

Dossiê Temático “Igualdade e Diferença: Dilemas e Desafios do Uso de Categorias Identitárias para a Promoção dos Direitos Fundamentais de Minorias Políticas”

Igualdade¹ Revisitada

SUSANNE BAER

Universidade Humboldt de Berlim. Berlim, Alemanha.

Marianna Borges Soares (Trad).²

Ligia Fabris (Rev).³

SOBRE A INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 3º DA LEI FUNDAMENTAL ALEMÃ E DOS PRINCÍPIOS INTERNACIONAIS SOBRE TRATAMENTO IGUALITÁRIO

A europeização e globalização demandam um resgate dos desafios fundamentais na aplicação e interpretação do mandamento constitucional da igualdade de tratamento. Tais desafios não devem ser reduzidos a uma fórmula ou a uma agenda limitada, uma vez que aí se encontra o perigo de hierarquizar desigualdades. O que se busca é uma compreensão não enviesada sobre o direito ao tratamento igualitário, sobretudo nos casos que suscitam polêmicos debates sociopolíticos.

I – POR QUE O RESGATE VALE A PENA

Igualdade! O que precisa ser dito sobre isso já é amplamente sabido. A sua implementação como um ponto de partida para o tratamento igualitário entre homens e mulheres foi fruto de luta, que culminou em sua positivação textual na Lei Fundamental alemã de 1949, além de ser implementada caso a caso por corajosas e criativas advogadas, requerentes e também juízas, assim como por igualmente corajosas e criativas iniciativas legislativas formuladas em ministérios e frentes parlamentares... – ou seja, de igualdade

1 N. T.: A palavra utilizada no título original é “*Gleichberechtigung*”, que significa especificamente “direito ao tratamento igualitário”. Optamos por utilizar “igualdade” no título, pois entendemos que o conteúdo que o texto propõe não fica prejudicado, além de facilitar a compreensão de leitores e leitoras.

2 Orcid: <<https://orcid.org/>>.

3 Orcid: <0000-0002-8266-3734>.

nós entendemos bem. No entanto, parece-me que vale a pena um resgate: revisitado o direito ao tratamento igualitário. É preciso observar da forma menos enviesada possível, ou seja, com a transparência da competência jurídica, refletir criticamente e perguntar exatamente o que é a igualdade, para além do que diz o art. 3º da Lei Fundamental alemã.

Há muitos argumentos a favor disso. Um deles se relaciona com as relações jurídicas transnacionais da atualidade. Não é mais possível pensar o direito e o direito constitucional à igualdade, em tempos de europeização e globalização, sem considerar os mandamentos internacionais sobre tratamento igualitário. Há quem entenda isso como uma ameaça e demonstre inquietação quando esse pluralismo jurídico pós-nacional entra em vigor. Trata-se, no entanto, de um enriquecimento quando a proteção aos direitos fundamentais e direitos humanos é ancorada em diversas instâncias. Direitos fundamentais e direitos humanos não devem ser relativizados sob o manto da europeização ou da internacionalização. Em questões sobre o direito à igualdade, não devemos arriscar nenhum retrocesso, nem mesmo no que se refere à discricionariedade de Estados nacionais. Claro que é mais fácil falar do que fazer. Por isso, vale a pena olhar novamente essas questões mais de perto.

II – PRINCIPAIS DESAFIOS DA IGUALDADE

O ponto de partida é demasiadamente óbvio: a igualdade é a pedra angular do atual constitucionalismo, mundialmente reconhecido, se não mundialmente concretizado. Não há constituição nacional e documento internacional de proteção de direitos fundamentais e direitos humanos em que não esteja prevista garantia à igualdade. Contudo, com um olhar mais apurado, torna-se evidente que a “igualdade” é concebida de formas muito, muito diferentes. Há ao menos três problemas que continuarão a representar desafios a serem superados no futuro.

O primeiro problema é o problema da fórmula: muitas cláusulas de garantia de igualdade não tangenciam a questão da discriminação nem expressamente, tampouco na sua interpretação majoritária. Ao invés disso, se contentam com a mera concepção de um tratamento igualitário racional⁴.

4 N. T.: A autora, em outra oportunidade, esclarece que o entendimento sobre igualdade enquanto uma obrigação de agir racionalmente (ou, ainda, um direito à racionalidade, uma garantia de racionalidade ou um teste de racionalidade) consiste em não diferenciar indivíduos de maneiras irracionais, porque todos somos essencialmente iguais. Esse direito ao tratamento igualitário deriva de um conceito de humanidade, apresentado principalmente na racionalidade kantiana. Em outras palavras, a igualdade equivale à proibição da arbitrariedade e, portanto, à obrigação de agir racionalmente. No entanto, reconhece que, historicamente, o foco na racionalidade pode ter enfraquecido as pretensões para estabelecer o tratamento igualitário. A

Elas já se encontram (cuidadosamente) sintetizadas ou são interpretadas de forma extremamente sucinta, assim como uma fórmula.

