentos na lei de igualdade. Estes surgem da busca de igualdade substantiva pela imposição de obrigações legais. Falando extrajudicialmente, em 2006 o Chefe de Justiça Pius Langa refere-se ao objetivo de “uma revolução social e econômica na qual todos gozem de acesso igual aos recursos e facilidades da vida e são capazes de desenvolver seu completo potencial humano. Isto requer a supressão das desigualdades sistemáticas, a erradicação da pobreza e desvantagem (igualdade econômica) e a afirmação das diversas identidades humanas e capacidades (igualdade social)”¹⁶.

Em sua importante e estimulante contribuição ao debate sobre a ideia de igualdade substantiva, Sandra Fredman discute maneiras de desenvolver isto no contexto sul-africano¹⁷. Quero fazer algumas observações gerais sobre o significado da igualdade substantiva. Aqueles que querem obrigações legais positivas para promover a igualdade substantiva rejeitam a visão libertária de que o estado não deveria fazer nada além do que garantir a liberdade formal diante da lei que protege a pessoa, a propriedade e a liberdade pactuada de cada indivíduo. Eles vêem os resultados do mercado inerentemente desiguais. A intervenção do estado, a fim de assegurar uma distribuição mais justa dos recursos, é considerada moralmente justificada. Contrário aos argumentos neoliberais de que os custos das leis anti-discriminação são maiores do que os benefícios, eles dão muita ênfase tanto ao “caso de negócio” quanto à causa de coesão social para a igualdade. Eles defendem a oportunidade substantiva igual, não uma igualdade de resultados focados somente em rendas. Resultados são vistos apenas como uma medida de extensão aos quais a lacuna está sendo fechada entre aqueles com as melhores oportunidades ou chances e aqueles com as piores, e não como garantia de quantias iguais de riqueza ou renda ou mesma capacidade educacional. Ao invés de resultados, a ênfase está na igualdade substantiva de oportunidade.

A igualdade substantiva de oportunidade vai muito além do princípio de tratamento igualitário e de outras noções de justiça processual que não garantem nenhum resultado particular. Não há nenhuma violação do princípio do tratamento igualitário se um empregador tratar mulheres e homens igualmente mal. Uma reivindicação de tratamento coerente pode ser satisfeita privando pessoas em comparação de um benefício particular (nivelamento baixo), bem como conferindo o benefício para ambos (nivelando alto). Estas limitações do princípio da igualdade formal ou processual levaram a tentativas de desenvolver um conceito de igualdade substantiva ou material. Há, porém, muita controvérsia a respeito de quando e em que medida se justifica a redistribuição, se na forma de ação afirmativa

¹⁶ Citado por Albertyn & Goldblatt. Op cit. 35.5.

¹⁷ Ver, em geral, Fredman. *Human Rights Transformed* (2008).

ou capacitação de base ampla ou obrigações legais positivas a fim de promover a igualdade. Isso tem sido uma grande preocupação de filósofos políticos nas décadas recentes, dentre eles John Rawls, Amartya Sen, Ronald Dworkin e Gerry Cohen. Não é meu propósito o debate filosófico. Eu simplesmente percebo que os reformistas foram ecléticos em sua definição de "igualdade prática". Primeiro eles endossam a importância de escolhas genuínas e valiosas para cada indivíduo. Segundo, eles reconhecem que algumas pessoas podem precisar de mais e diferentes recursos do que outras para desfrutar da liberdade genuína e do acesso justo às oportunidades. Terceiro, eles enxergam a meta como sendo o estreitamento das lacunas nas oportunidades reais e nas liberdades reais, não através da redução das liberdades de alguns, mas através do aumento das oportunidades daqueles que sofrem desvantagem persistente.

Esta perspectiva visa a distribuição como resultado da escolha individual. Não é a igualdade do bem-estar no sentido que obriga as instituições sociais a distribuir os recursos e oportunidades as quais eles têm controle, para que haja uniformidade indiferentemente das escolhas pessoais e do esforço individual – não é uma carta para os preguiçosos, ociosos ou irresponsáveis. Ao mesmo tempo, não é simplesmente baseada no mérito. Ela reconhece que as nossas chances de vida são determinadas pelas circunstâncias e pela escolha pessoal. As circunstâncias incluem nossos talentos genéticos, gênero, responsabilidades de família, etnicidade, deficiências, exigência de nossas habilidades e outras questões além do nosso controle. A escolha pessoal inclui o tipo de habilidades que escolhemos para desenvolver e o esforço que colocamos nisso. A característica crucial da igualdade substantiva de oportunidade é que ela se desenvolve em torno da ética da responsabilidade individual. A igualdade, a responsabilidade e a escolha não são vistas como antiéticos. Os valores fundamentais são solidariedade e preocupação igual para todos, mas isso não significa igualdade independente da responsabilidade individual e escolhas das pessoas. Nas palavras de Julian Le Grand

