

# OS PARÂMETROS PARA JULGAR NORMAS QUE REALIZAM DISTINÇÕES

## Paralelismo entre a doutrina da Corte Suprema norte-americana e a do sistema interamericano sobre o direito à igualdade

Por Lucas GIARDELLI \*, Fernando TOLLER \*\* e Juan CIANCIARDO \*\*\*

### SUMÁRIO: \*\*\*\*

1. APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA E OBJETIVO DO TRABALHO
2. O DIREITO À IGUALDADE NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE SUPREMA DOS ESTADOS UNIDOS: O “SISTEMA DE ESCRUTÍNIOS”
  - a) A *Equal Protection of the Laws* e os três níveis de análise
  - b) As categorias
  - c) O *rational basis review*
  - d) O escrutínio intermediário
  - e) O escrutínio estrito
  - f) Quadro das exigências dos diferentes escrutínios
3. AS “CATEGORIAS SUSPEITAS” E OUTRAS HIPÓTESES DE APLICAÇÃO DO ESCRUTÍNIO ESTRITO NA CORTE SUPREMA DOS ESTADOS UNIDOS
  - a) Distinções fundadas na condição de estrangeiro
  - b) Distinções fundadas na origem nacional e na raça
  - c) Distinções que incidem “direta e substancialmente” no gozo de um direito fundamental
4. O DIREITO À IGUALDADE NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
  - a) As normas que resguardam o direito à igualdade
  - b) O direito à igualdade como reflexo da comum dignidade da natureza humana
  - c) O direito à igualdade como princípio de *jus cogens*
  - d) A igualdade como direito que protege direitos
5. OS PARÂMETROS UTILIZADOS PELA COMISSÃO E PELA CORTE INTERAMERICANAS PARA JULGAR VIOLAÇÕES À IGUALDADE E SUA COMPARAÇÃO COM O “ESCRUTÍNIO ESTRITO” NORTE-AMERICANO
  - a) Presunção de incompatibilidade com o Convênio e presunção de inconstitucionalidade
  - b) O interesse público imperioso e o *compelling state interest*
  - c) A indagação do fim real da norma
  - d) O juízo de necessidade dos meios e o “teste da alternativa menos discriminatória”
  - e) Diferença de tratamento e justificação objetiva e razoável para fins de distinção em comparação com *overinclusiveness* e *underinclusiveness*
  - f) Exigibilidade de um parâmetro exigente, categorias suspeitas e outras hipóteses de escrutínio estrito
  - g) Síntese das exigências

---

\* Monitor de Direito Constitucional e Membro do Departamento de Filosofia do Direito e Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidad Austral (Buenos Aires).

\*\* Professor Titular de Direito Constitucional e Diretor do Departamento de Filosofia do Direito e Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidad Austral (Buenos Aires).

\*\*\* Professor Titular de Filosofia do Direito e Diretor da Faculdade de Direito da Universidad Austral (Buenos Aires).

\*\*\*\* Tradução para o português de Flávio Lemos Alencar; com a revisão técnica da Prof. Frederico Bonaldo.

## 6. CONCLUSÕES

### 1. APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA E OBJETIVO DO TRABALHO

Justiça e igualdade têm estado unidas indissolavelmente desde há muito no pensamento jurídico e filosófico. Entendem-se uma à luz da outra. Por isso, o ícone da Justiça, a imagem de Diké, consiste precisamente numa deusa que sustenta a balança com os olhos vendados, sem fazer acepção de pessoas, sem discriminar, procurando que ambos os pratos se mantenham à mesma altura, que o fiel dessa balança não se afaste do justo meio, que se “dê a cada um o que lhe é próprio”. No centro mesmo do fenômeno jurídico, como elemento ordenador da convivência social e das relações entre as pessoas, encontra-se, assim, a atividade de identificar semelhanças e de realizar distinções sob a luz de critérios de justiça. Assim é o Direito; isso é o Direito.

Em concordância com o anterior, tem-se aceito, de modo praticamente universal, que o respeito aos princípios de justiça e de igualdade exige um mesmo tratamento em circunstâncias similares. Por isto mesmo, há consenso em que esse respeito não impede que a legislação contemple de modo diverso situações que considera diferentes, desde que o critério de distinção adotado não resulte arbitrário.

Esta idéia foi expressamente recolhida pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Este tribunal sustentou que:

“A noção de igualdade depreende-se diretamente da unidade de natureza do gênero humano e é inseparável da dignidade essencial da pessoa, frente à qual é incompatível toda situação que, por considerar superior um determinado grupo, conduza a tratá-lo com privilégio; ou que, ao contrário, por considerá-lo inferior, trate-o com hostilidade, de qualquer maneira ou opere discriminações no gozo de direitos que, sim, são reconhecidos àqueles que não considerados envolvidos em tal situação de inferioridade. *Não é admissível criar diferenças de tratamento entre seres humanos que não correspondam à sua única e idêntica natureza.*

No entanto, pelo motivo mesmo de que a igualdade e a não discriminação se depreendem da idéia de unidade de dignidade e natureza da pessoa, é preciso concluir que nem todo tratamento jurídico diferente é propriamente discriminatório, porque nem toda distinção de tratamento pode considerar-se ofensiva, de per si, à dignidade humana. Já a Corte Européia de Direitos Humanos, baseando-se “nos princípios que podem deduzir-se da prática jurídica de um grande número de Estados democráticos”, definiu que só é discriminatória uma distinção quando “carece de justificação objetiva e razoável”. Existem, com efeito, certas desigualdades de fato que legitimamente podem traduzir-se em desigualdades de tratamento jurídico, sem que tais situações contrariem a justiça (...)”<sup>1</sup>.

---

1. Corte I.D.H., *Proposta de modificação da Constituição Política da Costa Rica relacionada à naturalização*, Opinião Consultiva OC-4/84, de 19 de janeiro de 1984, Série A N.º 4, pars. 55 e 56.

Esta forte defesa do direito à igualdade deve-se integrar num contexto maior, tuitivo dos direitos humanos. Com efeito, os direitos fundamentais, como bens preciosos que são, merecem que, ante toda possibilidade de menoscabo, se extremem os cuidados na utilização de instrumentos de interpretação e de tomada de decisões que maximizem sua defesa, dentro de seus âmbitos legítimos e razoáveis de exercício, de modo que possam harmonizar-se todos os bens que realmente se encontrem em jogo, que não se sacrifique nenhum direito presente no caso e que as normas que regulamentam os direitos humanos não alterem, limitem ou restrinjam seus conteúdos essenciais<sup>2</sup>. No caso do direito à igualdade, o anteriormente dito vê-se reforçado à medida que – como se verá ao se tratar do sistema interamericano de direitos humanos – tem uma verdadeira função sistêmica ou estrutural, uma vez que sua observância se encontra unida com a vigência efetiva dos restantes direitos humanos.

Conseqüentemente, o princípio que poderíamos chamar “de igualdade relativa” ou de “igualdade proporcional” – e que lança suas raízes na concepção aristotélica da justiça distributiva – representa, sem lugar a dúvidas, a pedra de toque da análise das exigências impostas pelo direito à igualdade. Por si só, a idéia de uma máxima de “igualdade absoluta” que acarrete a invalidade de toda diferenciação atenta contra o sentido comum. Pelo contrário, e como já se disse, uma das principais funções do Direito consiste em efetuar classificações e distinções que permitam encontrar o justo, para “dar a cada um o que lhe corresponde”, como ensinaram Platão<sup>3</sup>, Ulpiano<sup>4</sup> e Tomás de Aquino<sup>5</sup>. Daí que tão injusto é o tratamento desigual àqueles que se en-

---

2. Sobre estas idéias cf. Pedro SERNA, Fernando TOLLER. *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*. Buenos Aires: La Ley, 2000, *passim*; Juan CIANCIARDO. *El conflictivismo en los derechos fundamentales*. Pamplona: Eunsa, 2000, *passim*, do qual há uma segunda edição recente intitulada *El ejercicio regular de los derechos. Análisis e crítica del conflictivismo*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007; IDEM. *El principio de proporcionalidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004, *passim*; Fernando TOLLER. “Hacia el ocaso del darwinismo jurídico. Lineamientos para una nueva teoría en la interpretación constitucional de los derechos fundamentales” In: *El Derecho* 180 (1999), pp. 1427-1439; IDEM. “Propuestas para un nuevo modelo de interpretación en la resolución de conflictos entre derechos constitucionales” In: *Anuario de Derecho de la Universidad Austral* 4 (1998), pp. 225-252; IDEM. *Libertad de prensa y tutela judicial efectiva. Estudio de la prevención judicial de daños derivados de informaciones*. Buenos Aires: La Ley, 1999 (trabalho aplicado a questões concretas que, entre outras coisas, tenta demonstrar como é possível harmonizar os vários direitos fundamentais, cuja correlação se estuda na obra, evitando sacrificar algum deles); IDEM. “La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales. Una metodología de interpretación constitucional alternativa a la jerarquización y el *balancing test*” In: Eduardo FERRER MC GREGOR (Coord.). *Interpretación Constitucional*. México: Porrúa – UNAM, 2005, t. II, pp. 1.199-1.284; IDEM. “Jerarquía de derechos, jerarquía de bienes y posición de la vida en el elenco de los derechos humanos” In: Ives GANDRA DA SILVA MARTINS (Coord.). *Direito fundamental à vida*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 495-515; e IDEM. “Refutaciones lógicas a la teoría de los conflictos de derechos” In: Juan CIANCIARDO (Coord.). *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo – Una aproximación interdisciplinaria*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006, pp. 133-181.

3. Cf. *A República*, Livro I, 331e e 332 c.

4. Ver *Digesto*, 1, 1, 10, pr.

5. Cf. *Summa Theologiae*, II-II, q. 58, a. 1.

contram em iguais circunstâncias como o tratamento igualitário àqueles que se encontram em circunstâncias suficientemente dissímiles entre si, a ponto de justificar um tratamento diferenciado. Isto se aplica tanto à norma, considerada em si mesma, em abstrato, que segrega toda uma categoria de pessoas, como à sua aplicação concreta a casos determinados, nos quais o decisor reconhece arbitrariamente direitos a uns e os nega a outros <sup>6</sup>.

Pois bem: em muitos casos, as elaborações sobre o direito à igualdade, tanto em nível jurisprudencial como doutrinário, se esgotam na consagração — mediante diversas fórmulas — do referido “princípio de igualdade relativa”. No entanto, embora este princípio se apresente como o *prius* lógico de toda análise em que se pretende verificar uma violação do direito à igualdade, a verdade é que não é auto-suficiente: ainda é preciso conhecer, em cada caso concreto, se se pode considerar que uma determinada distinção é irrazoável e que, portanto, não pode ser mantida ou, pelo contrário, se pode ser considerada não arbitrária, mas, sim, razoável, por existirem razões suficientes que justificam o trato desigual <sup>7</sup>. Dito de outro modo: são necessárias outras ferramentas hermenêuticas e valorativas que complementem e integrem o princípio de igualdade relativa, vinculando-o ao princípio de razoabilidade, máxima legitimadora de toda norma <sup>8</sup>. Trata-se, em definitiva, de incorporar certas pautas de análise às quais se possa recorrer no momento de avaliar se uma diferenciação constitui um razoável exercício da atividade regulatória legislativa ou administrativa ou pelo contrário, uma arbitrária violação do direito à igualdade. Em suma, busca-se determinar se as diferenças existentes entre determinadas pessoas e as situações em que elas se encontram possuem a relevância requerida para justificar seu tratamento diferenciado por parte do Direito.

A Corte Suprema dos Estados Unidos contribuiu significativamente para esta tarefa de complementação do princípio de igualdade relativa. Seja em virtude das necessidades impostas pela trágica história de discriminação de seu país ou, simplesmente, em virtude da sua tendência à elaboração de regras e testes de constitucionalidade, o certo é que a jurisprudência do máximo tribunal norte-americano desenvolveu e aper-

---

6. Sobre este ponto pode-se ver Robert ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, 1a. reimpresión. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 381 e ss. Cf. também, a respeito da jurisprudência argentina, María Marta DIDIER. *El principio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina. Un estudio de la igualdad en las normas jurídicas generales* (Tese doutoral na Faculdade de Direito da Universidad Austral), Buenos Aires, 2007, cap. 1.

7. Esta inquietação a respeito da insuficiência do “princípio de igualdade relativa” também foi exposta por H. L. A. HART. *El concepto de Derecho*, trad. de Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1963, reimpr. 1998, pp. 198 e ss.

8. Sobre o princípio de razoabilidade, pode-se consultar Juan CIANCIARDO. *El principio de razonabilidad (...)*, cit., *passim*. Cf., igualmente, Carlos BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, *passim*.

fez ao longo de mais de meio século um complexo sistema de interpretação e de tomada de decisões referentes à cláusula de igualdade da Décima Quarta Emenda. Vistas assim as coisas, a *Equal Protection Clause* já não é “o último recurso entre os argumentos constitucionais”, tal como havia sido caracterizada pelo juiz Holmes em 1927<sup>9</sup>, senão que, em nossos dias, é um dos capítulos do Direito Constitucional que mais atenção recebe por parte da *Supreme Court* norte-americana<sup>10</sup>.

Por sua vez – e posteriormente aos desenvolvimentos norte-americanos a que há pouco se aludia –, a Comissão e a Corte Interamericanas de Direitos Humanos tiveram diante de si, em várias ocasiões, casos relativos ao direito à igualdade, e tomaram suas decisões apelando a diversos elementos de juízo, sem mencionar expressamente os parâmetros provenientes da judicatura norte-americana.

