



Fabiana Moura Coelho

DECISÃO JUDICIAL E PERSPECTIVA DE GÊNERO

Como regras aparentemente
neutras influenciam o trabalho,
a família e a vida das mulheres

2024

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

TEORIA DO IMPACTO DES PROPORCIONAL

1. INTRODUÇÃO: DISCRIMINAÇÃO COMO ATO ISOLADO E COMO CONTEXTO SOCIAL

O enfrentamento de qualquer tipo de discriminação tem como primeiro óbice a sua identificação. Quando o racismo ou o sexismo ocorrem de modo explícito e isolado, os seus perpetradores podem ser punidos civil ou criminalmente, de modo individual. Isso assegura a reprimenda ao indivíduo que pratica o ato e, em alguma medida, os objetivos de prevenção geral e especial, desestimulando que aquela pessoa ou que outras pessoas pratiquem atos similares no futuro, com receio da reprimenda.

Contudo, essa solução é bem menos eficiente do que se pode, à primeira vista, supor. Primeiramente, os mecanismos sancionatórios só atuam depois que o direito foi violado, não para garantir a sua efetividade, o que contradiz a visão contemporânea do Direito e do processo como instrumentos de garantia de integralidade da proteção do sujeito, não apenas de reparação dos danos que lhe são causados¹.

1. O direito processual civil contemporâneo vem ressaltando que a garantia de direitos significa, antes de tudo, assegurar-se de que eles não sejam violados, não apenas que haja reparação após a violação. Nesse sentido,

Em segundo lugar, é difícil mensurar em que medida a punição a indivíduos que praticam atos discriminatórios é ou não eficiente para dissuadir outras pessoas, ou mesmo aquela que incorreu no ilícito, a se abster de praticar a conduta. Nesse sentido, a literatura especializada é divergente quanto a efetividade do efeito dissuasório derivado de sanções pretéritas, especialmente à luz de evidências da economia comportamental no sentido de que a decisão de praticar ou não praticar ilícitos é multicausal e não pode ser facilmente reconduzida a fatores singulares².

Em outras palavras, é difícil afirmar cientificamente que alguém praticou ou não praticou um crime ou ato ilícito porque a sanção antecipada superava ou não superava os benefícios esperados do ato, calibrado pela probabilidade de sua aplicação. Ainda que a teoria econômica da pena tenha realizado interessantes contribuições para o Direito³, seus achados não podem ser superestimados. É certo que a racionalidade tem algum papel a desempenhar na decisão de delinquir, mas também parece apropriado concluir que outros aspectos comportamentais, não estritamente racionais, contribuem para a ocorrência de ilícitos.

De modo especial, a literatura que estuda o tema do preconceito e discriminação tem indicado que a maior parte dos atos que se enquadram nessas categorias são motivados por fatores inconscientes, irrefletidos. Isso significa que, embora existam pessoas conscientemente racistas e

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito*. 8.ed. São Paulo: RT, 2022. O Código de Processo Civil positivou esse pensamento em seu art. 497, parágrafo único.

2. Há uma revisão dessa literatura em HODGES, Christopher; VOET, Stephan. *Delivering collective redress*. Oxford: Hart, 2018.
3. BECKER, G. S. Crime and punishment: an economic approach. *Journal of Political Economy*, Chicago, v. 76, n. 2, p. 169-217, Mar.-Apr. 1968.

sexistas, a maioria dos indivíduos que pratica atos discriminatórios não o faz de forma preordenada, mas automática⁴.

Como explica Jessica Nordell, não se sabe exatamente por quais razões alguém é preconceituoso, mas a ciência sempre se indagou por que as pessoas se dizem não racistas ou não sexistas em pesquisas, mas, quando confrontadas com situações específicas, agem de forma preconceituosa. Tradicionalmente, a explicação dessa discrepância foi que as pessoas mentiam nas pesquisas, mas essa era uma conclusão não passível de demonstração, já que não há como avaliar se alguém mentiu ou não, nem se o fez conscientemente ou não. Presentemente, as pesquisas têm indicado que a hipótese mais provável é que muitas pessoas, de fato, não se consideram preconceituosas, porque o agir preconceituoso é subconsciente, irrefletido.

