

VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO E RELAÇÕES ÉTNICO-RACIAIS I

ENEÁ DE STUTZ E ALMEIDA

SÉBASTIEN KIWONGHI BIZAWU

LUCAS DE SOUZA LEHFELD

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFRSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

Direito e Relações Étnico-raciais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Eneá De Stutz E Almeida; Lucas De Souza Leheld; Sébastien Kiwonghi Bizawu – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-944-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Relações Étnico-raciais. VII Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO E RELAÇÕES ÉTNICO-RACIAIS I

Apresentação

DIREITO E RELAÇÕES ÉTNICO-RACIAIS I

Nós, Coordenadores do presente GT: Direito e Relações Étnico-Raciais I, apresentamos um breve relato dos artigos.

Desejamos uma ótima leitura a todos.

O artigo “A escravidão e o estado democrático de direito: políticas públicas como forma de reparação histórica e promoção da igualdade”, de Paulo de Tarso Brandão, Katherine Michelle Batalha Costa, Tuane Santanatto Nascimento Santos, analisa o racismo estrutural e institucional na sociedade brasileira, uma vez que está intrinsecamente ligado à herança deixada para os negros em decorrência do período de escravidão, perpetuando casos de vulnerabilidades sociais e institucionais que afetam de forma desproporcional a população negra e a necessidade de Políticas Públicas como forma de inclusão.

George Hamilton Maués e Homero Lamarão Neto, autores de “A violência e o racismo estrutural como formas de controle social”, trazem os conceitos de violência estrutural, racismo estrutural e controle social através de suas interseções e originou-se a partir do questionamento sobre se a violência estrutural e o racismo se combinam como ferramentas de controle social.

O texto intitulado “Ainda o mito da democracia racial: o tempo da (in)justiça para uma abolição inacabada da escravização negra no Brasil”, de Eneá de Stutz e Almeida e César de Oliveira Gomes, apresenta uma abordagem sobre o mito da democracia racial como um dos obstáculos para que o Estado e a sociedade brasileira identifiquem no racismo o cerne da desigualdade estrutural existente no País.

O estudo realizado por Márcia Haydée Porto de Carvalho, Wiane Joany Batalha Alves e Katherine Michelle Batalha Costa, em “Invisibilidade dos negros: análise da discriminação dos algoritmos, a luz do princípio da igualdade”, baseado no princípio da igualdade, aborda o viés racista dos algoritmos, demonstrando como as práticas racistas impactam na realização

do desenvolvimento da Inteligência Artificial, as quais reforçam estereótipos e preconceitos raciais e contribuem para a propagação da discriminação, marginalização e subalternação das pessoas negras.

O artigo “Racismo e reconhecimento facial: a reprodução de estruturas discriminatórias no campo digital”, de autoria de Larissa Lauane Rodrigues Vieira e Mariza Rios, resulta de pesquisa sobre como as inteligências artificiais estão sendo aplicadas no que diz respeito à questão racial, considerando os impactos graves que já ocorrem em decorrência da manutenção do preconceito e como a discriminação racial pode ser combatida ou amplificada através da utilização de inteligências artificiais, à luz de casos atuais na sistemática brasileira.

O artigo “Literatura e luta racializada: o papel da empatia no processo abolicionista”, de autoria de Larissa Lauane Rodrigues Vieira e Mariza Rios analisa brevemente, a partir da tese da autora Lynn Hunt, o papel da literatura para com a construção da empatia e como isso afetou e ainda pode afetar a aplicação dos direitos humanos, havendo um enfoque maior na luta antirracista.

Em “Lei de cotas e promoção da equidade racial no corpo docente de universidades públicas: uma revisão sistemática de literatura”, os autores Danilo Henrique Nunes, Matheus Massaro Mabum e Marilda Franco de Moura buscam analisar a legislação em questão com base em seus objetivos sociais e institucionais na luta pela equidade racial.

Os autores Danilo Henrique Nunes, Lucas De Souza Lehfeld e Matheus Massaro Mabum apresentam o estudo “Das comissões de heteroidentificação e a (im)possível violação dos direitos de personalidade”, no qual examinam as comissões de heteroidentificação à luz dos Direitos de Personalidade, discutindo a viabilidade de sua violação e defendendo a necessidade de legislação para estabelecer critérios objetivos, tratando de tópicos sensíveis, como a autodeclaração e heteroidentificação de candidatos pardos.

O artigo “Políticas de ação afirmativa e justiça distributiva: uma análise da eficácia na mitigação da discriminação racial no acesso à educação superior”, de Sébastien Kiwonghi Bizawu e Aretusa Fraga Costa objetiva analisar a eficácia das políticas de ação afirmativa e justiça distributiva na mitigação da discriminação racial no acesso à educação superior.

Carla Watanabe apresenta o texto “Direito da antidiscriminação comparado na história. EUA, Europa e Brasil: raízes semelhantes e rotas distintas”, um estudo de direito comparado no qual é destacada a história do direito da antidiscriminação, com a recusa da tradicional abordagem funcionalista adotada para comparações desse tipo.

Ato contínuo, Adriana Biller Aparicio apresenta o artigo “Direitos Indígenas: da assimilação ao direito à identidade étnico-cultural”, no qual examina os direitos indígenas e a mudança do paradigma da legislação indigenista à luz da Constituição Federal de 1988 e dos tratados internacionais, tendo-se o reconhecimento do direito à diferença, à identidade étnica, ou seja, dos “novos direitos indígenas”.

Outrossim, Jeferson Vinicius Rodrigues apresenta o artigo “Reflexos do racismo ambiental na perspectiva dos direitos da personalidade em relação aos povos indígenas” o qual objetiva analisar o impacto da violação dos Direitos da Personalidade dos povos originários, especificamente no que concerne à integridade física e psíquica, conforme categorizado por Bittar. Discute-se a emergência do conceito de Racismo Ambiental, originalmente concebido nos Estados Unidos durante o movimento pelos direitos civis, e sua posterior expansão no contexto brasileiro para incluir não apenas as comunidades negras, mas também indígenas, quilombolas e ribeirinhas, afetadas pela exploração ilegal de recursos naturais e suas consequências, muitas vezes fatais.

