

"A palavra discriminação adquiriu sentidos ainda mais complexos em tempos recentes em função da percepção de que indivíduos são excluídos porque sofrem diferentes formas de tratamento desvantajoso que não expressam intencionalidade. Ela tem sido usada para categorizar as práticas daquelas instituições que não tomam as medidas necessárias para que pessoas de diferentes grupos estejam representadas nos seus quadros. Também vemos o seu emprego quando certas pessoas afirmam que são excluídas por causa da convergência de várias formas de discriminação, o que concorre para situar membros de certos grupos em uma posição de perene subordinação. Além disso, alguém pode alegar que está sendo discriminado em função de normas que são moralmente neutras, mas que têm um impacto negativo sobre certas classes de pessoas. Por esse motivo, a palavra discriminação encobre também aqueles mecanismos que não classificam pessoas a partir de um determinado traço, mas que concorrem para agravar a situação na qual elas vivem. Essas diferentes acepções do termo em estudo sugerem que ela descreve pessoas ou grupos que se encontram em uma situação de desvantagem em função de atos que podem ser intencionais ou não."

O que é discriminação?, p. 27-28.

O QUE ADILSON JOSÉ É MOREIRA DISCRI- MINA- ÇÃO?

2ª REIMPRESSÃO EDITADA


LETRAMENTO


CASA DO
DIREITO

Justificando

Copyright © 2017 by Editora Letramento

Diretor Editorial | Gustavo Abreu

Diretor Administrativo | Júnior Gaudereto

Diretor Financeiro | Cláudio Macedo

Logística | Vinícius Santiago

Preparação | Lorena Camilo

Revisão | Lorena Camilo e Nathan Matos

Capa, Projeto Gráfico e Diagramação | Luís Otávio Ferreira

Conselho Editorial | Alessandra Mara de Freitas Silva; Alexandre Moraes da Rosa; Bruno Miragem; Carlos Maria Cárcova; Cássio Augusto de Barros Brant; Cristian Kiefer da Silva; Cristiane Dupret; Edson Nakata Jr; Georges Abboud; Henderson Fürst; Henrique Garbellini Carnio; Henrique Júdice Magalhães; Leonardo Isaac Yarochevsky; Lucas Moraes Martins; Nuno Miguel Branco de Sá Viana Rebelo; Renata de Lima Rodrigues; Rubens Casara; Salah H. Khaled Jr; Willis Santiago Guerra Filho.

Todos os direitos reservados.

Não é permitida a reprodução desta obra sem aprovação do Grupo Editorial Letramento.

Todos os direitos reservados.

Não é permitida a reprodução desta obra sem aprovação do Grupo Editorial Letramento.

Referência para citação

MOREIRA, A.J. O que é discriminação?.
Belo Horizonte-MG: Letramento, 2017.

M838o Moreira, Adilson José

O que é discriminação? / Adilson José Moreira. – Belo Horizonte(MG):
Letramento: Casa do Direito: Justificando, 2017.

208 p. : ; 16 cm.

Inclui referências

ISBN: 978-85-9530-027-9

1. Discriminação – Brasi. I. Título.

CDD 305.0981

Belo Horizonte - MG
Rua Cláudio Manoel, 713
Funcionários
CEP 30140-100
Fone 31 3327-5771
contato@editoraletramento.com.br
editoraletramento.com.br
casadodireito.com



Casa do Direito é o selo jurídico do
Grupo Editorial Letramento

Dedico este livro à minha querida mãe, Ephigênia Clara
de Souza Moreira, uma mulher incansável que venceu
todos os obstáculos para alcançar o impossível.

AGRADECIMENTOS

Embora possa ser considerado um breve ensaio, este trabalho é produto de quase uma década de estudos sobre o tema da discriminação. O interesse por esse tópico decorre de minha própria experiência pessoal como militante de movimentos sociais, um dos motivos pelos quais ingressei em uma faculdade de Direito. Minha reflexão intelectual sobre o assunto teve início nos primeiros semestres da minha vida acadêmica, interesse que permanece até o presente momento. Elaborei trabalhos sobre mecanismos discriminatórios dirigidos a grupos específicos, mas só agora pude produzir uma obra introdutória sobre o tema. Não sei qual será a reação do público, mas estou feliz com o resultado. Penso que é um ponto de partida para uma discussão fundamental na nossa sociedade.

Não teria alcançado a maturidade necessária para a elaboração desta obra sem a minha experiência na Faculdade de Direito da Universidade de Yale. Os cursos sobre o assunto deste livro ministrados pela professora Reva Siegel e pelo professor Owen Fiss naquela instituição tiveram um impacto imenso na minha formação. Estar em um ambiente intelectual no qual todos reconhecem que a discriminação é um tema central de reflexão em todos os campos do Direito foi uma experiência acadêmica sem precedentes. Este livro pretende mostrar para o público brasileiro que nossa sociedade jamais poderá evoluir sem uma compreensão e sem um estudo sistemático sobre esse tópico nas diversas áreas do pensamento jurídico.

Minha longa estadia na Faculdade de Direito da Universidade de Harvard permitiu que eu aprofundasse o conhecimento sobre os diversos problemas aqui discutidos. Serei eternamente grato a esta instituição pela oportunidade que me foi dada. Aprendi muito como aluno e orientando do professor Randall Kennedy, intelectual que tem dedicado sua vida à reflexão sobre diversos temas referentes à reforma social. Fui muito beneficiado com as conversas que tive com Kenneth Mack, Janet Halley

e especialmente com Duncan Kennedy. Também não posso deixar de dizer que a participação no seminário dirigido pelo professor Orlando Patterson sobre raça e desigualdade teve importância fundamental para as minhas reflexões sobre opressão social.

Este trabalho foi aprimorado com comentários e sugestões de colegas de magistério, além de pessoas que contribuíram direta e indiretamente para o meu amadurecimento intelectual. Agradeço aos amigos e às amigas que motivaram a elaboração deste livro e aos que compartilharam a própria experiência de vida comigo. Um abraço fraterno para Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia, Aline de Souza Moreira, Danilo Tavares da Silva, Dimitri Dimoulis, Duval Guimarães, Dina Waked, Gislene Aparecida dos Santos, Gonçalo Almeida Ribeiro, José Emilio Medauar Omnati, José Francisco Siqueira Neto, Kamari Clarke, Kenneth Maxwell, Lisa Kelly, Mara Marçal Salles, Marco Antônio Alves, Paulo Penteado Faria e Silva e Pedro Henrique de Cristo. Muitos abraços para o meu camarada Rafael Polidoro Barbosa por ter me proporcionado acesso e material bibliográfico indispensável para a elaboração desta obra.

Sou extremamente grato a André Zanardo, Brenno Tardelli e Igor Leone por terem possibilitado a publicação deste projeto. Que este seja o primeiro de muitos outros!

Não posso deixar de agradecer o carinho que recebi dos meus amigos e das minhas amigas durante os anos de elaboração deste trabalho: Alessandra Benedito, Alexandre de Mello Mesquita, Altair Almeida Soares, Ana Cristina Natividade, Ana Fátima de Brito, Andrei Roman, Caitlin Elwood, Carlos Alberto Rocha, Celina Mendes de Almeida, Daniel Moraes, Erika Chioca Furlan, Gilson Ianini, Guilherme Massara Rocha, Gustavo Chimure, Ivar Alberto Martins Hartmann, Laís Machado Santos, Leda Salles, Lynn Ansaldo, Magda Cristina Ferreira Pinto, Márcia Brandão Carneiro Leão, Paulo Daffon Barrozo, Regina Massara Rocha, Ricardo Fernandes, Sílvio Almeida e Thiago Costa.

Este livro contou com a colaboração de João Demétrio Calfat Neto, pessoa também inquieta com as injustiças presentes neste mundo. Ele me auxiliou na elaboração dos capítulos 3 e 10. Obrigado, camarada!

Agradeço a minha família pelo apoio e afeto de sempre: Heloisa, Maria, Sílvia, Isabela, Edmilson, Nilson, Denilson, Valéria, Aline, Leandro, Lígia, Lucas, Francisco, Fátima, Flávia, Arthur, Pedro e Laura.

Não preciso dizer que os ensinamentos do meu pai estão sempre dentro do meu coração. A leitura dos seus diários estimulou imensamente a elaboração deste livro.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO 11
2. CONCEITO E SENTIDOS DO TERMO DISCRIMINAÇÃO 25
3. ESCLARECENDO TERMOS CENTRAIS DO DEBATE 37
4. DISCRIMINAÇÃO COMO CATEGORIA JURÍDICA 47
5. PORQUE É ERRADO DISCRIMINAR? 83
6. DISCRIMINAÇÃO DIRETA E DISCRIMINAÇÃO INDIRETA 95
7. DISCRIMINAÇÃO INTERSECCIONAL E DISCRIMINAÇÃO MULTIDIMENSIONAL 107
8. DISCRIMINAÇÃO INCONSCIENTE E DISCRIMINAÇÃO ORGANIZACIONAL 119
9. DISCRIMINAÇÃO INSTITUCIONAL, ESTRUTURAL E INTERGERACIONAL 129

10. O PRIVILÉGIO COMO
MECANISMO DE DISCRIMINAÇÃO SOCIAL **143**
11. A TEORIA DAS MICROAGRESSÕES **155**
12. DISCRIMINAÇÃO E ESTRATIFICAÇÃO **165**
13. DE VOLTA À QUESTÃO INICIAL:
O QUE É DISCRIMINAÇÃO? **191**

O racismo oprime suas vítimas, mas também prejudica os opressores, pessoas que inflamam suas mentes com mais e mais mentiras até que eles se tornam prisioneiros delas. Eles não conseguem contemplar a realidade da igualdade humana, porque ela revela o horror das injustiças que cometem.

Alveda King

Igualdade não é a mera afirmação empírica de que todos os grupos humanos são semelhantes. Ela é o princípio moral segundo o qual indivíduos não devem ser julgados ou ter seus direitos restringidos por pertencerem a certos grupos.

Steven Pinker

INTRODUÇÃO

1

Tauana é funcionária de uma grande fábrica de produtos plásticos. Por ser uma mulher negra e homossexual, ela é tratada de forma claramente inadequada. Sua raça e sua orientação sexual são motivos de constantes comentários preconceituosos por parte do seu superior e de seus colegas, além de serem fatores impeditivos de quaisquer chances de promoção. Essa realidade torna aquele ambiente de trabalho intolerável, motivo de seu pedido de demissão e uma ação judicial contra a empresa.¹

Helinoeliton, após alguns anos de convivência feliz com seu companheiro, pretende incluí-lo como beneficiário do plano de saúde ao qual tem acesso. Porém, seu pedido é negado porque a legislação não contempla a possibilidade de casamento civil ou união estável entre pessoas do mesmo sexo.² Ubertina possui as qualificações intelectuais necessárias para ser delegada, mas o edital do concurso para esse cargo exige altura mínima dos candidatos, o que a impossibilita de exercer essa função.³

Paulo deve indicar um profissional para uma vaga no escritório de advocacia no qual trabalha. Ele recomenda um de seus colegas de faculdade, pessoa que considera ser altamente competente. O jovem advogado pensa que sua escolha foi baseada em critérios meritocráticos, embora não tenha considerado seus colegas negros e homossexuais, pessoas com as quais ele raramente manteve ou mantém contato.⁴

1 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho – 2a. Região. Recurso Ordinário No. 0002582-32.2012.5.02.0014, Órgão Julgador: 7a. Turma, Rel. José Carlos Fogaça, 29.01. 2015.

2 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho – 5a. Região, Recurso Administrativo No. 00749-2008-000-05-00-5-RA, Órgão Julgador: Órgão Especial, Relator: Luis Tadeu Leite Vieira, 09.03.2009.

3 BRASIL Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário No. 140.899-8. Órgão Julgador: 2ª. Turma, Relator: Ministro Marco Aurélio, DJ, 15.12.200.

4 DASGUPTA, Nilanjana. Implicit ingroup favoritism, outgroup favoritism, and their behavioral manifestations. *Social Justice Research*. v. 17, n. 2, p. 146-156, 2003.

Cristiano é funcionário de um banco público e seus colegas reconhecem sua grande competência. Entretanto, sua obesidade é motivo de piadas desagradáveis, o que o leva a processar a empresa na qual trabalha por danos morais.⁵ Um desembargador indefere o pedido de adoção de ações afirmativas em um banco privado, decisão baseada na ideia de que estatísticas de disparidades entre negros e brancos no mercado de trabalho não são evidências necessárias de tratamento arbitrário.⁶ Também decidindo sobre políticas de inclusão racial, outro tribunal declara a inconstitucionalidade de um programa de ação afirmativa porque o classifica como uma iniciativa discriminatória contra brancos.⁷

Mariana é uma mulher extremamente gabaritada, mas, como boa parte das suas colegas de trabalho, ela não consegue chegar aos cargos mais altos da empresa. Sua condição de mulher casada condiciona o comportamento de seus superiores, pessoas que já partem do pressuposto que mulheres não possuem as características necessárias para o desempenho de funções de comando, qualidades geralmente associadas ao sexo masculino.⁸ Embora não tenha nenhuma relação com as funções do cargo, uma empresa exige que os candidatos apresentem uma declaração de antecedentes criminais sob a alegação que ela precisa ter certeza da boa índole de seus futuros empregados, requisito que tem um impacto negativo em pessoas que pretendem retornar ao mercado de trabalho, após cumprirem pena de reclusão.⁹

Fabiana está se candidatando a um emprego em uma loja. Sua contratação fica condicionada ao alisamento de seu cabelo, pois o empregador

5 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho – 19ª. Região. Recurso Ordinário N. 0064400-31.5.19.2009.0009, Relator: Pedro Inácio, 27.10.2011.

6 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho – 10ª. Região, Recurso Ordinário No. 00936-2005-012-10-00-9, Órgão Julgador: 1ª. Turma, Relator: Oswaldo Florêncio Neme Júnior, 21.03.2007.

7 BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Representação de Inconstitucionalidade No. 00009/2009, Órgão Julgador: Órgão Especial. Relator: José Carlos S. Murta Ribeiro, 25.05.2009.

8 MANDALAZZO, Regina. CEOS e composição do conselho de administração. A falta de identificação pode ser um motivo para a existência de um teto de vidro para mulheres no Brasil. *Revista de Administração Contemporânea*, v. 15, n. 1, p. 129-135, 2011.

9 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, Agravo de Instrumento no. 239.34.2014.5.10.0802, Órgão Julgador: 3ª. Turma, Relator: Maurício Godinho Delgado, 13.04.2016.

considera que isso melhorará sua aparência.¹⁰ Fernando mora perto de um aterro sanitário, lugar no qual é depositado lixo hospitalar. Ele está exposto à possibilidade de contrair uma série de doenças porque as autoridades não fazem nenhum tratamento desse material, situação bastante complicada para um homem negro desempregado que depende de um sistema de saúde público deficiente.¹¹

Alexandre é um aluno pobre que consegue estudar em uma escola particular. Sua classe social é motivo de constantes ataques verbais de seus colegas ricos, mas as autoridades da escola não tomam quaisquer providências. Esse comportamento faz com que ele desenvolva uma crise de pânico, o que o impede de continuar assistindo as aulas.¹²

João da Silva é um jovem negro que adoraria estar na faculdade, mas a falta de oportunidades educacionais causada pela negligência estatal faz com que ele se volte para a marginalidade. Certo dia, após cometer um pequeno furto, ele é preso e executado por policiais brancos. Sua morte não aparece nos meios de comunicação, ela não é investigada e seus assassinos permanecem trabalhando como se nada tivesse acontecido.¹³

Geni está em um supermercado. Uma mulher desconhecida se aproxima e diz que ela deve ter muitos macacos em casa porque ela estava comprando uma grande quantidade de bananas. Inconformada, ela processa essa mulher por injúria racial. A sentença condenatória de primeira instância é reformada porque a acusada teria proferido o comentário em um tom jocoso, o que descaracteriza o crime de injúria segundo o Tribunal.¹⁴

10 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho – 1ª. Região. Recurso Ordinário 0010110-54.2015.5.01.0204, Órgão Julgador: Quinta Turma, Relator: Enoque Ribeiro dos Santos, 16.03.2016.

11 BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Ação Civil Pública No. 0724-91.2006.8.19.0065, Órgão Julgador: 8ª. Câmara Cível, Relatora: Mônica Maria Costa de Piero, 10.09.2014.

12 BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento no. 70061654091, Órgão Julgador: 7ª. Câmara Cível, Relatora: Sandra Brisolará Medeiros, 26.11.2014.

13 SINHORETO, Jacqueline; SILVESTRE, Giani; SCHLITZER, Maria Carolina. *Desigualdade racial e segurança pública em São Paulo: letalidade policial e prisão em flagrante*. Disponível em: <<https://goo.gl/3CYywl>>. Acesso em: 24.jan.2016.

14 BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Criminal No. 990.08.068488-4, Órgão Julgador: 16ª. Câmara Criminal, Relator: Pedro Menin, 18.11.2008.

Todos os casos citados nos parágrafos anteriores parecem expressar algum tipo de discriminação, embora as situações sejam diferentes e os sujeitos muito distintos. Certas pessoas são discriminadas em função de determinadas características comuns a membros de grupos vulneráveis, mas outras parecem ser tratadas de forma arbitrária por normas legais ou ações governamentais que não fazem referência a traços individuais. O tratamento diferenciado de alguns dos indivíduos mencionados parece ser justificado enquanto o de outros é claramente indevido. Vemos que cidadãos perderam oportunidades profissionais porque não correspondem a ideais estéticos e outros por terem identidades consideradas como desviantes. Percebe-se que certos atores sociais partem do pressuposto de que todos os grupos estão na mesma situação, argumento utilizado para classificar como discriminatórias políticas que pretendem melhorar as condições de vidas de segmentos específicos. Temos a situação daqueles que parecem sofrer as consequências de práticas excludentes por terem um determinado traço e outros que enfrentam problemas decorrentes da convergência de mecanismos discriminatórios. Embora também enfrentem formas de distinção indevidas, a vivência deles é diferente da de outros membros dos grupos aos quais pertencem.

Nota-se que algumas pessoas são excluídas de proteção jurídica por uma determinação legal e outras estão na mesma situação por práticas invisíveis ao direito. Pode-se também inferir dessas situações que privilégios sociais têm um efeito discriminatório sobre pessoas que não possuem acesso a redes de influência. Além de tudo isso, vemos que a exclusão surge como produto tanto da omissão como também da ação de agentes estatais cuja atuação é pautada por estereótipos negativos. Na verdade, percebe-se que praticamente todas as pessoas mencionadas nesses casos pertencem a grupos estigmatizados e as discriminações que sofrem concorrem para a subordinação de todos os seus membros. Os atos arbitrários mencionados acontecem dentro ou em função de uma relação hierárquica entre pessoas ou classes de pessoas, certos atores sociais usam o poder que lhes é conferido para impedir que membros de alguns grupos tenham acesso a oportunidades, perpetuando a subordinação desses indivíduos. Isso indica que práticas discriminatórias não se expressam apenas por meio de comportamentos dirigidos apenas a indivíduos específicos. Pelo contrário, eles são discriminados por pertencerem a mais de um grupo. Assim, podemos dizer que o destino deles está diretamente relacionado à situação do segmento social ao qual eles pertencem.

Um número significativo de normas jurídicas que pretendem prevenir ou punir práticas discriminatórias foi promulgado desde a restauração da democracia no nosso país. Muitas delas são dirigidas a todas as pessoas e outras procuram proteger grupos específicos que enfrentam uma história de discriminação.¹⁵ Essas leis utilizam uma linguagem que denota uma concepção de discriminação bastante clara: elas implicam os conceitos de intencionalidade e arbitrariedade.¹⁶ Podemos identificar nelas a regulação de comportamentos que pressupõem tanto a existência de agentes sociais que têm o propósito de impedir o exercício de algum direito, como também a noção de que o ato constitui um desvio do dever de tratamento igualitário. O sentido do termo discriminação tem um sentido específico para boa parte dos legisladores: ele é definido por muitos deles como um ato que contraria a vedação geral da arbitrariedade. Juristas célebres expressam entendimento similar ao afirmar que a discriminação é uma forma de tratamento que não pode ser juridicamente ou moralmente justificado.¹⁷

Assim, podemos afirmar que legisladores e doutrinadores compreendem a discriminação fundamentalmente como discriminação direta, termo que designa a imposição de um tratamento arbitrário por um indivíduo a outro, baseado em um critério de diferenciação que as normas jurídicas consideram inválido. Segundo essa perspectiva, atos discriminatórios ofendem o princípio da isonomia formal, mandamento constitucional centrado na noção de justiça simétrica, princípio que requer o tratamento igual entre todas as pessoas que estão igualmente situadas. Parte-se do pressuposto de que as noções de intencionalidade

15 Ver, por exemplo: Lei No. 8.842 de 4 de janeiro de 1994 (Estatuto do Idoso); Lei No. 12.228 de 20 de julho 2010 (Estatuto da Igualdade Racial); lei 13.146 de 6 de julho de 2015 (Estatuto da pessoa com deficiência).

16 Essa é a linguagem, por exemplo, de vários artigos da Lei 7.716 que regula crimes de racismo: art. 3º Impedir ou obstar o acesso de alguém, devidamente habilitado, a qualquer cargo da Administração Direta ou Indireta, bem como das concessionárias de serviços públicos; art. 4º Negar ou obstar emprego em empresa privada; art. 5º Recusar ou impedir acesso a estabelecimento comercial, negando-se a servir, atender ou receber cliente ou comprador.

17 MELLO, Antônio Celso Bandeira. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 5-11; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 214-219.

e arbitrariedade são elementos indispensáveis para a caracterização de um ato discriminatório. A compreensão desse termo como proibição de arbitrariedade parte da premissa de que o princípio da igualdade procura eliminar atos irracionais, práticas que podem ser identificadas quando analisamos a compatibilidade do uso de um determinado *discrimen* com um interesse estatal legítimo. Assim, um ato pode ser discriminatório quando não corresponde à exigência de racionalidade das normas legais, pois ele utiliza classificações que não guardam uma relação racional com interesses estatais.

Apesar da prevalência desse entendimento entre muitos legisladores e doutrinadores brasileiros, duas decisões recentes do Supremo Tribunal Federal apontaram os limites dessa a compreensão tradicional da discriminação. Aquele órgão julgador fez uma diferenciação importante entre discriminação negativa e discriminação positiva na discussão sobre a constitucionalidade de programas de ações afirmativas. Essa distinção foi utilizada para refutar o argumento segundo o qual essas medidas seriam discriminatórias por classificarem pessoas a partir do pertencimento a grupos raciais. O ministro relator reconheceu que o racismo é uma dimensão estrutural da vida social brasileira, dimensão que determina o comportamento de agentes públicos e privados. Isso significa que os diferentes grupos raciais estão em situações fundamentalmente desiguais. Não podemos, portanto, partir da exigência de tratamento simétrico para analisar uma questão dessa natureza.

A estratificação racial presente na sociedade brasileira, afirmou o ministro, decorre da convergência de vários processos de exclusão que colocam negros em uma situação estrutural de desvantagem. Portanto, essas medidas não são discriminatórias porque as instituições estatais não pretendem subordinar um determinado grupo. Na verdade, elas procuram contrabalançar o caráter sistêmico da discriminação. Ações afirmativas se afastam do ideal de tratamento simétrico para alcançar um objetivo estatal legítimo que é a eliminação da marginalização social. Ele também argumentou que o privilégio racial contribui para a estratificação, pois negros estão excluídos das redes de relacionamento que controlam o acesso a oportunidades profissionais. Assim, a desvantagem dos referidos grupos não decorre apenas de atos discriminatórios intencionais, mas também da preferência de membros do grupo dominante por seus pares. Além disso, os estereótipos negativos sobre negros fazem com que a discriminação contra eles seja automática e, muitas vezes, imperceptível para os que a praticam. Elas podem decorrer de uma dinâmica psicológica baseada na internalização de representações que, embora o sujeito reconheça que são impróprias, continuam

determinando o comportamento de agentes públicos ou privados. Isso demonstra então que a exclusão social pode ocorrer mesmo na ausência de tratamento intencional e arbitrário de indivíduos.¹⁸

Outro ponto relevante para esta discussão apareceu na decisão sobre uniões homoafetivas. O Supremo Tribunal Federal afirmou o compromisso constitucional com a eliminação de práticas sociais que reproduzem estigmas culturais. Esse entendimento levou o ministro relator a afirmar que o princípio da igualdade pretende promover o reconhecimento da igual dignidade de todos os membros de diferentes segmentos sociais. Isso demanda então a transformação dos padrões culturais que representam minorias sexuais como seres inferiores, premissa na qual se baseiam diversos estereótipos sobre membros desse grupo. Essa decisão tem importância para a nossa reflexão sobre a discriminação porque os ministros não se restringiram à consideração sobre a racionalidade da desequiparação entre casais heterossexuais e homossexuais. A noção de dignidade pessoal teve um papel importante na argumentação elaborada por Carlos Ayres Britto. A preocupação com os possíveis danos causados no *status* social de casais homossexuais em função da exclusão do acesso a direitos matrimoniais guiou o raciocínio do ministro. Essa perspectiva sugere que o conceito da igualdade também possui uma dimensão emancipatória porque pretende eliminar padrões de exclusão social.¹⁹

Vemos então que o Supremo Tribunal Federal reconheceu que uma concepção da discriminação vista apenas como vedação de arbitrariedade não é suficiente para identificar o caráter estrutural dos processos de exclusão aos quais membros de certos grupos estão expostos. Isso significa que sua compreensão comum, uma forma de tratamento que não pode ser juridicamente justificado, parece ser altamente problemática. Essa perspectiva não possui elementos suficientes para abarcar aqueles processos decorrentes da interseção de discriminações que criam minorias dentro de minorias, que é o caso de Tauana, mulher e negra. Uma interpretação desse termo baseada na comparação entre grupos a partir de certo critério também se mostra insuficiente para a identificação de formas de exclusão que não estão fundamentadas em atos arbitrários, mas, sim, no privilégio sistemático de pessoas em

18 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental No. 186. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ricardo Lewandowski. 26.04.2012.

19 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental No. 132. Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator: Carlos Ayres Brito, 05.05.2011.

relação a outras, o caso dos colegas de Paulo que sempre obtêm vantagens por serem brancos e heterossexuais. Essa perspectiva também encontra dificuldades para uma explicação da situação de Mariana, uma pessoa prejudicada pela existência de uma cultura institucional supostamente neutra, mas que identifica certas qualidades ideais com o sexo masculino, fato que cria processos de exclusão que não parecem ser propriamente discriminatórios. Ela também não oferece parâmetros adequados para a solução de problemas que surgem da ação simultânea de mecanismos discriminatórios como o caso de candidatos negros a empregos em instituições bancárias privadas. Além disso, essa perspectiva também se mostra insuficiente para entender aquelas normas e práticas que não classificam indivíduos, mas cuja operação afeta certos grupos de forma negativa como é caso dos moradores negros de áreas próximas de aterros sanitários.

Mas se muitos operadores do direito no Brasil ainda continuam trabalhando apenas com categorias referentes à noção de discriminação direta, os estudos sobre esse tema conheceram um grande avanço em outras jurisdições. Essas pesquisas articulam princípios jurídicos, argumentos políticos, teses sociológicas e teorias psicológicas para fornecer referências de fundamental importância para a compreensão da multiplicidade de formas de discriminação. O estudo delas tem imensa relevância em um sistema jurídico que estabelece a eliminação da marginalização como um de seus objetivos principais. Assim, este livro critica uma posição bastante influente na nossa cultura jurídica que identifica os critérios de intencionalidade e arbitrariedade como elementos indispensáveis para a identificação de atos discriminatórios. Trabalharemos com a premissa de que a reprodução da estratificação social decorre de várias práticas que não dependem necessariamente da existência desses elementos. O presente trabalho examina teorias de discriminação que ainda permanecem largamente desconhecidas pelos operadores do direito no Brasil. Acreditamos que o estudo delas tem importância considerável tendo em vista o crescente número de legislações antidiscriminatórias que procuram promover a integração de minorias. Embora elas tenham uma natureza claramente progressista, a efetividade delas pode ficar significativamente comprometida em função da perpetuação de um entendimento limitado do que seja discriminação.

Tendo em vista o fato de que a marginalização está centrada no pressuposto da existência de processos de diferenciação que afetam *classes de pessoas que possuem uma característica comum*, nós partiremos do pressuposto de que a discriminação é um problema que afeta *grupos*

sociais.²⁰ Portanto, esta obra rejeita uma posição bastante difundida segundo a qual atos discriminatórios são dirigidos a indivíduos específicos nas interações pessoais. Também nos afastamos da perspectiva que compreende práticas sociais que colocam pessoas em uma situação de desvantagem como algo meramente comportamental. Observaremos ao longo deste livro que a discriminação tem uma dimensão coletiva, implicando o mesmo tipo de ação de membros de grupos majoritários contra membros de grupos minoritários em várias situações. Pretendemos assim ampliar os parâmetros para a discussão sobre esse assunto ainda dominado por uma perspectiva individualista e procedimentalista da noção de igualdade. Nós utilizaremos a vivência social dos indivíduos mencionados no início desta introdução para analisarmos diferentes aspectos e manifestações do assunto proposto. Pretendemos assim apontar novas direções para pensarmos a situação de grupos socialmente vulneráveis que continuam nessa situação em função de uma compreensão inadequada da operação efetiva de mecanismos discriminatórios.

Este livro aborda um tema extremamente importante, mas pouco discutido por juristas brasileiros: o direito fundamental à não-discriminação, um dos preceitos centrais da nossa ordem constitucional.²¹ Embora seja

20 Ver nesse sentido BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento No. 599075496, Órgão Julgador: 8ª. Câmara Cível, Relator: Breno Moreira Mussi, 17.06.1999 (afirmando que a questão da discriminação contra as minorias requer ações positivas que procurem eliminar as consequências da hierarquia social); BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial, No. 238715/RS, Órgão Julgador: 6ª. Turma, Relator: Barros Monteiro, DJ 02.10.2006 (afirmando que homossexuais não são cidadãos de segunda categoria e que a opção sexual não diminui direitos ou a dignidade humana); BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento No. 599075496, Órgão Julgador: 8ª. Câmara Cível, Relator: Breno Moreira Mussi, 17.06.1999 (afirmando que a questão da discriminação contra as minorias requer ações positivas que procurem eliminar as consequências da hierarquia social).