O segundo problema é o problema da agenda: se as cláusulas de garantias de igualdade são redigidas de forma mais longa, elas tangenciam algumas áreas problemáticas que provaram historicamente consistir em injustiças. A lista do art. 3º, III, da Lei Fundamental alemã é apenas um exemplo de muitos: de acordo com esse dispositivo, o direito ao tratamento igualitário é garantido especialmente em virtude de certas características pessoais. Só que: nem todas as questões de discriminação que nos preocupam hoje e das quais as pessoas sofrem foram nomeadas. A lista é contingente e por isso demasiadamente curta; muito não se encontra na agenda de proteção a direitos fundamentais e direitos humanos.

O terceiro problema é o problema da hierarquização: tanto no texto quanto na interpretação, algumas coisas são iguais, outras são ainda mais iguais, de modo que algumas outras permanecem notoriamente desiguais. Essa pode ser uma diferenciação razoável, porque nem todas as desigualdades são iguais às outras. No entanto, não é incomum ocorrer hierarquizações, quando valoradas de formas diferentes – tendo em vista que atores legais (você, nós...) percebem a discriminação de formas absolutamente diferentes. Algumas são ruins, outras... não tão dramáticas, certo? Esse é o problema da hierarquização dentro das cláusulas de garantia da igualdade.

Esses três desafios – fórmulas simplificadas, agenda limitada, hierarquização interna – sempre nos manterão ocupados. Isso pode ser bem explicado a partir de um tema atual, qual seja, o casamento gay. Eis três observações preliminares sobre isso:

- Em primeiro lugar: não dê as costas agora porque você acha que não se trata de igualdade de direitos ou de relações de gênero. Trata-se exatamente disso. Não só toda discriminação baseada na orientação sexual é profundamente sexista, mas também está substancialmente relacionada à discriminação baseada no gênero. Da mesma forma, não avançaremos em nossos esforços para alcançar a igualdade em cada caso, se não compreendermos o significado de igualdade com precisão, em cada caso individualmente. O quão inconsistente isso ainda parece no momento é

fraqueza desse conceito de igualdade deriva do teste de similaridade: quanto mais entendemos as pessoas ou situações como diferentes, menos exigimos igualdade para elas. Cf. BAER, Susanne. "Equality". The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, 2012, p. 986. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1123&context=book_chapters>.

evidenciado pelas decisões mais recentes, e não apenas as alemãs, sobre o casamento gay.

- Segundo: o exemplo não é somente atual, ele mostra também, de forma quase paradigmática, como as questões jurídicas transfronteiriças são discutidas hoje. Em junho de 2013, a Suprema Corte estadunidense decidiu o que é tradicionalmente seguido atentamente na Alemanha; as decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos e do Tribunal Constitucional alemão datam de fevereiro de 2013. Também houve decisões da Corte Europeia de Justiça e de várias outras cortes constitucionais nacionais – México, Espanha, Uruguai, África do Sul, entre outros. Quem pensar internacionalmente encontrará muito conteúdo aqui.
- Terceiro: sequer existe um “casamento gay”, razão pela qual o esclarecimento é necessário. Ao contrário de todas as manchetes, dos jornais mais conservadores aos mais progressistas, o legislativo alemão não apenas decidiu contra a normatização do casamento homoafetivo. Alguns países seguiram o simples caminho da regulamentação, para deixar evidente que o casamento não é uma instituição heteronormativa, mas aberta a heterossexuais e homossexuais. No entanto, este não é um “casamento gay”, mas sim a abertura do casamento a todos que desejam um compromisso permanente como casal. O bordão, no entanto, ainda é popular – e muitas vezes usado com intenção polarizadora para marcar direitos especiais que não estão em questão. O que é chamado de “casamento gay” é, na verdade, a questão fundamental do direito ao tratamento igualitário, só que: revisitado. E há três problemas – fórmulas simples, agenda limitada e hierarquização interna – que merecem atenção.

10 PROBLEMA DA FÓRMULA

A complexidade da discriminação não pode ser englobada em um pensamento simplificado de igualdade. O texto curto sugere isso, e tem ainda uma qualidade estética: “Todas as pessoas são iguais perante a lei”. Mas na sua aplicação surgem questões problemáticas.

Inicialmente, a frase simplificada visa apenas um tratamento igualitário racional. Em seguida, está implícita a pressuposição de que, de início, as coisas são essencialmente iguais e que o direito à igualdade só se aplica se o legislador criar desigualdades. A racionalidade também é suficiente quando o mundo, pelo menos para os sujeitos de direito, inicialmente parece

igual. No direito civil, isso é conhecido por ser uma ficção altamente útil, mas termina quando a paridade contratual é estruturalmente perturbada. A discriminação vive precisamente de falhas estruturais, e tal fato representa uma por si só. Por isso, não basta querer reagir a ela com uma fórmula simplificada. Quem se omite diante dela relativiza o significado de igualdade.

Esse problema pode ser visto na recente jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, que teve que manejar a curta fórmula da 14ª Emenda⁵. Tradicionalmente, esta Corte – como muitas outras – sempre se interessou prioritariamente em verificar se as coisas são similares (*similarly situated*). O que é semelhante deve ser tratado da mesma forma, e o que é diferente não é amparado pelo direito à igualdade.