nossos julgamentos referentes ao grau de desigualdade inerente em uma dada distribuição depende da medida em que vemos aquela distribuição como resultado da escolha individual. Se um indivíduo recebe menos do que outro devido à sua própria escolha, então a disparidade não é considerada injusta; ela surge por razões além de seu controle, então ela é injusta¹⁸.

A principal crítica da confiança na escolha é que ela ignora a existente distribuição injusta de riqueza e poder na sociedade. Ela reduz todas as escolhas humanas ao mesmo nível. Isso não corresponde ao mundo real no qual os indivíduos não tem uma escolha genuinamente livre, precisamente

¹⁸ Le Grand. *Equity and Choice: an Essay in Economics and Applied Philosophy* (1991) 87.

em razão das diferenças de riqueza, raça, gênero e classe social. A noção de que uma mulher negra recusou gera suposições notavelmente otimistas, pode simplesmente ir adiante para o próximo emprego ou escolher melhorar as suas qualificações educacionais. Ignora o assédio, a degradação e a humilhação infligidas aos negros e às mulheres por gerações, o que pode reduzir a sua auto-estima e dignidade e sua motivação para “melhorar” suas chances de vida. Isso leva à adoção da ideia, desenvolvida por Amartya Sen e outros, da “igualdade de capacidades”. Propostas de reformas recentes na Grã-Bretanha¹⁹ estabeleceram um “cartão de pontuação de igualdades” de capacidades, as quais são consideradas como centrais e valiosas para as pessoas desenvolverem a real liberdade para escolher. Estas incluem as capacidades de viver e estar saudável, de ter as habilidades necessárias para participar na sociedade, de desfrutar de um padrão confortável de vida, de se engajar em atividades produtivas, de desfrutar da vida em família, de participar das tomadas de decisão, de se expressar e ser protegido e tratado de uma forma justa pela lei.

Como esta longa lista de desejos de capacidades que são necessárias para exercitar a real escolha e responsabilidade poderá ser alcançada? A recente *Equalities Review* na Grã-Bretanha²⁰ diz que uma “sociedade igualitária”, que protege e promove a igualdade reconheceria:

- Que é exigido das instituições um papel positivo para remover barreiras ou constrangimentos e assegurar que as oportunidades de prosperar sejam reais;
- Que algumas pessoas podem precisar de mais e diferentes recursos para desfrutar da liberdade genuína e do acesso justo às oportunidades;
- Que uma vida de escolhas genuínas e valiosas para cada indivíduo leva a uma melhor sociedade para todos; e
- Que o objetivo deveria ser estreitar as lacunas nas oportunidades e liberdades reais, e não reduzir as liberdades de alguns, mas aumentar as oportunidades daqueles que sofrem desvantagem persistente.

Iniciou-se nesta direção através de um salto importante dos direitos anti-discriminação negativos às obrigações positivas para promover a igualdade de oportunidade. Deixemos para Sandra Fredman discutir estes importantes desenvolvimentos. Duas observações precisam ser feitas. A primeira é que a característica mais notável e decepcionante das atuais reformas na Grã-Bretanha é a falha ao propor obrigações positivas em relação ao setor privado. Isto cria uma hierarquia de igualdade com diferentes padrões aplicados nos setores públicos e privados. Há um risco significativo

¹⁹ Department for Communities and Local Government. *Fairness and Freedom: the Final Report of the Equalities Review* (2007); ver também, *Discrimination Law Review: a Framework for Fairness. Proposals for a Single Equality Bill for Great Britain* (2007).

²⁰ Department for Communities and Local Government. *Fairness and Freedom; Discrimination Law Review: a Framework for Fairness*.

de que através da aplicação de uma obrigação positiva reforçada ao setor público e a manutenção de uma abordagem puramente voluntária no setor privado, a abordagem britânica encorajará a terceirização dos serviços públicos com o propósito de evitar deveres estatutários. Não haverá igualdade de condições entre fornecedores públicos e privados. O governo britânico, por razões de expediente político os quais são inconsistentes com os princípios de ideias de igualdade substantiva, parece determinado em uma abordagem voluntária leve no setor privado. Talvez a África do Sul encontrará outra solução para este problema.