Neste contexto, o presente trabalho tem como objetivo específico explorar se é possível traçar um paralelismo entre alguns dos elementos centrais dessa construção jurisprudencial do tribunal norte-americano — e, em particular, do chamado “escrutínio estrito” — e algumas linhas de análise que podem extrair-se das decisões dos órgãos do sistema interamericano vinculadas ao direito à igualdade. Trata-se, assim, de explicar quais são esses elementos dos testes relativos ao direito à igualdade e de dilucidar se ambos os sistemas estão usando os mesmos ou similares parâmetros de resolução. Desta maneira, se se lograr encontrar na doutrina dos órgãos interamericanos as ferramentas principais do modelo de análise norte-americano mais exigente, ou, ao menos, pontos de contato com elas, estar-se-á em condições de aproveitar a rica jurisprudência proveniente da Corte Suprema daquele país, de modo a contribuir com o desenvolvimento de um enfoque que possa ser utilizado pelos órgãos do sistema interamericano no momento de resolver casos relativos ao direito à igualdade.

Antes de dar início a isto, devemos efetuar algumas considerações preliminares. Em primeiro lugar, há que se advertir que a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos não levou a cabo uma análise sistemática do direito à igualdade. Por isso, como se poderá constatar ao longo do trabalho, as conclusões às que se chega aqui não são necessariamente definitivas – o que deriva dessas dificuldades interpretativas em parte insanáveis, bem como do fato de se sustentarem, em alguns casos, em afirmações que não tiveram outro destino que o de serem meras *obiter dicta*, em vez de *ratio decidendi* ou núcleo da decisão desses casos ou problemas apresentados à decisão dos órgãos interamericanos.

Em segundo lugar, convém deixar claro que o chamado “sistema de escrutínios” da Corte Suprema norte-americana está longe de ser uma panacéia que elimine toda incerteza e assegure uma solução justa a cada caso, como provam as numerosas crí-

---

9. A expressão corresponde a seu voto em *Buck v. Bell*, 274 U.S. 200 (1927).

10. Cf. DIDIER. *El principio de igualdad (...)*, *op. cit.*, cap. 2 e *passim*.

ticas que despertou em seu próprio país de origem. Entre outras coisas, costuma-se acusá-lo de ser um modelo de análise excessivamente rígido, arbitrário e alheio às particularidades do caso concreto <sup>11</sup>. Por isto, e por exceder o objeto deste trabalho, que é o de realizar uma possível constatação sobre o mencionado paralelismo, não vamos realizar juízos de valor sobre o mérito intrínseco do “sistema de escrutínios” norte-americano. Contudo, deve-se admitir que, o sistema de escrutínios cumpre, ao menos, o objetivo de fornecer certos elementos que, ao mesmo tempo em que tendem à ansiada complementação das exigências do princípio de igualdade com o controle de razoabilidade das normas, conformam um conjunto de “regras do jogo” que oferecem um âmbito de certeza e previsibilidade nos litígios relativos à igualdade. Daí o interesse que tem a análise da jurisprudência interamericana à luz desses parâmetros, a fim de se avaliar se a mesma está ou não seguindo ou utilizando – ainda quando não seja consciente disto – aqueles parâmetros de decisão.

Como terceira advertência, há que se explicar que aqui se utilizará o teste relativo ao controle de razoabilidade das normas consistente em analisar a legitimidade da finalidade buscada pela medida, pela adequação ou eficácia dos meios escolhidos com relação a tal fim, pela necessidade de sua adoção ou inexistência de meios alternativos mais convenientes e pela proporcionalidade entre os custos e benefícios de se adotar ou não a medida <sup>12</sup>. A rigor, esta análise corresponde ao Tribunal Constitucional alemão, e não é utilizada assim, estruturadamente e de modo completo, pela Corte Suprema dos Estados Unidos ao se realizar o controle constitucional de razoabilidade das leis. No entanto, como se verá, este último tribunal sim o usa – ainda que sem de-

---

11. Esses embates contra o sistema de escrutínios não só surgiram no âmbito doutrinário, mas também podem ser encontrados nos votos que diversos juízes da Corte — antigos (*v. gr.*, Rehnquist) e atuais (*v. gr.*, Stevens) — formularam em casos relativos à cláusula de igualdade. De modo ilustrativo, a visão crítica do juiz Stevens pode ser consultada em s/assinatura, “Justice Stevens’ Equal Protection Jurisprudence” In: *Harvard Law Review* 100 (1987), pp. 1146-1165. Inclusive, o juiz Thurgood Marshall — um dos mais firmes detratores do sistema de escrutínios —, em uma série de votos em dissidência durante seus vinte e cinco anos como *Justice*, elaborou uma proposta de modelo alternativo de análise em matéria de igualdade mediante o qual, na prática, se chega muitas vezes a resultados opostos. Cf., por exemplo, o voto do juiz Marshall em *Lyng v. Castillo*, 477 U.S. 635 (1986). Por exemplo, o *sliding scale approach* de Marshall é consideravelmente menos rigoroso à hora de se avaliar a constitucionalidade de políticas de *affirmative action* — em razão da “discriminação inversa” —, as quais, no âmbito do sistema de escrutínios, estão sujeitas ao mais severo grau de controle. Por último, cabe mencionar a Corte do Estado do Alasca como um dos poucos tribunais norte-americanos que tomam distância, decididamente, do sistema de escrutínios imposto pela Corte federal, tendo criticado este sistema de modo aberto em suas sentenças. Sobre o sistema de *Equal Protection* na jurisprudência da Corte Suprema do Estado do Alasca, pode-se consultar Paul MCGREAL. “Alaska Equal Protection: Constitutional Law or Common Law” In: *Alaska Law Review* 15 (1998), pp. 209 e ss. Também foi fortemente objetada a orientação adotada pela Corte a respeito do enjuizamento das políticas de *affirmative action*, no sentido de que deve ser o critério de distinção utilizado pela norma — e não a classe prejudicada pela mesma — o que determine o nível de escrutínio a ser aplicado. Pode-se encontrar uma versão desta crítica em Suzanne GOLDBERG. “Equality Without Tiers” In: *Southern California Law Review* 77 (2004) 481, pp. 508 e ss.

12. Para uma exposição desses momentos no controle de razoabilidade das leis, cf. CIANCIARDO. *El principio de proporcionalidad (...)*, *op. cit.*, pp. 61-110 e 119-121.

nominar do mesmo modo cada um de seus passos – no sistema de escrutínios de constitucionalidade que tem elaborado com relação ao direito à igual proteção das leis.

Por último, resulta oportuno efetuar uma advertência comum a todos os casos em que se encara o estudo de doutrinas estrangeiras tendo em vista sua possível implementação em outros ordenamentos. Em nossa opinião, os processos de importação de institutos jurídicos devem sempre se realizar a partir de uma sadia ótica crítica, procurando adotar seus componentes positivos, ao mesmo tempo em que se eliminem os negativos ou os que simplesmente resultem inadequados para o *hábitat jurídico* do país ou do sistema jurídico importador. Tendo isto em conta, deve-se reiterar que este trabalho tem uma finalidade primordialmente descritiva e de constatação, ficando para outro momento a mencionada tarefa de valoração crítica.

## 2. O DIREITO À IGUALDADE NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE SUPREMA DOS ESTADOS UNIDOS: O “SISTEMA DE ESCRUTÍNIOS”

### a) A Equal Protection of the Laws e os três níveis de análise

Foi dito anteriormente que toda diferenciação, para não ser violadora do direito à igualdade, deve ser razoável. Pois bem, ao estudar a jurisprudência da Corte norte-americana se advertirá que a intensidade com a qual a mesma pratica o julgamento de razoabilidade das diferenciações depende de diferentes fatores. Este é o postulado básico do modelo de análise que aqui chamamos “sistema de escrutínios”: nem todo tipo de diferenciação deve ser avaliado pelo juiz com o mesmo critério.

Os tipos de escrutínio são aplicações concretas do controle constitucional de razoabilidade e, mais especificamente, são os diferentes níveis de intensidade na aplicação desse juízo de razoabilidade — isto é, na avaliação de fins e de meios, com relação ao direito regulamentado — às distinções efetuadas pelas normas gerais que foram impugnadas em juízo. Pode-se dizer, graficamente, que equivalem ao “grau de desconfiança com que será avaliada a norma” ou aos “bons ou maus olhos com que o juiz olhará a lei”. Na prática, a determinação do nível de escrutínio que se utilizará para uma situação litigiosa implica submeter esse caso a algumas determinadas “regras do jogo”, que foram previamente estabelecidas pela Corte. Tão transcendente é a escolha do tipo de escrutínio aplicável que os juízes — diante de hipóteses de fato complexas ou inovadoras — dedicam longos parágrafos para justificar a sua decisão a respeito deste ponto e, inclusive, não é estranho encontrar casos em que a diferença determinante entre a decisão majoritária e o voto da dissidência reside no nível de escrutínio utilizado por uns e por outros <sup>13</sup>.

---

13. Veja-se, como exemplo do que se indica no texto, o caso *City of Cleburne v. Cleburne Living Center*, 473 U.S. 432 (1985).

Em razão do apontado anteriormente, uma norma submetida ao chamado *strict scrutiny* — “escrutínio estrito” — será olhada com suma desconfiança pelo juiz — daí o rótulo de “categorias suspeitas” atribuído àquelas que estão submetidas a este tipo de escrutínio — presumindo-se sua inconstitucionalidade perante a mera impugnação por uma parte interessada, ficando, então, o Estado obrigado a levar a cabo uma difícil tarefa probatória e de argumentação, a fim de evitar que a mesma seja declarada inválida<sup>14</sup>. Para quem quiser defender a norma, tal tarefa é tão difícil que se chegou a dizer que este escrutínio é “estrito na teoria, mas fatal nos fatos”<sup>15</sup>.

No outro extremo, a grande maioria das normas submetidas ao nível de escrutínio mais débil, conhecido como *rational basis review* — “controle da base racional” ou “da relação racional”, da medida que faz a distinção a respeito do fim buscado —, não encontra problemas para superá-lo, a ponto de se dizer que este tipo de escrutínio funciona mais como um selo de aprovação (*rubber stamp*) que se aplica indiscriminadamente a todas as leis e regulamentações gerais da administração do que como um verdadeiro julgamento de razoabilidade<sup>16</sup>.

No decorrer dos anos, a prática judicial pôs em evidência a rigidez deste sistema binário (*two-tier approach*), concluindo-se que havia casos em que se requeria um nível de análise não tão severo como o do escrutínio estrito, mas também não tão débil como o do *rational basis review*. Foi assim que, mediante uma série de decisões jurisprudenciais, surgiu, na década de 70, o *intermediate scrutiny* — “escrutínio intermediário”.

#### b) As categorias

Antes de resenharmos brevemente as exigências e hipóteses de aplicação de cada um dos tipos de escrutínio, cabe a proposição de uma questão fundamental. O que determina que uma certa categorização de pessoas — ou de regulamentações ou hi-

---

14. A origem desta presunção de invalidade pode-se remontar às lições de John Stuart Mill, tal como se destaca no voto majoritário da Corte Suprema argentina no caso *Hooft*, consid. 3º, publicado em *Jurisprudencia Argentina*, 2005-IV-516.

15. Esta conhecida expressão corresponde a Gerald GUNTHER. “The Supreme Court: 1971 Term-Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection” In: *Harvard Law Review* 86 (1972), p. 8. Não obstante o anterior, também se deve apontar que, nos últimos anos, no âmbito dos casos de *affirmative action*, a Corte norte-americana se encarregou de demonstrar que o escrutínio estrito não é sempre “fatal nos fatos”, declarando a constitucionalidade de diversos sistemas de admissão universitária que levavam em conta a raça do aspirante. Cfr. *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244 (2003); *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003)

16. Cf. Brenda SWIERENGA. “Still Newer Equal Protection: Impermissible Purpose Review in the 1984 Term” In: *The University of Chicago Law Review* 53 (1986), p. 1.455. Não obstante, o *rational basis review* viu-se revitalizado com a introdução de uma modalidade conhecida como *rational basis review with teeth* (“com dentes”, em alusão a que o *rational basis review* “ainda morde”) ou *second order rational basis review*. A consideração desse tipo de “*rational basis review* agravado” será omitida no presente trabalho, mas, a respeito, pode-se consultar SWIERENGA, *op. cit.*, pp. 1.461 e ss.



póteses de fato — seja definida como “suspeita” ou “quase-suspeita” — o que ativaria o escrutínio estrito ou o intermediário, respectivamente —, ou que, pelo contrário, não incite nenhum destes qualificativos, devendo ser avaliada sob o parâmetro mais débil? A jurisprudência deu razões que justifiquem tais distinções? A Corte Suprema norte-americana preocupou-se em explicar quais fatores influem na determinação do nível de escrutínio a ser aplicado. Não obstante isto, não se podem dar regras exatas a respeito. Em última instância, sempre existirá um considerável grau de discricionariedade na atribuição de um tipo de escrutínio a uma determinada classificação, o que, por sua vez, é visto como uma das críticas centrais que se realizam a este sistema de análise.

Na célebre nota 4 do juiz Stone no caso *United States v. Carolene Products Co.*<sup>17</sup>, iniciadora da *preferred freedoms doctrine*, fala-se de “*discrete and insular minorities*”<sup>18</sup>. Dali se extraem dois dos fatores mais influentes à hora de determinar o nível de escrutínio ao que se submeterá uma determinada categorização. Assim, mais agravado será o nível de escrutínio a ser aplicado quando: a) os sujeitos pertencentes à categoria forem “separáveis” e, por isso, sejam facilmente identificáveis (conceito de *discrete*; presente para a Corte nas classificações negro/branco e mulher/homem; ausente, porém, na de filhos ilegítimos/legítimos, sendo, por último, discutível nas classificações baseadas na riqueza); e b) quando os sujeitos pertencentes à categoria se encontrarem segregados geograficamente (conceito de *insular*; em que se podem inserir, em

---

17. 304 U.S. 144, 152 (1938).

18. A famosa nota diz, exatamente, o seguinte:

“Pode haver um alcance mais restrito para a operatividade da presunção de constitucionalidade quando a legislação mostra em si mesma [*on its face*] que é alcançada por uma proibição específica da Constituição – tal como aquelas das dez primeiras emendas –, que é julgada como igualmente específica quando são consideradas compreendidas dentro da Décima-quarta. Ver *Stromberg v. California*, 283 U.S. 359, 369-370; *Lovell v. Griffin*, 303 U.S. 444, 452.