Nesse sentido, a discriminação contra mulheres grávidas ou mães não é um tratamento desigual com base no gênero, por exemplo, mas uma diferença com a qual temos que lidar⁶. O Tribunal Constitucional alemão vê isso de forma diferente⁷. Já a Suprema Corte dos EUA, no caso *EUA v. Windsor*, de 26 de junho de 2013, decidiu de forma muito progressista - isto é, se acreditarmos na mídia. Aquela senhora idosa que se recusou a pagar o imposto sobre herança para não cônjuges, após a morte de sua esposa, com quem se casara no Canadá, venceu o caso⁸. Mas a decisão foi tomada por uma maioria apertada (5:4). Não raro isso indica um consenso difícil. Qual foi o preço nesse caso?

A mais alta Corte estadunidense declarou inconstitucional uma regra que definia o casamento como exclusivamente heterossexual⁹, a fim de – essa era a motivação declarada do legislador – excluir homossexuais

-
- 5 Trata-se de uma emenda constitucional extremamente controversa de 1868, direcionada contra a escravidão e que diz sobre a igualdade: “Nenhum Estado deve... negar a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção das leis”. O parágrafo 2 regula o direito ao voto exclusivamente masculino, para cidadãos com mais de 21 anos de idade, sem antecedentes criminais, o que significa que os homens afro-americanos encarcerados desproporcionalmente não têm o direito de votar.
 - 6 As principais decisões são da Suprema Corte dos EUA, *Geduldig/Aiello*, 417 US 484 (1974); *General Electric/Gilbert*, 429 U.S. 125 (1976).
 - 7 Cf. Tribunal Constitucional alemão (Primeiro Senado), NZA 2011, 857 §54 = NJW 2011, 2639 L (Regulamento sobre gravidez ou maternidade diferenciada diretamente de acordo com o sexo; “aplica-se normativamente, categoricamente apenas às mulheres”, com referência ao §3 I 2 da Lei alemã de Antidiscriminação (AGG); Art. 2 II lit. c RL 2006/54/EG e várias decisões da Corte Europeia de Justiça, incluindo NJW 2011, 2343, Danosa.
 - 8 N. T.: Edith Windsor e Thea Spyer viveram por quarenta anos juntas e, finalmente, casaram-se em 2007 no Canadá, onde o casamento entre pessoas do mesmo sexo era permitido. Nos EUA, em geral, o casamento é reconhecido de acordo com a lei de cada Estado e no caso de falecimento de um(a) das/os cônjuges, a herança é isenta de tributos federais para o(a) cônjuge sobrevivente. Ao tempo da morte de Spyer, uma lei estadual de Nova York reconhecia o seu casamento; no entanto, a Receita Federal estadunidense negou a Windsor a isenção do tributo sobre herança, alegando que a lei federal conhecida como Lei de Defesa do Casamento (*Defense of Marriage Act – Doma*) não reconhecia a união de Windsor e Spyer para fins de isenção fiscal.
 - 9 A Suprema Corte dos EUA segue as decisões dos tribunais de Boston e Nova York.

dela; este é um caso muito incomum de discriminação porque o legislador expressamente desejou excluir um grupo muito específico. Mas se apenas aquilo que específica e explicitamente exclui determinados grupos violasse o direito fundamental à igualdade, uma grande parte do que constitui discriminação não poderia ser contestada pelo direito constitucional. Não é reconfortante que a Suprema Corte, na decisão de Windsor, recorra repetidamente à dignidade humana, que não está expressamente garantida pela Constituição estadunidense. Isso pode soar forte aos ouvidos europeu-kantianos, mas é fraco. Caso a igualdade seja invocada contra as violações da dignidade humana, contra os excessos brutais, isso não protege contra a discriminação, que funciona de maneira muito mais sutil, cotidiana, mas também mais sistemática, mais estrutural. Além disso, a Suprema Corte proferiu quatro outras decisões quase simultaneamente, nas quais a proteção contra a discriminação tendeu ao enfraquecimento¹⁰. Nelas, a Corte claramente se baseia em um entendimento formalmente simétrico de igualdade, muito distante de qualquer análise substancial do que constitui discriminação. No geral, essa evolução é motivo de preocupação; o progresso nas questões de igualdade é extremamente limitado, apesar da implementação do caso Windsor na legislação tributária.