Na sequência, Michelle Labarrere de Souza , Paulo Vitor Mendes De Oliveira, Sébastien Kiwonghi Bizawu procuram avaliar em seu artigo “Base de Alcântara: um exemplo de racismo ambiental”, se as políticas públicas em educação contribuem para mitigar o racismo ambiental, levando-se em conta o que já vem sendo aplicado no Caso da Base de Alcântara, considerando-se as reivindicações das comunidades quilombolas e dos povos originários.

Paulo Victor De Araujo squires analisa, em seu artigo “Razão, Raça e Poder: decolonização do saber para controle do poder”, a complexidade de desigualdade da questão racial brasileira, destacando o racismo como uma relação de poder, que ultrapassa análises comportamentais e de aplicação do direito, determinando quem está no topo das instituições, consequentemente no topo do Poder, determinando as ações, tendo por marco teórico a proposição teórica da Crítica da Razão Negra de Achille Mbembe.

Por fim, Zulmar Antonio Fachin , Renata Rahal De Figueiredo Borchardt no artigo “Estudo sobre o caso da alteração dos dados relativos à pessoa transgênero e a tecnologia sob a ótica de Judith Butler” abordam a importância das assembleias na amplificação das vozes das minorias, dando-se ênfase, segundo os autores, no impacto Provimento nº 149/2023 do Conselho Nacional de Justiça, que simplifica e desburocratiza os procedimentos para a alteração de prenome e gênero no Registro Civil de Pessoas Naturais - RCPN e do uso da tecnologia nesse processo.

Atenciosamente

Profa. Dra. Eneá De Stutz E Almeida (Universidade de Brasília)

Prof. Dr. Sébastien Kiwonghi Bizawu (Escola Superior Dom Helder Câmara)

Prof. Dr. Lucas De Souza Lehfeld (Centro Universitário Barão de Mauá)

**DIREITO DA ANTIDISCRIMINAÇÃO COMPARADO NA HISTÓRIA. EUA,
EUROPA E BRASIL: RAÍZES SEMELHANTES E ROTAS DISTINTAS**
**ANTI-DISCRIMINATION LAW COMPARED IN HISTORY. USA, EUROPE AND
BRAZIL: SIMILAR ROOTS AND DISTINCT ROUTES**

Carla Watanabe ¹

Resumo

Este artigo trata do desenvolvimento e posterior transplante legal de institutos ligados ao direito da antidiscriminação, com o intuito de demonstrar a decisiva influência das culturas jurídicas nacionais. É um estudo de direito comparado no qual é destacada a história do direito da antidiscriminação, com a recusa da tradicional abordagem funcionalista adotada para comparações desse tipo. De raízes estadunidenses, conceitos como discriminação direta e indireta e políticas afirmativas foram adotados pelos ordenamentos jurídicos de diversos países ao redor do mundo. Todavia, sua recepção motivou irritações legais que levaram a modificações ou mesmo a recusas desses conceitos. Serão analisados, histórica e comparativamente, os sistemas estadunidense, europeu e brasileiro, com ênfase para a discriminação racial, de gênero e por orientação sexual e identidade de gênero. Além das dinâmicas próprias de cada país que permitiram evoluções e retrocessos, será apontada que ocorreu, no Brasil e na França, estreita ligação do direito da antidiscriminação ao direito penal, com as ambivalências geradas por essa proximidade, por dificultar a prova pela vítima do fenômeno discriminatório.

Palavras-chave: Direito da antidiscriminação, Direito comparado na história, Transplante legal, Discriminação, Irritação legal

Abstract/Resumen/Résumé

This article deals with the development and subsequent legal transplantation of institutes linked to anti-discrimination law, with the aim of demonstrating the decisive influence of national legal cultures. It is a study of comparative law in which the history of anti-discrimination law is highlighted, with the rejection of the traditional functionalist approach adopted for comparisons of this type. With American roots, concepts such as direct and indirect discrimination and affirmative policies have been adopted by the legal systems of several countries around the world. However, its reception led to legal irritations that led to modifications or even rejections of these concepts. The American, European and Brazilian systems will be analyzed, historically and comparatively, with an emphasis on racial, gender and sexual orientation and gender identity discrimination. In addition to the dynamics specific to each country that allowed evolutions and setbacks, it will be pointed out that there was, in Brazil and France, a close connection between anti-discrimination and criminal laws

¹ Mestra e doutoranda em direito constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino Desenvolvimento e Pesquisa - IDP

with the ambivalences generated by this proximity, as it makes it difficult for the victim to prove the discriminatory phenomenon.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Antidiscrimination law, Comparative legal history, Legal transplant, Discrimination, Legal irritation

1. INTRODUÇÃO

Este texto tem o objetivo de estabelecer comparações relativas ao direito da antidiscriminação no Brasil, nos Estados Unidos e na Europa. Pretende-se relatar a história de como institutos centrais dessa disciplina surgiram e se desenvolveram nessas jurisdições. Afinal, de acordo com a literatura pesquisada, esse ramo do direito apresenta conceitos similares entre si em diversos países, inclusive com a mesma nomenclatura, o que sugere a existência de influência de alguns sistemas jurídicos sobre outros. Essa semelhança, como será apresentado, ocorre porque eles tiveram as mesmas origens, seja a partir de decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos da América – EUA, seja a partir de ordens executivas adotadas pelo Chefe do Poder Executivo daquele país¹.

Os institutos do direito da antidiscriminação criados nos EUA inspiraram diversos juristas dos países centrais e periféricos a criarem conceitos similares. Essa característica levou a *transplantes legais*² para outros ordenamentos jurídicos, que foram lá implantados.

Perceba-se que a discriminação é um fenômeno inerente às relações humanas. Apesar das conquistas da Modernidade e da consequente extinção do sistema estamental que caracterizava o Antigo Regime, a humanidade historicamente realiza hierarquizações entre pessoas, seja pelo gênero, pela cor de pele, pela origem ou pela orientação sexual, entre outras distinções. Por esse motivo, a divisão por classes socioeconômicas, historicamente combatida por meio de políticas redistributivas, não é o único vetor de diferenciação nas sociedades.

Para evitar essas distorções odiosas e para garantir o princípio da mesma dignidade para todos, diversos países positivaram a igualdade perante a lei como princípio basilar inscrito em suas constituições. Assim, a princípio, pelo fato de o problema da discriminação ser comungado por diversos países, as soluções legislativas encontradas deveriam independer das realidades sociológicas de cada nação.