É desnecessário considerar agora se a legislação que restringe os processos políticos dos quais se pode normalmente esperar que provoquem a derrogação de legislação indesejável deve estar sujeita a um escrutínio judicial mais exigente, sob as proibições gerais da Décima-quarta Emenda, do que aquele a que estão sujeitos muitos outros tipos de legislação. Sobre as restrições ao direito a votar, ver *Nixon v. Herndon*, 273 U.S. 536; *Nixon v. Condon*, 286 U.S. 73; sobre restrições à disseminação de informação, ver *Near v. Minnesota ex rel. Olson*, 283 U.S. 697, 713-714, 718-720, 722; *Grosjean v. American Press Co.*, 297 U.S. 233; *Lovell v. Griffin*, *supra*; sobre interferências com organizações políticas, ver *Stromberg v. California*, *supra*, 369; *Fiske v. Kansas*, 274 U.S. 380; *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 373-378; *Herndon v. Lowry*, 301 U.S. 242, e ver J. Holmes em *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652, 673; para a proibição de uma assembléia pacífica, ver *De Jonge v. Oregon*, 299 U.S. 353, 365.

Tampouco necessitamos indagar se similares considerações se inserem no controle de legislações dirigidas a religiosos particulares (*Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510), nacionais (*Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390; *Bartels v. Iowa*, 262 U.S. 404; *Farrington v. Tokushige*, 273 U.S. 284) ou minorias raciais (*Nixon v. Herndon*, *supra*; *Nixon v. Condon*, *supra*: se o preconceito contra minorias separadas e insulares pode ser uma condição especial que tende seriamente a cercear a operação desses processos políticos, nos quais se confia habitualmente para proteger as minorias, e que pode clamar por uma indagação judicial mais inquisitiva. Compare *McCulloch v. Maryland*, 4 Wheat. 316, 428; *South Carolina v. Barnwell Bros.*, 303 U.S. 177, 184, n. 2 e os casos citados).

grande parte, os afro-americanos – que, nos Estados Unidos, costumam se agrupar em bairros específicos – ou os pobres – pela mesma razão –, mas não as mulheres). Outros fatores a se ter em conta para considerar suspeita uma categoria, segundo diversos precedentes da Corte e interpretações efetuadas pela doutrina, são: c) o fato de as características diferenciadoras serem congênitas e imutáveis (é o caso da raça ou o sexo, diferentemente da idade ou da condição de “estrangeiro sem documentos”); d) a capacidade de autoproteção do grupo no processo político (um grupo quantitativamente minoritário pode chegar a ter uma alta capacidade de autoproteção no processo político); e) o fato de serem quantitativamente uma minoria; f) a incidência das diferenças físicas na sua aptidão para contribuir com a sociedade; e g) a existência de uma história de discriminação, refletida em preconceitos ou estereótipos a respeito de um certo grupo.

O conjunto destes fatores pareceria ser o dado tido em conta pela *Supreme Court* no momento de atribuir um determinado nível de escrutínio a uma categoria. No entanto, como já se disse, resulta inútil buscar aqui uma precisão matemática ou uma lógica perfeita. A atribuição dos níveis de escrutínio a diferentes categorias havidas hoje em dia é produto da sedimentação dos diversos *leading cases* nos quais a Corte se viu obrigada a adotar um nível de escrutínio para analisar uma norma baseada numa determinada categorização<sup>19</sup>.

Em todo caso, se às distinções baseadas na raça se lhes aplica o *strict scrutiny* e às distinções baseadas na idade o *rational basis review*, isto se deve a que a experiência e o sentido de justiça demonstram que são contadas ou inexistentes as ocasiões em que a raça pode ser utilizada validamente como um fator de diferenciação, ao passo que, pelo contrário, em muitos casos, a idade pode — e deve — ser tida em conta para realizar distinções no momento de legislar.

#### c) O *rational basis review*

O *rational basis review* apresenta-se como o nível de escrutínio mais débil dos três, a tal ponto que, na prática, quase todas as leis conseguem superá-lo. Pode-se dizer que tem um caráter residual: aplicar-se-á este “controle da relação racional” à medida relacionada ao fim buscado em todas aquelas hipóteses em que não nos encon-

---

19. Sobre as categorias suspeitas na jurisprudência da Corte Suprema norte-americana, cf. M. C. DORF. “Equal Protection Incorporation” In: *Virginia Law Review* 88 (2002), pp. 951 e ss. Como se verá, o escrutínio estrito se contrapõe a outras análises de possíveis violações ao direito à igualdade de parâmetros mais leves, que são utilizados para casos em que não há uma “categoria suspeita”. Assim, em primeiro lugar, o escrutínio intermediário (*intermediate scrutiny*) se utiliza para os casos de “categorias quase-suspeitas” (sexo) e, em segundo lugar, a mais leve das três análises, denominada *rational basis review*, que se utiliza para as restantes diferenciações legais. Sobre isto cf. G. R. STONE, L. M. SEIDMAN, C. R. SUNSTEIN and M. T. TUSHNET. *Constitutional Law*, 3<sup>rd</sup> ed. Aspen Publishers, 1996, pp. 561-594 e 697-742; e Laurence TRIBE. *American Constitutional Law*, 2<sup>nd</sup> ed., Mineola (New York): The Foundation Press, 1988, pp. 1.553-1.618.

tremos perante uma categoria suspeita ou perante uma diferenciação que afete, direta e substancialmente, o gozo de um direito fundamental (hipóteses de procedência do escrutínio estrito) ou então perante uma categoria quase-suspeita (casos de escrutínio intermediário). Como todo teste de razoabilidade, o *rational basis review* concentra sua atenção no fim da norma e nos meios dispostos para atingi-lo<sup>20</sup>.

Com relação à análise do fim, deve-se apontar, em primeiro lugar, que o *rational basis review* se conforma com que o fim da norma seja legítimo, sem chegar a julgar a respeito de sua relevância social, como sim se faz nos restantes tipos de escrutínio. Igualmente, é uma nota característica deste nível de escrutínio não indagar sobre o fim real, concreto, histórico, com vistas ao qual foi sancionada a norma, mas que, pelo contrário, será tomado por verdadeiro o fim alegado pelo Estado no momento de realizar sua defesa contra a impugnação. Inclusive, não é estranho que o Estado, ao defender a constitucionalidade da norma, apresente — em ordem subsidiária — diferentes fins que puderam ter sido tidos em vista ao ditá-la, bastando que a Corte admita um deles como legítimo. Indo além, em vários precedentes pode-se apreciar que são os próprios juízes que, para salvar a constitucionalidade da norma, imaginam possíveis fins legítimos da mesma<sup>21</sup>. Como conclusão — e sem que isto implique fazer juízo contra esta característica deste tipo de escrutínio —, este é o único campo em que os tribunais não ingressam com a árdua busca do fim real da norma, tendo como válidos fins hipotéticos e *post hoc*, chegando eles mesmos, inclusive, a propor fins legítimos tendentes a justificar a distinção.

Uma vez determinado qual é o possível fim ou os possíveis fins legítimos que justificam a norma, o tribunal passa a considerar se a distinção estabelecida pela norma possui eficácia para atingir essa finalidade. Neste nível de escrutínio, bastará que a classificação guarde uma “relação razoável” com o fim da norma. Cabe esclarecer que esta relação razoável entre meios e fins é presumida, razão pela qual quem tem o ônus de demonstrar a inadequação ou ineficácia da medida é o particular que impugnou a norma.

Quanto a se o julgamento de adequação, eficácia ou idoneidade da medida deve realizar-se *ex ante* ou *a posteriori* — isto é, antes do ditado da norma, durante seu o processo legislativo ou posteriormente, talvez anos depois, quando ela estiver sendo julgada de acordo a como realmente funcionaram as coisas<sup>22</sup> — a *Supreme Court* tem dito que no *rational basis review* é irrelevante que o fim da norma tenha sido efetiva-

---

20. Cf. a respeito DIDIER. *El principio de igualdad (...)*, op. cit., cap. 2, § 2.

21. Vejam-se, como paradigma desta postura, os casos *Kotch v. Borrard of River Port Pilot Com'rs for Port of New Orleans*, 330 U.S. 552 (1947) e *FCC v. Beach Communications*, 508 U.S. 307 (1993).

22. V. uma discussão sobre esta disjuntiva em Juan CIANCIARDO. *El principio de razonabilidad (...)*, op. cit., pp. 71-75, que se inclina à opinião de que o exame seja *a posteriori*, no momento de julgar a medida.

mente atingido pela classificação, bastando que os legisladores “pudessem razoavelmente ter decidido que o faria”<sup>23</sup>.

Por sua vez, deve-se destacar que neste nível débil de escrutínio a Corte dos Estados Unidos não aplica um juízo de adequação de carácter técnico<sup>24</sup>. Deste modo, afirmou que “as premissas das quais se partiu para justificar a distinção podem ser errôneas, mas o simples fato de que sejam ‘discutíveis’ basta, no *rational basis review*, para ‘imunizar’ a escolha do Congresso contra as impugnações constitucionais”<sup>25</sup>.

Vinculados à análise da relação entre meios e fins, encontram-se dois conceitos centrais da jurisprudência norte-americana em matéria de igualdade. São os defeitos constitucionais de *underinclusiveness* e *overinclusiveness*, estando o primeiro relacionado à eficácia ou idoneidade da norma e o segundo já não à eficácia, mas à sua eficiência, isto é, à escolha de medidas alternativas mais proporcionais à finalidade buscada e mais convenientes ao direito regulamentado. Em linhas gerais, pode-se dizer que uma regulação é *underinclusive* — infracompreensiva — quando abarca “menos que o necessário”, deixando fora da classificação pessoas ou situações que deveriam ter sido incluídas na mesma, levando em consideração qual foi o fim buscado pelo Estado<sup>26</sup>. Como disse um dos mais importantes constitucionalistas norte-americanos:

---

23. *Minnesota v. Clover Leaf Creamery*, 449 U.S. 456, 465-466 (1981).

24. Para a discussão sobre o carácter técnico ou não técnico da análise da adequação da medida no controle constitucional de razoabilidade, cfr. Juan CIANCIARDO. *El principio de razonabilidad (...)*, op. cit., pp. 75-79.

25. *FCC v. Beach Communications*, 508 U.S. 307, 320 (1993).

26. Clássico exemplo de regulação *underinclusive* é o que se apresentou no caso *Railway Express Agency v. New York*, 336 U.S. 106 (1949). Um decreto da cidade de Nova York proibia a colocação de anúncios publicitários em veículos, procurando evitar que os condutores se distraíssem, contribuindo, assim, para a segurança no trânsito. Não obstante, a norma permitia expressamente a publicidade quando o veículo fosse propriedade da própria empresa que fizesse propaganda e estivesse relacionado a atividades próprias de seu ramo comercial (p. ex.: *delivery*), ou seja, que não fosse utilizado exclusiva ou principalmente para fins publicitários. A Corte reconheceu que esta norma era *underinclusive*, porque, tendo em conta o fim alegado, deveria proibir-se todo tipo de publicidade em veículos: os cartazes colocados num veículo que aluga seu espaço de publicidade distraem tanto o condutor como os que se encontram num veículo próprio da empresa que faz propaganda. Um outro caso paradigmático de norma infracompreensiva se apresentou em *Williamson v. Lee Optical*, 348 U.S. 483 (1955). Uma lei de Oklahoma — que tinha por fim o resguardo da saúde pública — proibia que os donos das casas de ótica substituíssem lentes de óculos sem uma receita de oculista. No entanto, a própria norma estabelecia que os vendedores de óculos montados estavam habilitados a fazê-lo sem receita. Como se pode perceber, se a norma quisesse atacar de modo cabal o problema que tinha em vista, deveria incluir na proibição também os vendedores de óculos montados. Em ambos os casos, a Corte — ainda que tenha reconhecido que as normas impugnadas eram infracompreensivas — optou por não declarar a sua inconstitucionalidade. Para tanto, sustentou — em um argumento que até hoje é utilizado cada vez que se deve defender a legitimidade de uma norma *underinclusive* no âmbito do *rational basis review* — que o Estado pode lidar com um determinado problema *one step at a time*, quer dizer, por uma coisa de cada vez, sem estar obrigado a atacar todas as suas causas simultaneamente. Pois bem, por que se começou a regulamentar a situação por um determinado setor e não por outro? A Corte respondeu que essa decisão diz respeito à discricionariedade do poder que ditou a norma e que, por isto, resulta alheia ao controle judicial.

“As classificações *underinclusive* não incluem todos os que estão situados de modo similar a respeito de uma regra, e, portanto, são menos gravosas do que seria lógico para poder atingir o fim alegado pelo governo”<sup>27</sup>.

Desta maneira, quando a medida é *underinclusive*, fica a dúvida de se realmente o governo persegue o fim que alega ou se, na realidade, busca a discriminação dos incluídos na distinção.

Por outro lado, a legislação será *overinclusive* — sobrecompreensiva — quando abarcar “mais que o necessário”, uma vez que não só inclui de modo eficaz todos aqueles que deve incluir, de acordo com o fim da norma, mas também porque prejudica ou envolve pessoas que não representam uma ameaça ao fim buscado pelo Estado, e, neste sentido, não é indispensável, necessária ou eficiente<sup>28</sup>.

Nada impede que uma mesma norma seja ao mesmo tempo *overinclusive* e *underinclusive*. Diferentemente do que ocorre nos níveis de escrutínio superiores, nos quais — com alguma exceção, que se verá no tocante às normas sobrecompreensivas no escrutínio intermediário — a Corte não aceita uma norma que seja sobrecompreensiva ou infracpreensiva, no *rational basis review* este tribunal tem se mostrado muito tolerante para com as normas que padecem destes defeitos.