A Corte Europeia de Direitos Humanos tradicionalmente enfrenta um problema semelhante ao lidar com uma fórmula curta de igualdade. O art. 14 da Convenção Europeia de Direitos Humanos é formulado de forma relativamente frágil, uma vez que não proíbe a discriminação por si só, mas apenas no que diz respeito aos direitos fundamentais previstos na Convenção. O Conselho da Europa reagiu a essa relativa fragilidade com protocolos adicionais, que a Alemanha, aliás, ainda não ratificou¹¹. O Conselho tornou, assim, o art. 14 da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) revisitado. A Corte Europeia realizou várias interpretações sobre esse tema. De fato, enfatiza-se constantemente que o art. 14 da CEDH não tem um significado intrínseco no que se refere aos direitos humanos¹². Contudo, a

10 Fisher/University of Texas, 570 US n. 11-345 (2013): remissão a ação judicial de uma estudante branca contra ação afirmativa contra racismo no ingresso na universidade; Condado de Shelby/Holder, 570 US n. 12-96 (2013): fim das ações afirmativas contra o racismo devido a mudanças na situação real; Vance/Ball State University, 570 US n. 11-556, (2013): interpretação restritiva de "superiores" na lei contra o assédio racial no local de trabalho; Universidade de Medicina do Sudoeste do Texas (Texas South Western Medical)/Nassar, 570 US n. 12-484 (2013): menor proteção contra atos de vingança por reclamações sobre assédio no local de trabalho.

11 O Conselho da Europa consagrou a igualdade independente dos cônjuges no 7º Protocolo Adicional no art. 5º, de 1966 (assinado pela Alemanha em 19 de março de 1985, mas não ratificado). A Carta Social Europeia foi ratificada, atualmente com uma versão revista, englobando, entre outros, o direito a salários justos.

12 Exemplarmente, Corte Europeia de Direitos Humanos, decisão v. 13 de novembro de 2012 – 37359/09, BeckRS 2013, 05181 n. 61 – H/Finlândia (recurso ao art. 14 ECHR rejeitado; em 29 de abril de 2013,

Corte Europeia de Direitos Humanos também decidiu que a violência doméstica, por exemplo, pode ser considerada discriminação institucional se as autoridades não oferecerem proteção adequada¹³. Da mesma forma, a Corte considerou os casos de segregação étnica na educação escolar uma violação de direitos humanos¹⁴. Afinal, é possível fazer alguma coisa com fórmulas curtas.

O modo como isso continuará – com um robusto direito à igualdade ou com uma fórmula frágil – depende, como em outros lugares, do que advogadas e ONGs fazem com base no que a Corte formulou até o momento. A força de um direito humano à igualdade também depende de quão estreita ou ampla é a margem de atuação que cada Estado deve ter quando se trata de “estratégias sociais”, como afirma a Corte Europeia de Direitos Humanos¹⁵. A Corte entendeu que nenhum Estado é obrigado a abrir o casamento heterossexual a homossexuais. Isso se sustenta? Existem bons argumentos para a margem de tolerância de cada Estado, mas isso também se aplica caso relações íntimas não sejam reconhecidas e nem protegidas simplesmente por causa da escolha do parceiro? Isso ainda pode nos manter ocupados.

2 0 PROBLEMA DA AGENDA

Um olhar sobre os EUA e sobre o Conselho da Europa nos diz que, ao menos quanto ao direito ao tratamento igualitário, fórmulas curtas não são suficientes quando se trata de discriminação. Mas quem tem mais do que fórmulas curtas, tem – em segundo lugar – o problema da agenda. Tal problema surge quando uma lei de igualdade é direcionada explicitamente a desigualdades selecionadas, como o art. 3º, III, da Lei Fundamental alemã, o art. 14 da CEDH e qualquer outra lista taxativa de características passíveis de discriminação. Essas listas refletem o que ocupava os constituintes, os legisladores ou as partes contratantes, o que estava em sua agenda. A concepção então padronizada de discriminação é conseqüentemente contingente: há muito tempo lutamos contra o sexismo, hoje também contra a homo-

remessa de acordo com o art. 43 Convenção Europeia de Direitos Humanos à Grande Câmara).

- 13 Corte Europeia de Direitos Humanos, decisão v. 9 de junho de 2009 – 33401/02, BeckRS 2009, 15505 – Opuz/Turquia; Decisão v. 28 de maio de 2013 – 3564/11 – Eremia et. al./Moldávia.
- 14 Corte Europeia de Direitos Humanos, decisão v. 13/11/2007 – 37325/00 – DH et. al./República Tcheca (as crianças ciganas eram desproporcionalmente – na razão de 27:1 – enviadas para “escolas especiais” para crianças com deficiências mentais); s. uma. Decisão v. 5 de junho de 2008 – 32526/05 – Sampanis/Grécia (aulas preparatórias segregadas).
- 15 Cf., entre outros, Corte Europeia de Direitos Humanos, decisão. v. 12. 4. 2006 – 65731/01, 65900/01 – Stec et al./Reino Unido.

fobia, esperançosamente de forma crescente e mais contundente contra o racismo e, no futuro, contra o capacitismo – e esses são termos e objetivos que não estavam presentes décadas atrás. Mas também não sabemos do que as regras contra a discriminação terão que proteger no futuro. As coisas estão em constante mudança, *panta rhei*¹⁶. Isso se aplica a todo o ordenamento jurídico, que até hoje tem se reproduzido de maneira estruturalmente conservadora. No entanto, existe um problema específico no que se refere à igualdade, porque não é apenas a ignorância histórica que mantém certos problemas de discriminação fora da agenda da maioria legislativa. Nesse sentido, uma vez padronizada a agenda, ela não deve impedir que qualquer forma de discriminação seja firmemente combatida.