Todavia, as culturas jurídicas das nações, a política e a história de suas sociedades são diversas. Não é possível ocorrer uma simples *transferência* desses institutos legais com a esperança de que eles gerem os mesmos efeitos do país de origem nos seus países de destinos. Pensar dessa forma seria reducionista; afinal, o direito é um fenômeno vivo e o simples estudo de normas positivadas não é capaz de refletir seu impacto nas sociedades. Nesse sentido,

¹ Entre as diversas referências que apontam a mesma origem desse ramo do direito podem ser mencionadas (RIOS, 2008), (HEPPLE, 2006) e (MINOW, 2013), entre diversos outros.

² Não se desconhece a discussão quanto à semântica emprestada ao conceito de transplante, o qual seria menos adequado para descrever o fenômeno de inserção de normas estrangeiras em direitos nacionais (SETTI e FACHIN, 2022); porém, ele foi utilizado para harmonizar-se com a visão de *irritação legal* descrita mais adiante neste texto.

percebe-se que, ao menos no direito da antidiscriminação, o método funcionalista, tradicionalmente praticado pelo direito comparado, não seria o mais adequado para analisar os impactos desse transplante de normas. A inevitabilidade dessa conclusão ocorre mesmo ao se considerar sistemas legais que possuem contextos históricos e sociais semelhantes, como os dos EUA e da Grã-Bretanha.

Institutos jurídicos podem operar de formas diferentes daquelas nas quais operavam nos seus países de origem. Portanto, o *transplante legal* dessas normas de um sistema jurídico para outro é hábil para ocasionar autênticas *irritações* nos seus sistemas jurídicos de destino em decorrência de suas diferentes histórias e culturas. Essas reações levam ao desenvolvimento de efeitos diferentes que podem induzir à criação de novos entendimentos sobre a matéria. Por esse motivo, será adotada neste trabalho a visão *expressivista* do direito comparado; particularmente a ideia de *irritação legal*, conforme descrita por Gunther Teubner (TEUBNER, 1998), para descrever o processo que ocorreu com as normas do direito da antidiscriminação ao serem adotadas nos países de destino.

Nesse sentido, Gunther Teubner destaca as diferenças entre o conceito tradicional de *transplante* e o de *irritação legal*, para destacar a maior utilidade desse segundo (TEUBNER, 1998, p. 12):

But 'transplant' creates the wrong impression that after a difficult surgical operation the transferred material will remain identical with itself playing its old role in the new organism. Accordingly, it comes down to the narrow alternative: repulsion or integration. However, when a foreign rule is imposed on a domestic culture, I submit, something else is happening. It is not transplanted into another organism, rather it works as a fundamental irritation which triggers a whole series of new and unexpected events. It irritates, of course, the minds and emotions of traditionbound lawyers; but in a deeper sense, - and this is the core of my thesis - it irritates law's 'binding arrangements'. It is an outside noise which creates wild perturbations in the interplay of discourses within these arrangements and forces them to reconstruct internally not only their own rules but to reconstruct from scratch the alien element itself. 'Legal irritants' cannot be domesticated; they are not transformed from something alien into something familiar, not adapted to a new cultural context, rather they will unleash an evolutionary dynamic in which the external rule's meaning will be reconstructed and the internal context will undergo fundamental change.³

³ Em tradução livre: “Mas o ‘transplante’ cria a impressão errada de que, após uma operação cirúrgica difícil, o material transferido permanecerá idêntico a si mesmo, desempenhando seu antigo papel no novo organismo. Assim, tudo se resume a uma alternativa estreita: repulsão ou integração. No entanto, quando uma regra estrangeira é imposta a uma cultura doméstica, afirmo, algo mais está acontecendo. Não é transplantado para outro organismo, mas funciona como uma irritação fundamental que desencadeia toda uma série de eventos novos e inesperados. Isso irrita, é claro, as mentes e emoções dos advogados ligados à tradição; mas num sentido mais profundo - e este é o cerne da minha tese - irrita os ‘arranjos obrigatórios’ do direito. É um ruído externo que cria perturbações selvagens na interação dos discursos dentro desses arranjos e os força a reconstruir internamente não apenas suas próprias regras, mas a reconstruir do zero o próprio elemento estranho. ‘Irritantes legais’ não podem ser domesticados; eles não são transformados de

Com a adoção da perspectiva de Gunther Teubner como argumento metodológico, torna-se necessária a inclusão do fator temporal para a plena compreensão do desenvolvimento do direito da antidiscriminação nas jurisdições estudadas. Essa necessidade advém do fato de que cada conceito jurídico possui sua carga de historicidade em função da época de sua criação. Seu conteúdo, porém, pode ter sido alterado ao longo do tempo. Essa mesma situação pode ocorrer em um *transplante legal*, que gera efeitos diversos em decorrência da época na qual foi recepcionado em determinado ordenamento. Assim, a perspectiva da *Comparative Legal History* (PIHLAJAMÄKI, 2018) é instrumento essencial para entender a dinâmica do processo de influência do direito estadunidense sobre os sistemas jurídicos europeu e brasileiro nessa área do direito da antidiscriminação.

Este texto buscará fugir da ênfase que tradicionalmente é aplicada aos estudos de história do direito, restritos a países centrais, como França, Alemanha e Itália. Como a recepção de institutos do direito da antidiscriminação, nos países centrais, ocorreu a partir dos tratados da União Europeia (HAVELKOVÁ e MÖSCHEL, 2019) e se espalharam para os países-membros, a ênfase será emprestada nesse intercâmbio. Dessa forma, serão também brevemente abordados efeitos dessa recepção em países da periferia daquele continente, como Suécia e República Tcheca, e em um país da periferia mundial, que é o Brasil.

2.1 Os EUA e o direito da antidiscriminação

É razoável consenso entre os juristas [(HEPPLE, 2006) e (MINOW, 2013)] que os estudos sobre o direito da antidiscriminação começaram com o caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, decidido pela Suprema Corte dos EUA em 1954. Ao concluir pela impossibilidade de coexistência de escolas públicas separadas de acordo com a cor da pele dos alunos, esse julgado representou o *overruling* do caso *Plessy v. Ferguson*, julgado por aquela mesma corte em 1896. Esta decisão houvera se tornado fundamento para legitimar a política do *separate, but equal*, que segregava espaços públicos restritos para negros e para brancos (KLARMAN, 2004).