Ainda que se deva recordar que o *rational basis review* guarda um caráter de “escrutínio residual” — isto é, quando não corresponde aplicar um *strict scrutiny* ou um *intermediate scrutiny* —, entre as hipóteses paradigmáticas em que a Corte optou por aplicar este nível de análise encontramos os casos de diferenciações prescritas por regulamentações em matéria econômico-social<sup>29</sup> e as distinções fundadas na idade<sup>30</sup>, na riqueza<sup>31</sup> e — excepcionalmente — na condição de estrangeiro<sup>32</sup>.

---

27. TRIBE. *American Constitutional Law*, *op. cit.*, p. 1447.

28. Costuma-se citar como exemplo de regulamentação sobrecompreensiva o caso *New York Transit Authority v. Beazer*, 440 U.S. 568 (1979). O Departamento de Trânsito de Nova York havia resolvido não contratar pessoas que consumissem metadona, uma droga administrada como parte do tratamento de reabilitação de adictos à heroína. Alegava-se como motivação da norma que estava comprovado que os consumidores de metadona não eram capazes, em geral, de cumprir eficientemente as tarefas das quais estavam incumbidos, razão pela qual o fato de empregá-los poria em perigo a segurança no trânsito. Claramente, a norma prejudicava certas pessoas que não representavam uma ameaça para o fim buscado, uma vez que — ainda que uma relevante proporção dos usuários de metadona era efetivamente inidônea — nem todo consumidor dessa substância teria problemas para cumprir o trabalho requerido. A Corte terminou por declarar a constitucionalidade da norma, embora tenha reconhecido que a mesma abarcava mais que o necessário para cumprir o fim almejado. No momento de justificar a validade de uma norma *overinclusive*, a Corte costuma sustentar que, se não se admite este tipo de medidas, o Estado fica obrigado a realizar grandes despesas para examinar caso por caso quais pessoas representam uma ameaça para o fim almejado pela norma. Em outras palavras, as generalizações são necessárias para otimizar os custos da administração pública.

29. Vejam-se os já citados *Railway Express Agency v. New York*, 336 U.S. 106 (1949) e *Williamson v. Lee Optical*, 348 U.S. 483 (1955).

30. Cf. *Massachusetts Board of Retirement v. Murgia*, 427 U.S. 307 (1976).

31. Cf. *San Antonio School District v. Rodriguez*, 411 U.S. 1 (1973).

d) *O escrutínio intermediário*

Antes de mais, deve-se ter em conta que neste nível de escrutínio o ônus de autorizar os extremos do juízo de razoabilidade da distinção recai sobre o Estado.

Por outro lado, no escrutínio intermediário se exige que a diferenciação encontre sua razão de ser em um fim, não já tão somente legítimo, mas sim também “importante”. Por sua vez, neste e no escrutínio estrito, a Corte já não confia nos propósitos alegados pelo Estado, mas sim adota uma atitude cética, indagando o autêntico fim da norma (*actual purpose*)<sup>33</sup>.

No que diz respeito à análise dos meios, no *intermediate scrutiny* o juízo de adequação ou idoneidade da medida adquire uma maior intensidade: a Corte tradicionalmente sustenta que a distinção estabelecida pela norma deve ser “substancialmente efetiva” para atingir o fim importante. Sustentou também no caso *United States v. Virginia*<sup>34</sup> que o Estado deve fornecer uma “justificação extremamente persuasiva” a respeito da eficácia dos meios adotados para atingir o fim<sup>35</sup>. Diferentemente do que ocorre no *rational basis review*, para superar o teste aqui não basta que as premissas levadas em conta pelo Estado ao estabelecer a distinção tenham uma relação racional com o fim e, menos ainda, que as mesmas sejam “discutíveis”. Sendo assim, a Corte ingressará nessa discussão e tomará partido no momento de decidir a respeito da constitucionalidade da norma.

No que diz respeito ao julgamento de necessidade ou de eficiência da medida, a questão não se mostra clara, embora, como se verá, pode-se dizer, em princípio, que não se aplica neste nível de escrutínio. O que se pode afirmar é que não se exige da norma o caráter de *narrowly tailored* demandado no escrutínio estrito<sup>36</sup>. Pois bem: deve-se analisar se existiu uma alternativa menos discriminatória? Admitem-se as normas *overinclusive*? Não é simples extrair uma resposta precisa a estas perguntas a

---

32. Em princípio, nos casos de diferenciação pela condição de estrangeiro, aplica-se o escrutínio estrito. Não obstante, em certas hipóteses excepcionais, este tipo de distinção se avalia sob o *rational basis review*. Assim, no caso de distinções contidas em normas de Direito federal, considerando que o Congresso tem o poder para decidir as questões sobre o ingresso e permanência de estrangeiros, cf. *Matthew v. Diaz*, 426 U.S. 67, 81 (1976); em distinções estaduais referentes a estrangeiros ilegais ou indocumentados, ver *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202, 224-226 (1982); e, quando se encontram envolvidas questões estaduais relativas ao autogoverno e ao processo democrático, cf. *Sugarman v. Dougall*, 413 US 634 (1973).

33. Cfr., entre inumeráveis casos, *McLaughlin v. Florida*, 379 U.S. 184, 192 (1964); *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365 (1971); *Kramer v. Union Free School District* Não. 15, 395 U.S. 621 (1969); *Shapiro v. Thompson*, 394 U.S. 618 (1969); *Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson*, 316 U.S. 535 (1942).

34. 518 U.S. 515 (1996).

35. Cfr. *ibid.*, 531. Na prática, isto se traduz em que o juízo de adequação tende a adotar um caráter técnico, tal como se pode apreciar, por exemplo, no caso *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190, 199-204 (1976), em que a Corte lançou mão de estatísticas para resolver a questão.

36. A este respeito, existem muitíssimos casos. São de destacar, entre eles, *Regents of Univ. of Cal. v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978), voto do Justice Powell; e, mais recentemente, a maioria da Corte em *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003).

partir dos diferentes precedentes em que a Corte aplicou o escrutínio intermediário. Há muitos bons argumentos para sustentar que neste nível de análise a Corte não indicou que se deve aplicar o *least discriminatory alternative test*, ainda que também fosse possível afirmar que, embora não seja necessário que a medida adotada tenha sido a ideal, dever-se-á avaliar se, ao menos, “foram consideradas alternativas menos discriminatórias”, ainda que este extremo resulte muito difícil de ser autorizado.

Com relação ao defeito de *overinclusiveness* no escrutínio intermediário, existe certeza sobre o seguinte: a) não se admitem normas que sejam grosseiramente sobrecompreensivas<sup>37</sup>, o que não significa exigir o “encaixe perfeito” do escrutínio estrito; e b) a amplitude da medida diferenciadora já não se pode justificar pela mera conveniência do Estado<sup>38</sup>.

Quando se aplica o escrutínio intermediário? É aplicado nos casos em que se estabelecem diferenciações com base em uma das chamadas “categorias quase-suspeitas”. Até o momento, a Corte entendeu que estas são o sexo<sup>39</sup> — principal campo de aplicação deste escrutínio — e a condição de filho extramatrimonial<sup>40</sup>.

#### e) O escrutínio estrito

O *strict scrutiny* encontra seu antecedente na já referida nota 4 do voto do juiz Stone no caso *United States v. Carolene Products Co.* (1938)<sup>41</sup>, em que se sugeriu que as normas que discriminassem *discrete and insular minorities* “poderiam demandar uma análise judicial mais intensa”<sup>42</sup>. Como se pode ver, uma simples insinuação posta numa nota de rodapé deu origem a uma das ferramentas mais importantes do Direito Constitucional norte-americano<sup>43</sup>.

A Corte estabeleceu, em inumeráveis decisões, que, para superar o escrutínio estrito, a norma deve ter como fim um *compelling state interest*, isto é, um “interesse estatal ou governamental imperioso”, e o ônus da prova para demonstrar a existência de tal fim corresponde ao Estado<sup>44</sup>.

Surge a dúvida acerca de se o termo *compelling* designa, necessariamente, “urgência”. Não parece necessário deter-se na análise das diferentes acepções do termo

37. Assim sustentou a Corte em *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190, 204-210 (1976).

38. Cf. *Reed v. Reed*, 404 U.S. 71 (1971).

39. Cf., entre muitos outros, *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976); *Reed v. Reed*, 404 U.S. 71 (1971); *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515 (1996).

40. Cf. *Trimble v. Gordon*, 430 U.S. 762 (1977).

41. 304 U.S. 144, 152 (1938).

42. A nota foi transcrita *in extenso* mais acima.

43. Cf., a respeito, DIDIER. *O princípio de igualdade (...)*, *op. cit.*, cap. 2, § 4.

44. Ver, entre outros muitos casos, *Eu v. San Francisco County Democratic Central Comm.*, 489 U.S. 214, 222 (1989).

oferecidas pelos dicionários de língua inglesa, que, ademais, são ambíguas. É mais útil, a fim de determinar o alcance desta expressão, recorrer diretamente aos casos em que a Corte Suprema entendeu que se configurava um *compelling state interest*. Ainda que ao analisar o célebre precedente *Korematsu v. United States*<sup>45</sup>, em que o fim da norma era a segurança pública, se possa deduzir que *compelling* equivale a urgente, a nova jurisprudência sobre *affirmative action* vem contrariar esta interpretação. Assim, em *Gratz v. Bollinger*<sup>46</sup> e *Grutter v. Bollinger*<sup>47</sup> a maioria da Corte sustentou que a obtenção dos benefícios derivados da diversidade na educação universitária constituía um *compelling state interest*. Sem dúvida, não se trata aqui de um fim “urgente”. Pode-se afirmar, então, que, ainda que em muitos casos se trate de alcançar fins urgentes, a regra não é absoluta. Em outras palavras, *compelling* implica o grau máximo de transcendência social de um interesse público, podendo este ser urgente ou não. É por isto que não resultam tecnicamente acertadas, à luz da jurisprudência norte-americana, as traduções que costumam empregar a doutrina e a jurisprudência latino-americana — e, particularmente, a argentina — ao referir-se ao escrutínio estrito: interesse estatal “urgente”, “apremiante” ou “impostergável”.

Nestes cinquenta anos de existência do escrutínio estrito, muito poucos fins foram reconhecidos pela *Supreme Court* norte-americana como *compelling state interests*. Entre eles estão a segurança nacional, evitar ataques e agressões graves em prisões multirraciais, o remédio da discriminação passada (em sentido estrito<sup>48</sup>) e, ultimamente, os benefícios derivados da diversidade. É esta uma das razões pelas quais se tem sustentado, como já se expôs aqui, que este nível de escrutínio é “estrito na teoria, mas fatal na prática”, sem prejuízo de que, à luz dos últimos pronunciamentos da Corte Suprema sobre *affirmative action*, tal afirmação tenha perdido parte de seu sentido.

Em primeiro lugar, quanto ao teste de adequação, neste tipo de escrutínio a análise dos meios se apresenta em seu máximo rigor. As medidas adotáveis pela norma devem ser substancialmente adequadas ou eficazes para atingir o fim.

Por outro lado, quanto à análise de eficiência, exige-se que os meios selecionados pelo legislador estejam *narrowly tailored* (“confeccionados a medida”). Isso implica que não se aceitam neste nível de análise diferenciações que tenham os defeitos de *overinclusiveness* ou de *underinclusiveness*. A Corte costuma aplicar aqui o “teste da alternativa menos discriminatória”, que equivale ao pleno exercício do que no Direito continental, em especial no Direito constitucional alemão, se conhece como “juízo de

---

45. 323 U.S. 214 (1944).

46. 539 U.S. 244 (2003).

47. 539 U.S. 306 (2003).

<sup>48</sup> No âmbito da *affirmative action*, haverá remédio da discriminação passada “em sentido estrito” nos casos em que a mesma instituição que agora estabelece uma política de favorecimento das minorias tenha observado no passado uma conduta discriminatória contra elas.



necessidade”, uma das dimensões do princípio de razoabilidade. Consequentemente, se o tribunal constata que existia uma alternativa menos discriminatória que a adotada para alcançar o *compelling state interest* em questão, a norma será invalidada. Nas palavras do tribunal, o escrutínio estrito exige, assim, que “a lei deve perseguir um interesse estatal apremiante mediante os meios menos restritivos disponíveis”<sup>49</sup>.

Como se verá a seguir, as categorias às quais se aplica o escrutínio estrito são a raça, a origem nacional e — em princípio — a condição de estrangeiro. Este catálogo de “categorias suspeitas” parece estável e dificilmente seria ampliado pela Corte.