21 Ver nesse sentido, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial No. 395.904, Órgão Julgador: 6ª. Turma, Relator: Hélio Quaglia Barbosa, DJ 06.02.2005 (estendendo direito previdenciário a um companheiro homossexual sob o argumento de que cabe às instituições estatais, por meio dos direitos fundamentais, a criação de uma sociedade multicultural e hiperinclusiva); BRASIL. Tribunal Regional da 4ª. Região, Ação Cível No. 2000.71.00.009347-0/RS, Relator: João Batista Pinto Silveira, DJU 10.08.2005 (afirmando que a Constituição Federal tem um compromisso com a cidadania do povo brasileiro, o que é atestado pela consagração do ▶

frequentemente aplicado por nossos tribunais, sua compreensão restrita traz problemas para sua efetividade. Tendo em vista a lacuna presente na literatura jurídica brasileira sobre um tópico de suma relevância para o debate sobre direitos fundamentais, exploraremos neste livro uma série de conceitos, dimensões e teorias de discriminação. Esta obra tem um caráter introdutório; uma análise mais profunda dos temas aqui abordados será desenvolvida em outro projeto já em andamento. O leitor observará que a bibliografia é quase integralmente estrangeira, o que se justifica pela quase inexistência de obras jurídicas nacionais sobre o tema. De qualquer forma, obras sociológicas de autoria de autores brasileiros serão mencionadas. Embora este trabalho seja dirigido principalmente a operadores do direito, as teses aqui descritas podem ser compreendidas por estudiosos de outras áreas, por líderes de movimentos sociais, por gestores públicos e também pelo público em geral. Utilizamos uma série de casos e situações concretas para apresentar o tema de estudo, nós voltaremos a eles ao longo do livro, demonstrando a complexidade das questões neles envolvidas. Eles conduzirão então a nossa explanação das teorias de discriminação aqui mencionadas. Não pretendemos esgotar os estudos sobre esse tema. Embora muitos pensem que a identificação de atos discriminatórios possa ser bem objetiva, nós vimos nas páginas anteriores que esse campo de estudo tem uma complexidade imensa. Sua compreensão tem tremenda importância para a realização do objetivo central do nosso sistema jurídico: a promoção da inclusão social.

A primeira parte deste livro examina diversas características e dimensões do conceito de discriminação. Demonstraremos que o sentido unívoco geralmente atribuído a esse termo nem de longe expressa a complexidade que ele apresenta. Exploraremos no capítulo seguinte alguns termos muito utilizados nos debates sobre esse tema, mas que permanecem pouco compreendidos. Dois tópicos dessa discussão ocuparão nossa atenção: o preconceito e o estereótipo. Analisaremos, em seguida, alguns aspectos jurídicos do conceito de discriminação, principalmente o processo que possibilitou o surgimento de parâmetros de proteção especial. Além disso, discutiremos também os motivos pelos quais certos

- ▶ princípio da dignidade humana como princípio constitucional fundamental, argumento utilizado para justificar o acesso de casais homossexuais a direitos previdenciários, impedindo assim uma forma de tratamento discriminatório); BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Ação Cível No. 59836255, Órgão Julgador: 8ª. Câmara Cível, Relator: José Siqueira Trindade, 01.03.2000 (argumentando que o texto constitucional traz como princípio fundamental a criação de uma sociedade livre de quaisquer formas de discriminação).

grupos merecem ser protegidos. Finalizaremos esse capítulo com uma análise dos critérios utilizados por tribunais para identificar os fatores arbitrários geralmente envolvidos em atos discriminatórios. Essa análise será seguida de uma reflexão sobre os motivos pelos quais a discriminação deve ser condenada. Questões jurídicas, éticas e sociológicas guiarão essa discussão. O capítulo seguinte inicia o estudo das várias gerações de teorias de discriminação. Duas formas de discriminação serão exploradas de imediato, a discriminação direta e a indireta. Isso será seguido da exposição das teorias da interseccionalidade e da multidimensionalidade, concepções preocupadas com a ação conjunta de diversos vetores de exclusão. As teorias que compõem a terceira geração de teorias de discriminação serão objeto de considerações no capítulo seguinte, análise que será seguida do estudo das discriminações de caráter coletivo: a discriminação institucional, estrutural e a intergeracional. A resposta da pergunta presente no título deste livro será complementada com um exame da teoria dos privilégios e perspectivas que procuram entender o impacto de vantagens injustas gozadas por membros dos grupos dominantes na reprodução da desigualdade. Nosso caminho tem como fim a exposição dos elementos principais da teoria das microagressões e com algumas considerações sobre processos reprodução e legitimação da estratificação social.

**CONCEITO
E
SENTIDOS
DO
TERMO
DISCRIMINAÇÃO**

2

A palavra *discriminação* possui uma pluralidade de significados, embora tenha adquirido um sentido bem específico no mundo atual. Ela designa, por um lado, a ação de classificar objetos a partir de um determinado critério. Essa acepção genérica passou a segundo plano por causa da preponderância de sua dimensão moral e jurídica nos dias atuais. Hoje, o termo discriminar tem conotações claramente negativas, pois sugere que alguém foi tratado de forma arbitrária. Os dois sentidos dessa palavra estão presentes no vocabulário jurídico. Sabemos que instituições estatais classificam indivíduos a partir de uma série de critérios que são necessários para o alcance de algum interesse público. O vocábulo discriminar significa aqui categorizar pessoas a partir de uma característica ou situação jurídica para atribuir a elas alguma consequência. Contudo, a palavra discriminação tem também outro significado no mundo do Direito: ela indica que uma pessoa impõe a outra um tratamento desvantajoso a partir de um julgamento moral negativo.

A palavra discriminação adquiriu sentidos ainda mais complexos em tempos recentes em função da percepção de que indivíduos são excluídos porque sofrem diferentes formas de tratamento desvantajoso que não expressam intencionalidade. Ela tem sido usada para categorizar as práticas daquelas instituições que não tomam as medidas necessárias para que pessoas de diferentes grupos estejam representadas nos seus quadros²². Também vemos o seu emprego quando certos indivíduos afirmam que são excluídos por causa da convergência de várias formas de discriminação, o que concorre para situar membros de certos gru-

22 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª. Região. Recurso Ordinário No. 00930-2005-016-10-00-7 RO, Órgão Julgador: 1ª. Turma, Relator: Oswaldo Florêncio Neme Júnior, 21.03.2007 (julgando ação civil pública interposta pelo Ministério Público do Trabalho que solicitava a implementação de ações afirmativas como solução para a falta de representativa de minorias raciais e sexuais entre funcionários de bancos privados).

pos em uma posição de perene subordinação²³. Além disso, alguém pode alegar que está sendo discriminado em função de normas que são moralmente neutras, mas que têm um impacto negativo sobre certas classes de pessoas²⁴. Por esse motivo, a palavra discriminação encobre também aqueles mecanismos que não classificam pessoas a partir de um determinado traço, mas que concorrem para agravar a situação na qual elas vivem. Essas diferentes acepções do termo em estudo sugerem que ela descreve pessoas ou grupos que se encontram em uma *situação de desvantagem* em função de atos que podem ser intencionais ou não.²⁵

Nosso sistema jurídico estabelece uma série de objetivos que devem guiar a ação das instituições estatais, sendo que a erradicação da marginalização social ocupa um papel de destaque entre eles. A promoção do bem comum implica a consideração das distinções reais entre várias classes de pessoas, fator necessário para a criação de medidas destinadas a garantir melhores condições de vida para aqueles que estão em uma situação de vulnerabilidade social.²⁶ Em função disso, as instituições estatais frequentemente impõem diferenciações entre os indivíduos, atos que devem estar ligados a um interesse governamental para serem considerados legítimos. Portanto, elas estabelecem uma série de distinções entre as pessoas, embora elas estejam sendo tratadas de forma diferente, muitas dessas iniciativas não são arbitrárias porque procuram atingir objetivos adotados pela própria comunidade política. Assim,

- 23 ESTADOS UNIDOS. Corte Federal do 9º. Circuito. *Moore v. Hughes Helicopter*, 708, F2d, 475 (1983) (indeferindo um pedido de empregadas negras para que o caso fosse julgado como uma discriminação baseada na raça e no sexo dos reclamantes).
- 24 BRASIL. Ministério Público da União. Ação Civil Pública. Promotores: Danielle Martins Silva, Luis Gustavo Maia Silva, Luis Henrique Ishihara, 09.04.2012 (exigindo modificações de normas de concursos públicos que não levavam em consideração as diferenças físicas entre homens e mulheres, o que poderia gerar um impacto negativo sobre as candidatas ao concurso).
- 25 WASSERMAN, David. The concept of discrimination. In: CHADWICK, R. (Ed.). *Encyclopedia of Applied Ethics*. San Diego: Academic Press, 1998. p. 805-806.
- 26 O artigo terceiro da Constituição Federal estabelece: "Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".

a atividade estatal implica a constante criação de medidas que muitas vezes tratam pessoas de forma distinta sem que isso possa ser uma violação do princípio da igualdade.²⁷

Sabemos, entretanto, que nem sempre a atividade de agentes públicos ou privados está fundamentada em parâmetros que podem ser juridicamente ou moralmente justificados. Estamos aqui diante de outra realidade: muitos atos e normas podem violar a igualdade quando tratam certas classes de pessoas de forma indevida. A moralidade pública das sociedades democráticas está centrada no pressuposto de que todos os seres humanos possuem uma dignidade intrínseca, razão pela qual eles merecem o mesmo tratamento. Esse mandamento é um princípio moral e jurídico segundo o qual não se deve estabelecer diferenciações que criam vantagens ou desvantagens indevidas entre cidadãos ou cidadãs. Estamos nesse momento diante de um caso de discriminação: uma pessoa está sendo submetida a um tipo de procedimento que viola a expectativa de tratamento isonômico entre todos os membros da comunidade política. Um ato discriminatório não apenas nega a igualdade de tratamento, mas também limita a possibilidade de ação autônoma.

Alguns elementos possuem grande relevância para compreendermos esse sentido genérico de discriminação: intenção, comparação, desvantagem e estigma. A doutrina tradicional afirma que um ato discriminatório tem uma característica principal: a intenção de um agente de impor um tratamento desvantajoso a outro. Ele decorre então de uma comparação entre indivíduos a partir de um determinado traço. O agente discriminador parte do pressuposto que a vítima não possui uma qualidade socialmente valorizada, atributo supostamente presente apenas em certos segmentos, notoriamente nos grupos majoritários. Esse é o motivo pelo qual os colegas de Tauana a tratam de forma desrespeitosa, pois eles acreditam que mulheres negras não possuem a mesma estatura moral de mulheres ou de homens brancos. A intenção de discriminar alguém está frequentemente baseada no interesse na preservação de arranjos sociais que mantêm certos grupos em uma situação de privilégio e outros em uma condição subordinada. Os procedimentos utilizados para isso são legitimados por uma série de estereótipos culturais, representações criadas por grupos majoritários, segmentos que têm o poder simbólico e político para construir e difundir sentidos culturais. Assim, os colegas e os superiores de Tauana reproduzem uma série de ideias que procuram

27 LAPORTA, Francisco Javier. El principio de igualdad: introducción a sua análisis. *Sistema Revista de Ciencias Sociales*. v. 67, p. 34-38, 1985.

garantir acesso privilegiado ou exclusivo de pessoas do sexo masculino, de pessoas brancas e de pessoas heterossexuais a oportunidades sociais.²⁸

Vemos então que o conceito de discriminação possui uma *dimensão descritiva* e uma *dimensão moral*. Temos no primeiro caso um uso neutro desse termo porque ele apenas designa o fato de que normas estatais estabelecem diferenciações entre as pessoas. O verbo discriminar, nesse contexto, apenas indica que as instituições estatais tratam classes de indivíduos de forma diferente tendo em vista objetivos jurídicos. Para Deborah Hellman, o termo discriminação adquire um sentido moral quando analisamos as distinções entre indivíduos a partir dos propósitos diretos ou indiretos de uma norma legal ou prática social. Se na primeira situação temos apenas uma distinção entre pessoas ou classes de pessoas, na segunda devemos analisar se o ato público ou privado se afasta ou não do dever de reconhecimento do mesmo valor moral de todos os membros da comunidade política. Assim, as diferenciações entre indivíduos serão inadequadas por não estarem relacionadas com um interesse legítimo ou por falharem em reconhecer a igualdade moral das pessoas.²⁹

Pode-se dizer, em um primeiro momento, que a caracterização de um ato discriminatório parte da propriedade do estabelecimento de um tratamento diferenciado a partir de um *discrimen* específico. Esses critérios ou atributos são utilizados pelas normas jurídicas em função da relevância social que eles possuem, consideração que depende da história cultural de uma determinada comunidade política. Ato discriminatório utiliza uma característica ou um *status* que se tornou uma categoria legalmente relevante em função do seu papel nos processos de exclusão social. Eles são então parâmetros que justificam ações estatais destinadas a proteger certos grupos. Categorias como raça e sexo são hoje atributos legalmente protegidos por causa da longa história de discriminação enfrentada por negros e mulheres em muitas sociedades ocidentais.³⁰

Tais elementos são parâmetros para diferentes tipos de discriminação. A *discriminação negativa* designa um tratamento que viola o princípio segundo o qual todos os membros de uma comunidade política devem ser igualmente respeitados. Ela acontece quando um agente público ou privado trata uma pessoa de forma arbitrária, o que é frequentemente

28 LIPPERT-RASMUSSEN, Kasper. *Born free and equal?: a philosophical inquiry into the nature of discrimination*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 14-15.

29 HELLMAN, Deborah. *When is discrimination wrong?* Cambridge: Harvard University Press, 2011. p. 13.

motivado por estigmas culturais. Como afirmado anteriormente, atos discriminatórios não acontecem dentro de um vácuo social, eles procuram afirmar a suposta inferioridade de um grupo e também manter o *status* privilegiado de membros dos segmentos majoritários.³¹ Vemos então que a discriminação negativa está baseada em uma motivação ilegítima: ela procura manter certas classes de pessoas em uma situação de subordinação, propósito incompatível com o objetivo de se construir uma sociedade democrática. Dessa forma, ao contrário do que argumentou o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, podemos dizer que ações afirmativas não são políticas discriminatórias contra brancos porque as instituições estatais não pretendem promover a marginalização dessas pessoas, elas também não estão agindo a partir de estereótipos culturais negativos que os representam como sujeitos inferiores.

A *discriminação positiva* pode ser distinguida da discriminação negativa porque ela cria uma vantagem temporária ou permanente para membros de um determinado grupo que possuem uma história de desvantagem ou que estão em uma situação de vulnerabilidade. Procura-se atingir um objetivo legalmente e moralmente justificado que é a melhoria de condições de vida de grupos sociais. Assim, a discriminação positiva tem a finalidade de reverter os processos de marginalização que promovem a estratificação social ao longo de várias gerações ou então proteger certas classes de pessoas que possuem ou estão em uma condição específica.³²

30 RONALDS, Chris; RAPER, Elizabeth. *Discrimination: law and practice*. Annandale: Federation Press, 2012. p. 15-27.

31 Ver nesse sentido: DEMOND, Matthew; Mustafa Emyrbayer. *Racial domination, racial progress: the sociology of race in American*. Nova York: McGraw-Hill, 2009. p. 1-45. [examinando os motivos pelos quais conquistas de minorias raciais são sempre minadas pelo interesse na manutenção da supremacia racial]; ESKRIDGE, William. No promo homo: the sedimentation of antigay discourse and the channeling effect of judicial review. *New York University Law Review*. v. 75, n. 5, p. 1328-1333 [analisando os discursos utilizados por lideranças políticas para impedir o tratamento igualitário entre homossexuais e heterossexuais nos EUA].; GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. *Classes, raças e democracias*. São Paulo: Editora 34, 2012. p. 137-174 [argumentando que a democracia racial tem sido constantemente utilizada para legitimar disparidades raciais].

32 Para uma análise dos princípios constitucionais que justificam a proteção de grupos minoritários ver a obra coletiva organizada por Líliliana Lyra Jubilut, Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia e José Luiz Quadros Magalhães, *Direito à diferença: aspectos de proteção específica às minorias e aos grupos vulneráveis*. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 2.

Temos no primeiro caso a situação de políticas que querem garantir a inclusão de minorias raciais e sexuais, grupos que enfrentam diferentes formas de exclusão. Podemos citar, como exemplo do segundo caso, as normas que garantem tratamento preferencial para mulheres grávidas ou pessoas idosas nos transportes públicos. A dimensão positiva da discriminação indica a necessidade de considerarmos a história e o *status* social de um grupo quando se discute políticas estatais. A persistência de processos discriminatórios ao longo do tempo significa que certas classes de pessoas estão em uma situação de desvantagem estrutural, motivo pelo qual uma compreensão meramente procedimental da igualdade pode contribuir para a perpetuação das disparidades sociais. Dessa forma, o conceito de discriminação positiva está ligado aos princípios de igualdade material, da justiça social e da solidariedade, pois pretende tanto promover a inclusão de grupos que sofrem as consequências de uma história de opressão como também o bem-estar de pessoas que se encontram em uma situação vulnerável.³³

Outros aspectos importantes da discriminação devem ser considerados para um entendimento dos processos de subordinação social. Embora muitos comportamentos discriminatórios sejam direcionados a indivíduos e grupos estigmatizados, uma pessoa pode ser vítima de discriminação mesmo quando faz parte dos grupos sociais dominantes. Ao contrário do que se imagina, a discriminação independe das características reais do sujeito.³⁴ Por exemplo, sabemos que a homofobia é um comportamento hostil contra homens e mulheres homossexuais. Porém, pessoas heterossexuais são vítimas frequentes dessa prática discriminatória. Isso acontece porque um dos seus propósitos é controlar os contornos sociais da heterossexualidade, pessoas heterossexuais estão sendo constantemente vigiadas e obrigadas a se adequar às expectativas sociais referentes a formas de comportamento desejáveis. Assim, quaisquer desvios desses modelos podem fazer com que heterossexuais sejam vítimas de violência homofóbica.³⁵

A discriminação pode ter, em algumas circunstâncias, um caráter reflexivo. Ela não acontece necessariamente entre pessoas que pertencem a grupos sociais distintos e que estão situados em uma relação assimétrica de poder. A discriminação pressupõe uma relação de hierarquia

33 HELLMAN, Deborah, *op. cit.*, p. 21-22.

34 LIPPERT-RASMUSSEN, Kasper, *op. cit.*, p. 20.

35 PRADO, Marco Aurélio Máximo; MACHADO, Frederico Viana. *Preconceito contra homossexualidades*. São Paulo: Cortez, 2011. p. 67-83.

entre grupos ou indivíduos, mas ela pode ocorrer entre membros de um mesmo grupo. Essas pessoas também internalizam falsas generalizações sobre a comunidade à qual pertencem e passam a tratar a si mesmas e a seus semelhantes a partir delas. É o caso do policial negro que prende outros negros de forma arbitrária por acreditar que eles são mais propensos à criminalidade. Kasper Lippert-Rasmussen nos diz que também não podemos perder de vista o fato de que muitos grupos são sistematicamente marginalizados em função de *traços socialmente salientes*. A visibilidade social de características como raça e sexo decorre da atribuição de sentidos negativos a eles, sentidos que legitimam diversas formas de arranjos sociais. Eles são investidos de determinadas significações por causa de contextos sociais e históricos, sendo que elas passam a ser institucionalizadas, servindo como parâmetros a partir dos quais grupos são socialmente construídos e tratados nas relações cotidianas. Cristiano sofre com as ofensas proferidas por seus colegas por ser um homem obeso, característica física investida de uma série de significados negativos na nossa sociedade. Kasper Lippert Rasmussen nos diz ainda que segmentos sociais marginalizados não sofrem o mesmo tipo de discriminação porque ela pressupõe também um *tratamento específico*. Mulheres são constantemente discriminadas no mercado de trabalho, mas mulheres brancas e negras não são tratadas da mesma forma. Mulheres brancas sofrem as consequências do sexismo, mas a experiência social delas é constitutivamente diferente da vivência social de mulheres negras, porque além do sexismo também enfrentam o racismo.³⁶

Não se pode perder de vista o fato de que fenômenos como o racismo e o sexismo não são apenas práticas discriminatórias. Eles são verdadeiros sistemas de dominação social porque influenciam diferentes aspectos da vida dos indivíduos. Eles também determinam como atores públicos e privados tratam grupos minoritários, além de reproduzirem o ideário social que legitima a subordinação deles. Assim, esses sistemas de subordinação social são responsáveis pela criação de *desigualdade de status cultural* e também de *desigualdade de status material*, a primeira diz respeito ao apreço que os grupos possuem dentro da sociedade, a segunda às condições materiais da existência. O funcionamento desses sistemas de opressão possui um *caráter vertical* e também um *caráter horizontal*. Por um lado, eles justificam hierarquias de *status* entre grupos sociais, provocando então, desvantagens para os membros de minorias. Mas eles também preservam a noção de que todos os membros de uma minoria são

36 LIPPERT-RASMUSSEN, Kasper, *op. cit.*, p. 19-21.

inferiores a todos os membros do grupo majoritário independentemente da posição social que os primeiros ocupam. Comportamentos sexistas e racistas procuram manter as práticas responsáveis pela desigualdade material ao representarem todas as mulheres e todos os negros como inferiores a todos os homens e a todos os brancos. O aspecto horizontal da discriminação permite então que grupos majoritários obtenham satisfação moral e material das práticas sociais baseadas na sua suposta superioridade. Esse é um dos motivos pelos quais segmentos reacionários

sempre se colocam contramedidas inclusivas como ações afirmativas porque elas podem desestabilizar sentidos culturais que justificam práticas de exclusão.³⁷

O estudo sobre o tema da discriminação requer também que reconheçamos outro aspecto importante, mas, muitas vezes, invisível, da nossa sociedade: as interações humanas estão envoltas em relações de poder. Além de legitimarem arranjos sociais que permitem o acesso à criação e preservação de vantagens materiais para os membros dos grupos majoritários, elas também permitem que eles possam criar sentidos culturais. Isso significa que devemos estar atentos ao fato de que as distinções entre grupos sociais não são produtos de diferenças naturais entre eles. Elas são socialmente construídas em função do poder que um grupo tem de universalizar sentidos culturais. Por esse motivo, negros e brancos, homens e mulheres, heterossexuais e homossexuais não designam meras diferenças biológicas, mas diferentes formas de pertencimento social decorrentes do *status* de subordinação no qual vivem. Essa constatação é importante para identificarmos as formas discursivas que a discriminação assume. Ela pode estar baseada em distinções biológicas entre pessoas, mas essas distinções só adquirem esse *status* na medida em passam por um processo de significação social. Isso nos permite dizer que as diferenças entre grupos sociais são discursivamente construídas: a raça não existe enquanto realidade biológica, mas as pessoas são racializadas em função das significações culturais atribuídos a certos traços físicos.³⁸

37 BLUMER, Herbert. Prejudice as a sense of group position. *Pacific Sociological Review*. v. 1, n. 1, p. 3-7, 1958; BALKIN, Jack M. The constitution of status. *Yale Law Journal*. v. 106, n. 6, p. 2326-2340, 1996.

38 Para uma análise da produção discursiva de sujeitos sociais ver principalmente: LOPEZ, Ian Haney, The social construction of race: some observations on illusion, fabrication, and choice. *Harvard Civil Rights, Civil Liberties Law Review*. v. 29, n. 1, p. 1-62, 1994.

É tradicional o argumento que sustenta a natureza intencional da discriminação, posição que a classifica como um fenômeno psicológico e que a situa dentro das relações interpessoais. Estudos recentes enfatizam as limitações dessa compreensão porque as pessoas são vítimas de diversas formas de discriminação, processos que não ocorrem dentro de relações entre indivíduos específicos, mas que são, na verdade, produto da uma *ação coletiva*. A permanência de um grupo em uma situação de subordinação social implica a exclusão de oportunidades escolares, de discriminação no mercado de trabalho, de tratamento arbitrário por agentes estatais, além da circulação de estigmas culturais. Portanto, a exigência da demonstração de intenção perde sentido quando a ação de diversos atores sociais cria mecanismos que afetam negativamente certos grupos de forma direta e indireta.³⁹

O tema da discriminação também deve ser analisado em função das suas relações diretas com os preceitos da igualdade e da liberdade. A discriminação não opera sempre a partir dos mesmos parâmetros, nem produz os mesmos resultados. A discriminação pode impedir a realização da *igualdade de tratamento* ao não permitir que diferentes classes de pessoas tenham acesso às mesmas oportunidades. O princípio da igualdade funciona como um elemento regulador da atividade estatal, impossibilitando que os indivíduos sejam excluídos de benefícios em função de traços moralmente e juridicamente irrelevantes. O tratamento arbitrário impossibilita a realização de diversas dimensões de justiça, o que compromete a integração de vários grupos. Isso acontece, por exemplo, quando uma empresa sistematicamente exclui candidatos homossexuais a cargos de trabalho. Temos aqui um caso no qual as pessoas são privadas de tratamento igualitário em função de uma característica que não está relacionada com a competência pessoal.⁴⁰

Mas a discriminação também pode ser uma violação da *liberdade* quando indivíduos são impedidos de tomar decisões centrais para as suas vidas. O conceito da dignidade humana repousa sobre o reconhecimento da capacidade de autonomia individual, sobre a noção de que as pessoas são livres para deliberar sobre a direção que elas devem dar às suas próprias vidas. Dessa forma, aquelas práticas que impedem o exercício da autonomia individual de forma arbitrária são claramente

39 ROITHMAYR, Daria. Racial Cartels. *Michigan Journal of Race and Law*. v. 46, n. 1, p. 50-55, 2010.

40 REAUME, Denise. Dignity, equality, and comparison. In: HELLMAN, D.; MORFAU, S. *Philosophical foundations of discrimination law*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 7-27.

discriminatórias e também conduzem à marginalização social. Era o caso de Helinoeliton, um homem homossexual que não podia ter acesso aos direitos matrimoniais, o que restringia a sua liberdade de construir uma vida conjugal com um companheiro de sua escolha. Neste caso, as pessoas eram impedidas de exercer plenamente a autonomia por estarem privadas de direitos que deveriam estar abertos a todos.⁴¹

⁴¹ HELLMAN, Deborah, *op. cit.*, p. 50-52.

ESCLARECENDO TERMOS CENTRAIS DO DEBATE

3

Atos de natureza discriminatória acontecem em função de uma série de fatores que precisam ser devidamente analisados, principalmente porque eles estão em desacordo com um aspecto central da cultura democrática: o reconhecimento de que todos os membros da comunidade política merecem ser tratados com o mesmo respeito e consideração. Portanto, comportamentos dessa natureza contrariam o que deveria ser um aspecto central da moralidade pública de sociedades liberais. Isso torna necessária a análise dos motivos pelos quais membros de certos grupos sociais discriminam outros, fato que os situa em uma situação de desvantagem social que pode ter um caráter durável. Mencionamos dois aspectos que permitem a identificação de atos discriminatórios: a intencionalidade e a arbitrariedade. Exploraremos neste capítulo motivos pelos quais a intenção de discriminar surge dentro de uma comunidade que deveria estar regulada pelo ideal do tratamento igualitário nas relações sociais.

Observamos no capítulo anterior que muitas interações humanas estão estruturadas em torno de relações de poder, o que permite a construção de relações hierárquicas. As diversas formas de contato entre os seres humanos não estão baseadas em meios inteiramente racionais. O tratamento desvantajoso de indivíduos e grupos expressa diferentes comportamentos preconceituosos e estereótipos negativos, elementos que motivam as pessoas a tratar outras de forma incorreta. Esses preconceitos são produtos de construções culturais, mecanismos que legitimam uma série de práticas excludentes. Gordon Allport em uma obra clássica, disse que o preconceito é uma atitude negativa de alguém em relação a membros de outros grupos, uma reação emocional de alguém quando pensa ou interage com outras classes de pessoas, reações que estão fundadas em representações que afirmam diferenças essenciais entre os seres humanos. Se essas construções culturais atribuem qualidades desejáveis aos membros dos grupos majoritários, elas também afirmam a inferioridade daqueles que fazem parte de grupos minoritários. Tendo em vista o fato que o preconceito se refere a indivíduos que se tornam símbolos de alteridade, ele gera reações emocionais imediatas, o que

impede a consideração adequada da realidade social na qual essas pessoas estão inseridas. O termo preconceito deve ser visto então a partir de uma perspectiva comportamental, pois faz referência aos padrões de interação que indivíduos estabelecem em relação a outros.⁴²

Preconceitos são avaliações sobre os membros de um segmento social baseadas em generalizações que podem ser verdadeiras em relação a alguns deles, mas que certamente não podem ser estendidas a todos os seus membros por causa da variedade existente entre os seres humanos. As reações automáticas que caracterizam o preconceito estão fundamentadas nos poucos dados que o indivíduo tem sobre as pessoas que ele acredita ser diferentes. Elas podem surgir do sentimento de que elas ameaçam o *status* social de seu grupo, em função da competição por oportunidades escassas ou ainda porque eles têm ideologias diferentes. Até mesmo pessoas que defendem o tratamento igualitário entre os vários grupos sociais podem expressar preconceito. Apesar da posição aparentemente progressista, elas acabam internalizando as representações negativas sobre grupos minoritários, o que influencia de uma forma ou de outra o comportamento delas em relação a minorias.⁴³

Os preconceitos não expressam apenas ideias negativas sobre membros de determinados grupos. Muitas das noções equivocadas que temos de determinados segmentos sociais possuem um caráter positivo, como a concepção de que a qualidade de comando é uma característica masculina. De qualquer forma, para as finalidades deste livro, o termo preconceito designará uma opinião negativa em relação a certas classes de indivíduos. Ele implica então um julgamento irracional e negativo sobre um membro de um determinado grupo, envolvendo um julgamento prematuro que prescinde da existência de evidências concretas, o que motiva comportamentos discriminatórios pelo simples fato da pessoa pertencer a uma parte da sociedade vista como diferente ou inferior. Assim, podemos dizer que ele decorre da suspensão do preconceito segundo o qual todas as pessoas devem ser tratadas de acordo com a regra de racionalidade que deve guiar as relações pessoais.⁴⁴ O preconceito não é apenas um mecanismo psicológico, ele também tem uma dimensão social, porque os interesses dos grupos dominantes. Ele pode surgir

42 ALPORT, Gordon. *The nature of prejudice*. 2. ed. Nova York: Perseus Books, 1992. p. 3-15.

43 WHITLEY JR, Bernard; KITE, Mary. *The psychology of prejudice and discrimination*. Belmont: Wadsworth, 2010. p. 11-12.

