

Quando a nossa Faculdade comemorar o seu milênio, ou muitos milênios, Vossa Excelência estará presente, porque a vida dela é a vida dos Professores que a fizeram e que, por isso, jamais serão esquecidos.

Belo Horizonte, 12 de abril de 1994.

## A DISCRIMINAÇÃO INVERSA EM RAZÃO DO SEXO

Alejandra Manzano Valle\*

---

### Sumário

---

1. Introdução. 2. Ações positivas, discriminação inversa e discriminação tradicional. 3. Argumentos a favor e contra a discriminação inversa. 3.1. Argumentos retrospectivos – O princípio de igualdade de oportunidades. 3.2. Outras considerações acerca da primeira e da segunda parte do princípio de igualdade de oportunidades. 3.3. O argumento retrospectivo e a responsabilidade objetiva. 3.4. O argumento prospectivo – Objeções sociológicas. 3.5. Um ponto de vista utilitarista e um ponto de vista ideal a favor da discriminação inversa. 4. Condições da discriminação inversa. 5. Conclusão. 6. Fontes bibliográficas

### 1 INTRODUÇÃO

Nos nossos dias, o direito a não ser discriminado em razão do sexo é amplamente reconhecido nos textos constitucionais. No entanto, este reconhecimento formal parece não corresponder à realidade social atual. A persistência da discriminação em razão do sexo na nossa sociedade faz com que seja necessário o estudo dos mecanismos susceptíveis de contribuir para a sua erradicação, dos instrumentos que se revelam eficazes na passagem de uma igualdade meramente formal a uma igualdade material.

O presente trabalho responde a essa necessidade, visando definir o mais controverso destes mecanismos – a discriminação inversa – assim como analisar

---

\* Formada em Direito pela Universidad Autónoma de Madrid. Aluna de intercâmbio da Universidade Federal de Minas Gerais através do programa Intercampus E./A.L.

os argumentos favoráveis ou contrários a ela. Tentaremos, assim, demonstrar a superioridade dos primeiros sobre os segundos, isto é, defender a legitimidade da discriminação inversa, desde que esta cumpra certas condições que serão analisadas na última seção deste trabalho.

## 2 AÇÕES POSITIVAS, DISCRIMINAÇÃO INVERSA E DISCRIMINAÇÃO TRADICIONAL

A discriminação inversa integra-se no quadro mais amplo das medidas de ação positiva, cuja finalidade primordial é a consecução da igualdade entre homens e mulheres, mediante a eliminação das desigualdades de fato. A discriminação inversa é, portanto, uma variedade de ação positiva que se apresenta geralmente sob a forma de quotas ou tratamentos preferenciais tendentes a favorecer o acesso a determinados postos e posições de um segmento da população. Este deve ser objeto de discriminação em função de algum traço imodificável e transparente aos olhos dos outros, tais como, por exemplo, a raça ou o sexo. Tenta mitigar situações de desigualdade especialmente sérias, circunstância que explica a gravidade das medidas de discriminação inversa e o fato de estas serem mais polêmicas do que as de ação positiva.

O seu caráter polêmico responde, aliás, ao fato de a discriminação inversa comportar uma discriminação propriamente dita e não uma mera desigualdade. Isto quer dizer que os sujeitos de discriminação inversa aparecem definidos por traços caracterizados tanto pela sua natureza imodificável quanto pela condição de serem transparentes diante de todos, e pela sua consideração negativa ou depreciativa na sociedade (traço ou causa suspeita). Exemplos claros de traço ou causa suspeita são, como mencionamos acima, o sexo e a raça.

O seu caráter polêmico intensifica-se, aliás, pelo fato de a discriminação inversa ocorrer em situações de particular escassez (postos de trabalho, vagas universitárias). Por conseguinte, a discriminação inversa concebe-se como medida em que o benefício que alguns recebem parece corresponder necessariamente ao prejuízo que outros sofrem. No entanto, a considerar a discriminação inversa como preconceito e não como mera desigualdade não quer dizer que esta constitui uma discriminação claramente injusta em sentido tradicional. De fato, ambas distinguem-se pela sua motivação, finalidade e objeto.

Assim, a discriminação inversa carece da motivação social desvalorizadora ou depreciativa própria da tradicional. A sua finalidade consiste na consecução da igualdade entre homens e mulheres, sendo, portanto, claramente contrária à finalidade da discriminação tradicional. Quanto ao seu objeto, a discriminação inversa não implica restrição ou negação de direitos básicos, ao invés da discriminação tradicional.

