

RESENHA / REVIEW

MÁS ALLÁ DE LA IGUALDAD FORMAL ANTE LA LEY: ¿QUÉ LES DEBE EL ESTADO A LOS GRUPOS DESAVENTAJADOS?

BEYOND FORMAL EQUALITY BEFORE THE LAW: WHAT DOES THE STATE OWE TO DISADVANTAGED GROUPS?

SABA, Roberto. **Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?** 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2016.

Taluana Wenceslau Rocha¹

As pesquisas do professor doutor argentino Roberto Saba sobre as concepções de igualdade no direito, tanto a partir de seus estudos comparados de tradição estadunidense - fruto de seu mestrado e doutorado na Universidade de Yale junto ao professor emérito Owen Fiss-, como desde os avanços jurisprudenciais e legais da Argentina e da América Latina em geral, resultado de sua longa trajetória acadêmica e profissional na região, derivaram na obra aqui resenhada.

As primeiras reflexões e páginas que dariam início às teorias apresentadas no seu livro começaram a ser pensadas e escritas durante a crise político-econômica que a Argentina sofreu em 2001. Aqueles acontecimentos o levaram a analisar como o reconhecimento do princípio da igualdade perante a lei, estabelecido na constituição nacional argentina, poderia impor ao Estado obrigações e deveres em relação aos cidadãos em situações de desvantagem estrutural. Embora a igualdade seja um pilar do sistema jurídico argentino e das democracias constitucionais da América Latina em geral, os desenvolvimentos doutrinários acerca deste princípio não estariam à altura de sua relevância na ordem democrática, conforme apontam os juristas Bergallo e Gargarella na apresentação da obra.

O pilar teórico para compreender as discussões levadas a cabo por Saba é a distinção entre duas concepções de igualdade: a igualdade como não discriminação (“no discriminación”) e a igualdade como não submissão (“no sometimiento”).

A concepção comumente aceita da igualdade como garantia de um tratamento não arbitrário, tal como entendem a doutrina e a jurisprudência argentina e internacional predominantes, ao interpretarem a Constituição nacional ou os tratados de direitos humanos ratificados pelos países da região, é problematizada pelo autor, ao indagar sobre a relação entre o ideal de igualdade constitucional e a situação de desvantagem estrutural na qual se encontram grupos de pessoas que compartilham certa condição ou atributo, tais como exemplifica: mulheres, indígenas, pessoas com deficiência, imigrantes ou os pobres.

Embora reconheça que a ideia de igualdade como “não discriminação” é o ideal básico da igualdade perante a lei, Saba entende que essa noção de igualdade não apenas é inapropriada ou insuficiente para capturar problemas de desigualdade estrutural, como também gera uma interpretação incorreta dessas normas. A igualdade exigida pela Constituição e pelos direitos humanos também impõe obrigações ao Estado em relação ao “desmantelamento de situações de subordinação de grupos que são vítimas de práticas sociais e normas que contribuem para aprofundar sua situação de desvantagem estrutural” (livre tradução, p. 20).

¹ Assistente de pesquisa bolsista do Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal de Goiás (PPGDP-UFG). Mestre e Especialista em Direito Internacional de Direitos Humanos pela Universidad de Buenos Aires (Argentina) e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Goiás (Brasil).

Em substituição ao princípio da igualdade como não discriminação, é proposta a concepção da igualdade como “não submissão” - como não sujeição, noção que compreende a igualdade como contrária à criação ou perpetuação de grupos em situação de subordinação. Essa seria a concepção que melhor corresponderia à essência valorativa das normas constitucionais e convencionais do ordenamento jurídico de países como a Argentina e é a que pode justificar intervenções positivas a favor da igualdade, por exemplo, as ações afirmativas voltadas para mulheres e para pessoas com deficiência.

A noção de igualdade como não submissão compele a redefinir a concepção das categorias consideradas suspeitas na identificação de desigualdade e a delimitar o exercício de direitos fundamentais associados com a liberdade pessoal (tais como a liberdade de contratar e de se associar); além de impactar na elaboração de políticas públicas e de obrigar a reformular o papel dos tribunais. Esses são os tópicos desenvolvidos nos outros três capítulos do livro -além do inicial, e no seu epílogo.

Um dos núcleos teóricos centrais das reflexões de Saba (não somente neste livro) é o que ele denomina de categorias suspeitas (“sospechosas”). Tais categorias teriam sido geradas pela compreensão de igualdade como não arbitrariedade e se encontram refletidas nas normas de direito positivo, de que é possível enumerar *a priori* categorias proibidas ou contrárias ao princípio da igualdade. Por exemplo, o artigo 1º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos estabelece a proibição de discriminar “por motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.” Contudo, para dismantelar situações de desigualdade estrutural, justamente há que tratar de maneira diferenciada a grupos associados a essas categorias, portanto, poderia haver inicialmente um conflito entre a razoabilidade e o tratamento preferencial, desde a interpretação da igualdade como não discriminação. Assim, conceber a igualdade como não submissão exige uma nova forma de pensar essas categorias, não podendo ser definidas previamente e em abstrato, pois somente seriam suspeitas de gerar desigualdade se resultasse na perpetuação da subordinação de um grupo.