Deve-se advertir que, à primeira vista, chama a atenção que não se considere a religião como uma categoria suspeita. No entanto, esta ausência tem uma razão de ser. Nos Estados Unidos, os casos que poderiam enquadrar-se como discriminações em função da religião das pessoas são estudados sob a *Establishment Clause* e a *Free Exercise Clause* da Primeira Emenda, sem recorrer aos elementos de análise próprios do direito à igualdade.

f) *Quadro das exigências dos diferentes escrutínios*

A modo de recapitulação e a fim de facilitar a compreensão e a memória, apresentam-se aqui, em forma de quadro, as exigências de cada tipo de escrutínio, tal como foram descritas nesta parte do trabalho:

Tipo de escrutínio	Direito envolvido ou tipo de classificação	Exame do fim legislativo	Admissão de fins hipotéticos e “post hoc”	Juízo de adequação	Juízo de necessidade	Presunção de constitucionalidade e ônus da prova
<i>Rational basis review</i> (r.b.r.)	Propriedade, regulamentação econômico-social, alguns de condição de estrangeiro, idade, corporal	Interesse estatal legítimo	Sim, exceto no r.b.r. agravado	Relação racional entre classificação/fim (admite <i>under-inclusiveness</i> )	Não (admite <i>over-inclusiveness</i> )	Constitucional Prova quem impugna
Escrutínio Intermediário	Categorias quase-suspeitas: sexo, filhos extramatrimoniais	Interesse estatal importante	Não. Indaga-se o fim real da norma	Relação substancial entre classificação/fim	Não se faz ou fica diluído	Inconstitucional Prova o Estado
Escrutínio Estrito	Diferenças que incidem em “liberdades preferidas”; categorias sus-	<i>Compelling state interest</i>	Não. Indaga-se o fim real da	Ao menos relação substancial en-	Sim, <i>narrowly tailored</i> , classificação necessária ao	Inconstitucional

49. *Bernal v. Fainter*, 467 U.S. 216, 219 (1984).

to	peitas: raça, condição de estrangeiro (se não se aplica o <i>r.b.r.</i> )		norma	tre classifica- ção/fim	fim; não há ou- tros meios	Prova o Estado
----	--	--	-------	----------------------------	----------------------------------	-------------------

### 3. AS “CATEGORIAS SUSPEITAS” E OUTRAS HIPÓTESES DE APLICAÇÃO DO ESCRUTÍNIO ESTRITO NA CORTE SUPREMA DOS ESTADOS UNIDOS

#### a) *Distinções fundadas na condição de estrangeiro*

Em certas hipóteses, as diferenciações baseadas no caráter de estrangeiro são submetidas ao *rational basis review*. Trata-se, como já se antecipou, dos seguintes casos: a) quando a norma que estabelece a distinção é de caráter federal, já que se entende que o Congresso Nacional, diferentemente dos Estados federados, tem a “plena autoridade para regulamentar as condições de rendimento e residência dos estrangeiros”<sup>50</sup>; b) a distinção refere-se a “estrangeiros ilegais ou indocumentados”, uma vez que tal condição não é imutável, senão voluntária<sup>51</sup>; ou c) encontram-se envolvidas questões relativas ao autogoverno e ao processo democrático<sup>52</sup>.

Em todos os casos restantes, dever-se-á aplicar não o *rational basis review* e nem mesmo o escrutínio intermediário, mas sim diretamente o escrutínio estrito<sup>53</sup>.

50. Cf. *Mathew v. Diaz*, 426 U.S. 67, 81 (1976).

51. Cf. *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202 (1982),

52. No caso *Sugarman v. Dougall*, 413 US 634 (1973) a Corte sustentou que, quando se distinguir pela condição de estrangeiro em matérias estreitamente vinculadas com o autogoverno ou com o processo democrático, os tribunais deverão ser mais deferentes em seu escrutínio, uma vez que cabe presumir que existem razões válidas para efetuar esta diferenciação. Assim, a exceção *Sugarman* foi invocada para legitimar a exclusão de estrangeiros dos jurados ou a negação do direito ao voto em eleições estaduais. Esta exceção, para alguns, foi expandida pela Corte para além de seus limites razoáveis: veja-se, neste sentido, a dissidência do juiz Blackmun em *Cabell v. Chavez-Salido*, 454 U.S. 432, 447-463 (1982).

53. Cf. *Graham v. Department of Pub. Welfare*, 403 U.S. 365 (1971). Neste caso, declarou-se a inconstitucionalidade de uma norma estadual pela qual se negava o gozo de certos subsídios aos residentes estrangeiros. Deste modo, a Corte se afastou de sua doutrina tradicional, segundo a qual “tudo o que constitui a outorga de um benefício, e não o reconhecimento de um direito, pode condicionar-se à condição de cidadão”. A Corte considerou neste caso que, quando se classifica com base numa “categoria suspeita” — em *Graham*, a condição de estrangeiro — resulta irrelevante determinar se se trata de um benefício ou de um direito. Os Estados do Arizona e da Pennsylvania sustentavam como fim de suas normas estaduais impugnadas dar prioridade aos cidadãos em detrimento dos residentes estrangeiros na distribuição dos limitados recursos públicos destinados aos programas de assistência. A Corte não detectou aqui um *compelling state interest* e recordou que as diferenciações estabelecidas com base na condição de estrangeiro pelos Estados locais estarão sujeitas à mais forte presunção de inconstitucionalidade. Cf. *idem*, 370-383.

b) *Distinções fundadas na origem nacional e na raça*

A Corte norte-americana disse que tanto as classificações baseadas na origem nacional como as fundadas na raça são credoras do “escrutínio estrito”<sup>54</sup>.

Deve-se observar que as classificações baseadas na origem nacional não devem confundir-se com as distinções em razão da condição de estrangeiro; naquelas, trata-se de casos em que se individualiza uma determinada origem nacional independentemente da cidadania real e atual (por exemplo, “os irlandeses”, para denominar os descendentes de pais nascidos na Irlanda), ao passo que nas segundas trata-se da cidadania real, que não é norte-americana, independentemente da raça ou da origem nacional, que poderiam ser raça branca e origem norte-americana.

Vale a pena apontar que, desde 1944, em *Korematsu v. United States*<sup>55</sup>, não se aceitou a constitucionalidade de nenhuma norma que utilizasse a raça como critério de diferenciação (no caso, concomitante com a origem nacional), sem prejuízo dos recentes casos de *affirmative action*, em que se declarou a constitucionalidade de medidas que se baseavam na raça como elemento para realizar “diferenciações benignas”. Assim, para citar somente um exemplo de muitas resoluções que invalidam leis em casos concretos, em *Loving v. Virginia*<sup>56</sup>, declarou-se inconstitucional uma lei estadual que proibia o matrimônio interracial. Naturalmente, a Corte — entre outras considerações — afirmou que “preservar a integridade racial” não era um *compelling state interest*. Por último, é chamativo e merece destacar-se que em *Brown v. Board of Education*<sup>57</sup> — sobre a segregação racial nas escolas, caso que provavelmente é o mais transcendente da Corte norte-americana em matéria de direito à igualdade — não se fez referência alguma ao sistema de escrutínios.

Na atualidade, os principais problemas de distinções fundadas na raça apresentam-se no campo das *affirmative actions*. Pelo contrário, resulta impensável que, hoje em dia, seja ditada nos Estados Unidos uma norma que consagre *on its face* uma dis-

---

54. Resulta curioso que, no primeiro caso em que se fez aplicação deste exigente tipo de análise por motivos de origem nacional ou raça — recordamos, para alguns, “fatal na prática” —, a norma em questão tenha sido declarada constitucional, e nada menos que pelo juiz Black. Trata-se do caso *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944), em que, no decurso da Segunda Guerra Mundial, se declarou constitucional um decreto pelo qual se expulsava da costa oeste do país as pessoas de origem japonesa, fossem ou não cidadãos norte-americanos. A Corte começou afirmando que, como a classificação se baseava numa categoria suspeita, devia aplicar-se um escrutínio estrito. O fim da norma era evitar possíveis atividades de espionagem, tendo em conta que o país, nessa ocasião, se encontrava em pleno enfrentamento bélico com o Japão. O tribunal considerou que existia aqui um *compelling state interest*. Não obstante, a Corte não levou a cabo uma análise da necessidade dos meios, declarando, simplesmente, a constitucionalidade da norma. Isto motivou a crítica praticamente unânime da doutrina, no sentido de que o decreto em questão era claramente *overinclusive*, não podendo superar nunca um “escrutínio estrito”.

55. 323 U.S. 214 (1944).

56. 388 U.S. 1 (1967).

57. 347 U.S. 483 (1954).

tinção prejudicial para os afro-americanos, tal como, desafortunadamente, foi corrente no passado.

c) *Distinções que incidem “direta e substancialmente” no gozo de um direito fundamental*

Além dos casos de categorias de pessoas, toda distinção ou diferença prevista numa norma geral que interfira “direta e substancialmente” no gozo de um direito fundamental por parte de certo grupo de pessoas será submetida ao escrutínio estrito.

A Corte norte-americana entende alguns dos direitos constitucionais como “direitos fundamentais” e protegidos pela garantia da igual proteção. Entre eles — a lista não é fechada nem exaustiva — se encontram as chamadas “liberdades preferidas” — as liberdades de expressão, de associação e de assembléia e o direito à privacidade —, o direito a votar, o direito à liberdade de ir e vir e o direito ao acesso à justiça contra privações governamentais à vida, à liberdade ou à propriedade<sup>58</sup>.

#### 4. O DIREITO À IGUALDADE NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

a) *As normas que resguardam o direito à igualdade*

Em primeiro lugar, é preciso ter presente a normativa que regula o direito à igualdade no sistema interamericano. Tal direito se encontra expressamente reconhecido nas seguintes normas da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969):

“1.1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo 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”.

“24. Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação alguma, à igual proteção da lei.”<sup>59</sup>

---

58. Cf. TRIBE. *American Constitutional Law*, op. cit., pp. 1.458-1.465; John E. NOWAK e Ronald D. ROTUNDA. *Constitutional Law*, 6<sup>th</sup> ed. St. Paul (Minnesota): West Group, 2000, pp. 435 e 437. Ao contrário, entendeu-se que não tem caráter de fundamental o direito à educação: cf. o já citado *San Antonio School District v. Rodriguez*, 411 U.S. 1 (1973). No entanto, no âmbito interamericano, podem-se encontrar fundamentos normativos expressos para afirmar o caráter fundamental deste direito.

59. Merecem também ser mencionadas as disposições do Pacto Internacional de Direito Cívico e Político, nas quais se pode notar um grande paralelismo com o disposto no Pacto de São José da Costa Rica. Tais normas estipulam:

“2.1. Os estados-partes no presente Pacto comprometem-se a garantir a todos os indivíduos que se encontrem em seu território e que estejam sujeitos à sua jurisdição os direitos reconhecidos no atual Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação”.

Na mesma linha da Convenção, o art. II da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (1948) dispõe:

“Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm os direitos e deveres consagrados nesta Declaração, sem distinção de raça, língua, crença ou qualquer outra”<sup>60</sup>.

b) *O direito à igualdade como reflexo da comum dignidade da natureza humana*

Como se indicou no princípio deste trabalho, transcrevendo literalmente o parágrafo que o afirma, para a Corte Interamericana esse direito à igualdade e à não discriminação, acolhido na Convenção, tem fundamento direto na unidade de natureza do homem e é inseparável de sua dignidade essencial, frente a qual é intolerável toda situação que considere determinado grupo superior, diferente ou separado, o que leva a privilegiá-lo no tratamento ou que, pelo contrário, o considera inferior ou o trata com hostilidade, ou que de qualquer forma discrimina no tocante ao gozo dos direitos aos quais, por algum motivo, são considerados em situação de inferioridade, já que não é admissível criar diferenças de tratamento entre seres humanos que não correspondam à sua única e idêntica natureza<sup>61</sup>.

A Corte também afirmou:

“A não discriminação, junto com a igualdade perante a lei e a igual proteção da lei a favor de todas as pessoas, são elementos constitutivos de um princípio básico e geral relacionado com a proteção dos direitos humanos. É difícil não relacionar o elemento da igualdade com o da não-discriminação. Inclusive, os instrumentos já citados, ao falarem de igualdade perante a lei, apontam que este princípio deve ser garantido sem discriminação alguma. Este Tribunal indicou que “[e]m função do reconhecimento da igualdade perante a lei, proíbe-se todo tratamento discriminatório”<sup>62</sup>.

---

“26. Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação”.

60. Paralela à norma da Declaração Americana, encontra-se a correlativa da Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), ditada uns meses depois daquela, que aponta:

“Toda pessoa tem os direitos e liberdades proclamados nesta Declaração, sem distinção alguma de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de qualquer outra índole, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição”.

61. Corte I.D.H., *Condição jurídica e direitos humanos da criança*, Opinião Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, Série A N.º 17, par. 45; *Proposta de modificação da Constituição Política da Costa Rica relacionada à naturalização*, Opinião Consultiva OC-4/84 de 19 de janeiro de 1984, Série A N.º 4, par. 55; e *Condição jurídica e direitos dos imigrantes indocumentados*, Opinião Consultiva OC-18/03 de 17 de setembro de 2003, Série A N.º 18, par. 87.

62. Cf. Corte I.D.H., *Condição jurídica e direitos dos imigrantes indocumentados*, Opinião Consultiva OC-18/03 de 17 de setembro de 2003, Série A N.º 18, par. 83. A Corte cita, nesse lugar, sua jurisprudência em *Proposta de modificação da Constituição Política da Costa Rica relacionada à naturalização*, Opinião Consultiva OC-4/84 de 19 de janeiro de 1984, Série A N.º 4, par. 54.

“No cumprimento de tal obrigação [de respeito ao princípio de igualdade], os Estados devem abster-se de realizar ações que, de alguma maneira, se dirijam, direta ou indiretamente, a criar situações de discriminação *de jure* ou *de facto*. Isto se traduz, por exemplo, na proibição de emitir leis, em sentido amplo, de ditar disposições civis, administrativas ou de qualquer outro caráter, bem como de favorecer atuações e práticas de seus funcionários, em aplicação ou interpretação da lei, que discriminem determinado grupo de pessoas em razão de sua raça, gênero, cor ou outras causas”<sup>63</sup>.

c) *O direito à igualdade como princípio de jus cogens*

O exposto ao fim do subtítulo anterior é tão vital para a Corte que o tribunal não vacilou em considerar o direito à igualdade – ou princípio de igualdade e não discriminação, como se costuma chamá-lo – como um direito humano que configura, ademais, um princípio de *jus cogens*, isto é, de Direito internacional imperativo, aplicável a todo Estado, seja ou não parte em determinado convênio internacional, gerando efeitos e direitos para os seus cidadãos e para terceiros, de maneira que o Estado deve respeitá-los e garanti-los, e “não pode atuar contra o princípio de igualdade e não discriminação, em prejuízo de um determinado grupo de pessoas”<sup>64</sup>. Sobre estas bases, a Corte Interamericana afirmou:

“Esse princípio possui um caráter fundamental para a salvaguarda dos direitos humanos, tanto no direito internacional como no interno; trata-se de um princípio de direito imperativo. Por conseguinte, os Estados têm a obrigação de não introduzir em seu ordenamento jurídico regulamentações discriminatórias, de eliminar as regulamentações de caráter discriminatório, de combater as práticas deste caráter e de estabelecer normas e outras medidas que reconheçam e assegurem a efetiva igualdade diante da lei de todas as pessoas”<sup>65</sup>.