44 PETTIGREW, Thomas F. Prejudice. In: PETTIGREW, Thomas F. et al. (Eds.). *Prejudice*. Cambridge: Harvard University Press, 1994. p. 2-5.

da percepção de que minorias ameaçam a posição de prestígio social ocupada pelas parcelas mais poderosas da sociedade. Atitudes preconceituosas procuram impedir mudanças nos arranjos sociais, sendo um meio importante para a manutenção dos privilégios dos grupos majoritários.⁴⁵

Preconceitos e estereótipos são processos que implicam um ao outro, embora sejam distintos. Estereótipos designam os modelos mentais que dirigem a percepção das pessoas, expressando a internalização de valores e códigos culturais construídos por aqueles que possuem poder. Eles são internalizados pelo processo de socialização e correspondem ao conhecimento acumulado de conteúdos culturais, de representações sobre o outro. Os estereótipos constituem-se por uma série de associações sobre grupos que é governada por um processo cognitivo automatizado, sendo eles constituídos por associações simbólicas inseridas no imaginário social. A formação de estereótipos decorre do processo comum de categorização que faz parte da operação de processos cognitivos. Os estereótipos são internalizados desde o período da infância, portanto antes mesmo do indivíduo possuir habilidades cognitivas que lhe possibilitam decidir racionalmente sobre a aceitação pessoal dos mesmos. A socialização também permite que os indivíduos questionem a exatidão desses conteúdos, mas muitas pessoas passam a atuar de acordo com eles, mesmo quando não estão cientes disso, o que deve ser visto como o principal problema para o presente estudo.⁴⁶

Não podemos esquecer que a classificação e a generalização são elementos básicos do funcionamento do psiquismo humano. Nossas mentes sempre procuram criar coerência entre os diversos dados que absorvemos cotidianamente, o que acontece por meio da identificação de elementos comuns entre eles, conhecimento que será utilizado posteriormente quando nos depararmos com uma situação semelhante. Isso significa que estamos sempre criando esquemas mentais que nos permitem criar coerência cognitiva para que possamos ter uma vivência integrada. Mas esses esquemas mentais não são apenas processos cognitivos, porque também são construídos a partir dos valores culturais que os indivíduos absorvem no processo de socialização. Assim, os estereótipos expressam valores culturais que determinam a nossa percepção dos membros de outro grupo, percepção que é construída não apenas em função das características reais dessas pessoas, mas a partir das representações e dos

45 BLUMER, Herbert, *op. cit.*, 1972. p. 3-5.

46 DEVINE, Patricia. Stereotypes and prejudice: their automatic and controlled components. *Journal of Personality and Social Research*. v. 56, n. 1, p. 6, 1989.

interesses materiais dos membros dos grupos majoritários. Estereótipos são, portanto, produções culturais que expressam mais do que generalizações sobre certos grupos sociais: eles disseminam valores culturais responsáveis pela legitimação das relações sociais entre as pessoas. Esses valores ocupam um papel preponderante na formação das diferenças de *status* cultural entre os seres humanos, processo que têm um papel central na marginalização deles.⁴⁷

Karla Portilla nos informa que estereótipos não são apenas ideias que impedem o reconhecimento da igual dignidade de todos os membros da comunidade política. Eles cumprem uma função ideológica porque permitem a construção e a reprodução de diversos arranjos sociais, principalmente aqueles que situam grupos de indivíduos em relações desiguais de poder. Mais do que um conjunto de representações, uma ideologia reflete o papel das pessoas no processo de produção de valores que reproduzem as relações de *status* dentro de uma determinada sociedade. Estereótipos são construções ideológicas que servem a propósitos específicos, sendo que eles têm a função de referendar concepções de mundo que encobrem as relações de poder existentes dentro de uma determinada comunidade política. Isso significa que estereótipos não são generalizações que permanecem estáticas, nem possuem o mesmo conteúdo em diferentes sociedades. Eles mudam ao longo do tempo e de lugar para lugar em função da dinâmica do meio onde são produzidos. Portanto, estereótipos não expressam apenas concepções equivocadas da realidade, mas, sim, valores culturais que sustentam diferentes práticas sociais que permitem a reprodução de vários tipos de discriminação, sejam as que ocorrem nas interações pessoais, sejam as que estão relacionadas com o funcionamento das instituições públicas e privadas.⁴⁸

Os parágrafos anteriores nos mostram que os estereótipos têm uma função extremamente importante: criar as condições culturais que permitam a legitimação das hierarquias sociais. Kwane Anthony Appiah nos diz que, mais do que falsas generalizações sobre determinados grupos, os estereótipos têm um *caráter descritivo* e um *caráter prescritivo*. Os estereótipos possuem uma dimensão descritiva porque reproduzem supostas características de um conjunto de indivíduos, mas que correspondem a categorias atribuídas a minorias por membros do grupo dominante.

47 KANG, Jerry. Trojan horses of race. *Harvard Law Review*. v. 118, n. 4, p. 1491-1504, 2004.

48 PORTILLA, Karla Perez. *Redressing everyday discrimination: the weakness and potential of anti-discrimination law*. Londres: Routledge, 2016. p. 82-110.

Esses traços de comportamento são vistos como algo constitutivo da natureza dessas pessoas, motivo pelo qual elas não merecem ter o mesmo tratamento geralmente destinado àqueles que fazem parte das parcelas majoritárias. Mas eles também possuem um caráter prescritivo porque determinam qual é o lugar que as pessoas podem ocupar dentro da sociedade, quais expectativas e minorias podem ter sobre o próprio futuro. As características desses grupos são percebidas então como fatores que designam os destinos sociais e as funções que seus membros podem aspirar. Atitudes preconceituosas calcadas em estereótipos são mecanismos que restringem as possibilidades de inserção social de minorias por influenciarem o comportamento daqueles que detêm poder sobre elas.⁴⁹

Não podemos deixar de levar em consideração o fato de que a resposta em relação aos estereótipos varia entre as pessoas. Mesmo que um indivíduo esteja consciente deles, suas crenças pessoais podem ou não ser congruentes com o conteúdo dessas generalizações. Muitas pessoas não interpretam crenças sobre outros grupos como falsas ideias, pelo contrário, eles pensam que elas fornecem parâmetros racionais de ação; indivíduos podem ser altamente preconceituosos quando estereótipos coincidem com as crenças pessoais. Eles então os endossam e atuam a partir deles. É o caso do chefe de empresa que deixa de promover uma mulher negra, pois a julga menos capaz do que um homem branco, já que ele considera o sexo masculino e a cor branca ideal para ocupar essa posição. Para esse indivíduo, mulheres negras não devem estar nesses lugares em função da convergência de estereótipos raciais e sexuais. Por outro lado, muitos indivíduos reconhecem que estereótipos não são uma base apropriada para regular as relações pessoais e deliberadamente os rejeita. Eles podem desenvolver uma personalidade que poderia ser vista como pouco preconceituosa e, portanto, menos inclinada a comportamentos discriminatórios.⁵⁰

Por terem um caráter mutável, devemos analisar o impacto que as alterações das crenças pessoais podem ter nas respostas habituais derivadas de estereótipos arraigados nas mentes das pessoas. Autores afirmam que as mudanças nas crenças de um indivíduo não extinguem de forma instantânea suas respostas derivadas de estereótipos internalizados. Isso acontece porque eles estão presentes na memória das pessoas desde

49 APPIAH, K. Anthony. Stereotypes and the shapping of identity. *California Law Review*. v. 88, n. 1, p. 47-50, 1985.

50 ARMOUR, Jody. Stereotypes and prejudice: helping decision makers break the prejudice habit. *California Law Review*. v. 83, n. 3, p. 742, 1995.

os primeiros anos de socialização e são constantemente reforçados por diversos conteúdos culturais. Assim, respostas congruentes com estereótipos podem resistir por um longo período de tempo, mesmo tendo o indivíduo conscientemente rejeitado as condutas típicas que se baseiam nos estereótipos para julgar indivíduos ou grupos. Há evidências científicas de que um indivíduo pode estabelecer respostas tendenciosas mesmo tendo renunciado às crenças pessoais congruentes com elas. Entende-se, por consequência, que manifestações de crenças igualitárias não devem ser confundidas com a eliminação de estereótipos internalizados, principalmente em sociedades nas quais a moralidade social condena expressões abertas de preconceitos. Isso se deve ao fato de que os estereótipos têm uma dimensão inconsciente que influencia o comportamento de um agente, mesmo que ele conscientemente os rejeite.⁵¹ Por esse motivo, mulheres como Mariana frequentemente sofrem desvantagem profissional porque pessoas do sexo masculino muitas vezes tomam decisões que julgam racionais, mas que na verdade expressam estereótipos sexuais que atuam de forma inconsciente, sendo um dos motivos pelos quais mulheres raramente ocupam cargos de comando em empresas privadas.

É relevante para essa análise o fato de que a Constituição Federal, ao incorporar o princípio da igualdade formal, estabeleceu o comprometimento dos indivíduos com o tratamento igualitário, comportamento necessário para a construção de moralidade pública em uma sociedade democrática. Entretanto, percebe-se frequentemente uma discrepância entre o ideal de tratamento igualitário e as crenças pessoais. O indivíduo acredita na validade do primeiro, mas ele não pode controlar inteiramente a ação dos estereótipos sobre o seu comportamento. Na primeira situação, indivíduos que atuam segundo estereótipos tendem a não exibir respostas preconceituosas, pois necessitam manter uma imagem igualitária. Dessa forma, o comprometimento dos indivíduos com a moralidade pública contribui para a exteriorização de respostas que aparentam não ser discriminatórias, mas que podem não representar uma internalização genuína de princípios igualitários. Essa hipótese tem sido afirmada por autores que desenvolveram a teoria do racismo aversivo, manifestação de tratamento preconceituoso de pessoas que condenam a discriminação racial, mas que evitam contato social com minorias raciais. Isso ocorre em função da influência de estereótipos negativos que circulam na sociedade, elementos que ainda atribuem diferentes valores aos diversos grupos sociais. Eles atuam de forma

51 ARMOUR, Jody. *Op. cit.*, p. 743.

inconsciente e determinam padrões de associação psicológica e de percepção do outro.⁵²

Percebemos então que o aspecto descritivo e o aspecto prescritivo podem atuar no plano inconsciente, influenciando o comportamento de indivíduos que acreditam atuar de forma inteiramente isenta. As pessoas podem dizer que não são preconceituosas, que agem de forma racional, mas elas podem facilmente encontrar razões que não estão aparentemente ligadas à raça para discriminar uma pessoa negra. Se uma pessoa dá maior peso às evidências trazidas pela parte que é branca, ela estará prejudicando a parte que é negra. Uma situação similar pode ser observada nas entrevistas de emprego: é fácil para a pessoa responsável pela seleção achar uma razão aparentemente não ligada ao gênero para dispensar uma mulher que tenha se candidatado para o cargo de chefia.⁵³ Por esse motivo, evidências estatísticas de disparidades raciais podem implicar a existência de padrões discriminatórios porque pessoas responsáveis pela contratação de grupos em uma empresa frequentemente tomam decisões determinadas por motivação discriminatória que atua de forma inconsciente. Assim, ao contrário do que defendeu o Tribunal Regional do Trabalho na decisão citada na introdução desta obra, os comportamentos tendenciosos motivados por estereótipos não determinam apenas as ações daqueles que deliberadamente excluem negros de oportunidades profissionais. A desvantagem social também decorre da atuação de estereótipos culturais no plano inconsciente e de sua reafirmação implícita – embora externamente perceptível – nas práticas cotidianas.

Os indivíduos podem reagir de forma distinta quando estão em situação de julgamento, eles relembram diferentes fatos e fazem diversas associações mesmo quando foram expostos a uma mesma informação. Soma-se a isso o ambiente específico no qual se encontra as estruturas e os processos cognitivos do observador, fatores essenciais para determinar a forma como ele percebe outros grupos. Um indivíduo quando está em uma situação na qual precisa julgar outra pessoa, inicialmente retém todas as informações recebidas sobre o comportamento em questão e as interpreta ou as codifica por meio da assimilação de categorias sociais.⁵⁴

52 KOVFL, Joel. *White racism: a psychohistory*. 2. ed. Nova York: Columbia University Press, 1984. p. 83-104.

53 ARMOUR, Jody, *op. cit.*, p. 747.

54 BRUNER, Jerome. On perceptual readiness. *Psychological Review*. v. 64, n. 2, p. 132, 1957.

Essas categorias, incluem informações sobre grupos que determinam a percepção do agente social que os considera a partir dos mesmos.⁵⁵ Tendo sido o comportamento assimilado a uma ou mais dessas categorias, ele permanece armazenado na memória, a partir da qual pode ser subsequentemente acessado, para realizar futuras inferências e previsões sobre os indivíduos. Essas inferências normalmente têm por base o julgamento sobre a categoria que se encontra mais acessível no momento em que a informação é recebida.⁵⁶

- 55 HIGGINS, E. Tory; KING, Gillian. Accessibility of Social Constructs: Information-Processing Consequences of Individual and Contextual Variability. In: CANTOR, N.; KIHLSSTROM, J. F. (Eds.). *Personality, cognition, and social interaction*. Nova Jersey: L. Erlbaum Associates, 1969. p. 71-72.
- 56 NEUBERG, Stephen L. Behavioral Implications of Information Presented Outside of Conscious Awareness: The Effect of Subliminal Presentation of Trait Information on Behavior in the Prisoner's Dilemma Game. *Social Cognition*. v. 6, n. 2, p. 207-208, 1988.

DISCRIMINAÇÃO COMO CATEGORIA JURÍDICA

4

Vimos no primeiro capítulo que o conceito de discriminação tem um significado especial dentro do Direito. Ele indica que alguém sofre algum tipo de desvantagem a partir de categorias proscritas por normas jurídicas. Isso significa que nossas leis devem proteger certas características porque são constantemente utilizadas para excluir indivíduos e impedir o reconhecimento deles como seres capazes de atuar de forma competente na vida social. Depreendemos disso que representações abstratas dos seres humanos dificultam o reconhecimento das implicações das desvantagens nas vidas de pessoas que estão situadas dentro de relações desiguais de poder. A igualdade só pode ser um princípio jurídico eficaz na medida em que as instituições sociais identificam os processos responsáveis por diferentes formas de discriminação. A criação de parâmetros especiais de proteção jurídica está relacionada com um aspecto importante da evolução do constitucionalismo: o processo de categorização do direito. Ele tornou possível a maior proteção de grupos sociais porque a igualdade passou a ser interpretada a partir da existência concreta das pessoas. Os princípios da universalidade e da generalidade, elementos que refletiam o caráter abstrato da representação dos seres humanos, começaram a ser relativizados na medida em que normas jurídicas foram criadas para proteger grupos de indivíduos. Este capítulo aborda então um tema importante para a compreensão da discriminação: a forma como o ideal antidiscriminatório permitiu maior proteção de grupos sociais vulneráveis.

1. *A igualdade formal e a representação abstrata do sujeito humano*

O conceito de igualdade está diretamente relacionado com as representações dos seres humanos dentro do discurso jurídico. O reconhecimento do ser humano como centro do universo inteligível teve implicações consideráveis para o pensamento jurídico moderno. Representado como um indivíduo racional capaz de estabelecer a sua própria norma de conduta, o indivíduo adquire o *status* de princípio fundamental do pensamento político e jurídico. Teorias modernas sobre

a sociedade e sobre o Estado utilizarão essa representação dos seres humanos para estabelecer os pressupostos de uma democracia liberal, primeira manifestação do Estado de direito. Pode-se construir uma sociedade baseada em leis universais e abstratas a partir da premissa de que todos as pessoas possuem uma identidade comum como cidadãos. A faculdade racional de todos os membros da comunidade política permite que eles desenvolvam uma consciência moral universal, o que os tornam capazes de construir uma organização social baseada em leis que expressam a própria racionalidade humana.⁵⁷ A identidade comum de todos os cidadãos engendra uma identidade de direitos e a rejeição de quaisquer privilégios injustos em nome de um princípio geral da igualdade. Como todas as pessoas têm os mesmos direitos, elas devem ser igualmente protegidas, posição que rejeita o tratamento arbitrário entre os cidadãos, o que era característico dos regimes políticos anteriores. A ideologia individualista toma a identidade comum de todos os indivíduos em um elemento central para a universalização dos direitos fundamentais. Um processo dessa natureza requer a homogeneização social a partir da compreensão dos seres humanos como entes abstratos, representados pela figura do sujeito de direito. Essa ideologia estava fundada na negação de que as diferenças de *status* social tenham relevância jurídica, pois o reconhecimento delas não teria lugar no processo de construção de uma sociedade que almejava a uniformização do tratamento jurídico entre as pessoas.⁵⁸

Estabelece-se aqui uma correlação direta entre direitos fundamentais e o princípio democrático. Os direitos fundamentais só podem existir dentro de uma sociedade pautada pela igualdade política e jurídica entre os indivíduos. As teorias democráticas modernas tomaram as noções de autonomia pública e autonomia privada como princípios centrais da organização política. Essas duas esferas da existência estão diretamente relacionadas porque a autonomia pública serve de suporte para a autonomia privada, instâncias da existência humana protegida pela relação necessária entre os direitos fundamentais e o princípio democrático.⁵⁹ O ideal universalista, assentado na noção de identidade comum entre todos os indivíduos, parte das regras de direito que governa a sociedade,

57 HEARSCHER, Guy. *Filosofia dos direitos do homem*. Lisboa: Instituto Piaget, 1993. p. 18-27.

58 ATTAL-GALLY, Yael. *Droits de l'homme et categories d'individus*. Paris: LGDJ, 2003. p. 4.

59 BURDEAU, George. *Droit Constitutionnel et institutions politiques*. Paris: LGDJ, 1974. p. 77-86.

o que possibilita a construção do indivíduo racional como centro do universo político e jurídico.⁶⁰

Essa representação dos seres humanos está relacionada com alguns processos importantes da cultura jurídica moderna. Presencia-se nesse período histórico a emergência da noção de direitos subjetivos, conceito decorrente da afirmação de que o direito é uma qualidade moral das pessoas. Sendo faculdades individuais, os direitos subjetivos permitem que as pessoas gozem da liberdade individual. Essa nova concepção de direito torna possível o reconhecimento do poder de exigir que as instituições estatais reconheçam e garantam o exercício da sua liberdade.⁶¹ O conceito de direito subjetivo está igualmente ligado à noção de pessoa, uma representação dos seres humanos que também possui um caráter jurídico. Esse conceito designa o *status* dos indivíduos dentro de uma comunidade política, indicando que essa comunidade os reconhece como sujeitos possuidores de direitos e também como indivíduos passíveis de imputação jurídica. Assistimos, na modernidade, uma convergência da categoria de pessoa com a noção de ser moral, processo operado pela percepção de que o indivíduo é também uma unidade psicológica. Além de indicar a existência de um ser detentor de uma personalidade jurídica, o conceito de pessoa designa um ente que possui uma consciência racional, o que o torna capaz de agir moralmente.⁶² O conceito de sujeito de direito contém, assim, dois polos. Primeiro é a afirmação de que o sujeito humano é uma realidade psicológica cujo espaço de ação requer a proteção da autonomia privada. Mas ele também é um cidadão, um ser que possui um *status* jurídico e político cuja liberdade está protegida pela autonomia pública.⁶³

Mas a noção de sujeito de direito decorre também da transposição da concepção do homem no discurso filosófico para o discurso jurídico. Sua representação metafísica permite a construção de uma imagem genérica dos seres humanos enquanto seres racionais possuem direitos e obrigações. A noção de sujeito de direito designa assim um ser abstratamente considerado, uma categoria fundada na concepção moral dos indivíduos que possuem faculdades traduzidas na forma de direitos

60 ATTAL-GALY, Yael, *op. cit.*, p. 6.

61 ZARKA, Yves Charles. L'invention du sujet du droit. *Archives de Philosophie*. v. 60, n. 4, p. 533-537, 1997.

62 LACHANCE, George. *Le droit et les droits de l'homme*. Paris: PUF, 1954, p. 147-155.

63 ZARKA, Yves Charles, *op. cit.*, p. 533-537.

e deveres. Tal representação do homem abre espaço para o reconhecimento de uma intersubjetividade jurídica, pois a noção de direito como uma faculdade pessoal permite a extensão do *status* jurídico a todos os indivíduos. Essa construção de uma subjetividade jurídica fundada na ideia de uma racionalidade universal torna possível a construção de uma organização social baseada em normas que expressam a racionalidade humana. Então vemos que a lei surge como um ato de vontade e de razão, permitindo a equiparação de todos os membros da sociedade ao criar uma representação exterior ao indivíduo.⁶⁴

O conceito de igualdade formal decorre diretamente da representação racional do sujeito humano, racionalidade que também está expressa nas normas jurídicas, produto do acordo entre indivíduos igualmente. A criação de normas gerais que reconhecem todos os membros da comunidade política como sujeitos de direito permite o tratamento isonômico entre todas as pessoas, eliminando-se assim aquelas distinções baseadas em critérios ilegítimos. A generalidade das normas permite o respeito da igualdade formal entre os cidadãos, o que transforma a noção de igualdade em um critério fundamental de legitimação da ordem política. Pode-se assim falar do homem como um sujeito jurídico quando se leva em consideração essa estrutura racional que caracteriza todos os indivíduos, o que permite um processo de codificação das normas jurídicas fundado no pressuposto da liberdade como um direito fundamental de todas as pessoas. Esse processo revela a relação entre a noção de igualdade formal e a representação de subjetividade dominante nesse período histórico. O conceito de igualdade torna-se então o pressuposto de leis gerais e abstratas válidas porque são produto da vontade política de indivíduos igualmente racionais.⁶⁵

Nosso texto constitucional incorpora duas concepções de igualdade: a *igualdade formal* e a *igualdade material*. O princípio da *igualdade formal* pode ser definido como a exigência de que as normas jurídicas sejam uniformemente aplicadas a todos os membros da comunidade política. Parte-se do pressuposto de que elas devem ser gerais e abstratas, eliminando-se assim quaisquer tipificações que estabeleçam consequências jurídicas arbitrárias. Reconhece-se que as pessoas são faticamente diferentes em vários aspectos, mas muitas dessas diferenças não podem ser levadas em consideração porque são irrelevantes para o exercício de direitos.

64 AMATO, Salvatore. *Il soggetto e Il soggetto di diritto*. Torino: Giapichelli, 1990. p. 51-67.

65 *Idem*, p. 53-55.

O princípio da igualdade possui uma natureza relacional porque procura garantir tratamento isonômico entre pessoas que possuem características comuns, não se fundamentando em uma relação de identidade absoluta entre indivíduos ou situações. Isso significa que esse princípio procura estabelecer uma equiparação de pessoas ou de situações que possuem as mesmas características sobre as quais incidem uma regulação jurídica. Tais considerações demonstram que o princípio da igualdade formal demanda o tratamento igualitário de pessoas que estão igualmente situadas.

Baseado nos princípios do liberalismo moderno, o princípio da igualdade formal requer então a aplicação uniforme das normas jurídicas. Como todos os seres humanos são igualmente livres, as diferenciações que não estejam baseadas nesse dado fundamental devem ser eliminadas. O tratamento igualitário entre todos os membros da comunidade política pelas instituições estatais presume também uma identidade de procedimento, o que demonstra a correlação íntima entre o princípio da igualdade e o princípio do Estado de Direito. O tratamento igualitário entre os indivíduos só pode existir em uma sociedade na qual as instituições estatais atuam de acordo com as normas jurídicas que representam os interesses da sociedade como um todo.⁶⁶

O princípio constitucional da igualdade formal também está baseada nos pressupostos da generalidade e da universalidade. A exigência da generalidade incorpora um preceito do direito natural moderno segundo o qual as leis devem ter um caráter impessoal e universal. As normas jurídicas podem estabelecer tratamento diferenciado entre os indivíduos, mas tal tratamento deve levar em consideração apenas as diferenças relevantes entre eles. A aplicação uniforme das leis surge então como um requisito para a proteção da liberdade de todos os cidadãos, porque impede a utilização de categorias que estabelecem tratamento discriminatório. O sistema jurídico nos períodos históricos anteriores estabelecia tratamento diferenciado entre classes de pessoas, legitimando privilégios sociais. Por isso, as leis devem ser dirigidas à generalidade dos indivíduos nessa nova ordem social baseada no pressuposto de que todos eles estão igualmente submetidos a elas. O requisito da generalidade incorpora a ideia de que as normas jurídicas têm como função principal a consecução de interesses comuns de todos os cidadãos, sendo então mecanismos de limitação do poder estatal ao excluir diferenciações legislativas ilegítimas. As diferenciações presentes nas normas jurídicas

66 PECES-BARBAR MARTINEZ, Gregório. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995. p. 284-289.

devem ser adequadamente justificadas, tendo em vista os pressupostos que norteiam o princípio da igualdade formal.⁶⁷ Tal exigência está diretamente relacionada com as noções de legalidade e segurança jurídica, esses princípios estão baseados na ideia de que todos os cidadãos e todos os órgãos do poder público estão igualmente submetidos à lei. Surgindo como uma reação a uma ordem política fundamentada em uma série de privilégios sociais, o princípio da generalidade procura eliminar aquelas normas construídas para estabelecer consequências jurídicas arbitrárias.⁶⁸

O princípio da igualdade formal encerra uma noção de justiça calçada na premissa de que indivíduos similarmente situados devem ser tratados de forma similar. Dessa forma, o princípio da igualdade deve levar em consideração a diversidade entre os indivíduos, mas também deve reconhecer o mesmo valor de todos eles perante a lei. O princípio da igualdade formal está baseado em uma concepção de justiça de caráter instrumental porque parte do pressuposto da uniformidade de tratamento. Quaisquer diferenciações entre classes de pessoas devem ser adequadamente justificadas, sendo que a norma em questão deve ser uniformemente aplicada a todos os membros daquela classe. O tratamento desigual de pessoas igualmente situadas é arbitrário porque estabelece consequências jurídicas diversas a pessoas que estão na mesma situação ou que possuem traços comuns.⁶⁹

O princípio da igualdade formal, visto como elemento organizador das relações entre os indivíduos, pressupõe a existência de uma organização estatal regulada por normas jurídicas legítimas. Esse princípio constitucional só pode existir dentro de uma realidade social na qual o poder estatal está submetido às leis. A igualdade jurídica dentro desse paradigma é então um elemento fundamental do Estado de Direito, um princípio que estrutura a relação entre os indivíduos e as instituições estatais. O conceito de Estado de Direito pode ser definido como uma organização estatal baseada na democracia, o que pressupõe a criação das normas jurídicas pela intervenção ou representação dos governados,

67 PIZA ROCAFORT, Rodolfo. *Igualdad de derechos: isonomía y no discriminación*. San José [Costa Rica]: Universidad Autónoma de Centro América, 1997. p. 50-59.

68 PEREZ-LUNO, Antônio Henrique. El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales. *Anuario de Derechos Humanos*. v. 1, n. 1, p. 262-263, 1981.

69 BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Rio de Janeiro: Ediuoro, 1996. p. 11-15.

normas que são parâmetro e limitação do poder estatal. Tal princípio está fundamentado na premissa de que o poder estatal deve ser regulado pelo Direito, um sistema de normas que tem como função central a garantia da liberdade e da igualdade entre os indivíduos.⁷⁰

O conceito de igualdade perante a lei também pressupõe uma exigência de equiparação. Se a exigência da generalidade das leis está fundamentada na proposição de que as normas devem ser dirigidas a todos as pessoas, a noção de equiparação implica a desconsideração das diferenças entre indivíduos que são irrelevantes para o exercício de direitos. Mais uma vez, o princípio de equiparação constitui uma garantia diante de qualquer forma de discriminação, pois requer tratamento igualitário entre pessoas que podem ser diferenças no plano fático, mas que possuem o mesmo *status* como sujeitos de direito. O sistema jurídico deve então tratar as pessoas de forma abstrata, requisito necessário para o processo de universalização dos direitos fundamentais. A exigência de equiparação refere-se então ao preceito de que todos os seres humanos devem ser considerados abstratamente iguais porque o sistema jurídico atribui o mesmo *status* jurídico a todos os membros da comunidade política.

Devemos observar que a exigência de equiparação está diretamente relacionada com a noção de identidade de procedimento. O princípio da igualdade jurídica também requer a aplicação das mesmas regras procedimentais a todos os cidadãos nas mesmas situações. A igualdade de procedimento é uma forma de legitimação do ordenamento jurídico, pois regula as várias situações de forma imparcial. Isso significa que todas as diferenças devem ser ignoradas, exceto quando elas possuem uma relevância real para a solução do problema jurídico em questão. Procura-se aplicar as mesmas regras jurídicas a todos os indivíduos que se encontram em situações semelhantes, a aplicação delas às diferentes situações promove a igualdade porque afirma a natureza procedimental desse princípio.⁷¹

Esses aspectos da igualdade formal sugerem a existência de outra dimensão fundamental desse princípio que adquire uma função de importância fundamental no constitucionalismo liberal. Todos eles demonstram que o princípio da igualdade está diretamente ligado à ideia

70 VANOSSI, José Reinaldo. *El estado de derecho nel constitucionalismo social*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1982. p. 44-46.