Minha segunda observação nas obrigações legais positivas para promover a igualdade, ligando-a de volta ao tema principal deste estudo, é que esta abordagem é bastante diferente da ideia da Carta da Liberdade (que foi compartilhada pelos movimentos democráticos sociais em outros lugares na época) que o próprio estado pode ou deveria distribuir “divisões justas” na riqueza e na terra do país. A privatização, não a nacionalização, a globalização, não o capitalismo local, são o ambiente econômico moderno. Em algum lugar, ao longo do caminho, o interesse na igualdade econômica e na redistribuição de rendas praticamente desapareceu e a lacuna entre os ricos e pobres aumentou firmemente em termos nacionais e globais, para alguns grupos mais do que outros. A questão crucial então é se a lei da igualdade pode fornecer o que os políticos não conseguiram fazer.

4 LIMITES DA LEI

Isso me traz finalmente aos limites da lei. Como advogados, nós precisamos mostrar humildade com relação ao poder das leis e dos juízes para trazer mudanças sociais fundamentais. A lei é normalmente uma força secundária nas questões humanas, moldada pela política predominante e o ambiente social e econômico. Há pelo menos duas razões por que é difícil trazer o ciclo da desvantagem social e econômica no escopo da lei. A primeira razão é que a lei, como Ehrlich e outros destacaram, exige especificidade. Os conceitos legais têm que ser relativamente claros e podem ser reforçados somente contra pessoas identificadas. Em outras palavras, o processo legal pode operar somente através do conflito individualizado entre as partes específicas²¹. Por exemplo, alguns defenderam que a pobreza deveria ser um terreno de discriminação ilegal. Mas o que isso significa em termos legais? Nós queremos dizer pobreza absoluta, como pagar um salário abaixo do nível mínimo de subsistência, ou queremos dizer pobreza relativa, que é a lacuna de renda entre os membros mais ricos e os mais pobres da força de trabalho? Além disso, contra quem este direito existe, o empregado ou o estado ou alguma terceira parte, e qual responsabilidade o indivíduo tem para vencer a pobreza através da educação e do trabalho? Há muito mais deveres legais específicos eficazes, como o direito a um

²¹ Hepple “Have Twenty-Five Years of the Race Relations Act in Britain Been a Failure?”, em Hepple & Szyszczak (eds). *Discrimination: the Limits of Law* (1992) 19, 20-27.

salário mínimo e a formação profissional, do que uma vaga extensão da lei de discriminação do tipo proposta. Os “princípios de igualdade” adotados pelo Equal Rights Trust, portanto, afirma: “como a pobreza pode ser tanto a causa como a consequência da discriminação, medidas para aliviá-la deveriam ser coordenadas com medidas para combater a discriminação, na busca da igualdade completa e efetiva”.

Um segundo limite da lei é que ela está direcionada para elementos específicos nas muitas causas de desvantagem, principalmente aquelas que surgem de um status específico como raça ou gênero. A demanda por especificidade levou a uma definição limitada e técnica de conceitos como discriminação direta ou indireta. É ilusório acreditar que noções como “pobreza”, “solidariedade” ou “inclusão social” podem ser traduzidas em termos legais que levarão, sem mais, à terra prometida da igualdade substantiva. Estes serão, eu receio, não mais do que floreios retóricos. Eles podem cegar os advogados acadêmicos que tendem a se concentrar na racionalidade legal das decisões no mais alto nível judicial, mas os praticantes sabem que é o instinto e os valores de rua de juízes rigorosos de primeira instância e comissários que realmente decidem os casos. Minha própria experiência, em um período de vinte anos como juiz de trabalho na Grã-Bretanha (um papel que agora estou replicando em nível internacional) e também como comissário para igualdade racial na Grã-Bretanha, levou-me a concluir que as mudanças estruturais nas organizações e práticas justas são raramente acarretadas por ações legais individuais – na verdade, o adversalismo pode tornar a mudança mais difícil de ser alcançada, e os tribunais são mal equipados para resolver as disputas policêntricas nas quais interesses muito mais amplos do que aqueles das partes imediatas estão em risco. O que é necessário para promover a igualdade substantiva é a regulação responsiva. Isso cria o auto-interesse de negócios e fornecedores. Isso envolve um sistema legal que tem três mecanismos interligados para atingir a igualdade: primeiro, uma exigência de que as organizações desenvolvam um escrutínio interno de suas próprias práticas; segundo, a participação de grupos de interesse a quem aqueles regulados devem informar, consultar e se engajar no processo de mudança; e terceiro, uma igualdade e uma comissão de direitos humanos para fornecer um papel substituto de assistente e reforço onde os métodos voluntários falham. Este tipo de estratégia de reforço é que Mary Cousse, Tufyal Choudhury e eu defendemos em nossa revisão independente da anti-discriminação no Reino Unido²² e o qual está, até certo ponto, sendo implementado em um novo projeto de lei de igualdade única na Grã-Bretanha.