Essa constatação não representa, como alerta a autora, uma justificativa para o comportamento preconceituoso. As pessoas continuam tendo o dever de tomar consciência dos seus preconceitos e agir contra eles⁵. Mas esse achado aponta que a simples ameaça de sanção não basta para resolver o problema dos atos praticados contra os grupos minoritários, uma vez que os seus perpetradores, de modo geral, não agem de forma totalmente racional e preordenada. Logo, conquanto punir seja importante, é improvável que a punição de quem pratica atos racistas ou sexistas seja suficiente para melhorar a situação geral desses grupos na sociedade⁶.

-
4. Ver NORDELL, Jessica. *The End of Bias: A Beginning - The Science and Practice of Overcoming Unconscious Bias*. New York: Metropolitan Books, 2021, cap. 1.
 5. *Idem*, *ibidem*.
 6. No Brasil há indícios empíricos, embora não conclusivos, da afirmação contida no texto. Levantamento do Jornal Folha de São Paulo apontou que os crimes praticados contra a população LGBTQIA+ aumentaram após a decisão do Supremo Tribunal Federal de enquadrá-los como racismo, em 2019, nos autos da ADO 26. (Ver <<https://www1.folha.uol.com.br/>

A terceira limitação relativa à efetividade da sanção enquanto método de combate às práticas discriminatórias é que ela não endereça os efeitos sistêmicos do problema, nem permite que eles sejam compreendidos. Punir quem pratica atos racistas não explica por que a massa salarial das pessoas negras é inferior à das pessoas brancas, nem por que as mulheres são minoria no Poder Legislativo ou nos cargos gerenciais de empresas. Também não ajuda a resolver essas situações, já que as empresas e o Estado raramente discriminam pessoas específicas e, mesmo que o façam, como às vezes a imprensa ou o Judiciário identificam, essas situações não respondem pelo cenário geral.

O desafio, portanto, vai além da identificação e sanção de condutas específicas. É preciso encontrar ferramentas que permitam a identificação e o endereçamento de problemas sistêmicos, coletivos e, não raro, de difícil detecção, em especial, do ponto de vista do indivíduo.

A proposta deste segmento é abordar a teoria do impacto desproporcional e de que forma ela foi trabalhada, nos Estados Unidos, para resolver o problema da discriminação sistêmica.

cotidiano/2020/06/um-ano-apos-stf-criminalizar-homofobia-relatos-de-lgbtphobia-crescem-na-quarentena.shtml>. Acesso em 9 jan 23). A Secretaria de Estado de Segurança Pública do Mato Grosso, na mesma linha, apontou, em 2020, uma redução de 33% nos casos de homicídio, mas um aumento de 109% nas ocorrências em geral. (ver <<http://www.sesp.mt.gov.br/-/16133045-homicidios-contra-comunidade-lgbt-reduzem-em-33-em-2020>>. Acesso em 9 jan 23). É sempre difícil precisar se esse aumento deriva do maior número de fatos ou do crescimento do seu registro – as autoridades mato-grossenses, na matéria citada, atribuem o aumento a este segundo fator. Mas, se não é certo que houve aumento, não há qualquer evidência de que a decisão do STF, facilitando a imposição de sanções consideravelmente mais gravosas sobre os atos praticados contra esse grupo, tenha acarretado uma redução sistemática da violência social contra ele praticada.

2. ORIGEM E ESCOPO DA TEORIA DO IMPACTO DESPROPORCIONAL: O CASO *GRIGGS V. DUKE POWER CO.*

A teoria do impacto desproporcional (*disparate impact*) foi criada pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1971, no julgamento do caso *Griggs v. Duke Power Co.*⁷ O caso trata da empresa Duke Power's Dan River Steam Station, a qual, nos anos 1950, sob o pálio da segregação racial então sancionada pela própria Suprema Corte, restringia a contratação de trabalhadores negros ao seu "labor department", a área incumbida de trabalhos braçais e com os menores salários. Em 1955, a empresa passou a exigir diploma de ensino médio ("high school") para a contratação em qualquer outro departamento que não fosse o "labor", mas se ofereceu para pagar dois terços das mensalidades dos empregados que não detivessem o grau respectivo. Havia, portanto, discriminação racial explícita na empresa, no período em que isso era permitido⁸.