A relação entre o ideal constitucional da igualdade e o modo como os particulares devem se tratar também é abordada pelo jurista, que ressalta que o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial argentino e internacional sobre esse tema é quase nulo quanto à América Latina. Por isso, ele convida a pensar sobre um modo de superar a relação problemática entre o princípio da igualdade constitucional e o exercício de outros direitos que se alicerçam no ideal de autonomia, tais como, os direitos de associação e de livre contratação.

A interferência estatal no âmbito da autonomia pessoal requer uma fundamentação consistente dentro do direito argentino, além disso, deveria estar relacionada com o próprio princípio da proteção da autonomia pessoal. Ao menos dois modos de exercer essa interferência são citados pelo autor: assegurar a razoabilidade do tratamento ou dismantelar as situações de desigualdade estrutural.

A cristalização de um sistema estrutural desigual -ao qual Saba chega a se referir ao longo da obra como um sistema de castas- atenta contra a igualdade entendida como não submissão e, mais do que violar, destrói a autonomia das pessoas que vivem conforme “os mandatos de uma estrutura social dominada por um sistema de exclusão e segregação que não podem modificar por si mesmas nem mediante ações individuais” (livre tradução, p. 225). Diante de uma situação de tamanha gravidade e contradição com o princípio de autonomia, o autor entende que não é apenas uma opção, mas sim uma obrigação o Estado intervir em relação a decisões de particulares que contribuam para criar, fomentar e manter tal desigualdade estrutural.

No último capítulo, Saba sugere repensar o papel dos/as magistrados/as ao aplicarem a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos no que se refere ao controle de constitucionalidade, especialmente nos casos que impactam a desigualdade estrutural. O modelo de controle judicial de constitucionalidade aplicado em muitos países da América Latina vincula-se

a uma noção individualista dos direitos e pressupõe um papel dispensável do Estado como meio para alcançar seu exercício. Esse modelo clássico de controle judicial de constitucionalidade, que ele denomina de “máxima autorrestrição”, resultaria absolutamente inadequado para aqueles casos em que a igualdade como não submissão esteja afetada. Na verdade, o autor ressalta que a visão tradicional do papel dos juízes é inadequada não somente para as situações de desigualdade estrutural como também para aquelas de matriz estrutural.

Os casos de direito à saúde dão dados como exemplo, inclusive mencionando a situação brasileira, bem como a argentina e a colombiana, países onde um bem sucedido ativismo de direitos humanos levou a uma proliferação de demandas aos tribunais relacionadas com requisição de medicamentos e cobertura de serviços por planos de saúde, com elevada quantidade de decisões favoráveis aos demandantes. Contudo, Saba tece interessante crítica a esse cenário, considerando que é uma postura que reforça o “paradigma do modelo clássico e tradicional do controle judicial de constitucionalidade, individualista e com uma visão retrospectiva, cego ao contexto e ao fator estrutural” (livre tradução, p. 59); deste modo, embora essa judicialização e suas decisões favoráveis possam ser celebradas, esse modelo deve ser revisto, posto que poderia chegar até a consolidar as desigualdades (para fortalecer esse argumento, ele cita os trabalhos de Paola Bergallo quanto à Argentina e de Octavio L. Motta Ferraz em relação ao Brasil).

Quando o Poder Judiciário procura remediar problemas estruturais, pode surgir um elemento de arbitrariedade, como reconhece o autor, entretanto compreende que ignorá-los seria um problema ainda maior que a suposta arbitrariedade. Assim, o Poder Judiciário da América Latina deve procurar erradicar as desigualdades estruturais e, para isso, é necessário que revise práticas que, à primeira vista, possam parecer inocentes, mas que, na verdade, criam e perpetuam a subordinação dos grupos em desvantagem estrutural. Quando a desigualdade for produto de práticas sociais e estatais que levam à sujeição de grupos, é preciso visualizar o impacto do direito a nível coletivo e pensar os remédios judiciais a níveis estruturais, duas perspectivas que, a seu ver, os juízes deveriam incorporar ao exercer o controle de constitucionalidade nesses tipos de casos.

No epílogo, o autor retoma o contexto inicial que o levou a pesquisar sobre o tema em relação à Argentina e à América Latina e discorre sobre a desigualdade estrutural e a pobreza na região. Não obstante deixe o aprofundamento dessa relação para uma futura pesquisa, afirma que a situação a qual estão submetidos os indivíduos em situação de pobreza extrema e perpétua é contraditória com o ideal de igualdade constitucional que ele defende. Destarte, alenta o Direito a tomar parte nessa reflexão e se firmar como um instrumento efetivo de transformação social.