Nas páginas seguintes tentaremos analisar os argumentos a favor e contra a discriminação inversa. A nossa intenção será a de demonstrar a validade do recurso à discriminação inversa, desde que esta se revele como eficaz e cumpra determinadas condições.

## 3 ARGUMENTOS A FAVOR E CONTRA A DISCRIMINAÇÃO INVERSA

### 3.1 Argumentos retrospectivos – O princípio de igualdade de oportunidades

Dentre os argumentos formulados a favor da discriminação inversa, cabe destacar fundamentalmente dois: o que a entende como compensação por prejuízos injustamente ocorridos no passado, e o que a justifica por razões de utilidade social e em função das suas possíveis conseqüências favoráveis.

O primeiro argumento é denominado retrospectivo ou deontológico e gravita em torno da idéia do justo e do correto; o segundo argumento, chamado prospectivo, possui um caráter teleológico e insiste na idéia de bondade, dado que tende à consecução de uma sociedade não só justa, mas também melhor.

O argumento retrospectivo baseia-se no princípio de igualdade de oportunidades, de acordo com o qual as posições de uma sociedade deveriam distribuir-se mediante uma competição equitativa. Isto implica, por um lado, a idéia de avaliação exclusiva das habilitações para a distribuição de posições e, por outro, a idéia da igualdade de oportunidades no acesso a tais habilitações.

Partindo dessas idéias, os defensores do argumento retrospectivo afirmam que aqueles prejudicados por violações do princípio de igualdade de oportunidades merecem uma reparação, que poderia consistir no estabelecimento de quotas

ou tratamentos preferenciais para facilitar o acesso a certas posições de setores tradicionalmente discriminados em função do seu sexo.

A crítica a este argumento provém também de setores que se apóiam no princípio de igualdade de oportunidades para enunciar as suas objeções. Assim, os detratores da discriminação inversa afirmam que, enquanto no processo de obtenção de habilitações profissionais podemos exercer ainda um certo controle e responsabilidade, em fatores como o sexo, introduzido pela discriminação inversa como determinante para o acesso a determinados postos, não se pode exercer qualquer controle. Os críticos da discriminação inversa concluem com a afirmação de que o sexo não tem nada a ver com estar melhor qualificado para o desempenho de um trabalho. Esta postura crítica exclui a possibilidade da existência mesma de medidas legítimas de discriminação inversa, baseando-se, para isso, no princípio de igualdade de oportunidades e na necessária correspondência entre habilitações e posições. Por conseguinte, devemos considerar, para refutar esta postura, os limites de tal princípio apontados pela doutrina.

Tem-se afirmado assim que o princípio de igualdade de oportunidades encontra importantes limitações. O primeiro limite que podemos mencionar foi elaborado a partir da base da igual consideração dos interesses. Segundo alguns autores, se tivéssemos em conta exclusivamente o princípio de igualdade de oportunidades na distribuição de posições, tenderíamos a situar as pessoas mais qualificadas nas posições mais desejáveis, isto é, naquelas posições que supõem um trabalho mais satisfatório e, geralmente, um maior salário. Desta forma, conceder-se-ia uma maior importância à satisfação do interesse das pessoas melhor preparadas em detrimento dos interesses das menos qualificadas, conduta que parece entrar em conflito com o princípio da igual consideração dos interesses.

De acordo com este princípio, é necessário enxergar como iguais os interesses de todos os indivíduos. Ao não pressupor qualquer igualdade entre as pessoas, as diferenças quanto à inteligência ou à racionalidade não bastam para o excluir. Portanto, o princípio de igualdade de oportunidades, que encontra o seu fundamento no critério da aptidão para a distribuição de posições, aparece, desta forma, necessariamente limitado pela introdução do princípio de igual consideração dos interesses.

Contudo, não é esta a única objeção elaborada a respeito do princípio de igualdade de oportunidades e, especialmente, a respeito da concepção da aptidão

como valor exclusivo para a atribuição de posições. As críticas a esta compreensão da aptidão como critério exclusivo de avaliação podem ser agrupadas em três grandes blocos.

Em primeiro lugar, tem-se afirmado que as habilitações não deveriam constituir-se em critério exclusivo, pois ninguém merece as suas aptidões naturais e, ainda menos, aquelas que tenha recebido socialmente. Uma segunda postura, mais moderada, entende que fatores alheios à aptidão, como a raça ou o sexo, podem enriquecer e introduzir novos pontos de vista no setor profissional de que se trate. Uma terceira idéia a este respeito parte da base da relevância das habilitações para afirmar que, mesmo sendo estas a chave do processo de avaliação, não devem constituir o único critério de apreciação. Afirma-se assim que, em certas circunstâncias, pode ser conveniente estimar outros critérios, tais como o sexo ou a raça, que atendam a uma finalidade de igualdade social.