Essa política, legitimada pelo precedente *Plessy v. Ferguson* deu respaldo à criação e à manutenção de leis estaduais que separavam negros e brancos no espaço público.

algo estranho em algo familiar, nem adaptados a um novo contexto cultural, mas desencadearão uma dinâmica evolutiva na qual o significado da regra externa será reconstruído e o contexto interno sofrerá mudanças fundamentais.”

Denominadas leis *Jim Crow*, elas eram vigentes principalmente nos estados do Sul dos Estados Unidos desde o término do período da Reconstrução⁴ (KLARMAN, 2004).

Houve muita resistência contrária à extinção das escolas segregadas. Esse estado de coisas perdurou até o advento do *Civil Rights Act*, em 1964. Proposta por John Kennedy em 1963, essa legislação foi assinada por Lyndon Johnson e pôs fim a critérios discriminatórios baseados na raça, religião, gênero e nacionalidade, inclusive para finalidades eleitorais. Antes dela, com relação à luta pela igualdade de gênero, foi editado em 1963 o *Equal Pay Act*, que combatia disparidades salariais, rotineiramente praticadas contra as mulheres (KLARMAN, 2004).

Esse arcabouço normativo e jurisprudencial formou as bases de entendimento da discriminação direta (*disparate treatment*). Esta é a mais conhecida forma de discriminação, pois define o ato discriminatório como aquele que contraria a vedação geral da arbitrariedade. Trata-se de um ato antijurídico que pressupõe a ofensa à igualdade formal advinda de um ato intencional e arbitrário, praticado intersubjetivamente, ou seja, por um grupo ou indivíduo contra outros, pertencentes a grupos historicamente subalternizados na sociedade. Este, todavia, é um conceito restrito, liberal, individualista e que trata o fenômeno da discriminação como um ato que foge à racionalidade humana. Exatamente por esse motivo, ele “*não é suficiente para identificar o caráter estrutural dos processos de exclusão aos quais membros de certos grupos estão expostos*” (MOREIRA, 2020, p. 33).

A discriminação direta é a mais conhecida dos operadores brasileiros do direito, a tal ponto que muitos juristas pensam que ela é a única modalidade existente. A arbitrariedade, decorrente da irracionalidade, e o dolo são seus elementos característicos. Por esse motivo, em boa parte dos ordenamentos jurídicos, como o brasileiro, deve ser demonstrada a intenção específica de discriminar do agente contra sua vítima.

Em sentido contrário, a teoria do *disparate impact* (discriminação indireta) representa um avanço em relação ao ônus da demonstração da culpa pela vítima. Criada a partir da decisão da Suprema Corte dos EUA em 1971 no caso *Griggs v. Duke Power Co*, a *disparate impact* trabalha com o conceito de que é possível a existência de discriminação sem a explícita intenção do agente (RIOS, 2008).

O caso julgado pela Suprema Corte estadunidense se referia a um episódio de discriminação no emprego. A empresa *Duke Power's Dan River Steam Station*, da Carolina do

⁴ Por esse motivo, a decisão de *Plessy v. Ferguson* foi vista por muitos historiadores como medida compensatória devido à extinção da escravidão nos estados confederados, derrotados na Guerra da Secessão (KLARMAN, 2004).

Norte, em 1965, implantara testes como requisitos de promoção para cargos mais elevados e de contratação de novos funcionários. A consequência dessa política foi a predominância de brancos em cargos de gerência, enquanto nos cargos de baixos salários os negros eram maioria (RIOS, 2008). A Corte, diante desse cenário, considerou comprovada a discriminação como efeito desses testes, independentemente de ter existido intuito discriminatório do empregador. As únicas possibilidades de a empresa se eximir dessa acusação seriam a de demonstrar que a regra geral a todos aplicada era necessária para o exercício do cargo a ser preenchido, ou que existia conexão necessária com seu ramo de negócios.

A tese desenvolvida na *disparate impact* é a de que a aplicação de uma regra geral a todos pode afetar desproporcionalmente determinados grupos vulneráveis da sociedade. É uma demonstração de que, por vezes, a aplicação da regra da isonomia formal, de forma irrefletida, pode redundar em injustiças.

A *disparate impact* está fortemente relacionada à questão das ações afirmativas (RIOS, 2008). A sub-representação de membros de grupos subalternizados em determinados espaços, como em universidades ou em funções de alta gerência, é conexas à produção de efeitos decorrentes de processos de discriminação estruturais. Em tais situações, o resultado discriminatório é produzido independentemente da intenção de discriminar. Assim, ações afirmativas seriam instrumentos hábeis para corrigir essas disparidades, ao promover a igualdade material.

As ações afirmativas para a população negra surgiram nos EUA, a partir da década de 1960, com o intuito de promover a justiça restaurativa por meio do preenchimento de vagas em universidades (LEMPERT, 2015). Desde o início dessa prática, houve questionamento acerca de sua compatibilidade com a 14^a. Emenda da Constituição estadunidense, que trata da proteção igualitária. Em uma de suas primeiras manifestações sobre o tema, no caso *Regents of the University of California v. Bakke*, de 1978, a Suprema Corte julgou inconstitucional a reserva de número fixo de vagas para as minorias; porém, julgou constitucionais as ações afirmativas desde que elas promovessem a diversidade estudantil.

Os fundamentos das ações afirmativas foram revisitados em outras decisões da Suprema Corte (LEMPERT, 2015). Em *Grutter v. Bollinger*, de 2003, foi reafirmada a ideia de que a raça do candidato poderia ser levada em consideração como parte de um processo holístico de admissão, mas dessa característica não deveria advir nenhum número fixo de vantagens para o candidato. Em *Fisher v. University of Texas*, de 2013, foi estabelecido que os programas de ação afirmativa deveriam sofrer severo escrutínio para serem considerados legítimos. Por fim, em 2023, nos casos *Students for Fair Admissions v. Harvard* e *Students for*

Fair Admissions v. University of North Carolina, as políticas afirmativas foram declaradas inconstitucionais por ferirem a 14ª. Emenda.

2.2 A Europa e o direito da antidiscriminação

A decisão estadunidense no caso *Brown v. Board of Education of Topeka* ofereceu condições para que o estudo da discriminação se espalhasse pelos países centrais, especialmente pela Grã-Bretanha e pela Comunidade Europeia. Esses precedentes serviram como estímulo para dar início a diversas políticas públicas, particularmente as realizadas por meio de agências governamentais especialmente criadas para combater a discriminação racial (HEPPLE, 2006).