71 PEREZ-LUNO, Antônio Enrique. El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales. *Anuario de Derechos Humanos*. v. 1, n. 1, p. 265-271, 1981.

de racionalidade. Esse conceito impõe a necessidade de justificação dos atos estatais, o que só pode ser alcançado a partir da consideração dos princípios que regulam o sistema jurídico. O princípio da igualdade jurídica não é uma exigência absoluta de tratamento igualitário entre todas as pessoas. Os seres humanos possuem características comuns e também traços que os distinguem um dos outros. O princípio da igualdade não impede que as instituições estatais estabeleçam tratamento diferenciado entre as pessoas. As instituições estatais não podem tratar pessoas igualmente situadas de forma desigual, nem podem deixar de aplicar as mesmas regras procedimentais às mesmas situações. Como os atos governamentais estão necessariamente regulados por normas jurídicas que representam algum interesse público, todos os atos estatais devem tratar de forma igual aquelas pessoas que estão na mesma situação. A noção de racionalidade implica, assim, a necessidade de que todos os atos estatais devem seguir as normas que regulam o poder estatal, normas que são produto da vontade dos cidadãos.⁷²

Mais do que um direito fundamental, a igualdade é também um princípio interpretativo de outros direitos fundamentais. Esse preceito constitucional passou a ser um elemento de importância central para o controle de constitucionalidade dos atos estatais. Assim, a igualdade é ainda um parâmetro para o julgamento da racionalidade dos atos governamentais que estabelecem tratamento diferenciado entre os indivíduos. Ao assegurar o mesmo tratamento a todos os cidadãos, o princípio da igualdade é uma regra a ser observada no processo de elaboração e aplicação do direito. Se o preceito de que todos os indivíduos devem ser tratados da mesma forma perante a lei emergiu com o liberalismo filosófico, a noção de igualdade no conteúdo da lei surgiu posteriormente, mas especificamente em função da consagração da isonomia formal como um parâmetro para o controle de constitucionalidade dos atos estatais. O aparecimento do processo de controle de constitucionalidade motivou os tribunais a impor limites substantivos à atividade estatal, de modo que eles pudessem declarar a ilegalidade dos atos governamentais que contrariassem o princípio da igualdade. A referência ao liberalismo racional sempre teve grande importância na justificação da proteção dos direitos individuais.⁷³

A noção de que todos os indivíduos possuem a mesma capacidade racional, o que permite a ação autônoma, levou vários tribunais a de-

72 VANOSSE, José Reinaldo, *op. cit.*, p. 48-49.

73 ROCAFORT, Rodolfo Piza. *Igualdad de derechos: isonomia y no discriminacion*. San José: Universidad Autónoma de Centro América, 1997. p. 37-39.

clarar a inconstitucionalidade de leis restringindo as liberdades dos indivíduos ao longo do desenvolvimento do constitucionalismo moderno. Procurando garantir a igualdade entre os cidadãos, os tribunais adotaram uma perspectiva de interpretação da igualdade de forma que eles pudessem identificar atos estatais arbitrários.⁷⁴ Eles passaram a recorrer ao princípio da igualdade formal e à noção de razoabilidade para declarar a inconstitucionalidade de leis que utilizam critérios que não guardam quaisquer relações com o objetivo da legislação ou critérios que têm por finalidade a discriminação de grupos sociais. Tradicionalmente, a aplicação do princípio da igualdade no processo de controle de constitucionalidade das leis tem um caráter procedimental. Como esse preceito constitucional constitui um limite ao poder regulador estatal, os tribunais devem verificar se existe uma relação racional entre as classificações legislativas e o objetivo que a legislação pretende atingir. Essa metodologia está fundamentada em um pressuposto bastante simples: as classificações são constitucionais quando há uma relação racional entre o critério de tratamento diferenciado e os objetivos estatais legítimos.⁷⁵

74 Ver, por exemplo: ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte dos Estados Unidos. *American Sugar-Refining Co v. State of Louisiana*. 179 U.S. 89, 1 S.Ct. 43 U.S. 1900 [afirmando que uma classificação legislativa é arbitrária apenas quando utiliza um critério que não guarda nenhuma relação com o exercício de um direito]; ARGENTINA. Corte Suprema de Argentina, CSJN, Fallos, 153:67, Buenos Aires, Outubro, 26 de 1928 [argumentando que o princípio da igualdade presente na Constituição Argentina não é outra coisa que a exclusão de benefícios que se estendem a outras pessoas igualmente situadas]; MÉXICO. Corte Constitucional Mexicana, Amparo penal em revisión, 231/31, Juiz: Valadez Miguel, 19.11.1933, mayoría de 3 votos [afirmando que as garantias individuais consagradas na Constituição Mexicana constituem limites ao poder estatal, instância que não pode arbitrariamente restringir a liberdade dos indivíduos].

75 Ver, por exemplo: ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Gulf, C. & S.F. Ry. V. Ellis*, 165 U.S. 150 (1897) [afirmando que o princípio da igualdade não exclui o poder do legislador em estabelecer classificações legislativas, mas essas classificações devem manter uma relação justa e adequada com o objetivo da legislação]; ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Hayes v. State of Missouri*, 120 U.S. 68, 7 S. CT. 350 U.S. 1887 [afirmando que o princípio da igualdade requer que as classificações legislativas tratem as pessoas igualmente situadas de forma igual]; ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte dos Estados Unidos *F.S. Royster Guano Co. v. Virginia*, 253 U.S. 412 (1920) [indicando que a classificação legislativa deve ser racional, não arbitrária e baseada em critério ▶

Recorrendo ao princípio de que indivíduos similarmente situados devem ser tratados de forma similar, os tribunais começaram então a garantir a igualdade formal entre os indivíduos pela garantia de proteção das mesmas liberdades individuais, uma série de garantias que possibilitariam a manutenção da autonomia pública e privada dos mesmos.⁷⁶

Apesar do caráter universal que os direitos fundamentais adquiriram no paradigma do constitucionalismo liberal, o princípio da igualdade formal não foi suficiente para promover a emancipação dos indivíduos. A doutrina do individualismo parece ser parcialmente responsável por esse processo de exclusão, pois estabelece uma cisão entre a experiência real do indivíduo real e a noção jurídica de sujeito de direito. Os seres humanos são titulares de direitos no aspecto formal, como entidades abstratas das quais desconsideram as suas características específicas. Segundo a doutrina do individualismo, as pessoas devem ser consideradas como seres autônomos vivendo separado dos demais. Essa representação do ser humano é obviamente uma ficção, pois desconsidera o fato de que os indivíduos não vivem em estado de total autonomia. As pessoas vivem em contextos de mútuas vinculações sociais e isso contraria a concepção liberal do homem como um ente absolutamente autônomo. Os seres humanos se distinguem uns dos outros e cada um deles tem um valor em si mesmo. Mas os indivíduos não estão separados dos demais, a identidade pessoal não se forma por um simples processo de desvelamento da razão.

O constitucionalismo liberal foi responsável pelo processo de generalização e universalização dos direitos, criando as bases para a expansão

▶ que guarda uma relação substancial com o objeto da legislação]; MÉXICO. Corte Constitucional Mexicana, Amparo Penal em revisión 214/530, Flores Joaquín, 4 de noviembre de 1931, mayoría de 4 votos [afirmando que todas as pessoas que vivem no solo mexicano estão protegidas pelas garantias individuais e que a restrição dessas garantias só pode ter lugar quando existe uma justificação racional para tanto].

76 Ver, por exemplo: ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Strauder v. Virginia*, 100 U.S. 303 (1880) [declarando a inconstitucionalidade de legislação estadual que proibia a participação de negros na formação de júris populares]; FRANÇA. Conseil d'Etat, 26 juin 1931, *Cambre Syndicale des Propriétaires d'autocars*, Re., p. 707 [afirmando que todos as pessoas devem ser tratadas da mesma forma, sem preferências ou favores]; MÉXICO. Corte Constitucional Mexicana, *Amparo penal em revisión* 2.315/31, Valaes Miguel, 19 de noviembre de 1931, mayoría de 3 votos [classificando o princípio da igualdade como uma garantia constitucional que tem como função principal a limitação do poder estatal].

deles para novos grupos sociais ao longo do tempo. Os diferentes movimentos sociais que propunham a superação do constitucionalismo liberal apontaram as contradições postas pela doutrina individualista que limitava a plena participação de outros grupos, principalmente em função de classe social. Essa crítica à doutrina individualista gera um processo de categorização do direito, movimento que pretende estender direitos fundamentais a todos os seres humanos concretos, considerando os fatores que impedem a emancipação humana.⁷⁷ O processo de categorização do direito, que tem início com o constitucionalismo social, demanda uma nova compreensão da individualidade para a operacionalização dos direitos. Torna-se necessário superar a retórica individualista dos direitos liberais que pressupunham uma autonomia radical dos indivíduos. As transformações sociais ocorridas naquele momento abriram espaço para uma concepção de subjetividade fundada na premissa de que ela é um produto da interação social dos indivíduos, pois eles estão em permanente estado de integração social.

2. O constitucionalismo social e a categorização do direito

Os diversos problemas gerados pela aplicação do princípio da igualdade em termos formais indicaram a necessidade da superação da sua base individualista. A concepção abstrata desse princípio demonstrou ser incompatível com o ideal de promoção da emancipação humana porque desconsiderou os múltiplos determinismos aos quais os seres humanos estão expostos. A crítica dirigida ao conceito de igualdade presente no paradigma liberal nasceu da percepção de que o caráter intersubjetivo dos direitos só poderia ser plenamente realizado a partir do estabelecimento de um sistema social capaz de garantir o acesso de todos os grupos sociais a uma base material de existência. O ideal de liberdade como autonomia só poderia ser realizado dentro de uma ordem social capaz de garantir a proteção social dos indivíduos. Percebeu-se que a efetivação da liberdade depende da disponibilidade de garantias institucionais destinadas a estender condições mínimas de vida para todas as pessoas.⁷⁸ A demanda pela igualdade material entre os membros da comunidade política também está relacionada com as novas formulações da individualidade, concepções que dão especial importância aos processos intersubjetivos na construção da individualidade.

77 ATTAL-GALLY, Yael, *op. cit.*, p. 24-25.

78 GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 332-338.

Essas novas concepções de subjetividade estabelecem os parâmetros a partir dos quais as noções de liberdade e igualdade serão redefinidas no paradigma constitucional que então se instaura. Esses dois princípios fundamentais da ordem constitucional serão tematizados a partir das condições reais da existência. A representação do indivíduo racional não aparece mais como o parâmetro único para a interpretação da igualdade. A igualdade material torna-se um objetivo a ser alcançado porque os indivíduos pertencem a uma coletividade que deve lhes garantir condições materiais para a realização da liberdade individual. A socialização da liberdade e da igualdade no paradigma do constitucionalismo social implica o direito dos indivíduos de exigirem prestações positivas das instituições estatais para que a liberdade possa ser realmente alcançada. Os direitos individuais, no constitucionalismo liberal, eram entendidos como liberdades que deveriam ser protegidas pelo Estado, liberdades de caráter negativo baseadas na compreensão do homem como portador de uma racionalidade universal. No constitucionalismo social, os direitos não são mais apenas garantias do indivíduo contra o Estado, mas, sim, instrumentos que devem ser utilizados para a exigência de prestações positivas, pois a realização ética do ser humano está diretamente ligada à sua existência dentro de uma estrutura social.⁷⁹

As transformações da interpretação do princípio da igualdade no paradigma do constitucional social estão relacionadas com um fenômeno que ganha corpo nesse novo paradigma constitucional: o processo de categorização do direito. O abandono da noção abstrata do indivíduo presente no constitucionalismo liberal impulsionou esse movimento no paradigma do constitucionalismo social. A concepção liberal da individualidade que subjaz à noção de igualdade formal desconsidera as múltiplas determinações presentes na vida dos indivíduos concretos e o papel das interações sociais na constituição da vida das pessoas. A noção de igualdade formulada a partir dessa representação abstrata da subjetividade torna-se insuficiente porque não leva em conta a importância dos meios materiais para o exercício dos direitos individuais. Essa igualdade formal se aplica aos seres humanos como seres abstratos, acentuando assim a desigualdade real existente entre os indivíduos reais. O processo de categorização do direito caracteriza-se por um abandono gradual da representação abstrata dos seres humanos em direção da consideração das diferenças reais existentes entre os indivíduos. Apesar da noção de igualdade no paradigma do constitucionalismo social ainda pressupor a noção de uniformidade, o princípio da igualdade material passa a se

79 BURDEAU, Georges. *Les libertés publiques*. Paris: LGDJ, 1972. p. 11-12.

referir a categorias de indivíduos. Não se trata mais do homem considerado na sua abstração, mas sim de grupos sociais como beneficiários de direitos.⁸⁰

De forma mais específica, o processo de categorização do direito designa um movimento responsável pelo surgimento de normas jurídicas que têm o propósito de proteger grupos de indivíduos em função de uma característica responsável por processos de exclusão social. Se o individualismo igualitarista impedia a consideração das diferenças reais do indivíduo dentro das normas jurídicas em nome do universalismo dos direitos, esse ideal dá lugar à necessidade de consideração de elementos que impedem a concretização da igualdade, ideal que deixa de ser visto apenas a partir de seu aspecto formal. Como nos informa Yaël Attal-Galy, o homem abstrato presente na doutrina liberal dá lugar ao homem situado dentro de relações sociais concretas, forma necessária para o conhecimento de sua vivência real.⁸¹

A igualdade formal perante a lei permanece sendo um princípio importante da ordem jurídica, mas ela é complementada por uma nova dimensão de caráter substancial que se expressa principalmente pela necessidade de igualdade de oportunidades sociais.⁸² Não estamos mais diante de uma concepção da igualdade que pretende promover a autonomia a partir da liberdade jurídica e política. A isonomia material procura estabelecer a isonomia proporcional entre os indivíduos. A satisfação de necessidades materiais básicas tem especial importância para o alcance da liberdade, essa igualdade material pode ser alcançada por meio de políticas públicas que pretendem garantir acesso a condições mínimas de existência.⁸³

Se a cidadania no paradigma do constitucionalismo liberal era definida em termos de direitos que procuravam garantir a igualdade jurídica entre os indivíduos de um ponto de vista funcional, a cidadania, no paradigma do constitucionalismo social, está diretamente ligada às relações sociais entre as pessoas e os arranjos institucionais existentes na sociedade.⁸⁴ A percepção da importância da atuação positiva do Estado na vida dos

80 ATTAL-GALY, Yael, *op. cit.*, p. 8-9.

81 *Idem*, *Ibidem*.

82 SAGUÉS, Nestor Pedro. *Elementos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 1993. p. 13. 1 v.

83 PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório, *op. cit.*, p. 290-297.

84 MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. p. 75-85.

indivíduos implica uma concepção de individualidade distante daquela presente no paradigma liberal. Dentro desse paradigma constitucional, o sujeito deixa de ser uma entidade totalmente autônoma, pois sua autonomia decorre também de certas determinações sociais.⁸⁵ A noção de um sujeito identificada como simples portador de direitos contrapõe-se uma noção de sujeito de direito baseada na sua representação de um sujeito ativo dentro das relações sociais, não definido prioritariamente por sua essência racional, mas pela sua inserção dentro de uma estrutura social concreta.⁸⁶ A categorização do direito permite o alcance da igualdade material na medida em que reconhece a relevância social de alguns parâmetros utilizados para classificar pessoas. Essas categorias adquirem o *status* de parâmetros de proteção especial porque serão agora utilizadas tanto para ações estatais que procuram promover grupos, como também para o escrutínio jurídico de práticas sociais nelas baseadas. Podemos dizer então que, embora não se confundam com a noção de grupos, essas categorias designam aspectos da identidade social dos indivíduos, motivo de atos discriminatórios, e pelo qual elas devem ser protegidas.⁸⁷

Todas essas transformações decorrem da rearticulação de algumas dimensões da noção de igualdade jurídica no paradigma do constitucionalismo social. O princípio da generalidade ainda é um aspecto importante das normas jurídicas, porque esse ciclo constitucional também incorpora o princípio da igualdade formal. Mas tal exigência começa a ser relativizada em função do processo de categorização do direito. Como a noção de isonomia material é objetiva, principalmente a criação de uma igualdade proporcional entre indivíduos, as normas jurídicas começam a eleger regularmente algumas características como critério de proteção especial. A eliminação de desvantagens sociais baseadas nesses elementos torna-se um objetivo estatal. Um procedimento dessa natureza distancia-se da exigência de tratamento simétrico existente na concepção de igualdade formal. Se essas categorias seriam irrelevantes segundo os parâmetros da igualdade formal, a consideração das mesmas torna-se particularmente importante para a concretização do ideal de justiça social.⁸⁸

O conceito de equiparação também adquire nova significação. Ele pressupõe a eliminação de práticas discriminatórias por meio da

85 TWINE, Fred. *Citizenship and social rights: the interdependence of self and society*. London: Sagem 1994. p. 9-11.

86 BURDEAU, George, *op. cit.*, p. 17-18.

87 ATTALL-GALY, Yael, *op. cit.*, p. 19-20.

88 PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio, *op. cit.*, 288-292.

desconsideração das diferenças entre indivíduos. Mas tal noção adquire nova significação no constitucionalismo social ao pressupor a atuação positiva das instituições estatais no processo de eliminação de desigualdades sociais. Muitas diferenças entre indivíduos são motivos de tratamento discriminatório, fator responsável pela restrição do acesso a bens materiais. Assim, a consideração delas pelas políticas públicas tem importância para a implementação da igualdade entre os cidadãos. A exigência de identidade de procedimento mantém a mesma importância nesse novo paradigma constitucional, mas os aplicadores do direito devem estar atentos ao fato de que desigualdades entre os vários grupos podem exigir tratamento diferenciado entre os administrados. Disparidades sociais entre pessoas podem comprometer o acesso de membros de diferentes grupos à justiça, o que exige a consideração das condições sociais das partes no processo de administração da justiça.⁸⁹

Assim, verificamos no desenvolvimento do constitucionalismo social um abandono crescente da noção de justiça simétrica presente no paradigma constitucional anterior. Se o princípio da igualdade formal pressupunha uma noção de justiça de caráter procedimental, a noção de isonomia material está baseada no conceito de justiça distributiva. A noção de igualdade material considera as condições sociais nas quais os indivíduos se encontram. Não se alcança justiça social apenas pelo tratamento simétrico entre indivíduos, desconsiderando as condições sociais nas quais eles se encontram. O princípio da igualdade não é apenas um parâmetro para o limite da atuação das instituições estatais, esse preceito constitucional, tendo em vista a sua dimensão material, também exige a atuação positiva delas para eliminar as disparidades entre os diversos grupos sociais.⁹⁰ Surge, nesse momento, uma compreensão

89 SANCHIS, Luiz Pietro. Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 25, 1995. p. 17-29.

90 Ver, por exemplo: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade, No. ADI 2.649/RS, Órgão Julgador, Relatora: Carmen Lúcia, DJ 16.10.2008 [mantendo a constitucionalidade de legislação que procura inserir deficientes físicos, porque tais políticas procuram realizar objetivos presentes no texto constitucional]; BRASIL. Tribunal Regional Federal – 4ª. Região, Agravo de Instrumento No. 2005.04.01.006358-2/RS Órgão Julgador: 3ª Turma, Relator: Luiz Carlos de Castro Iugon, DJU 01.06.2005 [afirmando que as disparidades sociais entre negros e brancos não são apenas consequência de estamentos sociais, mas sim da exclusão social sistemática, o que requer a atuação das instituições estatais para eliminar as diferenças entre esses grupos].

dos direitos fundamentais como garantias institucionais, perspectiva segundo qual a atuação das instituições estatais devem estar voltadas para a garantia de condições mínimas de existência dos indivíduos.⁹¹

O princípio da igualdade material passa a ser também um parâmetro para a avaliação da constitucionalidade dos atos estatais. Eles serão constitucionais se aplicarem meios razoáveis para alcançar a igualdade proporcional entre as pessoas. A solidificação do entendimento de que os direitos sociais são direitos fundamentais é um ponto particularmente importante para a interpretação do princípio da igualdade. Uma vez que esses direitos pretendem promover a igualdade material entre grupos sociais, o foco de aplicação da razoabilidade move-se de uma mera consideração da situação similar entre esses indivíduos para o exame dos mecanismos necessários para a equiparação deles. Parte-se então do pressuposto de que pessoas diferentes devem ser tratadas de formas diferentes, porque a igualdade tem um aspecto dinâmico. A pressuposição de que o princípio da igualdade implica uma identidade absoluta de tratamento começa a ser algo atentatório à noção de isonomia em função do constante processo de diferenciação presente nas nossas sociedades. Algumas diferenças entre indivíduos são relevantes porque elas são indicativas do *status* que eles ocupam em uma sociedade. O ideal de justiça presente no paradigma do constitucionalismo social demanda a consideração de todos aqueles mecanismos responsáveis por diferentes situações de estratificação social. Vemos então um abandono da concepção abstrata do homem, um ser cuja autonomia é construída independentemente de processos sociais.⁹²

3. A categorização de direitos no Estado Democrático de Direito

A relação entre o princípio da igualdade e as noções de subjetividade adquire importância ainda maior para a análise das demandas de direitos presentes no atual paradigma constitucional. Presenciamos, no atual ciclo constitucional, uma luta pela incorporação de novas dimensões ao princípio da igualdade, processo marcado pela necessidade de harmonização entre o princípio da universalidade dos direitos e a situação particular

91 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 340-355.

92 CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Sampaio (Ed.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 149-151.

de grupos sociais tradicionalmente discriminados. O processo de categorização do direito, iniciado no paradigma do constitucionalismo social, conhece uma intensificação ainda maior no mundo contemporâneo em função do aumento das demandas de direitos que giram em torno da questão da identidade. Essas novas reivindicações estão baseadas no princípio de que a realização do ideal emancipatório do direito moderno só pode ser realmente concretizado a partir da eliminação das representações essencialistas subjacentes ao discurso jurídico. As interações sociais nas sociedades complexas apontam para a natureza fragmentária das noções de subjetividade e de individualidade, não havendo mais possibilidade de se postular a figura do sujeito presente nos paradigmas anteriores como uma categoria ontológica central do Direito.⁹³

O processo de categorização do direito conhece um aprofundamento ainda maior no atual paradigma, processo causado pela existência dos movimentos pela proteção da identidade. Processos discriminatórios atuam diretamente sobre o pertencimento das pessoas a certas coletividades, motivo pelo qual certas características devem ser tratadas como parâmetros especiais de proteção. A categorização do direito representa uma expansão do princípio da igualdade, pois no lugar da consideração do ser humano como ente abstrato, temos o seu reconhecimento de que ele está envolto por relações hierárquicas de poder, razão pela qual precisa ser protegido enquanto membro de certos grupos. Observamos que o movimento descrito possui um caráter dinâmico que se aprofunda com as demandas de igualdade elaboradas nos diversos paradigmas constitucionais. É por esse motivo que atualmente a questão da alteridade adquire relevância central para a reflexão dos direitos fundamentais, porque não se trata mais de afirmar apenas a universalidade dessa categoria de direitos, mas sim de incorporar a questão da diferença entre os indivíduos para que a construção de uma existência integrada seja possível para todos. A homogeneização do corpo social pretendida pelo liberalismo não pode promover a inclusão social de todos os grupos sociais, o que requer a criação de meios para a promoção da integração de certos grupos para que eles possam ter uma vida digna.⁹⁴

A questão da interpretação da igualdade no paradigma do Estado Democrático de Direito adquiriu especial importância em função da expansão do sentido desse princípio constitucional. Inúmeros tribunais avaliam a constitucionalidade dessas políticas públicas examinando a

93 MOUFFE, Chantal. *The democratic paradox*. London: Verso, 2000. p. 19.

94 ATTAL-GALY, Yael, *op. cit.*, p. 71-76.

coerência delas com os princípios que fundamentam a ordem constitucional.⁹⁵ A intensificação do processo de categorização do direito presente no atual paradigma constitucional demonstra a inadequação da aplicação tradicional do princípio da razoabilidade para a garantia de igualdade real entre diferentes grupos sociais. Associado a uma concepção formal de igualdade, esse critério de escrutínio dos atos estatais implica grande deferência às classificações utilizadas pelo governo, permitindo que inúmeras práticas sociais discriminatórias sejam transformadas em leis que passam a regular as relações entre os indivíduos.⁹⁶

A categorização do direito decorrente das lutas pela eliminação de discriminação demonstrou que o processo de aplicação da igualdade não deve ser restringido ao papel de limite do poder de regulação estatal. O princípio da igualdade tem também uma função transformadora, impondo ao Estado a obrigação da criação de políticas públicas que possibilitem a inclusão de grupos sociais. Muitos tribunais procuram verificar se a legislação em questão contribui ou não para o aumento ou para a eliminação da subordinação dos grupos sociais. O paradigma constitucional atual tem um caráter demarcado por ser emancipador, além das dimensões da igualdade presentes nos paradigmas anteriores, pretende-se promover a transformação social por meio da eliminação

95 Ver, por exemplo: BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RMS NO. 21.046-0/RJ, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator, Sepúlveda Pertence, DJ 14.12.2000 [dissertando sobre a transformação do princípio da igualdade como expressão do processo de categorização do direito e afirmando que a idade só pode ser utilizada como fator de discriminação em situação específica]; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Extraordinário, no. 759.362-RJ Órgão Julgador: 2ª Turma, Relatora: Eliana Calmon, DJ 29.06.2006 [afirmando a constitucionalidade de políticas públicas de ações afirmativas que estabeleçam o escalonamento de pagamento de tarifas de acordo com o poder econômico dos diferentes grupos sociais].

96 Ver, por exemplo: ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte de Massachusetts. *Roberts v. City of Boston*, 59 Mas. (5 Cush.) 198 (1849) [alegando que a proibição do ingresso de uma criança negra em um escola frequentada por brancos não violava o princípio da igualdade porque a criança poderia frequentar uma escola em outra parte da cidade]; ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 16 S.Ct. 1138 (1896) [mantendo decisão de corte inferior que manteve a segregação de passageiros nos trens interestaduais, desde que os passageiros tivessem acomodações iguais]; ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Minor v. Happersett*, 88 U.S. (21 Wall.) 162, 22 L.Ed. 627 (1874) [mantendo a constitucionalidade de legislação estadual restringindo voto apenas aos homens].

das práticas sociais responsáveis pela subordinação de grupos sociais. Tal perspectiva pressupõe uma permanente articulação da igualdade com outros princípios constitucionais erigidos como princípios estruturantes do sistema constitucional.⁹⁷

O movimento de categorização do direito demonstrou que a igualdade formal não era suficiente para garantir a emancipação humana, deixando vários grupos sociais fora da proteção jurídica necessária. Procurando reverter a situação desses grupos, o legislador implementou uma série de políticas públicas que procuram eliminar processos de exclusão social. Vemos no mundo contemporâneo o surgimento de uma noção de igualdade inclusiva, princípio baseado na ideia de que as instituições estatais devem promover a integração social por meio de políticas capazes de atender as demandas de redistribuição e reconhecimento.⁹⁸ A eliminação gradual de diferentes formas de discriminação tem sido alcançada graças à utilização de uma nova perspectiva de interpretação da igualdade.

97 Ver, por exemplo: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Extraordinário no. 395.904/RS, Órgão Julgador: 6ª Turma, Relator: Hélio Quaglia Barbosa, DJ 06.02.2006 [afirmando que o princípio da igualdade se articula com outros preceitos constitucionais de igual importância para se garantir a construção de uma sociedade justa]; BRASIL. Tribunal Federal da 5ª Região. Agravo em Mandado de Segurança no. 2006.81.00.002921-7/CE, Órgão Julgador: 3ª Turma, Relator: Élio Siqueira, DJ 16.11.2007 [mencionando a importância de uma interpretação que possibilite a correlação de normas constitucionais necessárias para se garantir a promoção do bem comum]; BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação Cível no. 2005.001.22849, Órgão Julgador: 14ª Câmara Cível, Relator: Ferdinando Nascimento, 11.04.2006 [mencionando a correlação entre igualdade e dignidade para se promover o bem de todos os cidadãos brasileiros].

98 Várias iniciativas legislativas demonstram como o processo de categorização do direito tem se desenvolvido no sistema jurídico brasileiro. Cientes dos processos de exclusão social sofridos por diferentes seguimentos sociais, o legislador brasileiro promulgou diferentes leis para proteger grupos socialmente marginalizados como crianças, mulheres, deficientes físicos, idosos e negros. Os nossos tribunais reconhecem a legitimidade dessas iniciativas reconhecendo a compatibilidade das mesmas com o princípio da igualdade. Ver, por exemplo: BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Agravo de Instrumento no. 2003.002.07948, Órgão Julgador: 11ª Câmara Cível, Relator: Cláudio Mello Tavares, 05.11.2003 [afirmando a constitucionalidade de legislação estadual que reservou vagas para negros em instituição estadual de ensino superior].

A interpretação desse princípio no constitucionalismo liberal estava baseada em uma lógica puramente anticlassificatória, perspectiva que se mostrou incapaz de estabelecer a igualdade real entre os indivíduos. Outra metodologia de interpretação da igualdade surgiu no paradigma do constitucionalismo social, concepção relacionada com a necessidade de ações positivas do Estado. Reconhecendo a importância da natureza teleológica das normas constitucionais, vários tribunais começaram a recorrer ao princípio da igualdade material no processo de interpretação do princípio da igualdade. Observamos recentemente que a aplicação do princípio da igualdade no processo de controle de constitucionalidade das leis no atual paradigma constitucional tem um objetivo ainda maior: procura-se proporcionar a inclusão social de grupos sociais por meio de uma concepção da igualdade inclusiva. A rearticulação de alguns elementos da noção de igualdade jurídica pode ser apontada como um fator de fundamental importância no processo de categorização do direito. O primeiro deles é a transformação da exigência de generalidade, princípio que sofreu um processo ainda maior de relativização em função da necessidade da implementação de políticas públicas destinadas à realização da igualdade inclusiva. Não se abandona a exigência de que as normas jurídicas devam ser impessoais e abstratas, mas reconhece-se que as diferenças de indivíduos podem ser levadas em consideração quando se pretende promover a igualdade proporcional entre os mesmos.