Exatamente no dia 2 de julho de 1965, data em que o Civil Rights Act passou a vigorar, a empresa adotou dois testes de performance cognitiva para acesso aos departamentos mais bem remunerados, adicionalmente ao requerimento de escolaridade. Em setembro do mesmo ano, a empresa passou a permitir que esses dois testes fossem utilizados alternativamente ao requisito de escolaridade.

O questionamento apresentado nos autos foi o de que esses três requisitos incidiam desproporcionalmente nos empregados negros. Naquele momento, de acordo com o que consta dos autos, 34% dos homens brancos do estado

7. 401 U.S. 424 (1971).

8. Consta da decisão da Suprema Corte: "The District Court found that, prior to July 2, 1965, the effective date of the Civil Rights Act of 1964, the Company openly discriminated on the basis of race in the hiring and assigning of employees at its Dan River plant".

tinham diploma de ensino médio, contra apenas 18% de negros. No caso dos testes escolhidos, a situação era ainda pior: 58% de aprovação dos brancos, contra apenas 6% dos negros.

Assim, os autores procuravam demonstrar que, embora requisitos de escolaridade e de aptidão intelectual sejam, em tese, racialmente neutros, naquele contexto específico eles teriam o efeito prático de impedir o acesso de pessoas negras às posições mais bem-remuneradas da empresa. Em tal cenário, o tribunal deveria abster-se de analisar se houve intenção discriminatória, condenando a empresa pelos efeitos derivados da política, ainda que não houvesse comprovação de que os dirigentes que aprovaram tais políticas pretendiam discriminar as pessoas negras⁹.

Aqui há uma questão importante, peculiar ao direito norte-americano: esse caso não era fundado nas normas constitucionais contra a discriminação (equal protection clause), contidas na 5^a e 14^a Emendas à Constituição, mas sim em uma norma infraconstitucional federal, especificamente o Title VII do Civil Rights Act, no qual consta a proibição de conduta que “limite, segregue ou classifique os empregados ou candidatos a emprego de modo que prive ou tenda a privar qualquer indivíduo de oportunidades de emprego ou afete de modo adverso seu status como empregado, em razão da raça, cor, religião, sexo ou origem nacional desse indivíduo”¹⁰. Logo, Griggs não foi litigado nem

9. Sobre o histórico, ver BELTON, Robert. *The Crusade for Equality in the Workplace: The Griggs v. Duke Power Story*. Lawrence: University Press of Kansas, 2014, especialmente o capítulo 6.

10. 42 U.S. Code § 2000e-2 - Unlawful employment practices: “(a)Employer practices. It shall be an unlawful employment practice for an employer—(...) (2)to limit, segregate, or classify his employees or applicants for employment in any way which would deprive or tend to deprive any individual of employment opportunities or otherwise adversely affect his status as an

decidido como um caso de concretização de uma garantia constitucional abstrata, mas a discussão acerca dos limites da incidência de uma norma federal.

Griggs é parte de um contexto mais amplo. Dois anos antes, em *Gaston County v. United States*¹¹, a Suprema Corte já havia reconhecido que as diferenças educacionais derivadas da segregação racial pretérita eram relevantes e, com isso, impedido a realização de testes de domínio da língua escrita como requisito para o alistamento eleitoral. O fundamento foi o de que tais testes, apesar de aparentemente neutros, impediam o alistamento de mais eleitores negros do que de brancos, de modo que eles poderiam ser indiretamente reconduzíveis à raça do eleitor¹². Griggs constrói seu raciocínio na mesma linha, mas com o objetivo de garantir a igualdade de empregabilidade.

A inserção de Griggs em um conjunto de outros processos não é coincidência. Tal como *Brown v. Board of Education*, Griggs é parte da estratégia de litigância do Legal Defense Fund (LDF) da National Association for the Advancement of Colored People (NAACP). Criada em 1909, a NAACP tornou-se uma das maiores associações civis do país e dedicou-se intensamente à promoção de medidas de igualdade racial, inclusive, mas não apenas, mediante ajuizamento de

employee, because of such individual's race, color, religion, sex, or national origin".

11. 395 U. S. 285 (1969).