Todavia, esses transplantes legais não tiveram uma recepção similar e automática nos países europeus. Antes, geraram *irritações* nos sistemas legais onde foram aplicados. Houve adaptações devido à realidade social onde essas medidas foram recepcionadas. Existiu também certa reação às normas vindas da União Europeia, pois os juristas nacionais consideraram-nas imposições unilaterais, como se um direito dito alienígena fosse trazido sem discussões para sistemas jurídicos nacionais que não o esperavam (HAVELKOVÁ e MÖSCHEL, 2019).

Boa parte das resistências observadas foi motivada por diferenças históricas e culturais próprias de cada país europeu. De fato, os fundamentos do direito da antidiscriminação estadunidense oferecem soluções individuais para as desvantagens sofridas por grupos sociais vulnerabilizados. Essa perspectiva destoa da visão mais comunitarista da Europa Continental, que prefere remédios coletivos para solucionar esses males (HAVELKOVÁ e MÖSCHEL, 2019).

A própria fundamentação do direito da antidiscriminação estadunidense difere da europeia. Para os juristas dos EUA, esse ramo do direito é considerado expressão da liberdade; portanto, é tido como um valor principiológico da cultura jurídica estadunidense. Para os europeus, a seu turno, a dignidade da pessoa humana informa o discurso de direitos humanos, com seus temas ligados à igualdade e à não-discriminação (MULDER, 2019).

Uma particularidade a ser considerada é que o precedente *Brown v. Board of Education of Topeka* veio em resposta a uma segregação histórica estabelecida pelo próprio Estado estadunidense em um contexto no qual a Guerra Fria ainda estava em seu auge (HEPPLE, 2006, p. 20):

There are also more deep-seated reasons for the divergence. One is the profoundly different contexts of racial disadvantage in the two continents. Brown has been

variously seen by commentators as an attempt to eradicate the legacy of slavery, to overturn compromises on black rights following emancipation, and to strengthen belief in the American system of government as superior to communism.⁵

Na Europa, não havia uma segregação racial histórica e explícita, como a existente nos EUA. Assim, os motivos imediatos para a implantação de normas de combate à discriminação foram episódios ligados às migrações de nacionais europeus e de habitantes das antigas colônias. Evidentemente, o quadro se alterou a partir da década de 2010, com as migrações de refugiados da guerra e da fome, vindos do Oriente Próximo e do Norte da África. A reação a esses movimentos humanos, até o momento, motivou o aumento da xenofobia em determinados setores das populações, o que possibilitou o fortalecimento de partidos nacionalistas e pertencentes ao espectro da extrema-direita na maioria dos países da Europa continental.

Por outro lado, as questões relacionadas à desigualdade de gênero são consideradas tão agudas na Europa quanto nos EUA. Por esse motivo, boa parte dos instrumentos teóricos utilizados para combater a discriminação racial foi utilizada no combate dessa forma de discriminação (HAVELKOVÁ e MÖSCHEL, 2019).

Na Europa, como nos EUA, os conceitos de discriminação direta e indireta se aproximaram porque muitos especialistas consideram que o fenômeno discriminatório é o mesmo⁶. Na *disparate impact*, nos EUA, a ideia seria a de que a única diferença entre esses conceitos seria a possibilidade de a discriminação ser justificada por alguma escusa razoável. A *disparate treatment*, a seu turno, não admitiria justificativas. Essa distinção foi fortalecida devido a uma crescente indisposição dos tribunais estadunidenses contra ações afirmativas (TOURKOKHORITI, 2015).

A União Europeia modificou esse enfoque e enfatizou a ideia da *disparate impact* centrada na norma geral com efeitos desproporcionais contra determinado grupo vulnerabilizado. A recepção envolveu inclusive uma preferência alternativa de nome dessa modalidade, a qual passou a ser chamada de *discriminação indireta*. A concepção europeia, portanto, está mais ligada à ideia de reparação e de ações afirmativas. Todavia, naquele continente, apesar de as ações afirmativas serem recomendadas, inexiste qualquer obrigação

⁵ Em tradução livre: “Há também razões mais profundas para a divergência. Uma delas é referente aos contextos profundamente diferentes de desvantagem racial nos dois continentes. Brown foi visto por vários comentaristas como uma tentativa de erradicar o legado da escravidão, derrubar compromissos sobre os direitos dos negros após a emancipação e fortalecer a crença no sistema de governo americano como superior ao comunismo.”

⁶ No Canadá, os conceitos foram unificados pela legislação (TOURKOKHORITI, 2015).

de os países-membros da comunidade adotarem medidas que as concretizem (TOURKOKHORITI, 2015).

Essas medidas antidiscriminatórias foram totalmente rejeitadas na França. A herança da Revolução Francesa fez com que quaisquer distinções entre os cidadãos fossem consideradas odiosas. Trata-se da ideia republicana de todos serem iguais perante a lei. Essa política *colorblindness* é tão aprofundada naquele país que sequer censos ou levantamentos administrativos para políticas públicas consideram a cor da pele das pessoas. Em seu lugar, existe uma visão de que a única forma de desigualdade a ser combatida é a socioeconômica. Por esse motivo, a administração pública francesa prefere adotar medidas redistributivas, como melhorias habitacionais em bairros com pior estrutura urbana. Como nesses locais residem as camadas menos favorecidas da população, há uma política afirmativa indireta em favor das populações discriminadas (ABDUCH, 2011).

Os EUA utilizam o precedente *Griggs v. Duke Power Co* para restringir a aplicação da *disparate impact* a determinadas etapas da relação de emprego, ou seja, à contratação e à promoção. Apenas nesses temas é possível aferir, por meio de comprovações estatísticas, a existência desse tipo de discriminação. Essa visão estrita impossibilita o efetivo combate à desigualdade salarial nas relações de gênero. A Europa, a seu turno, por ter desenvolvido outra visão, ligada à discriminação indireta, admite comparações estatísticas de salários entre homens e mulheres para combater eventuais resultados discriminatórios (TOURKOKHORITI, 2015).