Este último parece o critério mais apropriado e, ainda, o mais conforme com a realidade social, dado que, de fato, os próprios empresários não consideram unicamente as habilitações profissionais na seleção para um posto. Se é verdade que estes constituem o ponto de partida de qualquer processo de seleção, não o é menos que, freqüentemente, são também avaliados outros critérios. Esta avaliação de diversos critérios parece ainda mais justificada naqueles casos em que atende à consecução de fins tais como a igualdade ou a justiça social. Contudo, apesar de termos considerado esta última postura como a mais apropriada, é possível encontrar casos em que sejam aplicáveis as primeiras.

Podem encontrar-se ainda mais objeções formuladas contra o princípio de igualdade de oportunidades no seu primeiro sentido de avaliação da aptidão e habilitações. Dentre estas, cabe destacar a que considera justificada a correspondência entre habilitações e posição profissional, mas não a remuneração superior que geralmente acompanha as posições mais desejáveis. Outros autores mantêm, no entanto, que esta remuneração é necessária para animar as pessoas mais preparadas a conseguir as habilitações necessárias para alcançar estas posições. Para os críticos do critério da aptidão, o argumento não é suficientemente relevante, dado que esse tipo de posição supõe, em si, um trabalho mais satisfatório, capaz de animar os mais preparados.

No entanto, e apesar destas considerações, parece claro que a discriminação inversa pode apresentar aspectos muito problemáticos no domínio da sua re-

lação com o princípio de igualdade de oportunidades e, particularmente, com o critério da aptidão. Neste sentido, participo da opinião de que as medidas de discriminação inversa devem partir necessariamente de uma certa consideração da aptidão, embora devam também atender, obviamente, a outros critérios como o sexo. Especialmente no que diz respeito a recursos particularmente escassos, como as posições mais desejáveis, o critério da aptidão deve constituir o ponto de partida.

Esta postura não colide necessariamente com a possibilidade da adoção de medidas de discriminação inversa, assim como não constitui empecilho insuperável para isso. A defesa de uma tal teoria não impossibilita a justificação da discriminação inversa por um fator não mencionado até agora e ignorado pelos críticos da discriminação inversa, constituindo a essência do mesmo o fato de as mulheres, sujeito de discriminação inversa, possuírem geralmente habilitações semelhantes àsquelas próprias dos homens excluídos. De fato, todas as objeções elaboradas pelos críticos da discriminação inversa, partindo da base do princípio de igualdade de oportunidades, perdem parte da sua relevância se tivermos em conta que muitos destes críticos parecem ignorar a tendência da discriminação inversa para o favorecimento de mulheres analogamente situadas em termos de habilitações a respeito dos homens.

### 3.2 Outras considerações acerca da primeira e da segunda parte do princípio de igualdade de oportunidades

Como referimos acima, os críticos da discriminação inversa não só entendem que os cidadãos têm o direito de ser avaliados para ocupar posições favoráveis exclusivamente em função das suas habilitações, mas também consideram que o sexo não constitui habilitação. Exigem, pois, uma sociedade cega a respeito do sexo. Estes argumentos baseiam-se especialmente no princípio de igualdade de oportunidades e mantêm a idéia segundo a qual a discriminação inversa viola a primeira parte deste princípio (avaliação exclusiva das habilitações para distribuir as posições). Consideram que a discriminação inversa, como instrumento de um "direito desigual", viola o princípio mesmo da igualdade de sexos.

O argumento *sex-blind* pressupõe que toda medida de afirmação positiva, e ainda mais de discriminação inversa, constitui uma violação do direito fundamen-

tal à igualdade dos homens, enquanto a manutenção da igualdade num sentido neutro, embora seja verdade que prejudicaria as mulheres, também não envolveria qualquer lesão de direitos fundamentais das mesmas.

Cabe contrapor a todas estas considerações a evidência de a segunda parte do princípio de igualdade de oportunidades (igualdade no acesso às habilitações) não se satisfazer atualmente e a certeza de que, da falta de cumprimento dessa parte do princípio, há-de decorrer necessariamente a impossibilidade de conseguir uma competição justa. Manter a primeira parte, sem se empenhar ao mesmo tempo na consecução do cumprimento da segunda não criaria uma sociedade igualitária e justa, mas perpetuaria a desigualdade. Manter-se-ia assim a igualdade a um nível formal sem alcançar uma dimensão real.