12. "The Act's legislative history discloses that Congress was aware of the potential effect of unequal educational opportunities upon the right to vote when it designed the test suspension provisions, and it is appropriate in an action under § 4(a) for a court to consider whether a literacy or educational requirement has the "effect of denying the right to vote on account of race or color" because the State or subdivision seeking to impose the requirement has maintained separate and inferior schools for its Negro citizens who are now of voting age".

ações judiciais¹³. Essas ações, que podem ser caracterizadas como litigância estratégica¹⁴, tinham como propósito construir precedentes que pudessem ser estendidos a outros casos e, com isso, combater as medidas de segregação em todas as suas frentes.

David Garrow¹⁵ relata que Griggs faz parte de um conjunto de onze ações judiciais ajuizadas pelo LDF contra grandes empresas, apenas no estado da Carolina do Norte. Como, nos Estados Unidos, a legitimidade para o ajuizamento de class actions não é de associações, mas sim de alguma das vítimas da violação, a NAACP não consta como autora de nenhuma dessas ações. Mas ela foi a responsável, como narra Tushnet, pela organização da estratégia judicial, o recrutamento das pessoas que figurariam como autoras, o fornecimento de advogados e o financiamento de todas as despesas processuais, tudo a partir das contribuições associativas que recebia¹⁶.

O primeiro desses casos foi a class action *Brinkley v. Great Atlantic & Pacific Tea Co.*¹⁷, cuja petição inicial serviu de modelo para os casos subsequentes. A mesma equipe de advogados, coordenada por Julius Chambers, também

13. Ver Tushnet, Mark V. *The NAACP's Legal Strategy against Segregated Education, 1925–1950*. Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1987; VITTORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 3. ed. São Paulo: RT, 2022, capítulo 4.

14. VITTORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. In: *Revista de Processo*, v. 284, p. 333-369, 2018.

15. GARROW, David. *Toward a Definitive History of Griggs v. Duke Power Co.* *Vanderbilt Law Review*, vol. 67, p. 197, 2014.

16. Tushnet, Mark V. *The NAACP's Legal Strategy against Segregated Education, 1925–1950*. Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1987.

17. Conforme reporta Garrow, esse caso terminou rapidamente em acordo. Ver também GREENBERG, Jack. *Crusaders in the courts: How a Dedicated Band of Lawyers Fought for the Civil Rights Revolution*. New York: Basic Books, 1994.

trabalhou em *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*¹⁸, o caso mais importante de dessegregação racial de escolas após *Brown*. Griggs foi iniciado logo na sequência, tendo como autores treze empregados negros da empresa de eletricidade¹⁹.

O juízo de primeiro grau concluiu que não havia violação do Title VII porque não havia sido demonstrado intenção discriminatória nos atos da empresa. A decisão foi mantida pelo tribunal de apelações local, ao fundamento de que os testes foram aplicados de forma justa e equânime tanto a pessoas brancas quanto a pessoas negras. Nessa circunstância, a invalidação do método de recrutamento exigiria a demonstração de intenção discriminatória.

Todavia, a Suprema Corte, em decisão unânime, relatada pelo Chief Justice Burger, reverteu a decisão. A Corte entendeu que era incontroverso que os brancos eram mais bem sucedidos na satisfação dos requisitos que os negros e que “essas consequências parecem diretamente atribuíveis à raça”, uma vez que os negros, em virtude das políticas segregacionistas das décadas anteriores, tinham acesso a instituições educacionais inferiores.

Dada essa constatação, o propósito das normas federais seria precisamente o de “remover barreiras que operaram no passado para favorecer um grupo identificável de empregados brancos em desfavor de outros empregados”. Nesse sentido, práticas, procedimentos ou testes que são aparentemente neutros ou mesmo que são neutros em termos de conteúdo ou de intenção, não podem ser executados

18. 243 F. Supp. 667 (W.D.N.C. 1965).

19. Em detalhes, BELTON, Robert. *The Crusade for Equality in the Workplace: The Griggs vs. Duke Power Story*. Kansas City: University Press of Kansas, 2014.

se tiverem como efeito “congelar” a situação anterior²⁰. A preocupação do julgado, como é notório, é impedir que as profundas reformas legislativas federais dos anos 1960 fossem frustradas por subterfúgios que, concretamente, anulassem os seus efeitos. Se não fosse mais possível segregar racialmente, mas fosse possível obter os mesmos resultados a partir de outros métodos lícitos, todo o esforço do “Civil Rights Movement” seria perdido²¹.