Deve-se apontar, não obstante, que a idéia do princípio de igualdade e não discriminação como *jus cogens* foi defendida também, de modo expresso, pela Comissão Interamericana<sup>66</sup>.

63. Cf. Corte I.D.H., *Condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados*, Opinião Consultiva OC-18/03 de 17 de setembro de 2003, Série A N.º 18, par. 103.

64. Cf. Corte I.D.H., *Condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados*, Opinião Consultiva OC-18/03 de 17 de setembro de 2003, Série A N.º 18, pars. 82-88, 97-101 e 110, e, em esp., 100; *Caso Yatama vs. Nicaragua*, sentença de 23 de junho de 2005, Série C N.º 127, par. 184.

65. Cf. *idem*, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, sentença de 23 de junho de 2005, Série C N.º 127, par. 185. Aí se cita, em seu apoio, as suas Opiniões Consultivas *Condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados*, OC-18/03 de 17 de setembro de 2003, Série A N.º 18, par. 88; *Condição jurídica e direitos humanos da criança*, Opinião Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, Série A N.º 17, par. 44; e *Proposta de modificação da Constituição Política da Costa Rica relacionada à naturalização*, Opinião Consultiva OC-4/84 de 19 de janeiro de 1984, Série A N.º 4, par. 54.

66. Cf. Comissão I.D.H., *Observações escritas e orais da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre a Opinião Consultiva solicitada pelos Estados Unidos Mexicanos*, transcritas em 4 pp. in Corte I.D.H., *Condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados*, Opinião Consultiva OC-18/03 de 17 de setembro de 2003, Série A N.º 18, par. 47.

d) *A igualdade como direito que protege direitos*

Antes de passar à análise dos parâmetros que utilizam a Corte e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, convém fazer notar que o direito à igualdade e seu indissociável corolário, a proibição de discriminação, “olham” constantemente para outros direitos. Com efeito, quando o Estado procede a um tratamento desigual injustificado, não só se vê ressentido o direito à igualdade de um grupo de pessoas, como também estas acabam por não conhecer algum outro direito.

Cabe recordar, neste sentido, que a Corte Interamericana manifestou, já desde seus primeiros casos contenciosos, o seguinte:

“[O artigo 1.1] contém a obrigação contraída pelos Estados-Partes em relação com cada um dos direitos protegidos, de tal maneira que toda pretensão de que tenha sido lesado algum desses direitos implica, necessariamente, a pretensão de que se infringiu também o artigo 1.1 da Convenção”<sup>67</sup>.

A Corte voltou a sustentar esta idéia, numa Opinião Consultiva, do seguinte modo:

“Existe um vínculo indissolúvel entre a obrigação de respeitar e garantir os direitos humanos e o princípio de igualdade e não discriminação. Os Estados estão obrigados a respeitar e garantir o pleno e livre exercício dos direitos e liberdades sem discriminação alguma. O descumprimento pelo Estado, mediante qualquer tratamento discriminatório, da obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos, gera-lhe responsabilidade internacional”<sup>68</sup>.

Neste mesmo sentido, sustentou-se que no Convênio Europeu de Direitos Humanos, fonte da Convenção Americana, “o direito a não ser discriminado não é um direito primário, como o direito à liberdade religiosa, à segurança do domicílio e demais faculdades, ou como as garantias do processo. Na realidade, a Convenção garante a não discriminação *no tocante ao gozo destes direitos*”<sup>69</sup>.

A mesma idéia pode ver-se recepcionada pela Comissão Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos, que sustentou que o direito à igualdade protege quanto à “fruição por igual dos direitos disponíveis para todos os demais cidadãos”, e que esse di-

---

67. *Idem*, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentença de 29 de julho de 1988, Série C N.º 4, par. 162; *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*, Série C N.º 5, par. 171.

68. *Idem*, *Condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados*, Opinião Consultiva OC-18/03 de 17 de setembro de 2003, Série A N.º 18, par. 85. Cf. também pars. 95, 96, e 106.

69. Cf. D. M. PROVINCE. “How Rights Evolve: The Case of Non-Discrimination in the European Court on Human Rights”, capítulo 6 de M. VOLCANSEK, J. F. Stack (eds.). *Courts Crossing Borders: Blurring the Lines of Sovereignty*. Durham (N.C.): Carolina Academic Press, 2005, pp. 85-104 (o destacado nos per- tence).

reito é também importante em razão que a sua ausência “afeta a capacidade do indivíduo de fruir de muitos outros direitos”<sup>70</sup>.

##### 5. OS PARÂMETROS UTILIZADOS PELA COMISSÃO E PELA CORTE INTERAMERICANAS PARA JULGAR VIOLAÇÕES À IGUALDADE E A SUA COMPARAÇÃO COM O “ESCRUTÍNIO ESTRITO” NORTE-AMERICANO

Já se analisou o sistema de escrutínios e, em particular, o escrutínio estrito no Direito norte-americano. O mesmo se fez com os delineamentos gerais das normas relativas ao princípio de igualdade no Convênio Americano sobre Direitos Humanos e da alta consideração que a doutrina da Corte Interamericana tem para com o direito à igualdade. A seguir, oferece-se o ponto mais central deste trabalho, consistente em apresentar alguns desenvolvimentos e ferramentas de análises da doutrina dos órgãos do sistema interamericano — tanto sentenças e Opiniões Consultivas da Corte, como decisões e documentos da Comissão — que, como se verá, apresentam estreitos pontos de contato com os elementos fundamentais do *strict scrutiny*.

###### a) *Presunção de incompatibilidade com o Convênio e presunção de inconstitucionalidade*

Tal como ocorre nos Estados Unidos no âmbito do escrutínio estrito, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos também apontou, com toda clareza, que ao se tratar de impugnações de decisões governamentais relativas ao princípio da igualdade no gozo de direitos humanos, deve-se presumir a ilegitimidade da norma ou do ato estatal que estabelece a diferenciação, recaindo sobre o Estado que estabeleceu a norma todo o peso do ônus da prova sobre a razoabilidade, indispensabilidade e necessidade da medida. Deixemos que a própria Comissão o diga:

“O princípio de não discriminação no Direito Internacional dos Direitos Humanos consagra a igualdade entre as pessoas e impõe aos Estados certas proibições. As distinções baseadas no gênero, na raça, na religião, na origem nacional encontram-se especificamente proibidas no que se refere ao gozo e exercício dos direitos substantivos consagrados nos instrumentos internacionais. A respeito destas categorias, qualquer distinção que os Estados façam na aplicação de benefícios ou privilégios *deve estar cuidadosamente justificada* em virtude de um interesse legítimo do Estado e da sociedade, ‘que, ademais, não seja possível satisfazer por meios não discriminatórios’. (...)”

A fim de ressaltar a importância do princípio de igualdade e não discriminação, os tratados de direitos humanos estabelecem expressamente esse princípio em artigos relacionados com determinadas categorias de direitos humanos. O artigo 8.1 da Convenção

---

70. Cf. African Commission of Human and Peoples’ Rights, *Communication N.º: 211/98 - Legal Resources Foundation v. Zambia*, decision taken at the 29th Ordinary Session held in Tripoli, Libya, from 23 April to 7 May 2001, para. 63.



Americana deve ser mencionado por sua particular relevância para a presente solicitação de Opinião Consultiva. A igualdade é um elemento essencial do devido processo.

Qualquer distinção baseada em algum das hipóteses assinaladas no artigo 1 da Convenção Americana acarreta ‘uma *forte presunção de incompatibilidade* com o tratado’. (...)

*O Estado tem a responsabilidade de provar* que é ‘permissível’ restringir ou excluir a aplicação de alguma disposição do instrumento internacional a uma classe determinada de pessoas, como os estrangeiros. A ‘condição imigratória jamais pode servir para excluir as pessoas das proteções básicas que lhes outorga o direito internacional dos direitos humanos’<sup>71</sup>.

Como se poderá ver, a semelhança com a jurisprudência da Corte Suprema dos Estados Unidos chega, inclusive, a que, acompanhando estas considerações, a Comissão Interamericana recepcionou o sintagma “escrutínio estrito”. Assim, a Comissão manifestou que:

“Como já se indicou, as distinções baseadas nos fatores mencionados explicitamente nos instrumentos internacionais sobre direitos humanos estão sujeitas a *um grau de escrutínio especialmente estrito*, em virtude do qual os Estados devem apresentar um interesse particularmente importante e uma justificação cabal da distinção”<sup>72</sup>.

Sem dúvida, esta coincidência terminológica revela que os pontos de contato que neste trabalho são postos em evidência não são fruto de meras casualidades, senão que encontram sua explicação numa real influência da jurisprudência norte-americana sobre igualdade no âmbito interamericano.

#### b) *O interesse público imperioso e o compelling state interest*

No que diz respeito à relevância da finalidade que deve perseguir a lei que realiza distinções, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu reiteradamente que toda diferenciação efetuada por uma lei deve ter necessariamente uma “justificação objetiva e razoável”, pois, em caso contrário, viola o direito humano à igualdade e deve ser considerada discriminatória<sup>73</sup>. Ao tomar esta postura a Corte se-

---

71. Cf. Comissão I.D.H., *Relatório 38/96, Caso 10.506*, Relatório Anual 1996, par. 58. Ver também *Observações escritas e orais da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre a Opinião Consultiva solicitada pelos Estados Unidos Mexicanos*, transcritas em 4 pp. in Corte I.D.H., *Condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados*, Opinião Consultiva OC-18/03 de 17 de setembro de 2003, Série A N.º 18, par. 47

72. Comissão I.D.H., *Relatório sobre terrorismo e direitos humanos*, OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., 22 outubro 2002, Original: Inglês, par. 338.

73. Cf. Corte I.D.H., *Proposta de modificação da Constituição Política da Costa Rica relacionada à naturalização*, Opinião Consultiva OC-4/84 de 19 de janeiro de 1984, Série A N.º 4, par. 56, e voto separado do juiz Piza Escalante, par. 12; *Condição jurídica e direitos dos imigrantes indocumentados*, Opinião Consultiva OC-18/03 de 17 de setembro de 2003, Série A N.º 18, pars. 89 e ss. e 105; e, mais recentemente, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, sentença de 23 de junho de 2005, Série C N.º 127, pars. 185 e 218, entre outros precedentes.

guiu, com citação expressa, diversas decisões da Corte Européia de Direitos Humanos, em que este tribunal exigiu também tal justificativa<sup>74</sup>. A mesma idéia pode ser encontrada no Comitê de Direitos Humanos da ONU<sup>75</sup>.

A própria Corte Interamericana referiu-se ao parâmetro da “justificação objetiva e razoável” afirmando que a distinção, para ser aceitável, deve “se orientar legitimamente”, isto é, não conduzir a “situações contrárias à justiça, à razão ou à natureza das coisas”, de tal modo que haverá discriminação sempre que a diferença de tratamento que o Estado realize frente ao indivíduo parta de hipóteses de fato similares e não expresse de modo proporcional uma conexão fundamentada entre essas diferenças e os objetivos da norma, os quais não podem se afastar da justiça e da razão, isto é, “não podem perseguir fins arbitrários, caprichosos, despóticos”<sup>76</sup>.

Para se saber quando há uma justificação objetiva e razoável, a Corte Interamericana seguiu o critério postulado pela Corte Européia de Direitos Humanos, segundo o qual:

“É importante, então, buscar os critérios que permitam determinar se uma diferença de tratamento, relacionada, evidentemente, ao exercício de um dos direitos e liberdades estabelecidos, viola o artigo 14 [do Convênio Europeu]. A respeito, a Corte, seguindo os princípios que se podem deduzir da prática jurídica de um grande número de Estados democráticos, sustentou que o princípio de igualdade de tratamento é violado se a distinção carece de justificação objetiva e razoável. A existência de tal justificação deve se avaliar em relação ao propósito e aos efeitos da medida em consideração, levando em conta os princípios que normalmente prevalecem nas sociedades democráticas. Uma diferença de tratamento no exercício de um direito estabelecido na Convenção não só deve buscar um fim legítimo: o artigo 14 é igualmente violado quando se estabelece de maneira clara que não há uma relação razoável de proporcionalidade entre os meios utilizados e o fim que se busca levar a cabo”<sup>77</sup>.

---

74. Cf. Eur. Court H.R., *Case of Willis v. The United Kingdom*, Judgment of 11 June, 2002, Reports 2002-IV, para. 39; *Case of Wessels-Bergervoet v. The Netherlands*, Judgment of 4th June, 2002, Reports 2002-IV, para. 46; *Case of Petrovic v. Austria*, Judgment of 27th of March, 1998, Reports 1998-II, para. 30; *Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belgium*, Judgment of 23rd July 1968, Series A 1968, para. 10.

75. Ver O.N.U., Comitê de Direitos Humanos, *Joseph Frank Adam c. República checa*, (586/1994), parecer de 25 de julho de 1996, par. 12.4.

76. Cf. Corte I.D.H., *Proposta de modificação da Constituição Política da Costa Rica relacionada à naturalização*, Opinião Consultiva OC-4/84 de 19 de janeiro de 1984, Série A N.º 4, par. 57; *Condição jurídica e direitos humanos da criança*, Opinião Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, Série A N.º 17, par. 47; e *Condição jurídica e direitos dos imigrantes indocumentados*, Opinião Consultiva OC-18/03 de 17 de setembro de 2003, Série A N.º 18, par. 91.

77. Eur. Court H.R., *Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belgium*, Judgment of 23rd July 1968, Series A 1968, para. 10. A Corte Interamericana transcreve – aprovando – este parágrafo na Opinião Consultiva *Condição jurídica e direitos dos imigrantes indocumentados*, OC-18/03 de 17 de setembro de 2003, Série A N.º 18, par. 90.