Outro efeito dessa recepção é o fato de a Comunidade Europeia utilizar a fronteira nebulosa existente entre a discriminação direta e a indireta para inverter o ônus da prova da culpa nos casos de discriminação direta. A ideia é a de que a discriminação indireta ocorre porque se presume existir um intuito discriminatório oculto do agente; portanto, tais casos são tratados como se fossem de discriminação direta (TOURKOKHORITI, 2015). Como se percebe, trata-se de medida similar ao que ocorreu na história da responsabilidade civil brasileira, com a lenta evolução da responsabilidade aquiliana para a responsabilidade objetiva. Da mesma forma, na Europa, percebeu-se a dificuldade maior enfrentada pela vítima em provar a ocorrência da discriminação praticada por instituições.

Nesse ponto, cabe destacar que as particularidades das culturas jurídicas fizeram com que houvesse resistências inesperadas à recepção dessas normas. O caráter individualista do direito da antidiscriminação, de matriz estadunidense, fez com que os países nórdicos, como a Suécia, cuja cultura é mais coletivista, tivessem dificuldades em aceitar esse conjunto de normas em seu ordenamento (HAVERKOVÁ e MÖSCHEL, 2019).

Os países que pertenciam à antiga Cortina de Ferro tiveram outra ordem de dificuldades. Devido à política de isonomia socioeconômica praticada nos países socialistas, houve intenso *backlash* contra qualquer outra legislação que promovesse a igualdade, como a referente ao direito da antidiscriminação, particularmente nos tribunais. Nessas nações, houve a recusa do instituto da inversão do ônus da prova em casos que envolviam discriminação direta (HAVELKOVÁ e MÖSCHEL, 2019).

Deve-se frisar que, nos antigos países socialistas, o espaço público era dominado pelo Estado, o que fazia com que a população se refugiasse nas respectivas esferas privadas, especialmente na família, onde poderiam ter mais liberdade⁷. Essa predisposição para uma esfera livre da ingerência estatal levou à perpetuação de desigualdades geradas pelo patriarcado, o que fez com que a discriminação motivada pelo gênero se tornasse aguda em países como a República Tcheca, por exemplo. Para piorar, além dos estereótipos construídos em torno do papel reservado à mulher no espaço privado, a esfera pública lhe era interdita. Como resultado, há até hoje pouca receptividade na questão da discriminação pelo gênero naquele país (HAVELKOVÁ, 2017).

2.3 O Brasil e o direito da Antidiscriminação

O Brasil sempre teve dificuldades em reconhecer a existência de discriminação motivada pela cor da pele na sua realidade social. Apesar de ter sido o último país das Américas a extinguir a escravidão (FAUSTO, 2014), sempre prevaleceu em nosso país um discurso negacionista, sob a alegação de que o Brasil seria uma democracia racial. Sistemáticamente negou-se a existência do racismo no país sob a alegação de que nunca existiram leis que institucionalizassem essa prática, como o fizeram outros países, como a África do Sul e os EUA, os quais positivaram políticas segregacionistas em seu ordenamento jurídico.

No direito positivo brasileiro, o combate ao racismo no Brasil ocorreu primeiramente por meio da Lei Afonso Arinos (Lei 1.390/1951), que tipificou a discriminação direta motivada pela cor de pele como contravenção penal. Mais tarde, para se adequar ao regime da Constituição Federal de 1988, o racismo foi tipificado como crime pela Lei Caó (Lei 7.716/1989).

⁷ Perceba-se que há uma inversão relativamente aos propósitos da segunda onda feminista, que defendia a invasão do espaço público pelas mulheres e a publicização da esfera privada: O *pessoal é político* era o lema adotado pelo movimento feminista de então.

Percebe-se, portanto, que no Brasil, à semelhança do que ocorreu na França (HAVELKOVÁ e MÖSCHEL, 2019), a proteção contra condutas discriminatórias foi primeiramente conduzida pelo direito penal. Essa história comum gerou paradoxos similares: nos dois países, a perspectiva criminal fez com que os juristas relacionassem o racismo a um determinado tipo penal, o que tornaria sempre necessária a comprovação do elemento subjetivo do tipo, mesmo quando a matéria estivesse sendo discutida no juízo cível.

Por esse motivo, os juristas brasileiros e os franceses associam o fenômeno discriminatório à discriminação direta para a qual a intenção do agente é fundamental. Essa visão fez com que ocorresse um reducionismo acerca do que é considerado discriminação. Pior ainda, esse conceito estrito jamais levou os tribunais brasileiros a considerarem a inversão do ônus da prova, com ocorre na Europa. Assim, há grande dificuldade de o autor constituir provas nas demandas nas quais uma grande instituição se encontra no polo passivo.

São razões como esta que fazem com que o Prof. Adilson José Moreira destaque que a ênfase no combate apenas a esse tipo de discriminação abre espaço para serem questionadas abertamente políticas mais efetivas, como as que buscam proteger populações (ações afirmativas, por exemplo), e não apenas indivíduos. A discriminação direta *“está baseada na premissa de que os atores sociais sempre atuam racionalmente; a discriminação seria então um desvio desse padrão e, assim, só pode ser compreendida como um elemento comportamental. Portanto, ela não possui um aspecto coletivo, nem pode estar ligada ao funcionamento de instituições”* (MOREIRA, 2017, p. 102).

Frisa-se ainda que os juízes brasileiros raramente aceitam provas estatísticas como prova da existência de discriminação (MOREIRA, 2020). Essa falha na formação das escolas jurídicas faz com que a análise de casos de discriminação indireta seja inviabilizada. Nos EUA, ao contrário, a prova estatística atinge níveis insofismáveis de excelência, com peritos especializados nessas técnicas em todos os tribunais.