A Corte de Griggs ponderou que o Title VII do Civil Rights Act não garantiu o direito de todas as pessoas a um emprego, independentemente das suas qualificações, mas apenas pretendeu eliminar restrições autoritárias. Por isso, a norma “proíbe não apenas discriminação aberta, mas também práticas que são justas na forma, mas discriminatórias na prática”. A pedra de toque é a pertinência do requisito imposto pelo empregador para a função a ser desempenhada pelo empregado²². Se esse requisito for impertinente, ele

20. “The objective of Congress in the enactment of Title VII is plain from the language of the statute. It was to achieve equality of employment opportunities and remove barriers that have operated in the past to favor an identifiable group of white employees over other employees. Under the Act, practices, procedures, or tests neutral on their face, and even neutral in terms of intent, cannot be maintained if they operate to “freeze” the status quo of prior discriminatory employment practices”.

21. Há, até hoje, um considerável debate, nos Estados Unidos, sobre essa derrota progressiva dos Civil Rights, em virtude de diversos fatores, inclusive da própria guinada conservadora pela qual a Suprema Corte passaria, nas décadas subsequentes. Ver, por exemplo, ROTHSTEIN, Richard. **The Color of Law**. New York: Liveright, 2017.

22. Consta da decisão de Griggs: “Congress has now provided that tests or criteria for employment or promotion may not provide equality of opportunity merely in the sense of the fabled offer of milk to the stork and the fox. On the contrary, Congress has now required that the posture and condition of the job seeker be taken into account. It has -- to resort again to the fable -- provided that the vessel in which the milk is proffered be one all seekers can use. The Act proscribes not only overt discrimination, but also practices that are fair in form, but discriminatory in operation. The touchstone is

poderá ser considerado discriminatório, ainda que não se demonstre que tal efeito é intencional.

No caso de Griggs, o próprio vice-presidente da empresa havia testemunhado que a adoção dos requisitos estava fundada na impressão de que eles melhorariam a qualidade geral do trabalho, mas nenhum estudo tinha sido feito no sentido de que a escolaridade ou os testes poderiam, de fato, contribuir com as funções daqueles setores da empresa enfocados na controvérsia. Por essa razão, “boas intenções ou a ausência de propósito discriminatório não redimem procedimentos ou testes que operam como ‘ventos contrários permanentes’ para grupos minoritários e são desconectados da mensuração da capacidade laboral”²³.

Em síntese, não se pode confundir impacto desproporcional (*disparate impact*) com tratamento desproporcional (*disparate treatment*). Esta expressão é utilizada para caracterizar práticas que são intencionalmente discriminatórias contra determinados grupos de pessoas durante um processo de seleção. Seria o caso, por exemplo, de vagas exclusivas para homens. Por outro lado, o impacto desproporcional permite a análise de situações em que a exigência é, em si mesma, neutra, mas capaz de provocar, na realidade, a exclusão mais acentuada das pessoas pertencentes a um grupo, ainda que algumas dessas pessoas sejam capazes de superar o obstáculo.

business necessity. If an employment practice which operates to exclude Negroes cannot be shown to be related to job performance, the practice is prohibited”.

23. “We do not suggest that either the District Court or the Court of Appeals erred in examining the employer’s intent; but good intent or absence of discriminatory intent does not redeem employment procedures or testing mechanisms that operate as “built-in headwinds” for minority groups and are unrelated to measuring job capability”.

Logo, o tratamento desproporcional corresponde ao que a Suprema Corte denomina também “discriminação *prima facie*”, que sequer exige análise de impacto, como afirmado em *Albemarle Paper Co. v. Moody*, a discussão sobre impacto desproporcional só passa a ser relevante depois que fica demonstrada a inexistência de discriminação direta²⁴.