A exigência de uma sociedade cega quanto ao sexo coloca, aliás, um problema fundamental, dado que parece difícil chegar a conceber a existência mesma de uma sociedade com estas características. De fato, existem numerosas medidas políticas e legislativas que levam em consideração o sexo que não são vistas como discriminatórias; por exemplo, os benefícios para as grávidas.

Neste ponto, faz-se necessária a referência à teoria da consideração da diferença,<sup>1</sup> que entende existirem alguns casos legítimos de diferenciação em razão do sexo (por exemplo, banheiros diferenciados para homens e mulheres), casos legítimos que são utilizados por aqueles que se opõem à igualdade sexual como prova da inconveniência desta. Segundo esta postura, a existência de casos legítimos de diferenciação em razão do sexo demonstraria a inconveniência de alcançar a igualdade sexual em todos os níveis. No entanto, cabe objetar a este argumento o fato de, junto aos casos legítimos de diferenciação, encontrarmos casos arbitrários numa proporção muito maior.

Se aprofundarmos mais um pouco no estudo crítico da teoria da consideração da diferença, poderemos identificar aspectos relevantes para a justificação da discriminação inversa. Desta forma, uma análise mais pormenorizada dessa teoria, que enxerga como discriminatório todo o tratamento sexual desigual que não

1 MACKINNON, 1987, p. 33-35. *Apud* KYMLICKA. *Filosofia política contemporânea: una introducción*, 1995, p. 270-272.

possa ser justificado mediante o apelo a alguma diferença sexual, pode ajudar-nos a compreender por que a preservação da primeira parte do princípio de igualdade de oportunidades (consideração exclusiva da aptidão), sem atender à consecução da segunda (igualdade no acesso às habilitações), não nos conduz a uma sociedade mais igualitária.

A consideração da diferença concebe a igualdade sexual como a capacidade das mulheres para competir num âmbito de regras neutras a respeito do sexo. O maior limite dessa teoria está na sua própria definição, porquanto ignora a existência de desigualdades implícitas na formulação das posições pelas quais se compete. Dentre essas desigualdades, cabe mencionar como a mais patente aquela, identificada por feministas como Mackinnon,<sup>2</sup> segundo a qual os trabalhos aparecem definidos para serem desempenhados pelos que não têm a responsabilidade do cuidado dos filhos, tendo em conta que ela recai exclusivamente nas mulheres. Evidentemente, isto supõe uma restrição das oportunidades das mulheres para adquirir habilitações.

Segundo as anteriores reflexões, a suposta neutralidade sexual, que decorre da manutenção da primeira parte do princípio de igualdade de oportunidades, pode engendrar igualdade sexual ou não em função da existência ou inexistência de uma consideração anterior do sexo, isto é, dependerá do cumprimento ou descumprimento da segunda parte do princípio. Assim, se um dos sexos possuir menor oportunidade de adquirir habilitações, existirá desigualdade, embora existam regras neutras, isto é, embora se considerem exclusivamente estas habilitações na distribuição de posições.

Após a análise de todas estas considerações, parece claro que, para os autores partidários da discriminação inversa, a igualdade real entre os dois sexos não pode ser atingida nos casos em que o Direito é cego quanto às diferenças de sexo, sendo também necessário eliminar a longo prazo as desigualdades na competição que prejudicam as mulheres. Este último objetivo consegue-se por meio de específicas medidas compensatórias que se levam a cabo por tempo transitório.

2 MACKINNON, 1987, p.32. *Apud* KYMLICKA. *Op. cit.*, p. 271.

Tratar-se-ia, enfim, segundo palavras de Maidowski,<sup>3</sup> de uma “interrupção da igualdade como meio de realização da igualdade”.

No âmbito estritamente jurídico, é possível encontrar um apoio para este tipo de argumento. Assim, interpretar o art. 14 da Constituição Espanhola<sup>4</sup> em termos de igualdade neutra pode, de acordo com as considerações acima analisadas, constituir um impedimento para a consecução da igualdade real das mulheres. Parece um contra-senso interpretar este preceito, criado para a consecução da igualdade, como o obstáculo fundamental para este fim.<sup>5</sup> Estas considerações conduzem-nos a uma outra dificuldade, susceptível mesmo de perturbar a nossa capacidade para detectar as violações de ambas as partes do princípio de igualdade de oportunidades. Atualmente a discriminação em razão do sexo apresenta-se sob formas sutis, embora difundidas, que dificultam a sua percepção. Isto é, ao constituir, a discriminação das mulheres, uma conduta tão difundida e sob forma tão sutil, não será preciso levar a cabo posturas de discriminação arbitrária, dado que, sendo as violações do princípio de igualdade de oportunidade tão amplas, parece pouco provável que muitas mulheres consigam atingir a posição em que possam ser objeto de uma discriminação arbitrária.