Ao invés de um instrumentalismo ingênuo que vê as leis de igualdade como tendo propósitos específicos contra o qual sua eficácia pode ser

²² Hepple, Cousse & Choudhury. *Equality: a New Framework. Report of the Independent Review of the Enforcement of U.K. Anti-Discrimination Legislation* (2000).

medida, precisamos enxergar essas leis simplesmente como um elemento nos processos de mudança social – usando a frase memorável de Rick Abel, a lei é “política por outros meios”²³. Não se pode esperar que a lei remova o poder econômico e social que as elites privilegiadas exercem sobre os grupos em desvantagem, mas ela pode ajudar a direcionar aquele poder para os procedimentos legítimos que reconhece seus interesses: a lei precisa ter o objetivo de apoiar a transparência, a racionalidade e a participação democrática, tanto na sociedade quanto no local de trabalho, mas não se pode esperar que ela própria produza resultados iguais. O que nós podemos fazer é fornecer um sistema legal que encoraje a auto-regulação para promover a igualdade.

CONCLUSÃO

As lutas pela igualdade na África do Sul e em outros locais resultaram no reconhecimento gradual dos direitos legais de uma ampla variedade de grupos em desvantagem e na expansão da lei para lidar não somente com atos individuais de discriminação direta, mas também com formas sutis de discriminação indireta. A nova geração de leis, que foi desenvolvida na primeira década do século XXI, está baseada na premissa de que os membros dos grupos em desvantagem não terão chances de vida iguais ou desfrutarão do respeito por seu valor igual, a menos que as organizações tomem medidas pró-ativas para assegurar a igualdade. O progresso até o momento tem sido frequentemente burocrático e fragmentado desigualmente. Há agora uma necessidade vital de elevar o status do princípio da igualdade em uma cultura mais ampla dos direitos humanos para além dos limites do tratamento e do valor igual. Ninguém deveria fingir que toda a desigualdade pode ser remediada pela lei. Mas haverá muitas oportunidades para advogados e ativistas dos direitos humanos de participar no movimento para a mudança social e econômica, apoiando um princípio moderno abrangente de igualdade substantiva de oportunidade que reconhece a necessidade de desenvolver as capacidades de indivíduos e grupos, se eles têm que praticar escolhas genuínas. A África do Sul não alcançou o final da luta pela igualdade quando a democracia foi alcançada; ela simplesmente juntou-se à corrente principal. Você agora tem uma oportunidade única de mostrar o caminho para o resto do mundo, desenvolvendo novos métodos para promover a igualdade substantiva.

REFERÊNCIAS

- ABEL, Rick. *Politics by Other Means: Law in the Struggle Against Apartheid*, 1995.
ACKERMAN. *Equality and Non-discrimination: some analytical thoughts*, 2006.
ALBERTYN & GOLDBLATT. Equality. In: Woolman, Roux & Bishop. *Constitutional Law of South Africa*. 2. ed., 2007.

²³ Abel. *Politics by Other Means: Law in the Struggle Against Apartheid*. 1980-1994 (1995).

FREDMAN, Sandra. A Critical Review of the Concept of Equality. In: *U.K. Anti-Discrimination Law". Independent Review of the Enforcement of U.K. Anti-Discrimination Legislation*, 1999.

HEPPLE, Bob. Have Twenty-Five Years of the Race Relations Act in Britain Been a Failure?. In: Hepple & Szyszczak. *Discrimination: the Limits of Law*, 1992.

HEPPLE, COUSSEY & CHOUDHURY. *Equality: a New Framework. Report of the Independent Review of the Enforcement of U.K. Anti-Discrimination Legislation*, 2000.

LE GRAND, Julian. Equity and Choice: an Essay. In: *Economics and Applied Philosophy*, 1991.

MANDELA, Nelson. *Long Walk to Freedom* , 1994.

TAWNEY, RH. *Equality with a New Introduction*. In: Titmuss, 1964.

WEISS, Manfred. The Future of Workers "participation in the EU. In: BARNARD, Deakin & Morris. *The Future of Labour Law. Liber Amicorum Sir Bob Hepple*. QC, 2004.