Nesse sentido, o fato de um ou alguns negros serem bem-sucedidos na prova proposta pela empresa é irrelevante. Ou ainda, não importa que a prova, em si, nada tenha a ver com raça. O que interessa é que o teste, no contexto em que foi desenvolvido, seja capaz de, concretamente, acarretar resultados piores para pessoas negras do que para pessoas brancas. É igualmente irrelevante definir se a culpa por esse impacto desproporcional é ou não da empresa, bem como se ela desejava ou não que ele ocorresse. O fator essencial é apenas que esteja demonstrada a ocorrência do efeito discriminatório e que não haja uma razão legítima, do ponto de vista do negócio, para que a exigência da qual esse efeito decorre faça parte do processo seletivo.

De acordo com Vitorelli, a aplicação da teoria do impacto desproporcional permite que se constatem violações ao princípio da igualdade quando os efeitos práticos de determinadas normas, de caráter *prima facie* neutro, causem dano excessivo, ainda que não intencional, aos integrantes de grupos vulneráveis²⁵.

24. “This burden arises, of course, only after the complaining party or class has made out a *prima facie* case of discrimination, i.e., has shown that the tests in question select applicants for hire or promotion in a racial pattern significantly different from that of the pool of applicants”.

25. VITORELLI, Edilson. **Estatuto da igualdade racial e comunidades quilombolas**: Lei nº 12.228/2010 e Decreto nº 4887/2003. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 78.

Em síntese, o caminho analítico proposto pela Suprema Corte é o seguinte: em primeiro lugar, verifica-se se há discriminação direta (*disparate treatment*) entre os membros do grupo minoritário e os demais empregados. Por exemplo, se alguma exigência feita a eles não é feita aos demais. Caso não seja esse o caso, passa-se ao estudo do impacto desproporcional. Em termos probatórios, compete ao empregador demonstrar que a exigência de contratação tem relação com o trabalho que será desempenhado, ou seja, é compatível com as necessidades do negócio que ele conduz. Caso ele se desincumba desse ônus, a exigência será considerada lícita, a menos que o autor demonstre que a mesma necessidade da empresa poderia ser atendida pela aplicação de outro teste, o qual não acarretaria impactos desproporcionais similares.

Se essa construção for pensada em termos das regras de ônus da prova vigentes no Brasil, a situação seria a seguinte: o autor tem o ônus de demonstrar a existência de uma exigência de contratação de pessoal, feita pelo réu, que impacta desproporcionalmente sobre o grupo minoritário, fazendo com que menos pessoas desse grupo sejam selecionadas para o cargo. Esse seria o fato constitutivo do direito. O réu tem o ônus de provar que a exigência é feita a todos os empregados e é necessária às atividades da empresa (*business necessity*), porque é preditiva de qualidades que serão importantes para a função. Caso essa defesa seja apresentada, o autor pode desconstitui-la se conseguir demonstrar que seria possível medir as mesmas habilidades de outra forma, a qual não acarretaria impacto desproporcional. Nesse último caso, se há outro meio para alcançar o mesmo propósito, o teste aplicado pelo empregador seria apenas um pretexto para discriminação.

3. REPERCUSSÕES SUBSEQUENTES A GRIGGS: O PROBLEMA DOS PARÂMETROS

Conforme narra David Garrow²⁶, Griggs não foi um dos casos mais noticiados no momento em que a decisão foi tomada. Contudo, a comunidade jurídica rapidamente perceberia a sua importância. Em uma entrevista sobre as decisões da Suprema Corte no ano anterior, o próprio presidente, Justice Burger, que foi o responsável pela redação do acórdão, apontou o caso como um dos mais importantes daquele período. Em pouco tempo, a atenção da literatura especializada endossaria essa indicação. Alfred W. Blumrosen, por exemplo, escreveu que “poucas decisões no nosso tempo – talvez somente *Brown v. Board of Education* – tiveram tantas repercussões sociais²⁷.”

O problema com a decisão de Griggs, no entanto, já estava presente desde o seu texto original: os parâmetros não são claros, padecendo de uma dupla indeterminação, tanto do lado da vedação que a decisão pretende impor, como regra, quanto da autorização que viabiliza, como exceção.

No que tange à regra, são proibidas decisões que impliquem impacto desproporcional sobre o grupo minoritário. Porém, é preciso definir quando uma prática tem ou não tem impacto suficientemente desproporcional para atrair a proibição, bem como demonstrar o nexo de causalidade entre a exigência e o impacto verificado.