Essa discussão se renova em Estrasburgo, onde se encontra a sede da Corte Europeia de Direitos Humanos, mas também aparece com bastante clareza na Alemanha. O art. 14 da CEDH normatiza uma expressiva agenda anti-discriminação em que muitos marcadores sociais, que historicamente marcaram desvantagens na Europa, são nomeados: gênero, raça, cor da pele, idioma, religião, cosmovisão, origem, riqueza, nascimento, etc. O que falta, no entanto, e é relevante para nosso exemplo, é a identidade sexual. Ela não estava na agenda de direitos, ainda que – de forma sensata – à época fora incluída a proibição à discriminação em razão de “outras condições”, de modo que a lista foi mantida em aberto.

A Corte também deixa a lista aberta à argumentação. Foi decidido que as características pessoais que levam a desvantagens semelhantes às mencionadas no art. 14 da CEDH também deveriam ser avaliadas com o mesmo rigor, ou seja, que o tratamento desigual nesses casos seria igualmente difícil de justificar¹⁷. Portanto, no caso de *X et al. v. Áustria*, Estrasburgo decidiu, em fevereiro de 2013, que homossexuais não podem ser proibidos de adotar uma criança unicamente em virtude de sua orientação sexual¹⁸. Após a decisão de *EB v. França*¹⁹, isso não foi uma grande surpresa, mas, como sabemos, nada é escrito em pedra na Corte. O problema da agenda é, de fato, resolvido com base na interpretação. “Igualdade” aqui significa uma

16 N. T.: Aforismo atribuído ao filósofo grego Heráclito que significa “tudo está em movimento” ou “tudo está em constante transformação”.

17 Corte Europeia de Direitos Humanos, decisão v. 13 de novembro de 2012 – 37359/09, BeckRS 2013, 05181 § 64 (remessa à Grande Câmara em 29 de abril de 2013) – H/Finlândia, com referência a *Karner/Áustria*; *Smith e Grady/Reino Unido*.

18 Corte Europeia de Direitos Humanos, NJW 2013, 2173 – *X et. al./Áustria*. No entanto, não haveria nenhuma obrigação relativa aos direitos humanos de abrir o casamento a casais homossexuais; NJW 2011, 1421 § 101 – *Schalk e Kopf/Áustria*.

19 Corte Europeia de Direitos Humanos, NJW 2009, 3637 – *EB/França*.

proibição de discriminação cada vez mais rígida, parcialmente expressa, parcialmente sujeita à interpretação.

Essa solução também é adotada pelo Tribunal Constitucional alemão. A lista do art. 3º, III (1), da Lei Fundamental alemã difere daquela do art. 14 da CEDH, pois não é formulada abertamente. Nesse sentido, há também um problema de agenda constitucional, que pode ser resolvido de diferentes maneiras.

Isso também ilustra o exemplo da magistratura sobre – agora utilizando a nomenclatura – casamento e uniões civis. Nesses casos, não parece tão distante compreender a discriminação contra homossexuais como discriminação com base no sexo. Afinal, a proibição do casamento para casais do mesmo sexo depende de um homem não querer casar-se com uma mulher ou uma mulher não querer casar-se com um homem. Ou melhor: depende de uma mulher amar uma mulher ou um homem amar um homem. O fator decisivo é o gênero, obviamente, assim como a tendência heterossexual de uma mulher amar um homem ou um homem amar uma mulher. Então, na verdade, trata-se de... amor. Mas o Tribunal Constitucional alemão não adotou essa abordagem direta mais do que a Corte Europeia de Justiça já havia adotado alguns anos antes²⁰. Certamente pode-se refletir sobre “revisitar” essa questão.

Na Alemanha, percorreu-se o mesmo caminho que Estrasburgo para resolução do problema da agenda. Explicações pacientes e argumentos convincentes ainda são necessários. A questão central é, novamente: a orientação sexual não está na agenda da Lei Fundamental alemã. Em 1949, a atenção do constituinte estava voltada sobretudo aos horrores do nacional-socialismo. No entanto, mesmo essa atenção historicamente consciente às vezes deixa escapar parte do horror, tendo em vista que o tabu e o estigma continuam a produzir efeitos. Assim foi em 1949: embora homossexuais também tenham sido deliberadamente perseguidos e assassinados sob o nacional-socialismo, um “nunca mais” contra essa forma de exclusão desumana não estava na agenda constitucional. Muito pelo contrário: foram necessárias décadas para remover a criminalização da homossexualidade masculina²¹. Mas, nessas questões, a Alemanha evoluiu de um país em que os direitos humanos não significavam nada para um país que define os direi-

20 Corte Europeia de Justiça, NJW 1998, 969 – Grant/South West Trains.

21 O Tribunal Constitucional alemão também justificou esta discriminação em 1957 (Tribunal Constitucional alemão 6, 389 [415 e segs.] = NJW 1957, 865): Não se trata de uma lei nacional-socialista a ponto de ter de ser negada sua validade em um estado democrático livre (418), o princípio da igualdade entre os sexos não é aplicável, porque as coisas são essencialmente diferentes “além do gênero da pessoa protegida” (421), o que, entre outros, foi ensinado pela experiência (427, uma observação surpreendente!).

tos humanos também como fundamentais para a comunidade, mesmo onde não estiverem na agenda das maiorias.