Assim, o trajeto percorrido do princípio da igualdade no desenvolvimento do constitucionalismo demonstra a gradual articulação do problema da diversidade humana no processo de interpretação do princípio da igualdade. Ela aparece na teorização da subjetividade subjacente ao discurso jurídico, quando vemos a incorporação da diferença e do reconhecimento na formulação da igualdade nos diferentes paradigmas constitucionais. A integração da diversidade aparece também no processo de interpretação do princípio da isonomia quando percebemos a tentativa dos tribunais de garantir proteção jurídica aos diversos grupos sociais pela eliminação de práticas discriminatórias. Pode-se afirmar que a articulação entre diversidade e igualdade tornou-se um dos objetivos principais do atual paradigma constitucional, tendo em vista os princípios constitucionais que procuram garantir a dignidade humana para os diversos grupos sociais. Então podemos ver que tal movimento foi responsável pela passagem gradual de uma perspectiva anticlassificatória para uma perspectiva emancipatória no processo de interpretação da igualdade.

4. *Que grupos merecem ser protegidos?*

A caracterização da discriminação como um ato desvantajoso imposto a alguém a partir de um critério proibido pelo sistema jurídico exige que nós analisemos a relevância dos motivos pelos quais essas características recebem proteção jurídica. Tanurabh Khaitan nos informa que certas características são protegidas em função da significação social que elas possuem, já que são fontes de desvantagens sistemáticas dentro de uma dada sociedade. Assim, esses parâmetros de proteção especial são juridicamente relevantes porque são a base a partir das quais grupos de indivíduos são discriminados. Eles não possuem nenhuma relevância normativa, não são elementos necessários para o exercício de direitos. São traços transformados em categorias especiais de proteção jurídica porque impedem a realização do princípio da igualdade, fundamento de uma sociedade genuinamente democrática. Assim, como nos diz o autor, certos *discrimens* identificam ou mantêm forte correlação com alguns grupos que sofrem grandes desvantagens dentro de uma sociedade, esses *discrimens* são base para a formação de desvantagens de *status* cultural e de *status* material.⁹⁹

Sendo a discriminação direta um tipo de tratamento desvantajoso baseado em um determinado critério, devemos então inquirir sobre a origem e o estabelecimento deles. Sandra Fredman nos informa que a resposta a essa pergunta está fortemente relacionada com o contexto histórico e social de uma determinada sociedade. A raça foi o primeiro parâmetro de proteção especial no Brasil e nos Estados Unidos, o que se justifica em função da discriminação racial sistemática nas duas sociedades. O sexo e a nacionalidade foram os primeiros critérios estabelecidos em muitos países europeus, a raça veio a ser incluída em tempos mais recentes. Novas categorias foram sendo incluídas em função da mobilização política de diversos grupos sociais, fruto de ações políticas nesse sentido, sendo que a orientação sexual e as necessidades especiais estão entre os casos mais importantes nos tempos recentes. Não podemos esquecer que esses diferentes parâmetros não garantem o mesmo nível de proteção judicial, alguns deles são submetidos a escrutínios mais rígidos do que outros, em alguns casos o tratamento diferenciado será permitido pelas normas jurídicas, sendo a exclusão

99 KHAITHAN, Tarunabh. *The philosophy of discrimination law*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 50-53.

de casais homoafetivos das instituições matrimoniais um dos casos mais importantes.¹⁰⁰

Mais uma vez, esses parâmetros são socialmente relevantes porque são categorias imbuídas de significações culturais. Embora não tenham valor moral, eles são usados para legitimar práticas discriminatórias contra certos grupos. Assim, esses discrímens são indicações que o pertencimento àquela comunidade grupo implica desvantagem social em uma série de situações. Quando comparados com membros de outros grupos, verificamos a presença de diferenças significativas de bem-estar, motivo pelo qual a característica que os designa deve ser protegida. A submissão constante a tratamento discriminatório cria uma série de divisões sociais que impedem a criação de uma sociedade integrada. Esse processo de discriminação produz danos materiais cumulativos, produtos da crença de que todos os membros de um grupo possuem as mesmas qualidades negativas.¹⁰¹ Além de desvantagens materiais, os membros desse grupo ainda enfrentam desvantagens políticas, o que dificulta a transformação da ordem social na qual eles vivem porque os membros do grupo majoritário farão o possível para que as oportunidades estejam sempre concentradas em suas mãos. Por último, certos discrímens merecem proteção especial porque também são fonte de desvantagem de natureza cultural e simbólica. Membros de grupos minoritários são estigmatizados em função da circulação de estereótipos negativos que dificultam a formação de uma imagem pessoal positiva.¹⁰²

Sandra Fredman nos diz que a criação desses parâmetros de proteção judicial acontece a partir de diferentes critérios. Em algumas jurisdições, esses parâmetros de proteção estão claramente enumerados em documentos legais. O judiciário não tem o poder de criar novos critérios, apenas o legislativo pode fazer isso por meio de nova legislação ou emenda constitucional. Mesmo assim, os tribunais têm estendido proteção a certos grupos em situação análoga a outros que são protegidos. Embora alguns grupos consigam ampliar os parâmetros de proteção por meio da pressão sobre o poder legislativo, eles também procuram proteção jurídica a partir dos parâmetros existentes, sendo o caso mais notório a

100 FREDMAN, Sandra. *Discrimination law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 110-111.

101 WASSERMAN, David, *op. cit.*, p. 807-808.

102 KHAITHAN, Tarunabh, *op. cit.*, p. 53-54.

afirmação de que discriminação por orientação sexual também é um caso de discriminação sexual.¹⁰³

A criação desses critérios de proteção jurídica pode acontecer em função da ação do judiciário quando o princípio da igualdade possui uma formulação aberta. Uma norma que define esse princípio como proibição de proteção jurídica permite que tribunais constitucionais possam determinar quais parâmetros serão considerados como elementos de proteção especial. A Suprema Corte dos Estados Unidos pode determinar que critérios serão legalmente protegidos em função da formulação genérica da igualdade como exigência de tratamento simétrico. Parâmetros de proteção são criados em função de uma série de motivos, sendo que o contexto social tem um papel particularmente relevante nesse processo. Assim, vemos na jurisprudência daquele Tribunal a extensão de proteção especial ao sexo, à origem nacional e à filiação ao longo do tempo. Algumas jurisdições enumeram os parâmetros de proteção especial, mas permitem que o judiciário possa estendê-los quando for necessário. Isso acontece principalmente em países nos quais a lista de parâmetros tem um caráter aberto, o que permite a inclusão de novos parâmetros.¹⁰⁴ No caso do Brasil, o inciso quarto do artigo terceiro do texto constitucional permite a ação judicial nesse sentido ao dizer que

103 Esse argumento encontrou expressão na jurisprudência brasileira na decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu casais homoafetivos como entidades familiares. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no. 132, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator Carlos Ayres, 05.04.2011 [“*Noutra maneira de falar sobre o mesmo tema, tanto nos mencionados países quanto aqui na Terra Brasilis pós-Constituição de 1988, o sexo das pessoas é um todo pró-indiviso, por alcançar o ser e o respectivo aparelho genital. Sem a menor possibilidade de dissociação entre o órgão e a pessoa natural em que sediado. Pelo que proibir a discriminação em razão do sexo (como faz o inciso III do art. 1º da nossa Constituição Republicana) é proteger o homem e a mulher como um todo psicossomático e espiritual que abarca a dimensão sexual de cada qual deles. Por conseguinte, cuida-se de proteção constitucional que faz da livre disposição da sexualidade do indivíduo um autonomizado instituto jurídico. Um tipo de liberdade que é, em si e por si, um autêntico bem de personalidade. Um dado elementar da criatura humana em sua intrínseca dignidade de universo à parte. Algo já transposto ou catapultado para a inviolável esfera da autonomia de vontade do indivíduo, na medida em que sentido e praticado como elemento da compostura anímica e psicofísica (volta-se a dizer) do ser humano em busca de sua plenitude existencial.*”].

104 FREDMAN, Sandra. *Op. cit.*, p. 118-124.

não será permitido tratamento arbitrário baseado na raça, sexo, cor, idade ou qualquer outra forma de discriminação. A orientação sexual adquiriu o *status* de um parâmetro de proteção especial no Brasil primeiro pela ação do judiciário, ação que também foi posteriormente acompanhada pelo legislativo.¹⁰⁵

Como esses critérios são analisados pelos tribunais? Muitos deles fazem menção à noção de imutabilidade, elemento que designa características que não podem ser modificadas em função de seu caráter biológico. Tratamentos diferenciados e negativos baseados em elementos dessa natureza seriam discriminatórios porque esses traços são benéficos, e também porque estão fora do controle do sujeito; eles adquirem relevância social apenas em função das relações assimétricas de poder presentes nas relações sociais.¹⁰⁶ Mais recentemente os tribunais também classificaram como parâmetro de proteção especial aqueles traços que implicam escolhas fundamentais na vida dos indivíduos. O caso paradigmático é a orientação sexual, elemento central da identidade de uma pessoa, embora talvez não possa ser qualificado como imutável como outros elementos, a sua ocultação implica a imposição de um custo pessoal significativo para o indivíduo, motivo pelo qual deve ser protegido. Ter que esconder a orientação sexual para evitar a discriminação seria uma violação da dignidade pessoal que o sistema jurídico não pode permitir.¹⁰⁷

5. O sentido jurídico de discriminação

O princípio da igualdade inscrito no texto constitucional brasileiro pressupõe o tratamento isonômico entre todos os indivíduos. Mas o mandamento constitucional da igualdade coloca o aplicador do Direito diante de um problema de considerável importância: as normas consti-

105 MOREIRA, Adilson José. União homoafetiva: a construção da igualdade na jurisprudência brasileira. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 45-120.

106 FREDMAN, Sandra. *Op. cit.*, p. 123-129.

107 Ver, por exemplo CANADÁ. Suprema Corte do Canadá. *Halpern v. Canada*. (AG), [2003] O. J. No. 2268. [reconhecendo o casamento entre pessoas do mesmo sexo sob o argumento de que a exclusão das casais homossexuais dessa instituição é uma forma de discriminação baseada na orientação sexual, elemento que serve para manter indivíduos em uma situação de subordinação social. A orientação sexual é uma categoria relacionada com elementos centrais da identidade pessoal que possui consequências em diversos aspectos da vida dos indivíduos].

tucionais que prescrevem o tratamento isonômico entre os cidadãos não estabelecem nenhum método de aplicação ou interpretação do princípio da igualdade. Parte-se do pressuposto de que as pessoas devem ser tratadas da mesma forma porque são iguais em um determinado aspecto relevante para o direito. Mas a premissa segundo a qual pessoas similarmente situadas devem ser tratadas de forma similar parece problemática porque os indivíduos são iguais e diferentes em vários aspectos. Deve-se levar em consideração o fato de que a atividade legislativa pressupõe uma constante diferenciação entre classes de indivíduos, pois as instituições estatais precisam criar várias políticas públicas que procuram atingir grupos específicos. Torna-se então necessária a formulação de um parâmetro capaz de determinar aquelas hipóteses nas quais o tratamento diferenciado entre classes de indivíduos é justificado. Isso só é possível quando esse tratamento está baseado em diferenças relevantes entre as pessoas. Essas diferenças só podem ser erigidas como fatores de discriminação quando existe uma relação racional entre elas e o objetivo estatal que a norma pretende atingir.¹⁰⁸

Mas todas as formas de tratamento diferenciado estão de certa forma racionalmente relacionadas com um objetivo estatal. A noção de razoabilidade surge então como um princípio que tem a função de estabelecer um parâmetro para a avaliação da legitimidade dos interesses estatais. As

108 Ver, por exemplo: BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade No. 489, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator: Octavio Galotti, DJ 28.08.1998 [indeferindo ação direta de inconstitucionalidade porque a norma garantindo contagem de tempo de serviço em dobro para pessoas que ocupam o cargo de secretário de estado não confronta o princípio da isonomia]; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Apelação Cível, No. [601361952-2/2, Rel. Francisco de Assis Betti [afirmando que o princípio da isonomia formal não tem caráter absoluto. As diferenças entre de funções entre funcionários públicos pode ensejar salários diferentes entre os mesmos]; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Embargos Infringentes No. 1997.02.01.37994-6, Órgão Julgador: 4ª Seção Especializada, Relator: Luiz Paulo do Silva Araújo Filho, 29.05.2008 [considerando como relevante a diferença entre alunos de instituições públicas civis e alunos de instituições militares porque os últimos recebem formação superior paralela à formação militar, o que os possibilita a seguir carreira militar após a formação superior]; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Ação Cível No. 1999.34.00.29345-2, Relator: César Augusto Beassi [argumentando que a Constituição garante o acesso a cargos públicos a todos os brasileiros, mas que o poder público tem o poder de estabelecer requisitos que sejam compatíveis com a especificidade do cargo em questão].

diferenças entre as pessoas só se tornam relevantes quando existe uma congruência entre elas e o interesse público que está sendo perseguido. Não se pode então erigir o sexo como critério de tratamento diferenciado quando se pretende apenas criar privilégios para homens. Homens e mulheres serão submetidos a tratamento distinto apenas quando o gênero dos indivíduos pode ser apontado como uma característica relevante, tendo em vista um objetivo estatal. O reconhecimento da igual dignidade entre homens e mulheres surge então como um limite ao poder regulador estatal, servindo como um parâmetro para o julgamento dos objetivos dos atos governamentais.¹⁰⁹

Nossos tribunais também utilizam o princípio da proporcionalidade para avaliar a racionalidade de atos estatais. A doutrina divide a noção de proporcionalidade em três elementos diferentes: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. O primeiro considera a capacidade da classificação adotada para fomentar um interesse estatal. Neste primeiro momento do processo de escrutínio, o intérprete deve considerar se a classificação é o instrumento mais adequado para alcançar um objetivo legítimo. O intérprete deve examinar posteriormente se os meios encontrados para promover este objetivo é a alternativa menos restritiva de direitos fundamentais. Portanto, a ideia de necessidade coloca a questão de saber se um ato governamental pode chegar a um fim específico com uma maneira menos intrusiva. Na última fase deste inquérito judicial, o intérprete deve avaliar a existência de um equilíbrio entre a restrição de um direito fundamental e a importância da meta constitucional de que a medida visa alcançar.¹¹⁰

A utilização dos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade para a interpretação do princípio da igualdade tem importância fundamental para a atividade do poder judiciário, pois cabe aos juízes determinar se as classificações presentes nos atos governamentais estão em harmonia com o mandamento da igualdade. A classificação é um processo inerente à atividade governamental, o legislador está sempre estabelecendo classificações que procuram promover algum interesse estatal. Esse processo implica necessariamente o tratamento diferenciado entre os indivíduos em função de um determinado fator, criando assim uma classe ou grupo de pessoas que possuem uma característica comum.

109 BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

110 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: JusPodivm, 2014. p. 231- 236.

O princípio da igualdade demanda então que indivíduos similarmemente situados sejam tratados de forma similar.¹¹¹

A exigência de tratamento isonômico entre os membros de uma classe está fundamentada em uma noção de justiça identificada com o preceito da igualdade formal. Todos os seres humanos devem ser tratados igualmente porque todos eles são seres igualmente racionais e autônomos. A norma jurídica deve ser universal, pois ela deve ser formulada em termos inteiramente impessoais. Ela também deve ser pautada pelo princípio da generalidade, o que requer a inclusão quantitativa de todos os membros da classe criada pela norma jurídica e exclusão de todos que não pertencem a ela. Essa exigência de universalidade e generalidade indica o caráter individualista do princípio da igualdade formal: a isonomia formal identifica a noção de justiça com o tratamento simétrico de todos os indivíduos que pertencem a uma mesma classe.¹¹²

A doutrina brasileira entende que quaisquer diferenças existentes nas pessoas ou quaisquer situações jurídicas podem ser utilizadas como forma de tratamento diferenciado. Essa afirmação está baseada no fato de que a violação do princípio da igualdade não decorre apenas da utilização de uma determinada característica como fator de tratamento discriminatório, mas, sim, da relação arbitrária entre essa característica e objetivo da legislação em questão. Vemos então que a existência de uma pertinência lógica entre o critério diferenciador e a finalidade da legislação pode ser apontada como o principal aspecto do processo de verificação da adequação da norma jurídica ao princípio da igualdade. Sabe-se que as normas jurídicas procuram regular circunstâncias concretas por meio dos princípios que estruturam o sistema jurídico. Como a atuação estatal deve estar submetida aos princípios constitucionais, as normas criadas pelo pelas instituições governamentais devem sempre utilizar meios justos para alcançar finalidades estatais legítimas.¹¹³

A violação do princípio da igualdade acontece quando uma norma jurídica diferencia indivíduos ou situações para regulá-las segundo fatores que não guardam uma relação racional com um objetivo estatal legítimo. A conexão lógica entre o fator de discriminação e o objetivo da relação determina, portanto, a validade da regra submetida ao controle de constitucionalidade. Isso significa que a inconstitucionalidade não resulta simplesmente da utilização de determinadas características,

111 MELLO, Antônio Celso Bandeira, *op. cit.*, p. 9-11.

112 *Idem.* p. 26-28.

113 BARROSO, Luis Roberto, *op. cit.*, p. 206.

mas sim da existência de uma relação arbitrária entre essas categorias e o objetivo perseguido pelo ato estatal.¹¹⁴ Um ato estatal pode violar o princípio da igualdade pelos seguintes motivos: ele pode deixar de incluir todos os membros de uma classe, impedindo então a proteção jurídica de todos os membros de uma classe; ele pode também ter efeitos sobre pessoas que não pertencem a uma classe e também utilizar uma forma de classificação expressamente proibida pela legislação sendo então um tipo de tratamento diferenciado que não guarda relação com o interesse público. Vemos então que a exigência da existência de uma diferença relevante para a justificação de um tratamento diferenciado entre pessoas similarmente situadas está, então, relacionada com a necessidade de precisão da correlação entre fator de discrimen e o interesse estatal. Analisaremos cada uma dessas hipóteses nos parágrafos seguintes.

O exame da racionalidade dos atos governamentais parte da análise do tratamento de uma determinada norma em relação a uma classe de indivíduos. Os atos governamentais invariavelmente elegem uma determinada característica pessoal, um tipo de relação jurídica ou uma combinação desses dois elementos para definir uma classe de indivíduos sobre a qual incidirá um tratamento diferenciado. O princípio da razoabilidade exige a demonstração da existência de uma congruência considerável entre o fator de discrimen e um interesse público. Muitos atos governamentais são manifestadamente inconstitucionais porque empregam meios que não são capazes de alcançar um interesse estatal legítimo. Um tipo comum de violação da igualdade acontece quando a norma jurídica deixa de incluir todos os indivíduos que possuem a característica que define uma classe. Como a classificação não inclui todas as pessoas que estão similarmente situadas, a utilização do fator de discrimen exige uma justificação racional. O juiz considerará essa norma inconstitucional quando a exclusão de pessoas está em desacordo com o objetivo que a legislação pretende alcançar. Isso pode ocorrer, por exemplo, quando uma norma estatal estabelece um benefício para uma classe de indivíduos, mas deixa de fora outras pessoas que estão exatamente na mesma situação.¹¹⁵

114 MELLO, Antônio Celso Bandeira, *op. cit.*, p. 37-38.

115 Ver, por exemplo: BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Agravo de Instrumento No. 277.883-9, Órgão Julgador: 1ª Turma, Relatora: Ellen Gracie, DJ 22.06.2001 [afirmando que norma jurídica excluindo funcionário com curso superior de benefícios financeiros não viola o princípio da igualdade porque a lei pretende beneficiar aqueles funcionários que não foram beneficiados com altos salários durante as suas carreiras profissionais]; BRASIL. ▶

Como o princípio da razoabilidade pretende eliminar aqueles critérios que não são suficientemente adequados para a realização dos objetivos estatais, esse ato estatal será considerado inconstitucional porque não existe uma correlação suficientemente adequada entre os dois termos dessa relação. Esse tipo de legislação viola o princípio da igualdade porque está em desacordo com o princípio da generalidade: todas as pessoas situadas em uma classe devem ser tratadas da mesma forma, sem exclusões arbitrárias. Por exemplo, pessoas impedidas de se candidatarem para o cargo de agente policial porque estão abaixo do limite de altura estabelecido pelo edital de um concurso podem alegar que essa norma é discriminatória. O edital deixa de incluir pessoas que possuem habilidades físicas para o exercício das funções do cargo em

▶ Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade No. 1.326-2/SC, Órgão Julgador: Plenário, Relator: Carlos Veloso, 26.09.1997 [decidindo que a exigência de conclusão de curso superior em certas áreas como requisito para o acesso a empregos públicos não viola o princípio da igualdade]; BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade No. 2.652-6/DF, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator: Maurício Correra, DJ 14.11.2003 [declarando a inconstitucionalidade de norma jurídica que excluiu advogados que atuam no setor privado de pagamento de multa por obstrução à justiça]; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial No. 600.365, Órgão Julgador: 2ª Turma, Relator: Franciulli Neto, DJ. 09.04.2004 [garantindo o direito de matrícula a aluno de curso fundamental obrigado a mudar de cidade em função da transferência do pai de uma cidade para outra sob o argumento de que o sistema jurídico não pode garantir tal benefício a alunos de curso superior e excluir os de ensino fundamental]; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Ação Cível, No. 1999.04.01.072109-1, Órgão Julgador: 3ª. Câmara Cível, Relator: Rel. Roger Raupp Rios, DJU 13.02.2000 [declarando a inconstitucionalidade de edital de concurso público que só permitia a inscrição de engenheiros inscritos no CREA sob a alegação de inexistência de relação racional entre esse critério e o objetivo da legislação]; BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, AO 1.0024.04.441587-5/001(1), Órgão Julgador: 8ª Câmara Cível, Relator: 01.12.2005 [negando provimento a recurso sob o argumento de que a restrição de concessão de benefícios aos filhos de funcionários da ativa não viola o princípio da igualdade, porque tal benefício pretende possibilitar cuidados aos filhos desses funcionários enquanto eles enfrentam a jornada de trabalho].

questão, habilidades que não estão necessariamente relacionadas com a altura da pessoa.¹¹⁶

Algumas normas jurídicas violam o princípio da razoabilidade porque incluem pessoas que não pertencem à classe de indivíduos criada pelo ato estatal. Enquanto a forma de classificação anterior deixava de incluir todos os indivíduos de uma classe, indivíduos cuja inclusão guarda uma relação com o objetivo estatal, essa forma de classificação inclui indivíduos que não possuem o mesmo traço distintivo que determina a classe. Temos também, nesse caso, uma violação do princípio da igualdade porque a legislação não utiliza uma forma de classificação adequadamente delineada para o alcance do interesse estatal que a legislação pretende alcançar.¹¹⁷ Como a noção de racionalidade das

116 A doutrina norte-americana denomina essas classificações como *under-inclusive classifications*. Essas classificações não podem ser tidas como racionais porque elas não estabelecem um tratamento simétrico entre os membros de uma determinada classe. Esse preceito levou a Suprema Corte dos Estados Unidos a declarar a inconstitucionalidade de inúmeros atos governamentais ao longo das últimas décadas. Mas devemos lembrar que as políticas públicas sempre utilizam um certo grau de generalização. Os tribunais norte-americanos reconhecem muitas vezes que essas classificações são *under-inclusive*, mas mantêm a constitucionalidade das mesmas. Isso acontece quando o legislador entende que a solução para um determinado problema social demanda a inclusão progressiva de todos os membros de uma determinada classe de indivíduos. A inclusão imediata de todos os membros seria problemática para a consecução de políticas públicas que tem um caráter experimental.

117 Ver, por exemplo: BRASIL. Supremo Tribunal Federal, AR 1.376-4/MG. Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator: Celso de Melo, DJ 16.02.2007 [afirmando que o privilégio de foro perante o STF aplica-se apenas às pessoas que ainda estão titularizadas, não podendo tal benefício ser estendido a ex-ocupantes de cargos ou a ex-titulares de mandatos eletivos]; BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Especial No. 359.444-3/MG, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator: Carlos Velloso, DJ 28.05.2004 [classificando como violador do princípio da igualdade o ato normativo que outorga permissões para a condução de veículos sem qualificação necessária]; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Ação Cível No. 2001.71.00.030423-3, Órgão Julgador: 3. Turma, Relator: Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, DE 26.07.2007 [negando provimento de recurso de decisão que não inclui ex-combatentes do Esquadrão de Suez como beneficiários de pensão especial, sob o argumento que a inclusão desses combatentes estende benefícios a pessoas que não estão incluídas ▶

classificações legislativas está baseada no nível da congruência existente entre a eleição de um tratamento discriminatório e o objetivo estatal legítimo, a inclusão de indivíduos que não pertencem a uma determinada classe aparece como uma demonstração da violação do mandamento da razoabilidade. Aqueles candidatos excluídos do certame poderiam alegar que a exclusão dos mesmos viola o princípio da igualdade porque inclui pessoas que não estão qualificadas para o exercício das atividades de um agente policial. Algumas pessoas que estão acima do limite de altura podem ser fisicamente débeis e não ter a força física requerida para as funções do cargo em questão. Isso significa que a norma inclui pessoas que não estão aptas a atingir um interesse estatal, nesse caso, a segurança pública.¹¹⁸

Mas a análise da racionalidade das classificações legislativas não se restringe ao exame da existência de exclusão ou inclusão arbitrária de membros de uma determinada classe. Uma classificação pode violar o mandamento da igualdade porque a legislação não permite a utilização do *discrimen* em questão. Temos aqui uma violação do princípio da razoabilidade porque o legislador utiliza classificações que não são passíveis de alcançar nenhum objetivo estatal legítimo. Isso acontece sempre que a forma de tratamento diferenciado está baseada em estere-

▶ na norma jurídica que estende tal benefício apenas para ex-combatentes da Segunda Guerra Mundial]; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Ação Cível No. 417.818/CE, Órgão Julgador: 1ª Turma, Relator: Élio Siqueira, 26.07.2007 [afirmando que percentagem de reajuste sobre aposentadoria não se estende aos funcionários que não participaram das negociações trabalhistas, entendimento que não viola o princípio da igualdade].

118 Essas classificações são chamadas de *over-inclusive classifications* na doutrina norte-americana. Ao contrário das *under-inclusive classifications*, os tribunais daquele país raramente reconhecem a constitucionalidade dessas classificações legislativas. O problema dessa forma de classificação legislativa reside no fato de que elas violam o princípio moral segundo o qual as pessoas devem ser atingidas apenas pelas consequências de suas ações. Apesar dos problemas associados com esse tipo de classificação, os tribunais norte-americanos chegaram a manter a constitucionalidade dessas classificações em alguns casos excepcionais. Ver, por exemplo: *Hirabayashi v. United States*, 320 U.S. 81 (1943) e *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944) [mantendo a constitucionalidade de norma que proibia a permanência de todas as pessoas de ascendência japonesa perto de bases militares, o que incluía pessoas de ascendência japonesa nascidas nos Estados Unidos].

ótipos sociais que não guardam quaisquer relações com o exercício de direitos fundamentais. Esses estereótipos têm a função de manter uma ordem social que privilegia certos grupos que comandam o processo político. Muitos órgãos públicos e privados podem recorrer a tratamento discriminatório contra certas categorias de indivíduos, procedimento que viola o princípio da razoabilidade porque constitui uma tentativa de excluir certos grupos de indivíduos de benefícios sociais.¹¹⁹

O processo de interpretação da igualdade requer também a consideração da legitimidade dos interesses estatais perseguidos pela norma jurídica, cabe às cortes determinar a legitimidade do objetivo que a autoridade governamental procurou alcançar com a utilização de uma classificação. Esse exercício requer a análise do problema que a autoridade pretende resolver, como também uma avaliação do custo social da utilização de um critério de tratamento diferenciado. Nem o legislador nem o juiz podem determinar com certeza o grau de congruência entre um fator de tratamento diferenciado e um interesse estatal.

O estabelecimento de políticas públicas requer inúmeras generalizações que podem não guardar uma relação empírica com a realidade social. Os órgãos estatais não poderiam implementar uma política pública se as instituições estatais fossem obrigadas a provar que todos os

119 Ver, por exemplo: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial No. 154.857/DF, Órgão Julgador, 6ª. Turma, Relator: Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ 26.10.1998 [decidindo que a exclusão de uma testemunha pelo simples fato da mesma ser homossexual viola o princípio da igualdade porque a orientação sexual não impede ninguém de atuar como testemunha no processo penal]; BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário No. 377.440/RS, Relator: Moreira Alves – DJ 12.05.2003 [reformando decisão inferior que negou pedido de pensão ao companheiro de uma funcionária pública estadual, sob o argumento de que a Constituição Federal estabelece a igualdade de sexos como um direito fundamental]; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Ação Cível, No. 1999.00.01.003173-5/DF, Órgão Julgador: 1ª. Turma, Relator: Julier Sebastião da Silva – DJ 15.10.2001 [negando provimento interposto pela Política Federal em função de decisão que obrigou aquela instituição a aceitar a inscrição de candidato homossexual por entender que a sua exclusão viola o princípio da igualdade]; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, REO 2005.51.01.025437-3 Órgão Julgador: 6ª. Turma, Relator: Frederico Gueiros, DJU 08.06.2007 [afirmando que a exigência de espera de um ano para o ingresso de aluno aprovado em certame público em função do estabelecimento mínimo de idade dá igualdade de acesso dos cidadãos às instituições escolares].

membros de uma determinada classe possuem um determinado traço. Os tribunais podem chegar à conclusão que a utilização de um fator de discrimen é legítima porque o objetivo estatal ao qual ele está relacionado está constitucionalmente protegido. Um determinado tribunal pode concluir que o estabelecimento de limite de altura atende um interesse estatal legítimo porque pessoas mais altas estão mais capacitadas para proteger a população. A inclusão de pessoas de baixa estatura poderia trazer sérios riscos para a segurança pública e a proteção da população é certamente um interesse estatal constitucionalmente protegido. Algumas pessoas de baixa estatura podem ser mais qualificadas do que pessoas mais altas, mas o aplicador do direito conclui que a altura é uma diferença suficientemente relevante para restringir o acesso de um certo grupo de pessoas a um cargo público.¹²⁰

120 Ver, por exemplo: STF – 2ª T. – RE 140.889-8/MS – Rel. Celso de Mello – DJ 15.12.2000 [mantendo decisão de instância inferior que reconheceu a razoabilidade de se exigir altura mínima para o cargo de delegado da Polícia Federal, pois tal exigência está racionalmente relacionada com as funções do cargo].