A discriminação indireta foi reconhecida em precedentes do Supremo Tribunal Federal – STF, mas inexistia lei específica que a regule. O primeiro julgado no qual foi mencionada essa forma de discriminação ocorreu por meio do acórdão que decidiu a Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI-MC 1.946, em 29/04/1999 (STF, 1999), que teve o mérito julgado em 03/04/2003. Na oportunidade, foi declarado que o artigo 14 da Emenda Constitucional – EC 20/1998, que fixou limite para os benefícios do Regime Geral da Previdência Social, não abrangeria o salário da licença-gestante, o qual poderia, então, ultrapassar esse limite

Naquele acórdão, o voto do Ministro Nelson Jobim fundamentou-se nos precedentes da Suprema Corte norte-americana que construíram o Direito da Antidiscriminação. Para justificar seu posicionamento, usou como paradigma o “*case Griggs v. Duke Power*” e mencionou expressamente a figura do *disparate impact*. Aquele magistrado explicou que a EC 20/1998 seria uma norma aparentemente neutra, mas que sua aplicação produziria discriminação contra um determinado grupo (mulheres em licença-maternidade), de forma não-intencional, não desejada pelo legislador. Ao comentar o voto do ministro, o Professor Roger Raupp Rios ensinou que (RIOS, 2008, p. 206):

Impende registrar-se que o voto do Ministro Nelson Jobim referiu-se, de modo explícito, à doutrina do *disparate impact* no direito estadunidense e à sua compreensão do princípio da igualdade no direito brasileiro. Combinando a previsão da igualdade com o art. 3º., III e IV, o inciso XLI do art. 5º. e o inciso XXX do art. 7º., o voto invocou o caso Griggs e condenou a discriminação indireta, vale dizer, aquela decorrente de efeitos discriminatórios não intencionais sobre determinado grupo (no caso, as mulheres).

Deve ser também mencionada como exemplo de reconhecimento dessa modalidade de discriminação, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 291, que questionava a constitucionalidade do artigo 235 do Código Penal Militar, julgada em 28/10/2015 (STF, 2015). Este conjunto de normas considera como crime a “*pederastia ou outro ato de libidinagem*” e sujeitava à detenção o militar que “*praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar*”. O Ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto, afirmou que a tipificação desse crime constituiria discriminação indireta contra militares homossexuais masculinos, pois apesar de ser norma aparentemente neutra, teria impacto desproporcional contra essa população.

Por fim, merece citação a ADI 5.543, de 11/05/2020, que declarou a inconstitucionalidade da Portaria 158/2016, do Ministério da Saúde, e da Resolução da Diretoria Colegiada 34/2014, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (STF, 2020). Esses textos estabeleciam normas aparentemente gerais, mas que discriminavam indiretamente homens gays, bissexuais e mulheres trans.

Em contraponto, deve-se mencionar o crescente poder exercido por setores conservadores, principalmente ligados a igrejas evangélicas, que impedem a formalização da conquista de direitos reprodutivos e sexuais, em benefício de uma visão patriarcal e homofóbica da sociedade (LACERDA, 2019). Por esse motivo, a maioria dos direitos conquistados pelas minorias sexuais e de gênero se deu pela atuação do poder judiciário, especialmente por meio de sua atuação contramajoritária. Em contexto global, o Brasil se

encontra entre os maiores alvos da extrema-direita global, que conquistou o controle de boa parte dos legislativos e que pretende retrocessos na área dos direitos sexuais e reprodutivos.

Quanto às ações afirmativas, existem leis que instituem cotas raciais nas universidades federais (12.711/2012) e em concursos públicos (12.990/2014). Questionado acerca da compatibilidade dessas normas com a Constituição, o STF considerou-as constitucionais por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 186-DF (STF, 2012), de 26/04/2012; e da Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC 41-DF (STF, 2017), de 08/06/2017. Como resultado dessas políticas, o déficit racial de negros em universidades foi reduzido e o número de estudantes negros que se encontram no ensino superior atingiu números próximos aos da efetiva composição da população brasileira (MOREIRA, 2020).

Todavia, à semelhança do que ocorre com o combate à discriminação racial, o Brasil ainda tem um longo caminho a ser percorrido no combate à desigualdade de gênero. Carreiras consideradas exclusivamente masculinas, como as militares foram aos poucos abertas para as mulheres. Porém, mesmo em profissões que não ofereciam restrições explícitas à participação feminina, as mulheres ainda se encontram em número diminuto e um número pouco representativo chega à cúpula das instituições.

Ações afirmativas foram apresentadas como solução para sanar essa falta de isonomia. Na Justiça Eleitoral, até a data de confecção deste artigo, ainda perduram as cotas de gênero estabelecidas pela Lei 9.504/1997 nas disputas para cargos eletivos proporcionais. De acordo com aquela norma, cada partido político deve preencher um percentual de ao menos 30% de candidaturas femininas entre seus candidatos. O Poder Judiciário, a seu turno, por meio do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, propôs diversas políticas de isonomia de gênero. A proposta mais recente busca a paridade de gênero nas promoções de juízes e de juízas para tribunais de segunda instância⁸.

Todavia, como ressaltado, existe resistência à implantação de políticas afirmativas como instrumento hábil a combater a discriminação. Um motivo que colabora para essa oposição é a percepção, mesmo entre os operadores do direito, da discriminação direta como única modalidade de discriminação existente no ordenamento jurídico nacional. É certo que apenas esta foi positivada, o que contribui para sua posição de centralidade; porém, não se pode desconhecer a existência de outras modalidades, como a discriminação indireta, a institucional e a estrutural. Existem ainda, documentados na literatura jurídica, as

⁸ A proposta se encontra atualmente em discussão no CNJ por meio do Ato Normativo 0005605-48-2023.2.00.0000.

conceituações de outros mecanismos discriminatórios, como as microagressões e o privilégio (MOREIRA, 2020).

No Brasil, a vinculação da discriminação direta com o direito penal, à semelhança do que ocorre no direito francês (HAVELKOVÁ e MÖSCHEL, 2019), é outro motivo que dificulta o combate à discriminação. Como ressaltado, essa visão reducionista do fenômeno faz com que seja necessário à vítima comprovar a intenção discriminatória do agente. Em diversos países europeus, há mecanismos que permitem o combate mais efetivo, com resultados positivos para o autor da ação. Como exemplos, podem ser mencionados a concepção canadense e europeia de que o fenômeno discriminatório é uno, sem distinções entre as discriminações direta e indireta, além da inversão do ônus da prova (HAVELKOVÁ e MÖSCHEL, 2019).

Nessa perspectiva, conquistas sociais como a criminalização da homotransfobia, podem acarretar efeitos indesejados. O reforço da vinculação do direito penal ao fenômeno discriminatório é um destes. Como nestes episódios há necessidade de comprovar a intenção/dolo do agente, essa comprovação é praticamente impossível para a vítima em determinadas circunstâncias, principalmente quando esta enfrenta instituições. Como comprovar que ela deixou de ser contratada para determinado emprego ou de ser promovida para uma posição de gerência em razão de determinada característica que a distingue e a subalterniza no contexto social? Como comprovar que a dispensa do emprego se deu por motivos discriminatórios? Ou como provar que determinado tratamento indigno oferecido por um prestador de serviços foi motivado por racismo ou por outra interseccionalidade de discriminação?