Como é que isso funciona? A situação jurídica é conhecida: o legislador se opôs à abertura do casamento a todos os casais, independentemente do sexo. Decidiu-se, em 2001, pela variante mais complicada, qual seja, a regulamentação de uma segunda instituição legal, o registro da união civil. Gradualmente, cada vez mais regulamentos foram adaptados a este primeiro ato de reconhecimento da união civil. Nos casos em que não houve essa adaptação pelos legisladores, as pessoas apelaram para os tribunais e algumas também para o Tribunal Constitucional alemão. Desde 2009, isso tem explicado repetidas vezes, em relação à orientação sexual²², que igualdade significa tratar as pessoas de forma igual, quando elas não se diferenciam quanto à materialidade do assunto abordado, mas apenas em sua individualidade altamente pessoal. E que um padrão restrito – mesmo sem uma agenda explícita – se aplica quando as coisas se assemelham às desvantagens que o constituinte expressamente reconhece na lista taxativa.

De acordo com o Primeiro Senado do Tribunal Constitucional alemão, em decisão de 2009, os sistemas previdenciários exclusivamente heterossexuais não podem ser legitimados se visarem apenas casais legalmente casados²³. O legislador não deve, portanto, excluir da pensão familiar quem realmente vive com uma família²⁴. Portanto, as regras tributárias sobre a aquisição de terras não podem ser legítimas se forem destinadas a casais, mas beneficiar apenas casais heterossexuais²⁵. Assim, o Primeiro Senado decidiu unanimemente em fevereiro de 2013 que, também em relação à parentalidade –nomeadamente no caso da adoção sucessiva –, igualdade significa não prejudicar pessoas quando elas se diferem simplesmente em sua individualidade altamente pessoal, nesse caso, sua orientação sexual, e não na capacidade de cuidar de uma criança²⁶. Em maio de 2013, o Segundo Senado reiterou o entendimento, por meio da resolução sobre a separação de cônjuges, de que o tratamento desigual não poderia ser justificado por

22 Inicia com decisões de discriminar transexuais, que não estavam na pauta da Agenda em 1949. Ver Tribunal Constitucional alemão (Primeiro Senado), Tribunal Constitucional alemão 88, 87 (96) = NJW 1993, 1517 – TSG, sobre a proteção da área íntima e sexual.

23 Tribunal Constitucional alemão (Primeiro Senado), Tribunal Constitucional alemão 124, 199 (220) = NJW 2010, 1439 – Pensão por morte.

24 Tribunal Constitucional alemão (Segundo Senado), Tribunal Constitucional alemão 131, 239 (255 ff.) = NVwZ 2012, 1304 – Pensão familiar.

25 Tribunal Constitucional alemão (Primeiro Senado), NJW 2012, 2719 – Imposto de transferência de bens imóveis.

26 Tribunal Constitucional alemão (Primeiro Senado), NJW 2013, 847 – Adoção sucessiva.

uma simples referência ao dispositivo de proteção do casamento presente no art. 6, I, da Lei Fundamental alemã; o legislador necessita de exaustivas indicações empíricas de diferenças existentes capazes de justificar diferenças desvantajosas, que, diante do desenvolvimento das uniões civis, não existem mais²⁷.

Aqui, o problema da agenda é resolvido por analogia com a ajuda da máxima da proporcionalidade²⁸. Em outras palavras: o que o legislador constituinte expressamente coloca na agenda é considerado válido sem maiores questionamentos, de forma que as diferenciações se tornam particularmente difíceis de justificar. Por outro lado, o que o legislador constituinte não coloca na agenda não é em razão disso permitido sem maiores questionamentos. Ao contrário: a jurisprudência mais recente e mais frequente entende que “os requisitos no caso de tratamento desigual de grupos de pessoas... são tão mais rigorosos, quanto maior o risco de que uma associação com as características pessoais, comparáveis àquelas descritas no art. 3º, III, da Lei Fundamental alemã, leve à discriminação de uma minoria”. Portanto, o problema da agenda pode e deve ser resolvido, na medida em que a igualdade como direito fundamental e humano não seja considerada apenas uma fórmula, tampouco seja limitada de forma subjetiva por tabus ou estigmatização.