**PORQUE
É
ERRADO
DISCRIMINAR?**

5

A pergunta presente no título deste livro requer um estudo sobre as razões pelas quais considerados atos discriminatórios moralmente e juridicamente incorretos. Por que devemos nos preocupar com normas e práticas que trazem desvantagens para as pessoas? Esta questão pode ser respondida a partir de uma perspectiva jurídica, moral, sociológica e política. Embora essas dimensões sejam desenvolvidas em campos distintos do conhecimento, todas elas partem do pressuposto da necessidade de defesa e criação de mecanismos sociais para que as pessoas possam ter uma vida plena. A celebração da dignidade humana como um princípio central do nosso sistema jurídico oferece parâmetros fundamentais para refletirmos sobre essa questão. Práticas discriminatórias são obstáculos à realização de direitos fundamentais e isso significa que o tratamento arbitrário de indivíduos impede que eles possam ter acesso aos meios necessários para uma vida autônoma. Direitos fundamentais são interdependentes, pois o exercício de um direito depende da possibilidade do gozo de outros. Consequentemente, atos discriminatórios afetam diferentes dimensões da vida das pessoas, a permanência desses processos ao longo do tempo faz com que elas estejam em uma situação de perene subordinação. O mesmo problema surge quando analisamos a discriminação a partir de outro aspecto dos direitos fundamentais, a noção de indivisibilidade. Os que são impedidos de ter acesso a direitos de segunda geração encontram dificuldades de realizar seus direitos de primeira geração. Dessa maneira, o caráter interdependente e indivisível dos direitos fundamentais mostra que a vidas das pessoas deve ser vista a partir de um aspecto multidimensional. Discriminar é algo errado do ponto de vista jurídico porque tal comportamento impede o gozo de direitos que possuem importância instrumental para uma vida integrada. Desvantagens impostas a grupos humanos dificultam a realização de objetivos centrais de todos os sistemas jurídicos democráticos: a emancipação humana.¹²¹ É por esse motivo que a situação de Francisco é problemática. A ausência de moradia adequada impede o gozo de boa saúde, o que o torna ainda mais vulnerável.

121 KOLM, Serge-Cristophe. *Modern theories of justice*. Cambridge: MIT University Press, 1996. p. 7-8.

Discriminar significa impor desvantagens a grupos de pessoas, significa agir de forma arbitrária. Ações dessa natureza violam os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, preceitos que regulam a produção, interpretação e a aplicação das normas de direito. Os sistemas jurídicos dos regimes democráticos estão baseados na noção de justiça, o que está diretamente relacionada com a ideia de racionalidade. Agir de forma justa significa agir de forma justificada, e a possibilidade de justificação existe na medida em que um ato ou uma norma pode estar fundada em uma razão válida. O ideal de justiça decorre da expectativa que uma pessoa será tratada de acordo com as normas que governam uma determinada situação jurídica, essa expectativa está fundamentada na noção da justiça como racionalidade.¹²² Práticas que violam a racionalidade imanente ao sistema jurídico, racionalidade baseada no pressuposto de que a produção e a aplicação das leis têm o propósito de realizar a dignidade humana. Ato que violam o dever de que o tratamento dos indivíduos e entre indivíduos deve ser justo criam problemas de outra ordem. Direitos fundamentais não são apenas normas jurídicas, eles têm outra dimensão relevante. Eles possuem um aspecto material que expressa o consenso político de uma comunidade sobre as formas como indivíduos devem ser tratados dentro de uma comunidade política. A discriminação desestabiliza a ordem jurídica porque foge do consenso moral expresso pelas normas legais sobre o tratamento de pessoas. Ato discriminatório violam as diferentes dimensões do princípio da igualdade, o que, mais uma vez, dificulta a realização do princípio da dignidade humana.¹²³

Nossa reflexão também requer algumas considerações éticas importantes. Certos autores afirmam que tratar pessoas de forma discriminatória em função de certos traços é algo reprovável porque eles não possuem relevância moral, motivo pelo qual devemos considerar que isso é um comportamento irracional. Tratar pessoas a partir de fatores arbitrários implica a desconsideração do valor moral delas, razão pela qual o pertencimento a um determinado grupo não deve ter lugar no julgamento dos indivíduos. A irracionalidade também caracteriza outro motivo pelo qual não devemos discriminar pessoas: certas características utilizadas para tratá-las de forma desvantajosas estão fora do controle delas. Assim, uma discriminação negativa contra elas seria errada porque elas não podem escolher fazer parte de um grupo e também porque esse pertencimento não diz nada sobre os seres humanos. Aquele que escolhe

122 KOLM, Serge-Cristophe, *op. cit.*, p. 9-13.

123 Para uma análise das relações entre igualdade e dignidade ver, sobretudo: SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Curitiba: Livraria do Advogado, 2008. p. 81-129.

subtrair algo de alguém está fazendo uma escolha, mas fazer parte do sexo feminino está além da possibilidade de decisão consciente. Fazer diferenciações a partir do *status* de um indivíduo quando se pretende fazer uma discriminação positiva é correto, mas ele será um parâmetro inadequado quando utilizado para desprestigiar alguém.¹²⁴

Kasper Lippert-Rasmussen também afirma que a discriminação é moralmente condenável porque impede a realização de dois objetivos importantes de uma sociedade democrática: a igualdade de oportunidades e a igualdade de resultados. Idealmente, todas as pessoas deveriam ter as mesmas oportunidades para poderem desenvolver suas potencialidades, elas também não deveriam encontrar obstáculos decorrentes de relações assimétricas de poder que impedem o alcance de objetivos, o que seria possível se não fossem expostas a tratamento desvantajoso ao longo da vida. O autor identifica outra razão pela qual podemos dizer que a discriminação é algo moralmente incorreto: ela produz a exclusão social. Mecanismos discriminatórios são geralmente estáveis, eles sustentam processos de estratificação que mantêm certos grupos em uma situação de exclusão social permanente. O mesmo autor menciona um motivo adicional pelo qual atos discriminatórios devem ser proscritos: eles estão baseados em uma animosidade em relação a certos grupos, atitude que tem origem em estados mentais que expressam opiniões inadequadas sobre esses indivíduos. Mais do que exprimir um estado mental que tem origem em estereótipos negativos, a discriminação se manifesta por meio do desrespeito. A discriminação baseada em preconceitos impede a criação de relações sociais baseadas no reconhecimento da dignidade de todas as pessoas, ou seja, na possibilidade de uma pessoa ser reconhecida como um membro competente da comunidade política.¹²⁵

Embora considerações sobre a motivação subjetiva da discriminação façam parte de todas as reflexões sobre esse tópico, algumas teorias sobre a inadequação moral da discriminação enfatizam as consequências objetivas de práticas discriminatórias. Os que escrevem a partir dessa perspectiva argumentam que a discriminação deve ser condenada principalmente em função de seus sentidos sociais e não apenas em função das motivações pessoais por trás delas. Deborah Hellman caracteriza a discriminação como uma expressão objetiva da negação do reconhecimento de uma pessoa como um agente que merece o mesmo respeito que deveria ser dispensado a todos os membros da comunidade política. Para ela, discriminar significa aviltar ou degradar alguém em

124 LIPPERT-RASMUSSEN, Kasper, *op. cit.*, p. 105-107.

125 *Idem*, p. 114-117.

função de certas características que a sociedade trata de forma negativa, embora não tenham relevância moral. Discriminar implica a existência de uma relação assimétrica de poder entre atores sociais: os envolvidos possuem *status* distintos, o que permite aos grupos dominantes expressar desprezo por aqueles que são membros de minorias. Atos que aviltam alguém encontram base nas representações culturais sobre minorias, eles expressam esses sentidos sociais por meio de atitudes de desprezo entre pessoas que possuem *status* social distintos.¹²⁶

Autores, como Axel Honneth, afirmam que devemos condenar a discriminação porque ela produz problemas que afetam suas vítimas de outra forma relevante. Por estarem baseadas em estigmas sociais sobre grupos minoritários, atos discriminatórios impedem que as pessoas possam desenvolver uma compreensão positiva de si mesmas. Os direitos possuem uma dimensão intersubjetiva e isso significa que eles têm uma função central na forma como as pessoas se representam. Aqueles sujeitos sociais que são excluídos de oportunidades sociais não têm a possibilidade de construir uma imagem positiva de si mesmos porque não são reconhecidos como pessoas competentes para atuar na esfera pública.¹²⁷ Os direitos são um instrumento de promoção do

126 HELLMAN, Deborah, *op. cit.*, p. 34-37.

127 Ver nesse sentido BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental No. 186, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator: Ricardo Lewandowski, 24.04.2012 (declarando a constitucionalidade de ações afirmativas no ensino superior sob o argumento de que elas são um instrumento importante para a formação de uma liderança negra, elemento importante para a construção de uma imagem positiva de grupos raciais minoritários); BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental No. 132. Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator: Carlos Ayres Brito, 05.05.2011 (afirmando que o tratamento isonômico entre homossexuais e heterossexuais tem um papel central na formação da cidadania cívico-moral dos membros de minorias sexuais). O mesmo argumento está presente na jurisprudência de tribunais estrangeiros. ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte de Massachusetts, *Goodridge v. Department of Public Health*, 440 Mass. 309 (2003) (argumentando que o Estado não pode usar o seu poder regulador para afetar a dignidade humana dos indivíduos negando acesso a direitos necessários para a definição da identidade pessoal); CANADÁ. Supremo Corte. *Halpern v. Canada*, [2003] S.C.C.A No. 337 (QL) (afirmando que a dignidade humana está relacionada com o respeito próprio e o sentimento de valorização pessoal que as pessoas sentem em relação a si mesmas, o que decorre da integridade psicológica dos indivíduos).

reconhecimento da dignidade das pessoas. Isso significa que a negação de direitos é também uma negação da humanidade. Aqueles que não têm sua humanidade reconhecida também enfrentam dificuldades de desenvolver um sentimento de respeito pelo outro, o que abre espaço para o conflito social. Honneth argumenta que a história cultural está repleta de episódios nos quais grupos minoritários são invisíveis para os membros de grupos dominantes. Isso decorre da dificuldade do reconhecimento da igualdade moral das pessoas, uma vez que elas apreendem grupos minoritários a partir dos esquemas mentais que eles mesmos criam e circulam para legitimar seus interesses. Por esse motivo, discriminar é algo errado porque dificulta ou impede o estabelecimento de processos de reconhecimento mútuo da igual humanidade das pessoas.¹²⁸

Amartya Sen argumenta que a exclusão social produzida nas interações pessoais ou decorrente da operação de mecanismos institucionais traz consequências negativas para toda a sociedade. Ele estabelece uma relação direta entre liberdade e desenvolvimento: para Sen, o respeito pelos seres humanos implica o apoio ao desenvolvimento e exercício de algumas habilidades ou capacidades fundamentais, principalmente a seleção e escolha de oportunidades sociais. Para o referido autor, a noção de capacidade representa a liberdade que uma pessoa tem de escolher diferentes estilos de vida, levando-se em consideração as possibilidades que estão presentes na sociedade na qual ela vive. Essas capacidades englobam liberdades substantivas e instrumentais que permitem o indivíduo construir um projeto de vida de sua escolha. Assim, o acesso de uma pessoa a direitos sociais permite que ela esteja em uma posição na qual diversas possibilidades estão abertas. A falta deles impede que ela tenha a liberdade de escolher diferentes caminhos para a sua existência devido ao estado de privação na qual ela se encontra.¹²⁹

Tendo em vista o papel das capacidades para a afirmação e expansão da liberdade de agir dos indivíduos, devemos voltar a nossa atenção para o aspecto instrumental das liberdades para o desenvolvimento. Como afirma Sen, esse aspecto está relacionado com a articulação entre as diferentes capacidades. As liberdades individuais estão interligadas porque um tipo de liberdade contribui para o avanço de outras. O autor afirma que as liberdades têm um caráter constitutivo e instrumental. O aspecto constitutivo decorre do papel delas na garantia de uma vida

128 HONNETH, Axel. *The struggle for recognition: the moral grammar of social conflicts*. Cambridge: MIT Press, 1996. p. 131-142.

129 SEN, Amartya. *Capability and well-being*. In: SEN, A; NUSSBAUM, M. (Eds.). *The quality of life*. Oxford: Oxford University Press, 1993. p. 30-31.

plena. Tais liberdades incluem todos aqueles direitos necessários para o funcionamento de uma pessoa dentro de uma sociedade, tais como o acesso a direitos sociais que permitam ter bases materiais necessárias para o desenvolvimento de suas capacitações. Também podemos citar as capacidades necessárias para que o sujeito possa tomar parte da vida política da sociedade na qual ele vive, além daquelas garantias necessárias para que ele possa atuar como um ser autônomo no espaço público e privado. O autor classifica de liberdades instrumentais aquelas que contribuem de forma direta ou indireta para a expansão de outros tipos de liberdade. Ato discriminatório impede que as pessoas possam exercer a liberdade de ser e de buscar o bem-estar, o que indiretamente traz consequências negativas para toda a sociedade porque eles também impedem o desenvolvimento social. Por esse motivo, a discriminação seria errada porque ela impede que a sociedade como um todo possa usufruir das habilidades que os indivíduos podem desenvolver.¹³⁰

Kenneth Karst pensa que a discriminação compromete o funcionamento da democracia porque esse regime político está baseado no princípio da cidadania, uma categoria que pressupõe o reconhecimento de todos os membros da comunidade política como pessoas merecedoras da mesma consideração e respeito. A cidadania implica uma forma de igualitarismo moral necessário para o funcionamento de uma sociedade fundada em princípios morais. Para o autor, a noção de cidadania está centrada no ideal do pleno pertencimento, o que pode acontecer quando a sociedade procura implementar uma ética de respeito mútuo e estima recíproca. Isso significa que as diferentes categorias de direitos deverão ser estendidas a todos para que eles possam sentir-se como membros da sociedade. Por esse motivo, a discriminação impede a afirmação da cidadania, porque ela reproduz estigmas sociais responsáveis pela construção do outro como seres incapazes de atuar no espaço público de forma competente. Estigmas sociais que legitimam a discriminação são incompatíveis com o propósito da expansão e afirmação da cidadania, embora nem todas as desigualdades entre pessoas produzem o estigma, as desigualdades, afirma o autor, pressupõe a inferioridade da pessoa. Segundo Karst, a existência de estigmas já é uma violação de direitos.¹³¹

Se alguns teóricos afirmam que a discriminação é algo ruim porque expressa animosidade em relação a certos grupos ou porque ela expres-

130 SEN, Amartya. *Development as freedom*. Boston: Anchor Books, 1999. p. 13-35.

131 KARST, Kenneth. Foreword: Citizenship Equal citizenship under the Fourteenth Amendment. *Harvard Law Review*. v. 91, n. 1, p. 3-10, 1977.

sa sentidos sociais que degradam pessoas, outros asseveram que ela é altamente problemática porque afeta o *status* dos membros de grupos sociais. Os que defendem essa perspectiva afirmam que o princípio da igualdade possui uma dimensão emancipatória, pois ele objetiva eliminar as diferenças de *status* entre grupos.¹³² A discriminação seria algo problemático porque causa danos ao *status* de grupos sociais, o que pode acontecer de duas formas. Alguns alegam que a discriminação deve sempre ser condenada porque afeta o *status* cultural dos grupos sociais, o que dificulta ou impossibilita o reconhecimento deles como participantes competentes dentro do mundo político. Outros argumentam que a discriminação é moralmente reprovável porque causa danos ao *status* material das pessoas, o que também dificulta a existência dessas pessoas dentro do mundo social.

Segundo Andrew Koppelman, a primeira posição parte do pressuposto de que o princípio da igualdade pretende modificar ou eliminar valores culturais que estigmatizam membros de grupos minoritários. Estereótipos representam certos segmentos como essencialmente inferiores, motivo pelo qual as pessoas deixam de ter acesso a oportunidades materiais e ao reconhecimento da igual dignidade, dois requisitos para o pleno desenvolvimento humano. Para os seus formuladores, a circulação dessas falsas generalizações viola os ideais igualitários associados à noção de cidadania, uma construção baseada na afirmação do igual valor moral de todos os membros da sociedade política. Estigmas legitimam práticas que promovem a exclusão de grupos dos benefícios abertos aos demais membros da sociedade, algo contrário ao objetivo

132 Ver nesse sentido BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial No. 238715/RS, Órgão Julgador: 6ª. Turma, Relator: Barros Monteiro, DJ 02.10.2006 (afirmando que homossexuais não são cidadãos de segunda categoria e que a opção sexual não diminui direitos ou a dignidade humana para justificar a garantia de direitos previdenciários a casais formados por pessoas do mesmo sexo); BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª. Região, Ação Cível No. 2002.51.01.019576-8, Órgão Julgador: 7ª. Turma, Relator: Sérgio Schwartz, 04.07.2007 (argumentando que a recusa de se reconhecer as uniões homoafetivas como uniões estáveis decorre de preconceito contra a homossexualidade, o que impede o acesso a direitos necessários a uma vida digna); BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Ação Cível, No. 598362655, Órgão Julgador: 8ª. Câmara Cível, Relator: José Siqueira Trindade, 01.03.2000 (dizendo que os princípios estruturantes do nosso sistema constitucional procura eliminar processos responsáveis pela subordinação social, o que justifica o reconhecimento das uniões homoafetivas como uniões estáveis);

da defesa da autonomia pessoal, o que também impede a construção e o fortalecimento de uma sociedade pluralista.¹³³ Outros autores que escrevem dentro dessa tradição, nos diz Andrew Koppelman, estão preocupados com a tarefa de construir um parâmetro de interpretação da igualdade que leva em consideração as diferenças de *status* material. A consideração da experiência social torna-se importante dentro dessa visão porque a igualdade material considera a posição dos grupos dentro da estrutura social. Assim, no lugar da consideração do indivíduo como ponto de partida para a aplicação da igualdade, a perspectiva em questão reconhece grupos como objetos de proteção jurídica, pois a situação deles está diretamente ligada aos destinos sociais da comunidade à qual eles pertencem. A desigualdade estrutural aparece como um problema em função de processos que geram relações assimétricas de poder, uma realidade contrária ao ideal emancipatório que anima o princípio da igualdade.¹³⁴

Alguns teóricos argumentam que tratamentos discriminatórios afetam o *status* de grupos sociais de uma forma ainda mais profunda. Eles asseveram que a persistência de atos discriminatórios e a constante circulação de estigmas que os legitimam permitem a criação de grupos sociais que se tornam castas com uma vivência social distinta. Não estamos falando de pessoas que ocupam os lugares mais baixos na estrutura de classes. Essas pessoas sofrem um processo de isolamento social porque não são reconhecidas como seres humanos. Por esse motivo, elas vivem em uma situação de ostracismo porque muitos acreditam que o contato com elas é algo degradante e perigoso. Embora façam parte da sociedade, esses indivíduos não conseguem ter sua dignidade

133 Ver nesse sentido BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade No. 3300, Relator: Celso de Mello, DJ 09.02.2006 (referindo-se ao pluralismo como princípio constitucional que justifica o reconhecimento das uniões homoafetivas); BRASIL Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial No. 395.904, Órgão Julgador: 6ª. Turma, Relator: Hélio Quaglia Barbosa, DJ 06.02.2005 (estendendo direito previdenciário a um companheiro homossexual sob o argumento de que cabe às instituições estatais, por meio dos direitos fundamentais, a criação de uma sociedade multicultural e hiperinclusiva); BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Ação Cível No. 1.0024.06.930324-6/001(1), Órgão Julgador: 7ª. Câmara Cível, Relator: Heloisa Combat, 22.05.2007 (afirmando que o reconhecimento da diferença pelo sistema jurídico constitui uma exigência do atual paradigma constitucional, doutrina baseada no pluralismo social)

134 KOPPELMAN, Andrew. *Antidiscrimination law and social equality*. Nova Haven: Yale University Press, 1998. p. 50-75.

reconhecida, o que os coloca em uma situação de verdadeiras castas, de grupos que vivem à margem da sociedade. Essas categorias aparecem regularmente dentro das sociedades humanas, mesmo dentro de democracias liberais; isso autoriza que eles sejam tratados de forma inferior por todas as pessoas, sendo que elas se sentem autorizadas a agir de forma arbitrária. Processos discriminatórios que geram situações como essas são inteiramente condenáveis porque as pessoas não podem ser responsabilizadas por certas formas de *status*, o caso de pertencimento a grupos étnicos ou raciais. Condenar certos segmentos populacionais a uma situação de completo ostracismo social ofende os princípios básicos sobre os quais os regimes democráticos estão constituídos. A criação de castas implica a criação de uma mentalidade que autoriza as pessoas a discriminar certos grupos em função de certas formas de *status* e a violência física e simbólica são incompatíveis com os valores humanitários que regulam os regimes democráticos.¹³⁵

135 FARBER, Daniel; SHERRY, Suzanna. The pariah principle. *Constitutional commentary*. v. 13, n. 2, p. 265-271, 1996.

DISCRIMINAÇÃO

DIRETA

E

DISCRIMINAÇÃO

INDIRETA

6

Examinaremos neste capítulo as duas manifestações da primeira geração de teorias de discriminação: a discriminação direta e a discriminação indireta. A primeira corresponde à compreensão comum desse termo dentro da cultura jurídica da maior parte das sociedades liberais: um ato discriminatório que envolve intencionalidade e arbitrariedade. Verificaremos que sua formulação teórica é bem mais complexa do que aquela apresentada por muitos juristas, atores que geralmente a compreendem apenas como um afastamento do dever de tratamento igualitário. Teremos a oportunidade de estudar outra teoria que demonstra de forma clara as limitações dessa primeira formulação da discriminação: a discriminação indireta.

Observaremos que os pressupostos da discriminação direta, embora relevantes para identificar práticas excludentes, não permitem um diagnóstico adequado da situação de muitos grupos sociais, já a discriminação indireta surge em um momento no qual os operadores do direito reconhecem o papel da complexidade das relações sociais no processo de interpretação da igualdade, o que torna problemática a afirmação de que atos discriminatórios acontecem apenas em função de motivações irracionais.

1. Discriminação direta

A movimentação política em torno da proteção dos direitos de grupos minoritários ao longo das últimas décadas teve um papel fundamental no avanço da igualdade em muitas sociedades contemporâneas. O constitucionalismo moderno estabeleceu o tratamento isonômico entre todas as pessoas perante as normas jurídicas, mas sistemas de exclusão social ainda permitem a discriminação sistemática de grupos minoritários. Em função do sucesso de muitas lutas pela afirmação e expansão da democracia, várias jurisdições começaram a declarar a ilegalidade de atos discriminatórios baseados em certos critérios, sendo que essas proibições adquiriram *status* constitucional. A vedação legal de tratamento desvantajoso baseado nesses parâmetros

é o elemento central da noção de *discriminação direta*. Esse tipo de tratamento arbitrário possui um caráter comparativo: a identificação da discriminação direta exige que a demonstração de que uma pessoa não seria tratada de forma desvantajosa se fosse membro de um grupo semelhante. Parte-se então do pressuposto de que uma mulher como Tauana não seria impedida de ter acesso a uma promoção se ela fosse branca. A raça aparece como o elemento a partir do qual essas duas mulheres são comparadas e tratadas.¹³⁶

O conceito de igualdade jurídica entre os diferentes grupos está fundamentado no princípio de que pessoas igualmente situadas devem ser tratadas de forma igual. Esse ideal de justiça simétrica estabelece que um agente não pode tratar outro de forma desfavorável quando comparados a partir de um determinado critério moralmente e juridicamente irrelevante. A discriminação direta implica uma violação do princípio do dever do tratamento simétrico entre indivíduos, como também, geralmente, envolve o tratamento desvantajoso de grupos que possuem características que são socialmente salientes.¹³⁷ A discriminação direta dirige-se frequentemente a certas classes como minorias raciais e sexuais, categorias que são construídas culturalmente como pessoas de menor valor. O pertencimento a um determinado grupo passa a ter uma significação em diversos âmbitos da vida social, sendo razão frequente para a imposição de um tratamento desvantajoso.¹³⁸ Por esse motivo, as legislações de diversos países instituíram regras que não

136 FREDMAN, Sandra. *Op. cit.*, p. 166-167.

137 Ver nesse sentido: BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª. Região, PR 21082-2008-11-9-0-6, Órgão Julgador: 4ª. Turma, Relator: Luiz Celso Napp, 09.11.2010 [considerando a dispensa de mulheres grávidas um ato de discriminação direta que viola direitos fundamentais]; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 10ª. Região, Recurso Ordinário 930200501610007, Órgão Julgador: 1ª. Turma, Relatora: Elaine Machado Vasconcelos, 27.04.2007 [afirmando que programas de ações afirmativas não podem ser caracterizadas como discriminação direta porque essas medidas não têm a função de impor um tratamento desvantajoso a um determinado grupo racial].

138 Ver nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial No. 154.857, Órgão Julgador: 6ª. Turma, Relator: Luiz Vicente Cernichiaro, 26.10.1998 [afirmando que a exclusão de uma testemunha em função de sua orientação sexual constitui uma forma de discriminação incompatível com a ordem jurídica nacional]; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª. Região, Apelação em Mandado de Segurança no. 16.366, Órgão Julgador: 2ª. Turma, Relator: Souza Prudende, 17.12.2014 [con-

permitem a eleição de certos elementos como critérios para tratamento diferenciado. Raça e sexo são exemplos mais comuns, sendo que a orientação sexual também adquiriu o mesmo *status* em tempos mais recentes.¹³⁹ Vemos então que o conceito de discriminação direta possui um caráter relativo porque está fundamentado em uma comparação entre pessoas, sendo que sua identificação depende da existência de um tratamento desfavorável de uma pessoa em relação a outra a partir de um determinado critério. O conceito parece sugerir que a solução para o problema depende da restauração da situação anterior ao ato discriminatório, o que possibilitaria a manutenção da justiça simétrica entre as partes envolvidas.¹⁴⁰

A discriminação direta tem também um caráter *interpessoal*, implicando assim um tratamento favorável ou desfavorável de uma pessoa em relação a outra, sendo ela baseada em estereótipos sociais sobre membros de um determinado grupo. Ela pode ocorrer quando estereótipos negativos e positivos atuam na mente das pessoas para determinar como um agente se relaciona nas suas interações sociais. Essas falsas generalizações motivam comportamentos discriminatórios que podem se expressar de formas distintas. Um agente pode evitar contato com um indivíduo particular, impedir que ele tenha acesso a uma oportunidade, garantir uma vantagem ou preferir se associar a outra pessoa por acreditar que ela faz parte de um grupo que supostamente possui uma característica socialmente valorizada. Aquele empregador que garante uma vaga de chefia a um homem o discrimina de forma positiva e comete uma discriminação negativa em relação a mulheres por acreditar que pessoas do sexo masculino possuem características ausentes no sexo feminino. Esse ato discriminatório tem como fundamento estereótipos sexuais sobre as qualidades de homens e mulheres, características que são construídas como aspecto natural dos sexos. Devemos ter em mente que a discriminação interpessoal não se restringe à ação daqueles que tratam indivíduos de forma desvantajosa. Ela pode assumir um caráter passivo, o que implica a omissão de uma pessoa em agir quando presencia atos discriminatórios. É o caso dos clientes que permanecem em um restaurante mesmo tendo visto uma pessoa negra ter sido impedida de entrar naquele estabelecimento. Isso

siderando ilegal a exclusão de um candidato a agente da polícia federal em função de sua suposta homossexualidade].

139 LIPPERT-RASMUSSEN, Kasper, *op. cit.*, p. 30-31.

140 FREDMAN, Sandra. *Op. cit.*, p. 168-169.

acontece porque eles também não querem manter contato social com minorias raciais.¹⁴¹

Sabemos que a discriminação direta implica as noções de intencionalidade e de arbitrariedade, mas estes não são seus únicos pressupostos. David Wasserman nos diz que a discriminação direta contém uma série de aspectos, sendo que cada um deles possui uma dimensão moral específica. A discriminação direta acontece quando uma pessoa deixa de tratar outra como um indivíduo, como uma pessoa que possui particularidades distintas de todas as outras. Isso significa que ele não é julgado a partir dos seus próprios méritos ou características. Esse tratamento arbitrário decorre de seu pertencimento a um grupo, onde o agente discriminador acredita que o discriminado é inferior a ele. O desprezo por membros de determinadas classes de pessoas baseado em estereótipos negativos motiva várias práticas que criam desvantagens sistêmicas para indivíduos em várias situações sociais.¹⁴² A intencionalidade e arbitrariedade são elementos particularmente importantes para a identificação da discriminação direta, sendo que muitos dizem ser eles os aspectos essenciais de atos discriminatórios.