Até aqui, a Corte Interamericana parece recolher tão somente o critério do “fim legítimo” ou interesse legítimo, próprio do *rational basis review* do sistema norte-americano. E há mais resoluções da Corte e documentos da Comissão no mesmo sentido, como se pode ver no subtítulo anterior e nos subtítulos seguintes. Contudo, num recente pronunciamento, a Corte adotou um parâmetro que tem uma surpreendente semelhança com o *compelling state interest* da jurisprudência norte-americana. Com efeito, no caso *Yatama* — em que pela primeira vez se declarou uma violação ao direito à igualdade num caso contencioso —, a Corte disse o seguinte:

“A restrição de participar através de um partido político impôs aos candidatos propostos por YATAMA uma forma de organização alheia a seus usos, costumes e tradições como requisito para exercer o direito à participação política, em contravenção das normas internas (*supra* par. 205) que obrigam o Estado a respeitar as formas de organização das comunidades da Costa Atlântica, e afetou de forma negativa a participação eleitoral de tais candidatos nas eleições municipais de 2000. O Estado não justificou que tal restrição atende a *um propósito útil e oportuno que a torne necessária para satisfazer um interesse público imperativo*. Pelo contrário, tal restrição implica um impedimento para o exercício pleno do direito a ser eleito dos membros das comunidades indígenas e étnicas que integram YATAMA”<sup>78</sup>.

Do mesmo modo, a Comissão Interamericana, alinhando-se também de modo claro à doutrina norte-americana do *compelling state interest*, disse que:

“Os direitos consagrados nos tratados de direitos humanos são suscetíveis de uma regulamentação razoável, e o exercício de alguns pode ser objeto de restrições legítimas. O estabelecimento de tais restrições deve respeitar os correspondentes limites formais e substantivos, isto é, realizar-se por meio de uma lei e *satisfazer um interesse público imperativo*. Não se podem impor limitações por propósitos discriminatórios nem se podem aplicar aquelas de maneira discriminatória”<sup>79</sup>.

Nesta mesma linha de pensamento — e ainda que não se refira especificamente ao direito à igualdade, mas sim às regulações dos direitos em geral, e com uma teoria dos direitos e uma metodologia de interpretação dos mesmos conflitivista, que não compartilhamos<sup>80</sup> — a Comissão sustentou que:

“[P]ara que haja congruência com a Convenção, as restrições devem estar justificadas por objetivos coletivos de tamanha importância que claramente pesem mais que a necessidade social de garantir o pleno exercício dos direitos garantidos pela Convenção e

---

78. Corte I.D.H., *Caso Yatama vs. Nicaragua*, sentença de 23 de junho de 2005, Série C N.º 127, par. 218.

79. Cf. Comissão I.D.H., *Observações escritas e orais da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre a Opinião Consultiva solicitada pelos Estados Unidos Mexicanos*, transcritas em 4 pp. in Corte I.D.H., *Condição jurídica e direitos dos imigrantes indocumentados*, Opinião Consultiva OC-18/03 de 17 de setembro de 2003, Série A N.º 18, par. 47.

80. Sobre as críticas que poderiam ser feitas a essa metodologia, ver as referências citadas *supra*, nota 2.

que não sejam mais limitantes que o estritamente necessário. Por exemplo, *não é suficiente demonstrar que a lei cumpre um objetivo útil e oportuno* <sup>81</sup>”.

c) *A indagação do fim real da norma*

A Corte Suprema norte-americana afirmou que “quando existe prova de que um propósito discriminatório foi um fator motivante na decisão [do Poder Legislativo], a deferência [do Judiciário para com o Legislativo] já não é exigida” <sup>82</sup>. O juiz que revisa a lei deverá ter em conta, portanto, quais foram os verdadeiros propósitos que impulsionaram a diferenciação, a fim de verificar que não se tenha tratado de uma animosidade para com pessoas determinadas. A jurisprudência norte-americana também afirmou que o verdadeiro propósito da diferenciação deve inferir-se “da totalidade dos fatos relevantes” <sup>83</sup>, e que a busca de uma intenção discriminatória “demanda uma intensa indagação na evidência circunstancial e direta” <sup>84</sup>.

Ainda que presente numa afirmação de um voto separado, um critério análogo também pode ser encontrado expressamente na jurisprudência da Corte Interamericana:

“Ao se indagar, num caso determinado, se houve ou não distinção arbitrária, o Tribunal não pode ignorar os dados de fato e de direito que caracterizam a vida da sociedade no Estado que, em qualidade de Parte-Contratante, responde pela medida impugnada” <sup>85</sup>.

d) *O juízo de necessidade dos meios e o “teste da alternativa menos discriminatória”*

Já foi visto que a Corte Suprema norte-americana estabeleceu que no escrutínio estrito deve-se realizar o teste da alternativa menos discriminatória. De maneira análoga, a Corte Interamericana assentou o princípio geral de que “entre várias opções

81. Comissão I.D.H., *Relatório 38/96, Caso 10.506*, Relatório Anual 1996, par. 58.

82. *Village of Arlington Heights v. Metropolitan Housing Development Corp.*, 429 U.S. 252, 266 (1977). Podem-se consultar outros dois *leading cases* em que se dispôs que uma lei era inconstitucional depois de se verificar que por trás das justificativas alegadas pelo Estado, escondia-se, na realidade, um propósito discriminatório: *U.S. Department of Agriculture v. Moreno*, 413 US 528 (1973), e *City of Cleburne v. Cleburne Living Center*, 473 U.S. 432 (1985).

83. *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229, 242 (1976).

84. *Village of Arlington Heights v. Metropolitan Housing Development Corp.*, 429 U.S. 252, 266 (1977). Neste precedente, a Corte norte-americana oferece uma série de indícios que – apreciados em seu conjunto – poderão ajudar a inferir a existência de uma intenção discriminatória (os chamados *Arlington Heights factors*). Eles são: a) o impacto ou efeito discriminatório da norma; b) os antecedentes históricos da norma, prestando especial atenção a outras normas anteriores emanadas da mesma autoridade que possam revelar um propósito discriminatório; c) a seqüência específica de eventos que desembocaram no ditado da norma; d) o fato de que tenha havido uma separação do procedimento ordinário de sanção previsto para a norma; e) a história legislativa ou administrativa, especialmente as afirmações vertidas por membros do órgão do qual emana a norma.

85. Corte I.D.H., *Proposta de modificação da Constituição Política da Costa Rica relacionada à naturalização*, Opinião Consultiva OC-4/84 de 19 de janeiro de 1984, Série A N.º 4, voto separado do Juiz Rodolfo E. Piza Escalante, par. 10.

para atingir (...) [um] objetivo deve escolher-se aquela que restringe em menor escala o direito protegido”<sup>86</sup>.

Aplicando esta pauta geral ao âmbito do direito à igualdade, a Comissão Interamericana pôde afirmar que “qualquer distinção que os Estados façam na aplicação de benefícios ou privilégios deve estar cuidadosamente justificada em virtude de um interesse legítimo do Estado e da sociedade, ‘que, ademais, não pode ser satisfeita por meios não discriminatórios’ (...)”<sup>87</sup>.

e) *Diferença de tratamento e justificação objetiva e razoável para fins de distinção em comparação com overinclusiveness e underinclusiveness*

Como já se viu, a Corte Suprema norte-americana disse que, em matéria de direito à igualdade, uma diferenciação submetida ao escrutínio estrito não poderá superar o referido teste se se comprova que é *overinclusive* ou *underinclusive*, isto é, se inclui pessoas ou casos que devia deixar de fora, porque em relação a eles não se verifica o interesse estatal imperioso, ou se, pelo contrário, deixa de fora da distinção outros casos que deveriam entrar na mesma, tendo em conta o fundamento alegado para a diferenciação.

Cabe perguntar-se se tais exigências se verificam na doutrina dos órgãos do sistema interamericano de direitos humanos. Para dar resposta a isto, vamos repassar, rapidamente, algumas afirmações transcendentais da Corte e da Comissão Interamericanas.

Como vimos, a Corte Interamericana, em diversos pronunciamentos, tem exigido, de modo consistente, que é discriminatória e contrária ao direito à igualdade uma distinção que “carece de justificação objetiva e razoável”<sup>88</sup>. A Corte acrescentou a tal parâmetro que a distinção, para ser aceitável, deve “orientar-se legitimamente”, isto é, não conduzir a “situações contrárias à justiça, à razão ou à natureza das coisas”, de modo tal que haverá discriminação sempre que a diferença de tratamento que o Esta-

---

86. Corte I.D.H., *A Agremiação Obrigatória dos Jornalistas (artigos 13 e 29 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos)*, Opinião Consultiva OC-5/85, de 13 de novembro de 1985, Série A N.º 5, par. 5.

87. Comissão I.D.H., *Relatório 38/96, Caso 10.506*, Relatório Anual 1996, par. 58. Cf. também *Observações escritas e orais da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre a Opinião Consultiva solicitada pelos Estados Unidos Mexicanos*, transcritas em 4 pp. in Corte I.D.H., *Condição jurídica e direitos dos imigrantes indocumentados*, Opinião Consultiva OC-18/03 de 17 de setembro de 2003, Série A N.º 18, par. 47.

88. Cf. Corte I.D.H., *Proposta de modificação da Constituição Política da Costa Rica relacionada à naturalização*, Opinião Consultiva OC-4/84 de 19 de janeiro de 1984, Série A N.º 4, par. 56, e voto separado do juiz Piza Escalante, par. 12; *Condição jurídica e direitos dos imigrantes indocumentados*, Opinião Consultiva OC-18/03 de 17 de setembro de 2003, Série A N.º 18, pars. 89-91 e 105; e, mais recentemente, *Caso Yatama vs. Nicarágua*, sentença de 23 de junho de 2005, Série C N.º 127, pars. 185 e 218, entre outros precedentes.

do realizar frente ao indivíduo partir de hipóteses de fato similares e não expressar de modo proporcional uma conexão fundamentada entre essas diferenças e os objetivos da norma, os quais não podem se afastar da justiça e da razão, isto é, “não podem perseguir fins arbitrários, caprichosos, despóticos”<sup>89</sup>.

Mais ainda – como se observou –, a Corte inclusive reforçou o parâmetro da “justificação objetiva e razoável”, exigindo, para que o Estado possa legitimamente dispor uma distinção, que justifique que persegue “um propósito útil e oportuno que a torne necessária para satisfazer um interesse público imperativo”<sup>90</sup>. Na mesma linha de exigir um *compelling state interest*, a Comissão Interamericana expressou, com frase adscrita à metodologia conflitivista de interpretação dos direitos, que, para que uma restrição aos mesmos seja legítima, ela deve “satisfazer um interesse público imperativo”, e que “não se podem impor limitações por propósitos discriminatórios nem se podem aplicar aquelas de maneira discriminatória”<sup>91</sup>. Igualmente, este órgão do sistema interamericano decidiu que, para aceitar alguma distinção baseada nos fatores mencionados explicitamente nos instrumentos internacionais sobre direitos humanos, “os Estados devem demonstrar um interesse particularmente importante e uma justificação cabal da distinção”<sup>92</sup>.

Com relação ao defeito de *overinclusiveness*, pode-se dizer que, em virtude do que se afirmou anteriormente, se é necessária uma justificação objetiva e razoável — ou, mais ainda, um interesse estatal imperioso — para realizar uma distinção, não se adverte qual seria essa justificação ou esse interesse quando se inclui numa regulamentação, de modo “sobrecompreensivo”, pessoas para cuja inclusão não há justificação válida. Deste modo, elas são discriminadas com relação àquelas que foram incluídas na normativa segregadora, uma vez que se diferenciam substancialmente delas à luz da finalidade da norma que realiza a distinção, e esta inclusão sem fundamento viola o princípio de igualdade, já que se trata igualmente aos diferentes, como fica evidente à luz dos parágrafos anteriores. Como é natural, se houvesse também outros sujeitos legitimamente não incluídos na normativa, aquelas pessoas mal abarcadas

---

89. Cf. Corte I.D.H., *Proposta de modificação da Constituição Política da Costa Rica relacionada à naturalização*, Opinião Consultiva OC-4/84 de 19 de janeiro de 1984, Série A N.º 4, par. 57; e *Condição jurídica e direitos humanos da criança*, Opinião Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, Série A N.º 17, par. 47; e *Condição jurídica e direitos dos imigrantes indocumentados*, Opinião Consultiva OC-18/03 de 17 de setembro de 2003, Série A N.º 18, par. 91.

90. Corte I.D.H., *Caso Yatama vs. Nicarágua*, sentença de 23 de junho de 2005, Série C N.º 127, par. 218.

91. Cf. Comissão I.D.H., *Observações escritas e orais da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre a Opinião Consultiva solicitada pelos Estados Unidos Mexicanos*, transcritas em 4 pp. in Corte I.D.H., *Condição jurídica e direitos dos imigrantes indocumentados*, Opinião Consultiva OC-18/03 de 17 de setembro de 2003, Série A N.º 18, par. 47. Ver também, em sentido similar, Comissão I.D.H., *Relatório 38/96, Caso 10.506*, Relatório Anual 1996, par. 58.

92. Comissão I.D.H., *Relatório sobre terrorismo e direitos humanos*, OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., 22 outubro 2002, Original: Inglês, par. 338.

nesta, também são discriminadas com relação a estes outros sujeitos, porque se trata de modo diferente — uns ficam incluídos numa norma que não se lhes deve aplicar e outros não — os que são iguais — pois em ambos os casos a norma não os deveria incluir.