3 O PROBLEMA DA HIERARQUIZAÇÃO

O terceiro desafio para o direito à igualdade é o problema da hierarquização, no qual tabu, estigma, preconceito e ignorância desempenham um papel relevante. Não se trata apenas de os tribunais terem de abrir os olhos para formas complexas e sutis de discriminação, a fim de não pensar de maneira formalista. Tampouco é apenas o caso de que os tribunais e os legisladores compreendam que a discriminação pode ser particularmente pífida e efetivamente marginalizante, justamente quando não está na agenda de discussão, e, nesse sentido, ainda não é reconhecida por ser mantida

27 Tribunal Constitucional alemão (Segundo Senado), NJW 2013, 2257 – Separação de cônjuges. O voto especial divergente argumenta basicamente que antes de 2005, ou seja, antes da revisão da Lei da Sociedade Civil entrar em vigor, é justificável privilegiar a instituição do casamento na lei do imposto de renda.

28 N. T.: Na obra *Teoria dos direitos fundamentais*, de Robert Alexy, traduzida por Virgílio Afonso da Silva, o autor utiliza o conceito de “máxima da proporcionalidade” apresentando a seguinte nota: “A máxima da proporcionalidade é com frequência denominada ‘princípio da proporcionalidade’. Nesse caso, no entanto, não se trata de um princípio no sentido aqui empregado. A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são sopesadas contra algo. Não se pode dizer que elas às vezes tenham precedência, e às vezes não. O que se indaga é, na verdade, se as máximas parciais foram satisfeitas ou não, e sua não-satisfação tem como consequência uma ilegalidade. As três máximas parciais devem ser, portanto, consideradas como regras” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 117, nota de rodapé 84).

fora do debate em virtude de tabu e estigma. Em vez disso, devemos realmente entender a discriminação como tal, independentemente de quem ela atinja, de forma a concretizar a igualdade de direitos sem preconceitos. Aqui, particularmente, precisamos de uma visão não enviesada, sobre a qual podemos encontrar sugestões em todo o mundo.

Um olhar sobre a dogmática da igualdade da Suprema Corte dos Estados Unidos revela do que se trata a hierarquização interna: ela hierarquiza categoricamente os padrões de justificação – “raça”, etnia e religião devem ser interpretados restritivamente, outros em seu sentido amplo, e gênero fica entre os dois. Como isso pode ser explicado?

Hierarquizações também podem ser encontradas nas normas do direito internacional, que, historicamente, não se desenvolveu de forma autônoma, mas foi incisivamente submetido a negociações. A Declaração Universal dos Direitos Humanos e os dois grandes pactos das Nações Unidas – o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – proíbem a discriminação, inclusive com listas exemplificativas. No entanto, existem pactos mais específicos – desde 1965 a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (ICERD), desde 1979 a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (Cedaw), desde 1989 a Convenção sobre os Direitos da Criança (CRC), desde 2006 a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CRDP). Alguns consideram esses esforços inflacionários e acabam arriscando – ou desejando – o retrocesso às fórmulas curtas e insuficientes.

Essas normas são amplamente consideradas como um progresso atingido por meio de conhecimentos específicos. Mas aqui também vale a pena lançar um olhar sem preconceitos, “revisitado”, ao ler esses regramentos comparados. Então, fica evidente aquilo que chama a atenção no art. 3º, III, da Lei Fundamental alemã: a igualdade tem significados muito diferentes. Na Lei Fundamental alemã, há uma diferença entre o parágrafo 1º e o parágrafo 2º: o parágrafo 1º proíbe o tratamento discriminatório ou preferencial, mas o parágrafo 2º proíbe apenas as desvantagens. Como assim? E por que a igualdade de gênero deveria (somente? prioritariamente?) ser “verdadeiramente” implementada de acordo com o parágrafo 2º? Por que existem regras muito precisas contra algumas formas de discriminação e não contra outras? O que isso diz sobre igualdade?

Algo semelhante pode ser encontrado na Lei Geral de Igualdade de Tratamento (AGG). Quem a ler imparcialmente perceberá que ela não se aplica somente ao mercado de trabalho, mas também, ao menos em parte, ao direito civil. E ela não proíbe toda discriminação na mesma proporção. O

racismo parece ser “pior” (p. ex., § 19 II AGG) do que sexismo, homofobia ou transfobia, e a discriminação por idade é frequentemente tida como “ok” (cf. § 10 AGG). Comunidades religiosas podem discriminar se isso definir sua identidade (cf. § 9 AGG), mas outras comunidades não. O que isso nos diz? E o que dizer quando a Alemanha se volta dentro da própria União Europeia contra o desenvolvimento do direito “contra as barreiras da vida cotidiana”²⁹, que não só, mas atingem especialmente as pessoas com deficiência? O quanto, de quem e com qual igualdade você está comprometido, e nós estamos implementando? O que isso significava para a política de direitos, em suma, para uma decisão judicial?

A diferenciação é obviamente necessária, porque a discriminação nem sempre é igual. Mas a hierarquização é um problema. Teste você mesmo: O que você acha que é “realmente ruim” – e que, portanto, justificaria requisitos legais mais elevados para justificar o tratamento desigual? E o que é justificável, razoável?

Por fim, as diferenças de valoração moldam a atual discussão acerca do exemplo aqui escolhido de decisões judiciais contra discriminação: você considera discriminatória uma lei que proíbe pessoas homossexuais de viverem como um casal – ou melhor: em um casamento? Ou trata-se somente de diferenciação entre coisas, que na verdade já são distintas? Isso é ruim... ou é mais ou menos aceitável?