Esta circunstância fática levará alguns, dentre eles os partidários da consideração da diferença, a afirmar a inexistência de desigualdade, pois vinculam a sua existência à presença de discriminações arbitrárias, de violações da primeira parte do princípio de igualdade de oportunidades. Portanto, este tipo de argumento, segundo o qual só existe discriminação nos casos em que as habilitações não constituem o critério exclusivo para a distribuição de posições, dificulta a percepção da própria desigualdade.

3 MAIDOWSKI, 1989, p. 38 *et seq.* *Apud* REY MARTÍNEZ. *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, p. 95.

4 Art. 14 da Constituição Espanhola: *Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.*

5 REY MARTÍNEZ. *Op. cit.*, p. 102.

### 3.3 O argumento retrospectivo e a responsabilidade objetiva

O argumento retrospectivo encontra outros obstáculos, dentre os quais cabe salientar a dificuldade da justificação da responsabilidade objetiva ou sem culpa. Afirma-se assim que, ainda que partamos da suposição de uma perfeita correspondência entre as pessoas favorecidas por uma medida de discriminação inversa e as pessoas objeto de discriminação prévia no sentido tradicional, é difícil conceber que aquelas excluídas por tal medida sejam efetivamente responsáveis ou tenham sido favorecidas pela discriminação prévia. Reconhece-se também que uma tal objeção não é admissível nos casos em que exista correspondência entre vítimas de discriminação e beneficiárias de discriminação inversa.

No que diz respeito à difícil identidade entre vítimas de discriminação e beneficiárias de discriminação inversa de que tratamos neste ponto, talvez devamos considerar a idéia, anteriormente mencionada, segundo a qual, nos nossos dias, a discriminação se apresenta sob forma sutil, mas estendida, resultando deste fato a desnecessidade de atitudes de discriminação arbitrária. Se aceitarmos este raciocínio, não parece tão difícil que as beneficiárias de discriminação inversa tenham sido e ainda sejam objeto de algum tipo de discriminação, ainda que não se trate de uma discriminação arbitrária, sempre mais evidente. Tal afirmação parece justificada se considerarmos as condições do acesso das mulheres ao mercado de trabalho, que estão longe de ser iguais às dos homens.

Um outro argumento em favor desta última postura apela para uma das características do conceito atual de discriminação: a natureza fundamentalmente coletiva dos seus efeitos. Assim, alguns autores afirmam que, para detectar a existência de discriminação, a consideração de todos os casos torna-se irrelevante. Considera-se que um sujeito é discriminado exatamente em função da sua compreensão como pertencente a uma coletividade, estendendo-se o tratamento negativo que recebe a todos os seus membros e a todos os aspectos da sua vida social. Este argumento pode, aliás, ser sustentado de um ponto de vista estritamente jurídico, dado que considerar as mulheres como grupo não se diferencia, no que diz respeito à sua justificação, da atribuição, explícita na Constituição Espanhola, de um direito desigual a outros grupos merecedores de tutela, tais como os idosos, os jovens ou os emigrantes.

Maiores dificuldades apresenta a consideração dos homens excluídos pelas medidas de discriminação inversa como responsáveis pela discriminação passada. Estas dificuldades evidenciam as limitações inerentes à concepção da discriminação inversa como compensação por discriminações passadas, isto é, colocam na berlinda a legitimidade controversa do argumento retrospectivo, ao passo que concedem maior importância ao prospectivo, a toda medida tendente a um futuro igualitário e ao desaparecimento de discriminações atuais.

Provavelmente, a dificuldade principal da imputação da responsabilidade aos homens excluídos pela discriminação inversa consista em que, mediante tal imputação, eles seriam tratados como meios para um fim, constituindo este fim a consecução da igualdade. A gravidade desta questão faz com que seja exigível um especial cuidado na seleção e controle das medidas de discriminação inversa, assim como das suas características. Estas poderiam ser concebidas como um símbolo através do qual possa transmitir-se a idéia da igual capacidade das mulheres, evitando desta forma a infra-representação.