A discriminação direta decorre de uma característica ou um *status*, sendo que o primeiro tem papel central na definição do segundo, o que motiva o tratamento menos favorável quando comparado a pessoas que não possuem aquele traço. Devemos insistir no aspecto relacional dessa forma de discriminação, porque ela é medida em comparação com pessoas que formam um grupo congênere. Assim uma alegação de discriminação racial implica a consideração de como pessoas do grupo racial dominante seriam tratadas em situação semelhante. Em função desse caráter comparativo, a pessoa que busca remédio para sua situação precisa demonstrar de forma específica o parâmetro a partir do qual foi discriminada. Além disso, os que dizem ser discriminados também precisam determinar que o motivo da discriminação está baseado em um traço que pertence a um grupo ao qual eles pertencem. A mulher então precisa comprovar que sua exclusão do emprego se deu em função da gravidez, uma característica diretamente ligada às mulheres.¹⁴³

Lawrence Blum argumenta que parâmetros de proteção especial envolvem relações assimétricas entre grupos. Sabemos que a discriminação

141 FEAGIN, Joe; VERA, Hernan; BATUR, Pinar. *White racism: the basics*. Londres: Routledge, 2001. p. 67-69.

142 WASSERMAN, David, *op. cit.*, p. 806.

143 RONALDS, Chris; RAPER, Elizabeth, *op. cit.*, p. 32-35.

direta tem um caráter comparativo, ela também parte do pressuposto de que esses parâmetros são moralmente benignos, um dos motivos pelos quais não deveriam ser critério para discriminação. Mas embora grupos como negros e brancos, e homens e mulheres possuam equivalência moral, a mera comparação entre eles pode encobrir assimetrias significativas porque os membros desses grupos estão situados de forma estruturalmente desigual. Por esse motivo, não poderíamos classificar medidas que procuram promover a integração de minorias como discriminatórias porque negros e brancos não estão em uma situação de simetria absoluta. Assim, o uso desses parâmetros de proteção especial tem significações diferentes dependendo do contexto quando aplicado a diferentes grupos. A raça designa grupos que estão em uma situação assimétrica porque brancos não estão submetidos aos processos de subordinação que negros são vítimas.¹⁴⁴

Outro elemento da discriminação direta que precisa ser adequadamente examinado é o conceito de tratamento desfavorável, pois pode ter vários sentidos. Ele pode implicar, por exemplo, que alguma pessoa deixou de ter acesso a um benefício ou oportunidade que deveria estar disponível a ela. Isso implica então uma negação da igualdade moral de uma pessoa em função de uma característica ou *status*.¹⁴⁵ Deborah Hellman utiliza termos mais contundentes, porém importantes para caracterizar o sentido da expressão desfavorável. A discriminação é um ato que expressa desrespeito ou desprezo por outra pessoa, sendo que tal possibilidade ocorre em função de estereótipos negativos, mas também porque existem relações assimétricas de poder entre os grupos aos quais as pessoas envolvidas em um ato de discriminação pertencem. Por esse motivo, o tratamento desfavorável significa não apenas degradar, porque reproduz padrões sociais responsáveis pela subordinação dos membros de um grupo.¹⁴⁶

O conceito de discriminação direta aparece como a referência central do princípio antidiscriminatório: as pessoas não devem ser tratadas de forma injusta em função de características que não possuem relevância moral. Esse princípio serve para construir uma sociedade igualitária e

144 BLUM, Lawrence. Racial and other asymmetries. A problem for the protected categories framework for anti-discrimination thought. In: HELLMAN, D.; MOREAU, S. *Philosophical foundations of discrimination law*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 185-195.

145 RONALDS, Chris; RAPER, Elizabeth, *op. cit.*, p. 35-36.

146 HELLMAN, Deborah. *Op. cit.*, p. 34 - 35.

livre de estigmas que dificultam a afirmação da igualdade. Essa compreensão de discriminação permanece como a referência central no processo de decisão judicial, mas muitos elementos demonstram a sua incompletude. O foco no critério de comparação como evidência de discriminação denota o seu caráter procedimental: ela é uma violação do dever de tratamento simétrico entre as pessoas. Se por um lado ela permite a proteção de indivíduos que estão sendo excluídos a partir de fatores ilegais, ela também possibilita o questionamento da violação desse preceito da simetria por indivíduos contrários a políticas de caráter inclusivo que procuram proteger grupos e não indivíduos. O conceito de discriminação direta pressupõe que as pessoas são discriminadas a partir de um único vetor e também que a imposição de um tratamento desvantajoso requer a existência da intenção de discriminar. Portanto, considerações sobre o contexto social não devem ter relevância, uma vez que ela está focada na situação atual dos sujeitos sociais concretos. Além disso, essa perspectiva está baseada na premissa de que atores sociais sempre atuam racionalmente, a discriminação seria então um desvio desse padrão e, assim, só pode ser compreendida como um elemento comportamental. Portanto, ela não possui um aspecto coletivo, nem pode estar ligada ao funcionamento de instituições.

2. A Discriminação indireta

O tipo de tratamento discriminatório examinado na seção anterior designa o entendimento tradicional do conceito de discriminação. As pessoas são tratadas de forma diferenciada e desvantajosa por motivos que não podem ser juridicamente ou moralmente justificados. Portanto, essa forma de discriminação acontece quando o ideal igualitário que anima o conceito de justiça simétrica é desrespeitado. Mas, ao contrário do que se pensa, a exclusão social pode ocorrer mesmo na ausência objetiva da intenção de discriminar um indivíduo e também em situações nas quais não há a utilização de formas de diferenciação legalmente vedadas. Uma norma jurídica, política pública ou decisão institucional podem obedecer ao princípio da generalidade, não sendo dirigidas a nenhum grupo específico. Porém, a sua aplicação pode ter um efeito desproporcional sobre uma determinada classe de indivíduos, o que caracteriza a *discriminação indireta*. Uma norma dirigida à generalidade das pessoas, não fazendo, portanto, menção a quaisquer características pode ter efeitos discriminatórios. Ela afeta negativamente membros de um grupo porque atores públicos e privados não levam em consideração todos os efeitos que uma norma ou prática pode ter no *status* social de

diferentes segmentos. Por esse motivo, um ato que estabelece uma mesma consequência jurídica a todas as pessoas pode afetar grupos específicos que já sofrem as consequências de outras formas de exclusão.

O conceito de discriminação indireta surgiu na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, mais especificamente no caso *Griggs v. Duke Power*. Essa decisão discutia a constitucionalidade de uma norma que exigia o segundo grau e uma nota mínima em um teste de aptidão aplicado a todos os candidatos a emprego ou transferência entre os diferentes setores da fábrica. Embora as exigências fossem dirigidas a todas as pessoas, elas tinham um impacto negativo sobre negros em função das disparidades de acesso à educação existentes durante o período de segregação oficial que tinha deixado de vigorar poucos meses antes da adoção dessa medida. A norma reproduzia os mesmos padrões existentes durante o período de segregação: quase a totalidade dos candidatos que satisfaziam essa exigência eram brancos. Os juízes chegaram à conclusão que a ausência de motivação não impede a caracterização da discriminação quando a operação de uma norma também implica em um tratamento desvantajoso para alguém, mesmo que isso não represente uma intenção presente na norma jurídica.¹⁴⁷

Segundo Sandra Fredman, a discriminação indireta tem sido incorporada em vários documentos legais. Apesar das diferentes formulações, ela geralmente engloba três princípios. Primeiro, a norma ou prática em questão trata as pessoas de forma igual; ela é dirigida à generalidade dos indivíduos. Não há a presença clara de uma forma de *discrimen* que possa caracterizar uma motivação negativa, pelo menos não diretamente. Portanto, a discriminação indireta está marcada pela ausência da intencionalidade explícita de discriminar pessoas. Isso pode acontecer porque a norma ou prática não leva em consideração ou não pode prever de forma correta as consequências da norma. Mas isso também pode ser produto de uma intenção encoberta de discriminar membros de um determinado grupo. Então, algumas vezes, a norma jurídica não menciona diretamente uma característica de um determinado grupo, mas emprega um elemento que está fortemente associado a certos segmentos por razões sociais ou históricas. É o caso de normas ou práticas que utilizam a classe social, fato que pode afetar minorias raciais de forma desproporcional em função da marginalização econômica desses grupos.

147 ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 US 404 (1971).

Segundo, deve haver um impacto desproporcional em alguns grupos que já sofrem desvantagens. Esse impacto negativo aumenta o nível de opressão dos membros desse grupo, impedindo que eles possam atingir os mesmos propósitos que membros de outros grupos com os quais possam ser comparados. Se a discriminação direta geralmente expressa práticas discriminatórias contra indivíduos, a discriminação indireta tem um caráter coletivo, pois tem como pressuposto a identificação de formas que afetam grupos específicos como um todo. Assim, a avaliação da desvantagem requer uma análise de como pessoas de um determinado grupo está sendo impactado em relação a pessoas que pertencem a outro grupo com as quais elas possam ser comparadas.¹⁴⁸

Terceiro, deve-se levar em consideração se esse impacto desproporcional pode ser justificado tendo em vista os objetivos que a norma ou prática pretende alcançar. O fato que a norma estabelece uma mesma exigência ou a mesma consequência para todas as pessoas precisa então ser avaliado a partir da racionalidade que guarda com um propósito. Isso é necessário porque os elementos da norma ou prática podem ser dirigidos a todas as pessoas, mas elas podem expressar um objetivo de excluir grupos específicos.¹⁴⁹

David Wasserman observa as relações entre a discriminação direta e a indireta. Para ele, há uma linha de continuidade histórica entre as duas formas de discriminação. A discriminação indireta ocorre porque ela perpetua a situação de desvantagem social. Ela existe em função da tolerância de práticas discriminatórias dentro de uma sociedade. Se a discriminação direta cria padrões de discriminação que promovem a estratificação de certos grupos, a discriminação indireta os reproduz quando essa mesma sociedade permite o tratamento desvantajoso de grupos minoritários. Assim, normas facialmente neutras podem acentuar

148 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de descumprimento de preceito fundamental No. 291, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator: Luis Roberto Barroso, 28.10.2015 [tornando ilegal artigo do Código Penal Militar supostamente referente a todos, mas que tinha um impacto negativo sobre homossexuais]; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª. Região, Recurso Especial em Apelação No. 2008.71.00.002546-2/RS, Relator: Elcio Pinheiro de Castro, 05.05.2010 [reconhecendo que ações afirmativas procuram eliminar as consequências da discriminação indireta que afeta minorias raciais, o que as impede de entrar nas instituições universitárias].

149 FREDMAN, Sandra. *Op. cit.*, p. 177-180.

a exclusão social em função das assimetrias de poder que persistem dentro de uma sociedade.¹⁵⁰

Se os conceitos de igualdade de oportunidades e de justiça simétrica nos ajudam a compreender a lógica de funcionamento da discriminação direta, as noções de igualdade de resultados e justiça distributiva oferecem elementos importantes para analisarmos o tipo de discriminação em questão. Parte-se do pressuposto de que a falta de uma representação balanceada dos diferentes segmentos sociais, por exemplo, na força de trabalho, pode significar que a discriminação indireta está operando. Acredita-se que os membros de diferentes segmentos sociais deveriam estar proporcionalmente representados nas várias esferas e ocupações em uma sociedade na qual o princípio da igualdade opera de forma adequada. Mas pode existir algum obstáculo ao alcance desse resultado, sinal de que algum procedimento impede o seu próprio alcance. Por estar associada à noção de igualdade de resultados, a verificação da discriminação indireta depende muitas vezes de demonstração estatística, elemento que um número significativo de tribunais brasileiros se recusa a reconhecer como prova de discriminação. Talvez a discrepância do número de empregados negros e brancos no banco mencionado no início deste livro não ocorra em função de discriminação institucional. Isso pode acontecer porque o acesso a esses postos aconteça pela indicação de outros funcionários, fator que tem um impacto negativo sobre negros porque a maioria dos funcionários são brancos de classe média, grupo que podem manter interações com negros, mas que convivem primordialmente com pessoas do mesmo grupo racial.¹⁵¹

150 WASSERMAN, David, *op. cit.*, p. 811.

151 FREDMAN, Sandra. *Op. cit.*, p. 177.

**DISCRIMINAÇÃO
INTERSECCIONAL
E
DISCRIMINAÇÃO
MULTIDIMENSIONAL**

7

Se a teoria da discriminação indireta teve um papel importante no desvelamento de mecanismos discriminatórios que permaneciam invisíveis para o sistema jurídico, as teorias examinadas neste capítulo propõem uma análise ainda mais profunda da ação de fatores de tratamento diferenciado nos processos de exclusão social. Elas partem do pressuposto de que não podemos identificar processos discriminatórios de forma adequada sem o conhecimento da pluralidade de identidades individuais. Sujeitos sociais estão imersos em diversas relações assimétricas de poder, sendo que elas sempre se entrecruzam, o que os torna vulneráveis de diversas maneiras. Essas duas teorias demonstram de forma clara que sistemas de opressão racial operam de forma conjunta para promover a subordinação de certos grupos.

1. A discriminação interseccional

Alguns acontecimentos históricos foram responsáveis pela revisão das teorias de discriminação de primeira geração: a discriminação direta e indireta. Embora elas continuem sendo relevantes, o avanço da compreensão dos mecanismos responsáveis pela exclusão social apontou suas limitações. Uma das razões mais significativas para esse fato diz respeito à ênfase no caráter comparativo da discriminação, elemento responsável pela reprodução da percepção de que as pessoas são discriminadas a partir de um único vetor. Esse aspecto começou a ser questionado na medida em que algumas teorias jurídicas passaram a oferecer outros parâmetros para a compreensão das relações de poder dentro da sociedade. Certos autores elaboraram uma crítica severa aos pressupostos liberais do discurso jurídico, tais como a noção de que as pessoas existem socialmente apenas como indivíduos, a representação dos seres humanos como sujeitos que possuem uma existência integrada, a afirmação de que a igualdade possui um caráter essencialmente comparativo e a análise procedimental desse princípio. Isso ocorreu porque o discurso liberal impede o reconhecimento de que relações assimétricas de poder ocorrem mesmo em sociedades liberais. Eles argumentam que o liberalismo não oferece elementos suficientes para

combater o problema das desigualdades, principalmente por causa da defesa de um igualitarismo estrito como única forma de combater as inequidades estruturais entre grupos raciais. Princípios liberais encobrem relações assimétricas de poder que têm um papel central na forma como sujeitos e lugares sociais são construídos, motivo pelo qual a análise do papel do direito na reprodução dessa realidade precisa ser adequadamente examinada.¹⁵²

A crítica ao liberalismo é também dirigida à forma como as diferenças entre grupos sociais são tratadas. Tendo em vista o fato de que os sujeitos são concebidos como pessoas que possuem identidades unificadas, demandas de discriminação precisam fazer referência a um grupo específico em relação ao qual um grupo sofre desvantagem. A discriminação da mulher acontece a partir da diferenciação indevida baseada no sexo, enquanto homens não seriam submetidos a esse tratamento. A discriminação racial é produto de tratamento desvantajoso decorrente da raça dos indivíduos, membros do grupo racial majoritário não seriam vítimas de tratamento arbitrário na mesma situação. Assim, as mulheres devem ser comparadas aos homens, e negros devem ser comparados aos brancos para que a alegação de discriminação possa ser considerada legítima. Mas a luta simultânea pelos direitos civis de minorias raciais e sexuais foi um momento central no processo de transformação nos estudos sobre discriminação. Primeiro porque os estudiosos perceberam que fatores como racismo e sexismo não são apenas processos que se afastam do ideal do tratamento igualitário. Eles funcionam como sistemas de dominação, determinando a vida das pessoas nas mais diferentes situações. Segundo porque esses sistemas de dominação não operam de forma isolada, mas atuam de forma conjunta para promover a exclusão. Em função disso, feministas negras começaram a questionar a legitimidade da formulação das demandas por igualdade racial porque os líderes desse movimento eram quase todos homens e eles não consideravam a especificidade da experiência feminina. Elas também se sentiam insatisfeitas com as direções do movimento feminista, pois suas líderes também não estavam atentas à forma como o racismo afeta as mulheres negras.¹⁵³

Essas feministas formularam uma teoria de discriminação que leva em consideração a convergência do racismo e do sexismo como fatores de exclusão. A teoria da *discriminação interseccional* está baseada na premissa

152 DELGADO, Richard; STEFANCIC, Jean. *Critical race theory: an introduction*. Nova York: New York University Press, 2001. p. 5-8.

153 HOOKS, Bell. *Ain't I a woman?: black women and feminism*. Boston: South End Press, 1999. p. 87-120.

de que essa luta requer a consideração das diferentes formas de discriminação a que muitos sujeitos sociais estão submetidos. A interpretação da igualdade apenas a partir de um único parâmetro de comparação encobre a experiência de grupos sociais que sofrem as consequências da convergência de mecanismos discriminatórios. A discriminação sexual não pode ser examinada apenas a partir da comparação com a forma como um homem seria tratado em uma situação similar. Também não se pode examinar uma alegação de discriminação racial levando em consideração se uma pessoa branca seria tratada de forma indevida na mesma situação. Não se trata apenas da verificação se as pessoas que estão sendo tratadas de forma diferente estão igualmente situadas, mas sim do aspecto estrutural dos sistemas de opressão que colocam esses indivíduos em situações inteiramente desiguais. Isso significa que esses indivíduos são discriminados a partir de diferentes vetores de discriminação, o que as coloca em uma situação distinta de homens negros e mulheres brancas.¹⁵⁴

Minorias raciais e sexuais nunca estarão similarmente situadas a grupos majoritários em função da ação conjunta dos sistemas de opressão. Por isso, também é preciso considerar como outras variáveis atuam dentro de uma situação de exclusão. Pensar a questão da igualdade apenas a partir de um aspecto comparativo ignora a forma como as desigualdades de *status* cultural e material afetam a vida das pessoas. A teoria da discriminação interseccional parte do pressuposto de que a luta contra a discriminação requer a consideração daqueles que sofrem diferentes formas de opressão, pois a consideração da discriminação como algo que opera apenas a partir de um único vetor contribui para a permanência das hierarquias sociais existentes. Esses autores criticam as relações binárias a partir das quais o sistema jurídico pensa a questão da igualdade porque as pessoas não estão situadas em relação a um único grupo, mas em relação a vários deles. Além disso, a relação entre esses grupos não é sempre uma relação de paridade, mas, sim, uma relação de desigualdade estrutural, realidade frequentemente ignorada por raciocínios jurídicos baseados em premissas liberais.¹⁵⁵

No artigo inaugural sobre essa teoria, Kimberlé Crenshaw analisa a situação das mulheres negras que são vítimas de violência doméstica. Ela afirma que essas mulheres estão em uma situação particular porque

154 DELGADO, Richard; STEFANCIC, Jean, *op. cit.*, 52-57.

155 CRENSHAW, Kimberlé. Demarginalizing the intersection of race and sex: A black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics. *University of Chicago Legal Forum*. v. 1989, n. 1, p. 145, 1989.

a situação na qual se encontram é comumente analisada a partir de fatores isolados. As interseções entre racismo e sexismo não são consideradas em função da tradição de se pensar as experiências de exclusão a partir de um único fator. Mas não se pode compreender a situação de mulheres negras sem a análise da ação simultânea desses vetores de discriminação, o que torna os membros desse grupo estruturalmente diferentes das pessoas que pertencem aos grupos dominantes.

Crenshaw reconhece a relevância da política da identidade na articulação de direitos, mas afirma que ela também apresenta problemas porque nem sempre se reconhece a diversidade interna dos grupos minoritários. Esse fato faz com que as experiências de certos segmentos de uma minoria sejam diferentes da dos demais, muitos deles não experienciam a discriminação da mesma forma porque compartilham algum tipo de privilégio com os grupos majoritários. Vemos que a maioria dos sujeitos não estão apenas em uma posição de privilégio ou em uma situação de subordinação, as pessoas ocupam diferentes posições dentro das estruturas de poder existentes dentro de uma sociedade. Homens negros sofrem as consequências da discriminação racial, mas são beneficiados pelo sistema patriarcal, o que os diferencia das mulheres negras. Mulheres brancas e negras sofrem igualmente as consequências do sexismo, mas as primeiras compartilham os privilégios decorrentes de serem brancas. As mulheres negras formam uma minoria dentro de uma minoria por enfrentarem a exclusão a partir de vetores distintos. Mais especificamente, a experiência social da mulher negra é marcada pela ação concomitante do racismo e do sexismo. Isso significa que um ideal de igualdade como tratamento simétrico não é capaz de promover a plena inclusão desse grupo porque elas possuem uma identidade interseccional: a experiência delas não pode ser compreendida sem a consideração simultânea da ação desses dois vetores de discriminação.¹⁵⁶

O conceito de interseccionalidade rejeita a noção de homogeneidade social pressuposta pela defesa de um igualitarismo estrito entre grupos sociais ao reconhecer as identidades múltiplas que um indivíduo pode ocupar e as relações de poder que existem entre elas. Essas considerações são particularmente relevantes para a luta contra as formas de subjugação presentes dentro de sociedades que são divididas em função de elementos como raça e sexo. Por esse motivo, a análise da igualdade a partir de um único vetor mostra-se problemática porque as relações assimétricas de poder não existem apenas entre grupos sociais majoritários e minoritários, mas também entre os diferentes segmentos

156 CRENSHAW, Kimberlé, *op. cit.*, p. 166-167.

presentes dentro de um mesmo grupo social. Essas minorias dentro de minorias estão em uma situação jurídica e política diferenciada por serem vítimas de discriminação que atuam de forma simultânea. Segundo os parâmetros dessa teoria, as pessoas não existem fora de relações de poder, sendo que todos indivíduos estão situados em múltiplos lugares sociais. As discriminações sofridas por esses indivíduos são reproduzidas dentro dos diferentes grupos aos quais eles pertencem. As mulheres negras são excluídas em função da ação do racismo, situação que as define como uma minoria racial. Porém, a situação de opressão também se reproduz dentro dessa comunidade em função da sua condição de mulher. Elas podem se articular enquanto membros do sexo feminino, um grupo que sofre processos de exclusão social, mas elas ainda sofrerão as consequências de serem uma minoria racial dentro desse grupo específico.¹⁵⁷

Deve-se ter em mente que a interseccionalidade possui um caráter estrutural e um caráter político. A ação conjunta de sistema de opressão como o racismo e o sexismo impede que mulheres negras possam ter as mesmas chances de trabalho que as mulheres brancas. Essa desvantagem material as coloca em uma situação de vulnerabilidade que fomenta a violência contra elas porque ficam em uma situação de dependência econômica de parceiros abusivos. Assim, a noção de discriminação interseccional designa as formas como vetores específicos de discriminação confluem para formar uma vivência social particular construída a partir das formas como racismo e sexismo restringem simultaneamente as oportunidades de um grupo social. Deve-se ter em mente que essas formas interseccionais de opressão não são produzidas de forma intencional como se postula na concepção tradicional de discriminação. Muitas vezes são consequência de uma forma de opressão que interage com outras já existentes, produzindo assim a continuidade da exclusão.¹⁵⁸

Mas a interseccionalidade também possui um caráter político porque a experiência da mulher negra não aparece como referência para a formulação de demandas de justiça elaboradas por líderes comunitários. A experiência delas torna-se, então, invisível dentro do processo político e a dificuldade de mobilização política desse grupo contribui ainda mais

157 MAY, Vivian. *Pursuing intersectionality, unsettling dominant imaginaries*. Nova York: Routledge, 2015. p. 212-213.

158 CRENSHAW, Kimberle. Mapping the margins. Intersectionality, identity politics, and violence against women of color. *Stanford Law Review*. v. 36, n. 5, p. 1249-1450, 1990.

para agravar esse problema.¹⁵⁹ Por esse motivo, os autores que trabalham com essa teoria enfatizam a importância da sua concepção como uma *estrutura de compreensão* das relações sociais e também como uma *prática social* que deve orientar as ações políticas. Por esse motivo, as estratégias de emancipação social devem estabelecer o propósito de desvelar as interações entre os diversos sistemas de opressão, os indivíduos não podem atingir uma existência plena se não conseguem se ver livres de diferentes formas de desvantagem social. Um objetivo dessa natureza só pode ser alcançado na medida em que falsas relações binárias são abandonadas, elemento que está por trás do raciocínio do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que declarou a inconstitucionalidade de ações afirmativas. A decisão parte do pressuposto de que os processos de exclusão social estão baseados fundamentalmente na classe social, posição que claramente ignora as múltiplas determinações da experiência social dos indivíduos.

A premissa segundo a qual as pessoas são oprimidas, a partir de diferentes vetores de discriminação, é uma referência importante para a crítica de uma concepção liberal dos direitos fundamentais, perspectiva que reproduz a ideia de que as pessoas possuem experiências sociais inteiramente semelhantes. Essa teoria cumpre um papel importante para a análise do discurso dos direitos, porque ela demonstra que a defesa de um igualitarismo estrito pode ser uma forma de reprodução de desigualdades sociais. Por esse motivo, interpretações procedimentais da igualdade permitem a reprodução de estruturas de opressão, porque desconsideram o caráter estrutural das experiências sociais dos sujeitos humanos. Afirmamos anteriormente que a teoria da discriminação direta continua sendo relevante, mas seu caráter comparativo reproduz relações binárias ao determinar que as pessoas precisam sempre ser comparadas com grupos cognatos para provar a discriminação. A interseccionalidade expande nossa compreensão do mundo porque expande uma premissa da discriminação direta ao reconhecer que práticas discriminatórias não apenas pressupõem relações hierárquicas de poder, mas também a ação conjunta de diferentes sistemas de opressão. Dessa forma, ela abre espaço para reconhecermos que as lutas pela emancipação social também não se resumem ao esforço para a liberação de um único grupo social porque esse grupo possui uma variedade interna. Mais uma vez, essa teoria indica a necessidade de desconfiarmos de discursos de direitos baseados na ideia de um senso comum de humanidade. Universalizar a experiência humana, argumento frequente daqueles que são contra ações de inclusão racial, pode ser um discurso estratégico que dificulta a luta contra a opressão.

159 *Idem.* p. 1243-1248.

2. A teoria da multidimensionalidade de opressões

A teoria da interseccionalidade teve um papel de fundamental importância nos estudos sobre discriminação, mas alguns autores começaram a apontar seus limites para a análise da exclusão de grupos minoritários. O primeiro problema deles é a identificação da situação das mulheres negras como único grupo submetido a duplas formas de discriminação. Outros grupos também podem ser considerados como minorias dentro de minorias. Isso porque o racismo e o sexismo não são os únicos sistemas de controle sociais responsáveis pela subordinação de minorias raciais, esse entendimento oferece elementos restritos para a identificação das diferentes tipos de discriminação. As pessoas também sofrem desvantagens sistemáticas em função da ação conjunta da regulação social sobre a classe e a sexualidade, razão pela qual elas devem ser utilizadas na avaliação dos mecanismos de exclusão social. Assim, a *teoria da multidimensionalidade* propõe um estudo da opressão a partir de diferentes vetores de discriminação que determinam a experiência social dos indivíduos. Essa perspectiva da atuação paralela de diversos sistemas de opressão nas sociedades permite que tenhamos uma compreensão dos vários fatores que concorrem para promover processos de estratificação.¹⁶⁰

Argumenta-se que a comunidade negra está composta por pessoas de sexos diferentes que possuem vivências sociais distintas, mas também por pessoas que possuem uma orientação sexual dissidente, além dos que sofrem as consequências da marginalização econômica. Esse tem sido um dos principais motivos pelos quais a questão da identidade se tornou um ponto central na atual jurisprudência: o sujeito humano deve ser visto a partir das várias posições que ele ocupa dentro da realidade social. Aqueles que são discriminados em função da orientação sexual podem também ser oprimidos por causa da identidade racial, o que gera a exclusão econômica. A racialização da sexualidade e a sexualização da raça provocam desigualdades de *status* cultural e de *status* material que atingem heterossexuais e homossexuais dentro da comunidade negra. A concepção tradicional de discriminação direta permite a formulação de demandas de remédio para tratamento arbitrário, mas apenas a partir de um determinado vetor de discriminação. Mas a exclusão social acontece ao longo de diversas frentes, isso significa que políticas destinadas à promoção da integração de grupos apenas a partir de um elemento

160 HUTCHINSON, Darren Lenard. Ignoring the sexualization of race heteronormativity, critical raced theory and anti-racist policy. *Buffalo Law Review*. v. 41, n.1, p. 1-16, 1999.

podem não emancipar todos os seus membros. Deve-se também levar em consideração o fato de que a multidimensionalidade problematiza as próprias formas como demandas de justiça são elaboradas por grupos minoritários: demandas de justiça racial devem também construir estratégias contra formas de racismo sexista e também contra o racismo homofóbico, uma vez que é necessário considerar as várias formas como os sistemas de subordinação atuam de forma integrada.¹⁶¹

Assim, políticas universais que usam apenas a classe social como medida de inclusão não serão capazes de integrar minorias raciais porque elas sofrem uma série de problemas decorrentes de desigualdade de *status*. A questão da multidimensionalidade de discriminações também indica que um ideal de justiça identificado apenas com a questão de redistribuição é insuficiente para a afirmação da igualdade porque muitas pessoas são discriminadas por terem identidades consideradas como desviantes. A igualdade exige também uma transformação cultural destinada à eliminação de falsas generalizações sobre os indivíduos. Uma pessoa negra sofre marginalização econômica em função da raça, mas também enfrenta o problema de prisões arbitrárias, evidência de que estereótipos raciais presentes na nossa cultura reproduzem a desigualdade na consideração do valor moral desse ser humano. Assim, temos que considerar a experiência complexa dos seres humanos tendo em vista a multidimensionalidade de opressões por eles sofrida.¹⁶²

Os conceitos de interseccionalidade e de multidimensionalidade indicam dois caminhos possíveis para compreendermos o princípio da igualdade no mundo atual. É preciso considerar, em primeiro lugar, que a interpretação tradicional da igualdade a partir de um único fator de comparação parte do pressuposto de que indivíduos possuem uma experiência social unificada, o que permite tratá-los a partir da noção de simetria. Essa perspectiva mostra-se problemática porque eles possuem uma pluralidade de identidades, o que torna a comparação um elemento inadequado para tratar pessoas que estão em situações estruturalmente diferentes. O conceito de justiça simétrica parte do pressuposto de que as relações sociais dentro de uma sociedade liberal estão isentas de hierarquias sociais, o que leva o intérprete a

161 HUTCHINSON, Darren Lenard. "Gay rights" for "gay whites"?: Race, sexual identity, and the equal protection clause. *Cornell Law Review*. v. 85, n. 6, p. 1365-1372, 2000.