Estes são impasses que nossa tradição jurídica oferece e que deixam impunes muitos agentes que, munidos ou não de propósito discriminatório, praticam discriminação contra populações subalternizadas.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como exposto neste texto, o direito da antidiscriminação teve origem nos EUA, principalmente a partir do precedente *Brown v. Board of Education of Topeka*, que combateu a política de segregação naquele país. Seus institutos principais, como os de *Disparate Impact*, *Disparate treatment* e ações afirmativas foram levados para diversas jurisdições. Todavia, cada um desses países que foi destinatário desses conceitos possuía histórias de desigualdade social e cultura jurídica diversas da realidade estadunidense. Assim, para cada nação, a recepção desse conjunto de normas ocasionou *irritações* legais. Essas manifestações

resultaram em diferentes reações, as quais ocasionaram modificações nos institutos jurídicos *transplantados*.

Essa situação se manifestou nitidamente na Europa. Algumas jurisdições não aceitaram conceitos do direito da antidiscriminação, seja pelas suas tradições jurídicas, seja pela forma como a Comunidade Europeia adotou essas legislações.

O direito da antidiscriminação não ficou estático no país no qual teve suas origens. Ao contrário: esses institutos jurídicos sofreram modificações nos EUA. É o caso das ações afirmativas, as quais passaram continuamente por diversas restrições, desde a vedação à existência de cotas numéricas até serem finalmente consideradas inconstitucionais no próprio país que as criou. Em sentido contrário, essas políticas originadas nos EUA permanecem, de forma mais audaciosa no Brasil e em determinados países da Europa.

O Brasil, apesar de ser uma sociedade historicamente desigual, acatou muitas das soluções veiculadas por esse ramo do direito. Decerto houve resistências, como as opostas às ações afirmativas raciais, as quais tiveram sua validade discutida no STF. Aliás, boa parte do direito da antidiscriminação nacional foi objeto de construção judiciária, desde a recepção do conceito de discriminação indireta até o reconhecimento da tipificação criminal da homotransfobia.

Um limitador do alcance do direito da antidiscriminação brasileiro é sua estreita ligação com o direito penal, de forma semelhante ao direito francês. Essa característica pode ser observada na extensão da Lei Caó para os episódios de discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero. Apesar de representar um avanço no tratamento da isonomia formal das pessoas, esse tratamento vinculado ao direito punitivo acaba por reforçar a ideia de que a discriminação direta é a única modalidade existente no nosso ordenamento jurídico. Essa característica reforça o senso comum jurídico de que a discriminação apenas pode ser intencional, intersubjetiva e arbitrária.

4. BIBLIOGRAFIA

ABDUCH, S. C. **Positive Discrimination: A comparative perspective between the United States Brazil and France.** 1. ed. Toulouse/FR: Dissertação (Master of International and Comparative Law) - University of Toulouse, I Capitole, 2011. 55 p.

FAUSTO, B. **História Concisa do Brasil.** 3. ed. São Paulo: Edusp, 2014.

HAVELKOVÁ, B. **Gender Equality in Law: Uncovering the legacies os Czech State socialism.** 1. ed. Oxford/GB: Hart Publishing, 2017.

HAVELKOVÁ, B.; MÖSCHEL, M. **Anti-discrimination Law in Civil Law Jurisdictions**. 1. ed. Oxford (GB): Oxford University Press, 2019.

HEPPLE, B. The European Legacy of Brown v Board of Education. **University of Illinois Law Review**, Chicago, 05 Abr 2006. 605-623.

KLARMAN, M. J. **From Jim Crow to Civil Rights: The Supreme Court and the Struggle for Racial Equality**. 1. ed. New York: Oxford University Press, 2004.

LACERDA, M. B. **O Novo Conservadorismo Brasileiro: De Reagan a Bolsonaro**. 1. ed. Porto Alegre: Zouk, 2019.

LEMPERT, R. Ação afirmativa nos Estados Unidos: breve síntese da jurisprudência e da pesquisa social científica. **Sociologias**, Porto Alegre, set-dez 2015.

MINOW, M. Brown v. Board in the World: How the Global Turn Matters for School Reform, Human Rights, and Legal Knowledge. **San Diego Law Review**, San Diego, 2013. 1-27.

MOREIRA, A. J. **Tratado de Direito Antidiscriminatório**. 1. ed. São Paulo: Contracorrente, 2020.

MOREIRA, J. **O que é Discriminação?** Belo Horizonte: Editora Letramento, 2017.

MULDER, J. Cultural Narratives and the application of non-discrimination law. In: HAVELKOVÁ, B.; MÖSCHEL, M. **Anti-discrimination law in civil law jurisdictions**. 1. ed. Oxford/GB: Oxford University Press, 2019. p. 31-55.

PIHLAJAMÄKI, H. T. Merging Comparative Law and Legal History : Towards an Integrated Discipline. **American Journal of Comparative Law**, Oxford/US, December 2018. 1-18.

RIOS, R. R. **Direito da Antidiscriminação. Discriminação direta, indireta e ações afirmativas**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SETTI, M. G.; FACHIN, M. G. Entre Resistência, Convergência e Engajamento: Direito constitucional comparado e migrações constitucionais. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, 2022. 1-25.

STF. MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE : ADI-MC 1946 DF. Relator: Ministro Sydney Sanches. DJ: 29/04/1999. **STF**, 1999. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347341>>. Acesso em: 28 jul. 2022.

STF. **STF**, 26 Abr 2012. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 21 Set 2023.

STF. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL : ADPF 291 DF. Relator: Ministro Roberto Barroso. DJ: 28/10/2015. STF, 2015. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10931627>>. Acesso em: 29 jul. 2022.

STF. STF, 08 Jun 2017. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375729>>. Acesso em: 21 Set 2023.

STF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE : ADI 5543 DF. Relator: Ministro Edson Fachin. DJ: 11/05/2020. STF, 2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753608126>>. Acesso em: 30 jul. 2022.

TEUBNER, G. Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences. **The Modern Law Review**, Oxford/GB, Jan 1998. 11-32.

TOURKOKHORITI, I. Disparate impact and Indirect Discrimination: Assessing responses to Systemic discrimination in the U.S. and the E.U. **European Journal of Human Rights**, Brussels/BE, 2015. 297-324.