Apesar das suas deficiências, todas as objeções contra a discriminação inversa analisadas acima são relevantes, porquanto salientam que as medidas de discriminação inversa apenas podem justificar-se num contexto de desigualdade comprovada e objetiva, sendo assim necessária a sua contínua revisão e dos seus efeitos.

### 3.4 O argumento prospectivo – Objeções sociológicas

O argumento prospectivo, que justifica a discriminação inversa em função das suas possíveis conseqüências favoráveis, tem gerado também a formulação de um grande número de objeções. Dentre estas, cabe destacar as denominadas objeções sociológicas que, baseando-se em considerações técnicas, questionam a idoneidade da discriminação inversa para o cumprimento dos objetivos a que esta aspira. Cumpre ainda distinguir dois subgrupos dentro destas objeções, conforme coloquem o acento sobre a inidoneidade dos meios propriamente dita ou sobre as conseqüências colaterais indesejáveis que tais medidas acarretariam.

Dentre as primeiras, encontramos as que consideram a discriminação inversa uma política imprudente, porque carece de apoio social maciço e é susceptível de gerar hostilidade contra o grupo favorecido por ela. Uma segunda objeção

vinculada à anterior é a que mantém a possibilidade real de a discriminação inversa produzir resultados completamente opostos aos pretendidos, pois os favorecidos por ela seriam considerados incapazes de conseguir por si determinadas posições.

Argumenta-se assim que o emprego de critérios sexuais pela discriminação inversa pode prejudicar, no futuro, os favorecidos por ela. Para os detratores mais radicais, a discriminação inversa não seria senão uma política sexista alimentada pelo Governo e prejudicial para aqueles a quem pretende ajudar.

Quanto a estes argumentos, é necessário ter em conta certos aspectos. Em primeiro lugar, o fato de ser possível formular o argumento exatamente contrário, isto é, conceber a discriminação inversa como veículo de transmissão da idéia de as mulheres serem igualmente capazes. Aliás, é errônea a concepção da discriminação inversa como uma ajuda a serviço de determinadas pessoas que não podem obter o acesso a certas posições por si próprias. Tal concepção é claramente sexista, porquanto ignora, voluntária ou involuntariamente, as violações sistemáticas da segunda parte do princípio de igualdade de oportunidades em detrimento da mulher.

Neste contexto de argumentos sociológicos negatórios da idoneidade da discriminação inversa para conseguir os seus objetivos, cabe destacar o argumento da “ladeira escorregadia”. Segundo ele, o fato de delimitar quotas para o acesso das mulheres a determinadas posições, levará, por exemplo, ao estabelecimento de quotas para mulheres acima ou abaixo de uma determinada idade, para estrangeiros e para qualquer outro grupo de características semelhantes, até atingir a coletividade inteira. Este argumento é insustentável uma vez que a discriminação inversa visa conseguir a igualdade dos grupos mais desfavorecidos pela discriminação. A sociedade, incapaz de compensar todos os que merecem compensação, estabelece uma certa ordem de prioridades, que se reflete também nas medidas de discriminação inversa. Estas, portanto, possuem também a sua própria ordem de prioridades, apresentando como sujeitos merecedores de trato preferencial aqueles que foram ou são objeto de discriminação, em sentido tradicional. Esta ordem de prioridades, estabelecida para a aplicação das referidas medidas, é também bastante polêmica.

Assim, para alguns dos críticos da discriminação inversa, as mulheres de classe média não merecem mais compensação do que os trabalhadores pobres. Contra este argumento pode redarguir-se um outro, segundo o qual a conduta depreciativa que tais trabalhadores sofrem carece, pelo menos, de uma das características exigíveis para poder constituir propriamente discriminação, tanto

inversa quanto tradicional, de acordo com a definição empregada no presente trabalho. Esta característica seria a da transparência e imodificabilidade dos traços dos sujeitos de discriminação, considerando que as atitudes discriminatórias decorrem precisamente da consideração de tais traços.

Objetam, aliás, os críticos da discriminação inversa que nem todas as vítimas de discriminação atualmente são mulheres. Com efeito, existem outros grupos socialmente discriminados, mas estes não são melhor protegidos se nos abstermos de corrigir a desigualdade real que afeta as mulheres.

Como nos referimos acima, é possível identificar um subgrupo de objeções sociológicas contra a discriminação inversa, cujos argumentos se baseiam fundamentalmente nos custos colaterais prejudiciais que tal discriminação poderia supor. Em primeiro lugar, afirma-se que a discriminação inversa gerará ressentimento nos excluídos por ela, assim como beneficiará uns, e prejudicará outros.