Quanto à *underinclusiveness*, serve o mesmo raciocínio do parágrafo anterior: viola-se o direito à igualdade e à não discriminação, porque situações iguais — que deveriam estar ambas incluídas na norma se o legislador realmente quisesse ou necessitasse do fim que diz perseguir — foram tratadas de modo diferente, deixando algumas pessoas em situação de privilégio ao excluí-las da regulamentação. Para reafirmar isto, além da doutrina resumida nos parágrafos anteriores, deve-se ter em conta esta afirmação da Corte Interamericana em matéria de igualdade:

“Não se pode afirmar que existe discriminação em toda diferença de tratamento do Estado frente ao indivíduo, desde que essa distinção parta de pressupostos de fato substancialmente diferentes e que expressem de modo proporcional uma fundamentada conexão entre essas diferenças e os objetivos da norma”<sup>93</sup>.

Idêntica exigência utiliza a Comissão Interamericana, que a demandou expressamente: existe uma discriminação sempre que “há uma diferença de tratamento entre situações análogas ou similares”<sup>94</sup>.

Como se pode ver, *a contrario sensu*, a Corte e a Comissão Interamericanas considerariam claramente discriminatórios aqueles casos em que se estabelecem diferenças entre hipóteses de fato que — à luz dos objetivos da norma — são “substancialmente equivalentes”.

f) *Exigibilidade de um parâmetro exigente, categorias suspeitas e outras hipóteses de escrutínio estrito*

Como se explicou ao se tratar da jurisprudência da Corte Suprema dos Estados Unidos, determinadas categorias de pessoas ou de situações são consideradas suspeitas ou quase-suspeitas, qualificando-se, por conseguinte, a aplicação do escrutínio estrito ou do escrutínio intermediário, respectivamente, e, assim, impedindo-se a utilização do *rational basis review*.

Cabe perguntar, a respeito, se na doutrina dos órgãos interamericanos de direitos humanos podem-se encontrar idéias similares, de modo que, na presença de tal categoria de pessoas ou de situações segregadas, seja ativada a máxima exigência nos

93. Corte I.D.H., *Proposta de modificação da Constituição Política da Costa Rica relacionada à naturalização*, Opinião Consultiva OC-4/84 de 19 de janeiro de 1984, Série A N.º 4, par. 57; e *Condição jurídica e direitos humanos da criança*, Opinião Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, Série A N.º 17, par. 47.

94. Comissão I.D.H., *Relatório N.º 73/00, Caso 11.784, Caso Marcelino Hanríquez e outros c/ Argentina*, 3 de outubro de 2000, par. 37.

parâmetros para julgar se a norma é ou não compatível com as normas da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Ao fazer-nos esta pergunta não vamos realizar, novamente, um juízo de valor aprovando ou desqualificando o resultado que a mesma apresentar; temos meramente uma intenção de constatar se se dá no sistema interamericano o que ocorre na jurisprudência norte-americana.

A Comissão Interamericana expressamente sustentou que as diferentes categorias enunciadas nos instrumentos internacionais de direitos humanos e, em especial, pela Convenção, são categorias a serem eliminadas, e que, na presença das mesmas, há que pôr em atividade as mais altas exigências de análise das normas impugnadas. Estas são as suas palavras:

“As distinções baseadas em gênero, raça, religião ou origem nacional encontram-se especificamente proibidas no que se refere ao gozo e exercício dos direitos substantivos consagrados nos instrumentos internacionais. A respeito destas categorias, qualquer distinção que os Estados façam na aplicação de benefícios ou privilégios *deve estar cuidadosamente justificada* em virtude de um interesse legítimo do Estado e da sociedade, ‘que, ademais, não pode satisfazer-se por meios não discriminatórios’. (...)”

Qualquer distinção baseada em alguma das hipóteses assinaladas no artigo 1 da Convenção Americana leva consigo ‘uma *forte presunção de incompatibilidade* com o tratado’. (...)”

*O Estado tem o ônus de provar* que é ‘permissível’ restringir ou excluir a aplicação de alguma disposição do instrumento internacional a uma classe determinada de pessoas, como os estrangeiros. A ‘condição imigratória jamais pode servir para excluir as pessoas das proteções básicas que lhes outorga o direito internacional dos direitos humanos’<sup>95</sup>.

Também manifestou a Comissão Interamericana:

“Como já se indicou, as distinções baseadas nos fatores mencionados explicitamente nos instrumentos internacionais sobre direitos humanos estão sujeitas a *um grau de escrutínio especialmente estrito*, em virtude do qual os Estados devem apresentar um interesse particularmente importante e uma justificação cabal da distinção”<sup>96</sup>.

Do anterior se deduz que as categorias mencionadas no artigo 1.1 da Convenção Americana, reproduzidas em outros instrumentos internacionais — “raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra índole, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social” —, são “suspeitas” para a Comissão e merecem que a norma que as inclui seja vista com detimento e exigências particulares, isto é, que se lhe aplique o escrutínio estrito<sup>97</sup>.

95. Cf. Comissão I.D.H., *Relatório 38/96, Caso 10.506*, Relatório Anual 1996, par. 58.

96. Comissão I.D.H., *Relatório sobre terrorismo e direitos humanos*, OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., 22 outubro 2002, Original: Inglês, par. 338.

97. Em sentido coincidente com esta constatação relativa às categorias mencionadas nos instrumentos internacionais, cf. Hernán V. GULLCO. “El uso de las categorías sospechosas en el Derecho argentino”, publicado em <http://islandia.law.yale.edu/sela/gullcos.pdf>, em esp. p. 20.; Guillermo F. TREACY. “La utiliza-



Pois bem: embora a discussão da questão escape ao objeto do presente trabalho, cabe deixar propostas algumas dúvidas a respeito deste último ponto: Um catálogo amplo de categorias suspeitas não derivará, por acaso, na desnaturalização do escrutínio estrito como ferramenta de análise? Todas e a cada uma das categorias incluídas na Convenção devem ser igualmente consideradas suspeitas? É razoável sustentar que as classificações baseadas na raça devem ser vistas com igual desconfiança pelos juízes como todos os casos de distinções fundadas, por exemplo, no sexo? Cremos, quanto menos, que este problema merece uma especial reflexão<sup>98</sup>.

Por último, cabe perguntar-se se, como ocorre na jurisprudência da Corte Suprema norte-americana, as distinções que se aplicam ao exercício de determinados direitos, considerados fundamentais, ativam a utilização do escrutínio estrito. Sobre este ponto, tanto a Corte Interamericana como a Comissão Interamericana se referiram às “distinções que afetam direitos fundamentais”. A Comissão, concretamente, pronunciou-se de modo bastante claro a favor da aplicação de um escrutínio estrito neste tipo de casos, em que a diferenciação incide no gozo de direitos fundamentais, o que, nos fatos, se assimila à proposta norte-americana. Estas são as suas palavras:

“As diferenças que se estabelecerem em relação ao respeito e à garantia dos direitos fundamentais básicos deverão ser de aplicação restritiva e deverão respeitar as condições assinaladas na Convenção Americana”<sup>99</sup>.

Deve-se manifestar, porém, que no sistema interamericano o conceito de direitos fundamentais é igual ao de direitos humanos ou ao de direitos recepcionados na Convenção, incluindo, por exemplo, o direito à educação. O conceito de *fundamental rights* norte-americano é, como já se explicou, mais restrito, e inclui somente alguns dos direitos consagrados na Constituição.

#### g) *Síntese das exigências*

Embora não compreenda todos os elementos que foram estudados neste subtítulo, vale a pena incluir aqui o resumo que a própria Comissão Interamericana, condensando os diferentes elementos que devem ser analisados para julgar se um ato ou

---

ción de categorías sospechosas como técnica para controlar la discriminación hacia los extranjeros” In: *Jurisprudencia Argentina*, 2006-IV, p. 603.

98. Este problema foi percebido na doutrina argentina por Sebastián SCHVARTZMAN. “¿Debe ser la edad considerada una categoría sospechosa?” In: *La Ley*, 2002-F, p. 455, ainda que a idade, em concreto, não esteja mencionada na Convenção Americana de Direitos Humanos nem nos outros instrumentos relevantes.

99. Cf. Comissão I.D.H., *Observações escritas e orais da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre a Opinião Consultiva solicitada pelos Estados Unidos Mexicanos*, transcritas em 4 pp. in Corte I.D.H., *Condição jurídica e direitos dos imigrantes indocumentados*, Opinião Consultiva OC-18/03 de 17 de setembro de 2003, Série A N.º 18, par. 47.

uma norma estatal violou ou não o direito à igualdade, propôs como teste de legitimidade ou adequação com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos:

“Requer-se um exame detalhado dos seguintes fatores: 1) conteúdo e alcance da norma que discrimina entre categorias de pessoas; 2) conseqüências que terá esse tratamento discriminatório às pessoas desfavorecidas pela política ou por práticas estatais; 3) possíveis justificações desse tratamento diferenciado, especialmente sua relação com um interesse legítimo do Estado; 4) relação racional entre o interesse legítimo e a prática ou políticas discriminatórias; e 5) existência ou inexistência de meios ou métodos menos prejudiciais para as pessoas que permitam obter os mesmos fins legítimos”<sup>100</sup>.

Anteriormente, a Comissão havia resumido essas mesmas idéias da seguinte forma:

“De acordo com o que já se disse, uma distinção enseja discriminação quando:

- a) há uma diferença de tratamento entre situações análogas ou similares;
- b) a diferença não tem uma justificativa objetiva e razoável;
- c) não há razoável proporcionalidade entre os meios empregados e o objetivo cuja realização se persegue”<sup>101</sup>.

## 6. CONCLUSÕES

Chegados a este ponto, corresponde realizar algumas considerações finais que sirvam de conclusão a este já longo desenvolvimento.

Em primeiro lugar, corresponde apontar que a Corte Suprema dos Estados Unidos estabeleceu um sistema “em cascata” de análise das normas que realizam distinções, em nome da proteção do direito à igualdade, indo desde um exame leve a um muito rigoroso da disposição impugnada.

A Corte e a Comissão Interamericanas, de um modo ou de outro – e sem mencioná-los expressamente por sua origem ou, ainda, de modo não consciente –, foram recolhendo uma parte importante destes elementos da jurisprudência norte-americana e, em especial, consideraram que, com relação às categorias enunciadas no art. 1.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, devem aplicar-se, em definitiva, as ferramentas de análise do escrutínio estrito. Isto tem muitas conseqüências, e a jurisprudência norte-americana talvez continue fornecendo elementos que irão enriquecer a análise dos órgãos da Convenção.

---

100. Comissão I.D.H., *Observações escritas e orais da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre a Opinião Consultiva solicitada pelos Estados Unidos Mexicanos*, transcritas em 4 pp. in Corte I.D.H., *Condição jurídica e direitos dos imigrantes indocumentados*, Opinião Consultiva OC-18/03 de 17 de setembro de 2003, Série A N.º 18, par. 47.

101. Comissão I.D.H., *Relatório N.º 73/00, Caso 11.784, Caso Marcelino Hanríquez e outros c/ Argentina*, 3 de outubro de 2000, par. 37.

O anterior implica, em concreto, que, para os órgãos do sistema interamericano, as exceções no uso e gozo de um direito previstas por uma lei, que sejam relativas a categorias suspeitas, padecem da presunção de afetar direitos fundamentais das pessoas envolvidas na exceção. Portanto, a compatibilidade de tais distinções com o sistema interamericano de direitos humanos deve ser submetida a uma análise rigorosa. Resumindo, diante do exposto sobre o escrutínio estrito, como teste de compatibilidade a ser utilizado para determinar a legitimidade ou ilegitimidade de uma medida estatal com relação ao princípio de igualdade e não discriminação, pode-se dizer que, de acordo com a jurisprudência da Corte e com as decisões da Comissão Interamericana, em consonância com o *strict scrutiny* da Corte Suprema dos Estados Unidos, o parâmetro de revisão consta de vários extremos, cujo referendamento se encontra a cargo do Estado:

a) que o Estado demonstre que a distinção legal tem uma justificativa objetiva e razoável e, mais ainda, que demonstre que tem como finalidade satisfazer um interesse estatal imperioso ou apremiante;

b) que não se possa concluir, a partir de dados de fato, que o fim real da norma é diferente do fim declarado, e que esse fim real não obedeça ao parâmetro do ponto anterior;

c) que, se o fim for legítimo, a distinção — isto é, o tratamento desigual em questão — será um meio substancialmente idôneo, adequado ou eficaz para atingir esse fim; e

d) que existe uma necessidade de tomar a medida legal que introduza diferenças entre pessoas, porque não existem meios alternativos idôneos igualmente ou mais adequados e eficazes que sejam mais convenientes aos direitos fundamentais e interesses públicos em jogo;

e) com relação à medida, deve-se avaliar também a existência de uma proporção adequada entre os custos e benefícios da disposição legal.

Trata-se de julgamentos sucessivos, ainda que circulares. Dito com outras palavras: embora possuam certa independência conceitual, a resposta a cada uma das questões depende em alguma medida das respostas às restantes. Por outro lado, basta que se possa estabelecer que a diferenciação não supera um dos critérios para que se torne incompatível com o respeito ao direito à igualdade<sup>102</sup>.

De acordo com o anterior, se não existissem justificações válidas num Estado democrático, a fim de estabelecer uma distinção conectada com o art. 1.1. da Convenção Americana, a lei ou norma geral que a fizesse seria ilegítima e contrária ao sistema interamericano de direitos humanos. E haverá uma justificação desse tipo só se a

---

102. Cf. CIANCIARDO. *El principio de proporcionalidad (...)*, op. cit., pp. 61-110.

lei em questão superar o teste que os cinco passos sintetizados em parágrafos acima pressupõem. Se isto não ocorre, a norma deve ser considerada incompatível com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Quem tiver peticionado, em suma, se encontrará prejudicado em seus direitos à igualdade e não discriminação, em conjunção com os direitos substanciais afetados, em virtude de uma classificação carente de uma finalidade com peso justificatório, segundo os rigorosos parâmetros da jurisprudência relativa a direitos humanos, iniciados pela Corte Suprema dos Estados Unidos e continuados pela Corte e pela Comissão Interamericanas de Direitos Humanos.