III – PANORAMA

Não está claro quais partes da crítica às decisões da Tribunal Constitucional alemão sobre esse tema são moldadas pelas campanhas eleitorais ou se têm origens mais antigas. O que realmente importa é o que está sendo negociado exatamente como “igualdade” ou “direitos iguais”. Quem quiser confrontar uma discriminação deve saber exatamente o que se quer dizer com isso. Não menos importante é a cegueira da prática jurídica – aquele clássico “sempre foi assim” – que não deve impedir uma reflexão imparcial sobre a questão.

Há muito o que fazer. Por exemplo, o Judiciário poderia “revisitar” a seleção de juízes. Como poderia ser considerada verdadeiramente garantia de direitos iguais³⁰ o fato de que as togas vermelhas³¹ são até hoje distri-

29 N. T.: Iniciativa contra a discriminação de pessoas com deficiência. O projeto busca garantir a inclusão de pessoas com deficiência, questionando as barreiras e obstáculos que impedem a sua inserção social.

30 Vale a pena ler Brückner, DRiZ 2012, 44.

31 N. T.: Togas vermelhas são aquelas trajadas por Ministros e Ministras do Tribunal Constitucional alemão.

buídas principalmente a homens e apenas excepcionalmente a mulheres excepcionais, em casos excepcionais, e, além disso, a homens dos estados “corretos”? A iniciativa “Mulheres nos Conselhos de Supervisão” trabalha em conjunto com a Associação Alemã de Mulheres Advogadas desde 2005 para... atingir o que mesmo? Para garantir uma igualdade substancial. Contra abordagens reducionistas e formais. Para uma agenda apropriada. E, com sorte, contra qualquer hierarquização que distinguiria uma desigualdade como importante e a outra como sem importância – porque onde alguns perdem, também se perde aquilo que conquistamos conjuntamente em termos de igualdade. O que necessitamos constantemente é uma visão imparcial e sem preconceitos: a igualdade “revisitada”.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BAER, S. Equality. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, 2012. Disponível em: https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1123&context=book_chapters.
- CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Decisão v. 13 de novembro de 2012 – 37359/09*, BeckRS 2013, 05181 § 64 (remessa à Grande Câmara em 29 de abril de 2013) – H/Finlândia, com referência a Karner/Áustria; Smith e Grady/Reino Unido.
- CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Decisão v. 13 de novembro de 2007 – 37325/00* – DH et. al./República Tcheca.
- CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Decisão v. 9 de junho de 2009 – 33401/02*, BeckRS 2009, 15505 – Opuz/Turquia; *Decisão v. 28 de maio de 2013 – 3564/11* – Eremia et. al./Moldávia.
- CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Decisão. v. 12 de abril de 2006 – 65731/01, 65900/01* – Stec et al./Reino Unido.
- CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *NJW 2009, 3637* – EB/França.
- CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, *NJW 2013, 2173* – X et. al./Áustria.
- CORTE EUROPEIA DE JUSTIÇA. *NJW 1998, 969* – Grant/South WestTrains.
- SUPREMA CORTE DOS EUA. *Geduldig v. Aiello*, 417 US 484. 1974.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO. (Primeiro Senado), 2719 – *Imposto de transferência de bens imóveis*. *NJW*, 2012.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO. (Primeiro Senado), 847 – *Adoção sucessiva*. *NJW*, 2013.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO (Primeiro Senado), NZA 2011, 857 §54. NJW, 2011.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO (Primeiro Senado), Tribunal Constitucional alemão 124, 199 (220), 1439 – *Pensão por morte*. NJW, 2010.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO (Segundo Senado), 2257 – *Separação de cônjuges*. NJW, 2013.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO (Segundo Senado), Tribunal Constitucional alemão 131, 239 (255 ff.), 1304 – *Pensão familiar*. NVwZ, 2012.

Sobre a autora:

Susanne Baer

A autora é Ministra do Primeiro Senado do Tribunal Constitucional alemão e Professora de Direito Público e Estudos de Gênero da Universidade Humboldt de Berlim. Essa contribuição é baseada na palestra de boas-vindas do grupo regional de Karlsruhe da Associação Alemã de Mulheres Advogadas em 11 de julho de 2013.

Sobre a tradutora:

Marianna Borges Soares

Advogada formada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro e especialista em Sociologia Política e Cultura pela PUC-Rio. É mestranda no Programa de Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (PPGSD/UFF) e pesquisadora na área de migração internacional e refúgio. Atua em uma organização da sociedade civil na temática de migrações e direitos humanos.

Sobre a revisora técnica:

Ligia Fabris | E-mail: ligia.fabris@fgv.br

Professora da FGV Direito Rio e Coordenadora do Programa Diversidade da mesma instituição. Fellow do Zentrum für interdisziplinäre Forschung da Universidade de Bielefeld e doutoranda pela Universidade Humboldt de Berlim (Alemanha).

Artigo convidado.