Faz-se necessário aqui destacar os critérios que distinguem a discriminação inversa da discriminação tradicional. Assim, ao carecer a discriminação inversa de motivação desvalorizadora, os efeitos de ambas não parecem equiparáveis, isto é, os homens excluídos por ela não constituem objeto de discriminação em sentido tradicional, sendo isto fundamental para a distinção entre os efeitos referida acima, visto que ambas as discriminações apresentam importantes diferenças quanto à motivação, à finalidade e ao objeto.

Além disso, para alguns autores, como Alfonso Ruiz Miguel, este tipo de objeções sociológicas pressupõe um preconceito contra as medidas de discriminação inversa. O autor considera que, no caso da objeção que agora analisamos, “*el hecho de que los excluidos por una medida de discriminación inversa alimenten cierto resentimiento no impugna en si mismo la justicia de aquélla más que el hecho de que el sancionado por un delito alimente rencores contra la policía y los jueces*”.<sup>6</sup>

Afirma-se também que os favorecidos por medidas de discriminação inversa não de sofrer sentimentos de inferioridade e falta de auto-estima, acarretando

6 RUIZ MIGUEL, Alfonso, 1995, p. 70.

uma diminuição na qualidade dos serviços, prestados por mulheres situadas em determinadas posições graças à aplicação de tais medidas. A respeito destas considerações, cabe aqui lembrar o fato de as medidas de discriminação inversa serem geralmente aplicadas a favor de mulheres situadas num nível de aptidão profissional semelhante ao dos homens, por isto, não se compreende a razão pela qual devam sentir-se inferiores e, ainda, menos pode explicar-se por que devem piorar os serviços.

Aliás, é sempre possível distinguir diferentes setores profissionais, aplicando as medidas de discriminação inversa naqueles em que a suposta diminuição da qualidade dos serviços, de resto, bastante discutível, não implique graves problemas. Tenta-se, enfim, justificar a adoção de medidas de discriminação inversa naqueles casos em que exista uma desigualdade comprovada e em que estas sejam capazes de engendrar resultados positivos. Tenta-se oferecer à consideração do legislador um dos instrumentos possíveis, pois não é o único, de luta contra a discriminação. Obviamente, isto não quer dizer que tal procedimento deva ser utilizado em todos os setores, nem, muito pelo contrário, naqueles casos em que existam alternativas igualmente eficazes e menos traumáticas.

Todas as objeções sociológicas analisadas nesta seção colocariam, sendo exatas, dificuldades insolúveis para a adoção de medidas de discriminação inversa. Tentamos isto destruir a sua suposta força, considerando a sua escassa observação empírica e demonstração fática. No entanto, dada a gravidade das hipóteses que apresentam, será necessária a contínua revisão das medidas de discriminação inversa, que se deverá levar a cabo através dos instrumentos que a Sociologia do Direito oferece. Daí, a persistência da discriminação no setor em que a discriminação inversa se aplique, assim como os efeitos que esta última acarrete, tanto a respeito dos prejudicados quanto a respeito dos favorecidos por ela, deverão ser objeto de análises periódicas, que nos indiquem a conveniência de continuar com a aplicação da discriminação inversa ou do seu abandono.

### 3.5 Um ponto de vista utilitarista e um ponto de vista ideal a favor da discriminação inversa

Dworkin resolve a questão por que as medidas que favorecem os homens em detrimento das mulheres não são legítimas constitucionalmente, e as que favo-

recem as mulheres em detrimento dos homens não só são legítimas, mas também podem ser exigidas pela própria Constituição.

Para este autor, as melhoras sociais podem distinguir-se em dois grupos: aquelas que elevam o bem-estar médio da coletividade, embora diminuam o de alguns indivíduos (medidas utilitaristas), e aquelas tendentes à consecução de uma sociedade mais justa e ideal, independentemente do seu efeito sobre o bem-estar promédio (medidas ideais).<sup>7</sup>

Assim, enquanto as medidas que favorecem os homens e prejudicam as mulheres encontram a sua única justificação nas medidas utilitaristas, as medidas que favorecem as mulheres em detrimento dos homens podem constituir tanto medidas utilitaristas quanto ideais. Para Dworkin, portanto, as medidas que favorecem as mulheres à custa dos homens melhoram a situação de toda a comunidade e, por conseguinte, estão justificadas.