Do lado da exceção, Griggs permite exigências de recrutamento que acarretem impacto desproporcional, desde que relacionadas às exigências da atividade a ser desenvolvida

26. GARROW, David. *Toward a Definitive History of Griggs v. Duke Power Co.* *Vanderbilt Law Review*, vol. 67, p. 197, 2014.

27. BLUMROSEN, Alfred W. *The Legacy of Griggs: Social Progress and Subjective Judgments.* *Chicago-Kent Law Review*, vol. 63, p. 1, 1987.

pelo empregado. Essa disposição cria o problema de definir quando uma exigência pode ser suficientemente relacionada com as atividades inerentes ao cargo para autorizar a sua utilização, ainda que causadora do impacto sobre o grupo minoritário. Com isso, o mérito tanto da causa de pedir do autor, quanto da defesa do réu – conhecida como “business necessity” – são difíceis de antecipar.

Em 1971, um comitê de profissionais reunidos pelo estado da Califórnia estabeleceu o padrão “80%”. Medidas de contratação de pessoal que indicassem uma disparidade superior a 20% na taxa de contratação de um determinado grupo seriam consideradas suspeitas e mereceriam investigação²⁸. Esse parâmetro acabou sendo adotado nacionalmente nas Uniform Guidelines on Employee Selection Procedures, documento editado em 1978 pela U.S. Equal Employment Opportunity Commission (EEOC)²⁹.

As críticas, no entanto, são evidentes. Embora a falha no teste não signifique uma reprovação automática da política de contratações da empresa, mas apenas uma indicação de investigação (*red flag*), os seus parâmetros são aleatórios, a começar pela adoção do percentual de 80%. Com isso, esse teste acabou sendo abandonado com o tempo e, em 2007, a U.S. Equal Employment Opportunities Commission propôs que o teste deveria ser a disparidade entre o resultado do processo seletivo realizado pela empresa e o resultado que teria sido alcançado se ela tivesse contratado candidatos aleatoriamente. Assim, se os procedimentos de uma

28. O teste era feito da seguinte forma: se, para cada 100 homens candidatos a um emprego, 50 fossem contratados, enquanto, para cada 100 mulheres, apenas 20 fossem contratadas, isso significaria que a taxa de contratação das mulheres seria 40% da taxa de contratação dos homens, o que é bastante inferior aos 80% que o teste exigiria.

29. Sobre o tema, ver, extensamente, BIDDLE, Dan. **Adverse Impact and Test Validation: a Practitioner's Guide to Valid and Defensible Employment Testing**. Aldershot: Gower Technical Press., 2006.

empresa tornassem mais difícil a contratação de um grupo específico do que seria estatisticamente esperado, ele passaria a ser suspeito.

Mais recentemente, os tribunais americanos passaram a adotar testes mais minuciosos e relacionados às circunstâncias do caso, ao notar que diferenças que parecem estatisticamente pequenas podem ter “significância prática” em determinadas circunstâncias.

A própria Suprema Corte debateu esse ponto em mais de um caso, ora adotando standards probatórios mais rigorosos, ora mais suaves. Em *Dothard v. Rawlinson*³⁰, de 1977, firmou-se o dever de o empregador comprovar que qualquer exigência relativa a contratações tem “uma relação manifesta com o emprego em questão”³¹. Em *Albemarle Paper Co. v. Moody*³², a Corte afirmou que testes de contratação e de desempenho profissional que acarretem impactos desproporcionais podem ser utilizados apenas se for demonstrado, por métodos cientificamente aceitos, que eles são preditivos ou significativamente correlatos a alguma característica de comportamento laboral desejável ou que seja relevante para a função em questão.

Em *Albemarle*, um grupo de empregados negros reclamava contra a empresa que os contratou por não terem tido iguais oportunidades de promoção ao longo das suas carreiras, ficando presos em ocupações de baixa remuneração. A Suprema Corte determinou, inicialmente, que a ausência de demonstração de má-fé no estabelecimento da exigência não é motivo bastante para isentar o réu das consequências

30. 433 U.S. 321 (1977).

31. Esse caso trata especificamente de questão de discriminação em razão do sexo, que é o foco deste trabalho, motivo pelo qual será retomado, com mais detalhes, em capítulo subsequente.

32. 422 US 405 (1975).