## 4 CONDIÇÕES DA DISCRIMINAÇÃO INVERSA

Como pudemos constatar no presente trabalho, a justificação das medidas de discriminação inversa apresenta graves dificuldades que tornam exigível, para a sua aplicação, o cumprimento de certas condições.

Em primeiro lugar, devido a sua gravidade, o recurso a tais medidas deve limitar-se àqueles casos em que não seja possível atingir a mesma finalidade num tempo razoável através de outras medidas de ação positiva. Constituem, desta forma, uma espécie de último recurso nas mãos do legislador.

Além disso, as medidas de discriminação inversa só poderão ser aplicadas nos casos em que se verifique, de forma objetiva e fidedigna, a existência de desigualdade num âmbito concreto. Será necessário, pois, escolher cuidadosamente os dados estatísticos demonstrativos da existência de desigualdade e elaborar rigorosos estudos sociológicos a respeito. Deve-se também analisar os efeitos produzidos por estas medidas, abandonando-as caso, mediante a sua aplicação, não se alcançarem os resultados que justificaram a sua adoção. Evidentemente, é

<sup>7</sup> DWORKIN, p. 335 *et seq.* Apud REY MARTÍNEZ, 1995, p. 97.



também neste último aspecto que a Sociologia do Direito constitui um poderoso e necessário instrumento.

Finalmente, estas medidas devem ter caráter transitório, aplicando-se só no período de tempo necessário para a consecução da igualdade entre homens e mulheres num setor concreto.

## 5 CONCLUSÃO

No presente artigo, tentamos analisar os argumentos favoráveis ou contrários à adoção de medidas de discriminação inversa, visando demonstrar a superioridade dos primeiros sobre os segundos e, portanto, a validade daquelas. No entanto, apesar da sua validade, a discriminação inversa deverá cumprir certas condições. Uma vez observadas estas condições, cabe defender a legitimidade do recurso à discriminação inversa, como uma das medidas possíveis, dentre outras, para a consecução de uma sociedade mais igualitária e justa.

## 6 FONTES BILIOGRÁFICAS

- BOXILL, Bernard R. Igualdad, discriminación inversa e trato preferente. In: SINGER, Peter (Ed.). *Compendio de Ética*. Madrid: Alianza Diccionarios, 1995, Cap. 29.
- KYMLICKA, Will. *Filosofía política contemporánea: una introducción*. Barcelona: Ariel Ciencia Política, 1995, Cap. 7.
- PÉREZ DEL RÍO, Teresa. La acción positiva. Justificación jurídico-constitucional. *Revista Jóvenas*, Madrid, n. 6, p. 20-37, dez. 1995.
- REY MARTÍNEZ, Fernando. *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. Madrid: McGraw Hill, 1995, Cap. 5 e 6.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso. Discriminación inversa, acciones positivas e igualdad (A propósito de la sentencia del caso Kalanke). *Revista Jóvenas*, Madrid, n.6, p. 43-76, dez. 1995.
- Vários servidores de Internet. Don Romesburg, *Affirmative Action & Us. What do you think about affirmative action, Mike's Home Page. The Legal Rights of Women. Gender Discrimination*.

# O CONTROLE DA CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA ECONÔMICA

Christian Sahb Batista Lopes

## Sumário

1. Introdução. 2. Concentração de empresas. 2.1 Efeitos das concentrações de empresas. 3. Concorrência. 3.1 A apreciação do ato de concentração. 4. O controle da concentração de empresas como instrumento de política econômica. 5. Conclusão. 6. Fontes bibliográficas.

## 1 INTRODUÇÃO

Atualmente, passa a economia brasileira por um processo de estabilização, de reabertura e de privatizações. O momento tem sido propício para investimentos no setor produtivo, sejam nacionais sejam estrangeiros. Como conseqüência, observa-se o incremento das operações de concentração de empresas.

A grande empresa tem sido colocada como uma forma de concorrer nos mercados interno e externo com as empresas estrangeiras. Por outro lado, para estas, a concentração é o meio mais cômodo de se fixar em solo brasileiro.

Todo este processo deixará marcas na estrutura concorrencial dos mercados nacionais, que já apresentavam tendência oligopolista. O Brasil deverá, destarte, orientar estes acontecimentos, a fim de cumprir o objetivo constitucional do desenvolvimento econômico com justiça social. Neste sentido, apresenta-se ao controle da concentração de empresas realizado pelo Cade o papel não apenas de tutela da concorrência, mas de política econômica.