162 ABRAMS, Kathryn, *op. cit.*, p. 341-344.

interpretar uma norma sem considerações do contexto social no qual os sujeitos vivem.¹⁶³

As perspectivas referidas também mostram que precisamos examinar a questão da igualdade a partir das diferentes posições que os sujeitos ocupam dentro dessas relações de poder que permeiam a sociedade. A multiplicidade de identidades dos sujeitos humanos implica que eles estão posicionados de diferentes maneiras em relação a diferentes fatores de comparação. Assim, mais do que pensar o indivíduo como termo de comparação, deve-se também observar a posição que esse sujeito ocupa dentro das relações sociais. O conceito psicanalítico de posições de sujeito nos ajuda aqui a compreender a peculiaridade da experiência humana na realidade social: a identidade e a posição social do sujeito são criadas e recriadas dentro de uma rede de sentidos culturais que funcionam como uma estrutura que dá sentido à experiência dele. Por esse motivo, a igualdade precisa estar baseada em uma equivalência entre as diferentes formas de lutas emancipatórias, ponto de partida para a compreensão desse princípio como um mecanismo de transformação social.¹⁶⁴

Esse argumento adquire relevância quando consideramos um aspecto importante da discriminação: o essencialismo. Por um lado, esse termo designa tanto o pensamento do agente discriminador que atribui características imutáveis a membros de certos grupos. Estereótipos dificilmente são modificados por causa da carga emotiva que eles carregam. De outro, o essencialismo aparece no próprio discurso político de grupos minori-

163 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade No. 3300-1, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator: Carlos Ayres Britto. 21.03.2013 [classificando a igualdade constitucional como um princípio que pretende garantir a igualdade proporcional entre grupos por meio de medidas que reconhecem as disparidades reais entre eles, o que torna a interpretação da igualdade como um princípio que exige o tratamento simétrico em todas as situações inadequada]; BRASIL. Tribunal Federal da Quinta Região, Ação Cível 525985, Órgão Julgador: 3ª. Turma: Relator: Luis Alberto Gurgel de Faria, 01.09.2011 [afirmando a constitucionalidade de cotas raciais porque elas procuram eliminar as disparidades entre grupos raciais no Brasil, forma para se alcançar a igualdade constitucional]; BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Apelação Cível No. 3055, Órgão Julgador: 4ª. Turma Cível, Relator: Paschoal Carmello Leandro, 19.05.2009 [classificando ações afirmativas como medidas que procuram materializar a igualdade constitucional, princípio que prevê a possibilidade de medidas que tratam os que estão desigualmente situados de forma desigual].

164 LACLAU, Ernesto. *Emancipation(s)*. Nova York: Verso, 1996. p. 1-20.

tários ao pressupor que todos seus membros têm a mesma experiência social. Por causa das diferenças de poder presentes nos diversos movimentos sociais, alguns grupos possuem mais poder social do que outros. Isso significa que suas lideranças não engajam necessariamente com as diversas formas de opressão existentes dentro do grupo, o que impede a expressão política de pessoas que sofrem múltiplas formas de exclusão. O essencialismo promove ainda uma tensão entre segmentos sociais porque muitos de seus membros pensam que suas lutas não possuem quaisquer pontos em comum. Isso impossibilita transformações sociais mais amplas porque a luta contra a opressão depende da coalizão entre diversos grupos, principalmente porque mecanismos de exclusão são comuns a várias dessas formas de marginalização.¹⁶⁵

As duas teorias acima analisadas são particularmente relevantes para o estudo dos processos de exclusão social porque elas mostram a natureza múltipla dos critérios de tratamento utilizados para comparar indivíduos. A raça é uma categoria que demonstra de forma clara que esses fatores são produtos de uma construção social na qual aspectos de outros elementos estão presentes. Classificar a raça como um traço biológico de uma pessoa impede a percepção das formas como outros aspectos também a definem. Se por um lado ela estrutura estereótipos baseados na atribuição de características negativas a aspectos fisiológicos, por outro ela serve como um fator definidor da posição social da pessoa. Ela também é uma expressão de uma sexualidade marginalizada em função das formas como negros e negras são representados. A sexualização da raça e a racialização da sexualidade é então mais uma demonstração de como um critério de comparação é composto de diversas dimensões, outro motivo pelo qual a luta pela emancipação social precisa ocorrer ao longo de diversas frentes em função da multiplicidade interna dos fatores de discriminação.¹⁶⁶

165 HUTCHINSON, Darren Lenard. Out yet unseen: a racial critique of lesbian and gay of legal theory and political discourse. *Connecticut Law Review*. v. 29, n. 2, p. 620-630, 1997.

166 HUTCHINSON, Darren Leonard. Ignoring the sexualization of race: heteronormativity, critical race theory and anti-racist politics. *Buffalo Law Review*. v. 47, n. 1, p. 1-25, 1999.

DISCRIMINAÇÃO
INCONSCIENTE
E
DISCRIMINAÇÃO
ORGANIZACIONAL

8

As teorias analisadas neste capítulo correspondem ao que alguns autores chamam de segunda geração de teorias de discriminação. Elas tratam de um tema particularmente relevante para o nosso estudo: a problematização da noção de intencionalidade. Temos aqui teorizações que procuram demonstrar como mecanismos de exclusão social atuam mesmo dentro de uma cultura social e jurídica que proscreve a discriminação. Embora essas mudanças tenham permitido a eliminação de diversas formas de discriminação direta por meio da designação de parâmetros especiais de proteção jurídica, a própria dinâmica do poder social preserva diversas formas de exclusão que podem ocorrer mesmo em instituições cujo funcionamento é inteiramente regulado por normas que buscam alcançar a igualdade.

1. A discriminação inconsciente

Dissemos na introdução deste livro que a compreensão da discriminação como um comportamento intencional é um obstáculo significativo para o sucesso da luta contra formas de opressão nas sociedades contemporâneas. Observamos que esse pressuposto equivocadamente assume que atos discriminatórios seriam exceções a uma ordem social que supostamente trata todas as pessoas igualmente. O requisito da intencionalidade implica então que as relações sociais estão geralmente pautadas em relações de equidade e que atos discriminatórios são motivados por razões arbitrárias que podem ser identificadas e punidas. Essa compreensão da dinâmica social desconsidera um aspecto importante do funcionamento da mente humana: atos discriminatórios podem ocorrer, mesmo quando não correspondem à intenção consciente do sujeito. Vimos que os estereótipos atuam como verdadeiros esquemas mentais por meio dos quais as pessoas classificam suas experiências, eles acabam por influenciar o comportamento individual de diversas formas. Os conteúdos sociais presentes nos diferentes tipos de representações culturais sobre minorias também motivam as reações inconscientes dos indivíduos, fazendo com que eles discriminem os outros, mesmo não estando conscientes disso.

A *discriminação inconsciente* designa aqueles atos que afetam o julgamento do agente sobre membros de outros grupos, sendo que ele não está ciente das motivações de seu comportamento. Ela pode ser classificada como inclinações pessoais que determinam a preferência ou a rejeição de membros de determinados grupos, sem que essa preferência seja acompanhada de um julgamento consciente sobre eles. A dinâmica inconsciente do preconceito está relacionada com os diferentes tipos de regulação cultural de atitudes individuais. Na medida em que o racismo deixa de ser socialmente aceitável, ele passa a atuar no plano inconsciente, da mesma forma que a cultura rejeita atos racistas, a mente humana reprime suas manifestações conscientes. Mas isso não significa que ele não deixa de determinar o comportamento dos indivíduos de uma forma ou de outra, pois as associações negativas de outros grupos continuam a determinar a forma como as pessoas são categorizadas. Um empregador pode tentar ser objetivo na sua avaliação da competência dos candidatos a um emprego, mas falsas ideias sobre certas classes de pessoas podem fazer com que a sua decisão de empregar um ou outro candidato possa ser consequência da ação inconsciente de falsas percepções de grupos sociais.¹⁶⁷

Se a teoria psicanalítica proporciona elementos para compreendermos essa dinâmica, a psicologia cognitiva também pode contribuir de forma significativa para esse debate. A discriminação inconsciente decorre de uma série de processos que se alimentam mutuamente. Como a categorização é um elemento central do processo cognitivo, as pessoas estão sempre classificando os outros a partir de normas culturais explícitas ou implícitas, sendo que muitas vezes os sujeitos humanos passam a atuar a partir delas sem um prévio exame de sua veracidade. Essas categorias mentais são emocionalmente investidas, o que as torna um parâmetro do comportamento individual consciente e inconsciente, sendo que quanto maior esse investimento, maior será o nível de preconceito de uma pessoa contra pessoas de certos grupos. Essas categorias psicológicas são produto da maturação de processos culturais que se desenvolvem por um longo período de tempo. Embora muitos indivíduos sejam capazes de reconhecer as simples produto de estereótipos, elas continuam atuando na mente das pessoas no plano inconsciente. Esses conteúdos operam então como verdadeiros esquemas mentais que aparecem como uma estrutura cognitiva que contém representações sobre um determinado elemento da realidade, seus atributos e as relações entre eles. Podemos pensar esses esquemas como informações gerais sobre membros de uma

167 LAWRENCE III, Charles. The id, the ego, and equal protection: reckoning with unconscious racism. *Stanford Law Review*. v. 39, n. 2, p. 317-388, 1987.

classe de objetos, esquemas que fornecem parâmetros para a generalização do comportamento deles. Eles permitem que as informações colhidas pelos sentidos possam ser adequadamente processadas, o que permite ao indivíduo se situar dentro do mundo à sua volta.¹⁶⁸

Mas esses esquemas mentais não operam apenas segundo padrões lógicos que nos permitem extrair sentidos das relações entre os diferentes atributos de um objeto ou indivíduo. Os processos cognitivos operam segundo valores ou sentidos apreendidos no processo de socialização. Características como raça e sexo não são atributos naturais, eles são investidos de sentidos por aqueles grupos que têm o poder simbólico para determinar o valor que certos grupos podem ter e o lugar que eles podem ocupar dentro da sociedade. Assim, raça e gênero aparecem como categorias a partir das quais nós classificamos indivíduos, mecanismos que seguem os esquemas mentais reproduzidos e internalizados. Vários sentidos conscientes e inconscientes são imediatamente ativados quando interagimos com membros de certos grupos, nossas reações adquirem um caráter automático quando nos deparamos com pessoas que possuem características que correspondem aos nossos esquemas mentais. Esses esquemas mentais possuem uma dimensão cognitiva porque estão baseados nas associações que fazemos sobre classes de indivíduos. Mas eles também possuem um aspecto emocional porque refletem emoções de natureza positiva ou negativa que nutrimos em relação a certos segmentos sociais, emoções associadas não apenas com representações culturais, mas também com a posição do indivíduo dentro da estrutura de poder presente em uma sociedade e com seu interesse em mantê-la.¹⁶⁹

A operação desses esquemas mentais problematiza a posição do tribunal que indeferiu o pedido de implementação de ação afirmativa em um banco privado. O desembargador que proferiu a decisão partiu do pressuposto de que atores sociais agem de forma racional e transparente. Como estereótipos atuam de forma automática e também inconsciente, um agente sempre pode encontrar alguma razão excluir minorias como restrições sobre a postura corporal do indivíduo, a forma como ele se veste, o tom da voz da pessoa, questões que provavelmente não seriam levadas em consideração se o candidato fosse branco, heterossexual e do sexo masculino.

168 KRIEGER, Linda Hamilton. The content of our categories: a cognitive approach to discrimination and equal employment opportunity. *Stanford Law Review*. v. 47, n. 4, p. 1188-1199, 1994.

169 KANG, Jerry, *op. cit.*, p. 1499-1505.

2. Discriminação organizacional

A persistência da exclusão social de grupos minoritário no mercado de trabalho levou pesquisadores a enfatizar a influência de alguns aspectos pouco explorados nas teorias anteriores. Se discriminação direta e a discriminação interseccional pressupõem a existência da intencionalidade, a *teoria da discriminação organizacional* considera o papel de processos inconscientes e da cultura institucional na discriminação de certas classes de indivíduos no âmbito profissional. Seus elaboradores afirmam que as normas antidiscriminatórias fundadas nas noções de intencionalidade e arbitrariedade não são capazes de proteger grupos minoritários de forma satisfatória. Elas permitem a proteção dessas parcelas da população contra diferentes formas de discriminação direta, mas características como raça e sexo ainda continuam a influenciar a tomada de decisões nas empresas de forma encoberta. Aqueles que ocupam posições de comando ainda são motivados por preconceitos inconscientes, pois essas pessoas vivem em uma cultura que reproduz estereótipos negativos sobre minorias cotidianamente.

Desvantagens sociais no mercado de trabalho não estão relacionadas apenas com práticas discriminatórias. Elas também decorrem das preferências por pessoas do mesmo grupo, elemento demonstrado por muitos estudos de psicologia social. Estereótipos sobre grupos minoritários permitem o desenvolvimento da crença que só pessoas do próprio grupo possuem qualidades positivas, o que determina padrões de interação pessoal. O ponto mais relevante sobre a discussão sobre discriminação organizacional é a prevalência de atitudes preconceituosas em pessoas que são comprometidas com ideais igualitários. Embora defendam a necessidade do mesmo tratamento entre todas as pessoas, elas ainda atuam segundo estereótipos, o que determina a forma e com quem elas se associam. Tal fato tem consequências significativas quando ela pertence a grupos majoritários, indivíduos que controlam o acesso a posições de trabalho. A ação dessas atitudes no plano inconsciente influencia fatores importantes nas decisões sobre contratações e promoções, todos relacionados com sentimentos de animosidade ou simpatia por grupos de pessoas com maior ou menor escrutínio das qualificações do candidato e o tipo de pergunta feitas a membros de grupos minoritários.¹⁷⁰

Os constantes processos de categorização dos indivíduos são meios pelos quais os conteúdos culturais são reproduzidos, fatores responsáveis pela preservação de diferentes formas de exclusão social que não estão

170 BAGENSTOS, Samuel R. The structural turn and the limits of anti-discrimination law. *California Law Review*. v. 94, n. 1, p. 6-7, 1996.

associados à intencionalidade. Esses valores afetam a percepção das pessoas em diferentes situações, mas como o elemento da intencionalidade não está presente, a comprovação do mesmo torna-se difícil. Em função do fato de que a legislação reconhece apenas a discriminação direta ou indireta, aqueles mecanismos excludentes decorrentes de processos inconscientes responsáveis pela subordinação social permanecem sem contestação. A influência dos preconceitos implícitos não apenas motiva a discriminação, como também promove o favoritismo de pessoas por membros do mesmo grupo. A desconfiança de provas estatísticas impede que padrões decisórios baseados na raça ou no gênero dos indivíduos possam constituir evidência de práticas excludentes. Para os autores da teoria estrutural, programas de ação afirmativa têm uma função importante no combate à discriminação, porque funcionam como um mecanismo contra discriminação direta e indireta. Mais do que isso, os programas de ações afirmativas parecem atenuar a força de estereótipos negativos na medida em que as pessoas convivem com grupos minoritários.¹⁷¹

Podemos dizer que a discriminação organizacional reproduz no espaço de trabalho padrões de interação social existentes na esfera pública. Se relações assimétricas na esfera pública permitem que grupos majoritários controlem diferentes dimensões da vida social, elas atuam na esfera organizacional atribuindo poder de decisão a esses indivíduos, pela ação inconsciente de estereótipos, pela preferência por pessoas que possuem certas qualidades identificadas com membros dos grupos dominantes.

Além desses fatores, a discriminação organizacional ocorre em função da construção de uma cultura institucional que cria perfis profissionais ideais. Esses perfis são descritos de forma genérica, mas eles são frequentemente construídos a partir de características de grupos dominantes. Assim, se a cultura institucional identifica a assertividade como um requisito para o acesso a cargos de chefia, normas culturais que associam essas categorias com homens heterossexuais excluem mulheres em função da crença segundo a qual membros desse grupo não possuem essas características. A construção dessa cultura institucional não aparece diretamente como um comportamento discriminatório, mas indiretamente afeta certas classes de pessoas. Todos podem potencialmente alcançar esses cargos, mas a

171 CHARNY, David; MILATI, G. Mitu. Efficiency-wages, tournaments, and discrimination: a theory of discrimination for high-level jobs. *Harvard Civil Rights Civil Liberties Review*. v. 33, n. 1, 1998, p. 62-72; DONOHUE, John J. Employment discrimination law in perspective: three concepts of equality. *Michigan Law Review*. v. 92, n. 6, p. 2587-2597, 1993.

operação de estereótipos inconscientes faz com que empregadores automaticamente escolham homens heterossexuais para exercer essas funções.¹⁷²

Para Devon Carbado, a discriminação organizacional pode se manifestar ainda de outra forma. A existência de uma cultura institucional força empregados a se comportarem de uma maneira específica para evitarem discriminação, mas essas normas nem sempre são objetivamente formalizadas. Tal fato torna difícil examinar outro ponto importante do processo de discriminação que envolve a pressão exercida sobre empregados para evitar a reprodução de estereótipos que podem gerar práticas discriminatórias. Isso significa que a expressão de formas identitárias distintas da dos grupos majoritários pode prejudicar a vida profissional das pessoas, fazendo com que elas escondam parte da sua identidade pessoal. Por esse motivo, empregados estão frequentemente negociando formas de expressão de identidade dentro do ambiente de trabalho para que possam se ajustar às expectativas estabelecidas pelo empregador. A intenção de maximizar as chances de permanecer e conseguir avançar na vida profissional requer então que uma pessoa homossexual mantenha sua orientação sexual em segredo. Esse cálculo parece ser correto quando ele considera que qualidades valorizadas pela instituição estão sempre associadas a pessoas heterossexuais. Esse processo não acontece apenas uma vez, mas ele faz parte de uma estratégia comportamental que precisa ser reproduzida cotidianamente para que ele possa evitar a discriminação.¹⁷³

Kenji Yoshino explora de forma mais pormenorizada o fenômeno apontado por Carbado. Para esse autor, a assimilação faz parte da experiência de muitos grupos que vivem em uma sociedade marcada por relações assimétricas de poder. Eles são constantemente pressionados a esconder dimensões da identidade para que possam evitar práticas discriminatórias. Isso acontece porque membros desses grupos estão sempre a afastar-se dos estigmas culturais para que suas chances de inclusão social não sejam diminuídas. Três estratégias são utilizadas para alcançar esse objetivo. Isso pode acontecer por meio de um processo de *conversion* no qual alguém altera sua identidade, caso da pessoa homossexual que assume um estilo de vida heterossexual para esconder sua real sexualidade para que não seja discriminada. Temos também o fenômeno do *passing* no qual uma identidade é escondida para que o sujeito possa obter privilégios atribuídos aos membros do grupo dominante. Estamos aqui diante do caso da pessoa que se apresenta como membro do grupo racial dominante

172 CARBADO, Devon; GULATI, Mitu. Working identity. *Cornell Law Review*. v. 85, n. 4, p. 1260-1288, 1999.

173 *Idem*, p. 1262 - 1265.

para evitar o racismo. O processo de *covering* acontece quando alguém, mesmo afirmando publicamente sua identidade, utiliza estratégias para deslocar a atenção dela. Para Yoshino, todas essas modalidades implicam um assalto a direitos fundamentais porque são imposições sociais para que a pessoa se adeque a normas culturais, o que reforça as ideologias que pregam a superioridade de um grupo em relação ao outro.¹⁷⁴

Vemos então que esse tipo de discriminação não se adequa à concepção de discriminação como algo que manifesta por meio da intencionalidade, por meio de comportamentos baseados em comportamentos irracionais. Procura-se, assim, modificar as condições nas quais decisões são feitas para que esse problema seja resolvido, pretende-se com isso fazer com que o empregador tome as precauções para que comportamentos discriminatórios sejam evitados. O alcance desse objetivo depende de transformações na forma como se concebe o problema da discriminação. Enquanto a concepção tradicional da discriminação identifica esse comportamento como expressão de motivação individual, o que geraria a obrigação de censurar o comportamento de agentes específicos, a teoria estrutural da discriminação defende a necessidade de criação de mudanças que possibilitem a transformação do próprio contexto institucional no qual essas decisões são tomadas.¹⁷⁵

174 YOSHINO, Kenji. Covering. *Yale Law Review*. v. 111, n. 3, p. 771-780, 2001.

175 GREEN, Tristin, *op. cit.*, p. 883-895.

**DISCRIMINAÇÃO
INSTITUCIONAL,
ESTRUTURAL
E
INTERGERACIONAL**

9

Muitos participantes do debate jurídico sobre discriminação argumentam que padrões de exclusão social podem ser modificados por meio do combate aos valores irracionais que motivam práticas discriminatórias no plano individual. Eles pensam que a construção de cultura pública baseada em valores igualitários pode resolver esse problema. Esses indivíduos partem do pressuposto de que os fatores responsáveis pela reprodução da discriminação têm um caráter individual, motivo pelo qual tal atitude pode ser modificada. Embora essa perspectiva pareça sedutora, ela não leva em consideração o fato de que a discriminação tem uma dimensão coletiva. Longe de ser um comportamento de alguns indivíduos que não se comportam de acordo com valores liberais, ela está presente no funcionamento das diversas instituições sociais, sejam elas públicas ou privadas. Examinaremos neste capítulo teorias que enfatizam o aspecto coletivo de práticas discriminatórias, um conjunto de ações responsáveis por diversos processos de estratificação social.

1. *Discriminação institucional*

O termo discriminação tem uma significação muito mais ampla do que uma mera proibição de arbitrariedade, sentido predominante nas discussões sobre esse tema no nosso país. A variação de sentido desse termo depende dos atores sociais envolvidos e também dos propósitos que se pretende alcançar com atos de exclusão social. A discriminação pode envolver indivíduos, mas também pode estar presente na operação das instituições sociais, ela pode implicar a intencionalidade ou pode acontecer pela operação impessoal de mecanismos sociais. Suas manifestações têm consequências imediatas na vida das pessoas, além de influenciar a vida de gerações futuras, pois mecanismos discriminatórios presentes no funcionamento de instituições sociais reproduzem-se ao longo do tempo. O sentido jurídico do termo discriminação esteve identificado, durante muito tempo, com o seu aspecto interpessoal, razão pela qual sempre foi entendida como algo que acontecia fundamentalmente nas interações entre indivíduos. Esse entendimento começou a ser supera-

do na medida em que um aspecto importante desse fenômeno passou a ser explorado de forma mais sistemática: as relações assimétricas de poder que caracterizam os diversos *grupos sociais*. Atos discriminatórios não acontecem apenas nas interações privadas entre sujeitos sociais, eles acontecem entre membros de grupos que estão posicionados em lugares sociais distintos. Isso permite que os membros dos segmentos majoritários imponham tratamentos desvantajosos a grupos minoritários com o objetivo de manter seu status privilegiado. Mas essas relações assimétricas de poder também caracterizam as interações entre sujeitos sociais e agentes que representam instituições. Como grupos dominantes também as controlam, eles também estendem esse tratamento discriminatório a este plano.

Vemos então que as pessoas podem ser vítimas de *discriminação institucional*, forma de tratamento desfavorável que tem origem na operação de instituições públicas ou privadas. Essa manifestação ocorre quando seus agentes tratam indivíduos ou grupos a partir dos estereótipos negativos que circulam no plano cultural. Esse tipo de tratamento tem um objetivo específico: a utilização de certas categorias como critérios de ação institucional com o objetivo específico de promover a subordinação e manter o controle social sobre membros de um determinado grupo. O conceito de discriminação institucional possui uma dimensão coletiva porque expressa a forma como as instituições sociais atuam para promover a subordinação. Ao contrário de atos individuais de discriminação, que podem ser atribuídos a determinadas pessoas, a discriminação institucional tem um caráter mais encoberto porque não pode ser atribuído à ação de indivíduos específicos. Como nos diz Stokely Carmichael e Charles Hamilton, esse tipo de discriminação institucional acontece na operação ordinária das instituições, o que impede sua caracterização no sentido tradicional que damos ao termo discriminação.¹⁷⁶

O tipo de discriminação que ora analisamos encontra expressão no plano institucional porque membros dos grupos dominantes controlam os mecanismos de acesso às várias instituições sociais e elas passam a operar segundo normas e práticas que, embora formuladas em termos gerais, expressam os interesses desses segmentos sociais. Agentes dessas organizações, que, na maior parte dos casos, são representantes dos grupos majoritários, tratam pessoas de acordo com seus próprios preconceitos e também a partir de normas institucionais. As prisões arbitrárias de homens negros, tão comuns na sociedade brasileira, são

176 TURE, Kwane; HAMILTON, Charles. *Black power: the politics of liberation*. 2. ed. Nova York: Vintage Books, 1992. p. 3-4.

um exemplo clássico da discriminação institucional. Elas estão baseadas em estereótipos sobre a suposta periculosidade desses indivíduos, o que motiva as forças policiais a prender um número significativamente maior de negros do que de brancos, mesmo quando componentes desse grupo se encontram em situações semelhantes. Porém, prisões e mortes arbitrárias não são vistas como práticas racistas, são apresentadas como atos decorrentes da atividade rotineira da instituição. Uma vez que atos discriminatórios são apenas modos de operação da instituição da policial, a identificação de motivação discriminatória torna-se mais difícil. Isso demonstra que a discriminação institucional pode não expressar diretamente a intenção de discriminar, pois a desvantagem imposta a grupos decorre da operação de normas supostamente neutras.¹⁷⁷

O conceito de discriminação institucional traz importantes contribuições para os estudos sobre processos de exclusão social porque permite analisar elementos que não dependem de decisões individuais, pressuposto central da noção de discriminação direta. Isso significa que a definição de discriminação a partir da intenção impede a compreensão adequada das formas como as instituições atuam para produzir desvantagens para certos grupos de pessoas. Por esse motivo, os que investigam a dinâmica da exclusão racial definem, por exemplo, o racismo institucional como quaisquer ações, políticas ou ideologias que produzem desvantagens relativas para grupos raciais minoritários quando comparadas a grupos raciais majoritários. Elas também podem gerar vantagens para grupos raciais majoritários quando comparados a grupos raciais minoritários.¹⁷⁸ Um ponto central dessa teoria de discriminação está no fato de que, depois de se transformarem em parâmetros que determinam a operação das instituições, as normas que expressam os interesses dos grupos dominantes passam a operar de forma independente dos interesses de grupos particulares.

Richard Freeman afirma que a discriminação institucional engloba quatro formas: a *discriminação estrutural*, *procedimental*, *sistêmica* e *ideológica*. A primeira designa os padrões de participação de grupos minoritários dentro de uma sociedade, padrões que podem operar de acordo com um modo horizontal ou hierárquico. O modo horizontal envolve a exclusão total ou quase total de minorias das instituições sociais, o que se torna possível porque grupos dominantes controlam o acesso a elas, além de impor seus interesses como prioridades institucionais.

177 WIEVIORKA, Michel. *The arena of racism*. Londres: Sage, 1996. p. 62-63.

178 FRIEDMAN, Robert. Institutional racism: how to discriminate without really trying. In: PETTIGREW, Thomas. *Racial discrimination in the United States*. Nova York: Harper & Row, 1975. p. 386.

O segundo indica que a presença de minorias dentro delas se dá de forma subordinada ou que seus interesses não são adequadamente reconhecidos, os membros do grupo dominante ocupam as posições relevantes, o que permite a subordinação de minorias. Esses sujeitos ocupam lugares periféricos, o que dificulta acesso a cargos de influência por meio dos quais questões relativas a minorias poderiam ser consideradas.¹⁷⁹

A discriminação institucional implica uma série de políticas e procedimentos que possibilitam a reprodução do aspecto estrutural da discriminação. Esta discriminação ocorre em função de uma série de procedimentos que podem ser produtos da intenção de discriminar grupos minoritários, também podendo acontecer por causa de práticas que não são dirigidas a certos grupos, mas que têm efeitos negativos sobre eles porque estão predicadas sobre elementos como nível educacional ou *status* econômico. Essas práticas podem englobar a intenção de excluir grupos minoritários de posições dentro de instituições, a aceitação de minorias nas instituições em posições subalternas, o impedimento que eles possam alcançar posições de comando, a preferência por pessoas dos círculos de relacionamento pessoal de pessoas brancas, a exigência de qualificações não relacionadas com as funções do cargo com o objetivo de excluir minorias. Minorias também são vítimas de discriminação institucional pela negação ou pela prestação diferenciada de serviços.¹⁸⁰

A discriminação institucional possui também um aspecto sistêmico porque as atividades das diferentes instituições sociais estão interligadas, suas atividades guardam uma relação de interdependência. Essas instituições são afetadas pela interação com outras instituições em função da relação funcional existente entre elas. Isso permite que os padrões de tratamento de grupos minoritários se reproduzam nas interações e nas determinações entre essas instituições, fazendo com que a discriminação adquira um caráter sistêmico porque caracteriza a formas como diferentes instituições que compõem um sistema de interações sociais tratam membros de certos grupos. Dessa maneira, a qualidade de serviços diferenciada oferecida para minorias no âmbito escolar também está presente no plano educacional e na área hospitalar porque as mesmas práticas existem em todas elas. Isso demonstra o papel de outro aspecto da discriminação institucional: as ideologias sociais que legitimam práticas discriminatórias. Elas não afetam apenas as mentes de indivíduos particulares, mas também da forma como as instituições operam. Essas ideologias podem atuar a forma direta ou indireta ao

179 FRIEDMAN, Robert, *Op. cit.*, p. 389.

180 *Idem*, p. 392-394.

afetar as motivações inconscientes de seus agentes. Não podemos ignorar o fato que elas também não permanecem estáticas: as ideologias que tentam manter o poder de grupos hegemônicos estão sempre mudando e isso significa que as práticas institucionais também terão outras formas para preservar o poder. Esse é o caso de João da Silva, o rapaz morto por policiais brancos. A negligência estatal impede o acesso à escola, a escola é um ambiente hostil para crianças negras, as instituições policiais tratam negros como cidadãos de segunda classe e o sistema judiciário, dominado por homens brancos, também não considera a morte de uma pessoa negra como algo socialmente relevante.

Essa teoria exige que nos afastemos da compreensão discriminação como algo que acontece apenas nas interações pessoais e que entendamos as relações entre grupos sociais dentro das estruturas de poder presentes em uma sociedade. Os processos responsáveis pela dominação social também informam o funcionamento das instituições sociais e isso permite que grupos minoritários sejam constantemente excluídos dos processos decisórios. Embora o poder em uma sociedade democrática seja coletivo, o racismo permite que as instituições funcionem de acordo com os interesses de atores sociais que detêm poder político e econômico, o caso dos membros de grupos raciais dominantes. Assim, nos diz Robert Blauner, mecanismos de discriminação direta deixam de ser relevantes para o processo de dominação quando as instituições estatais funcionam para promover os interesses dos grupos dominantes por meio de normas que supostamente expressam o interesse de todos os grupos.¹⁸¹

Deve-se ter em mente que a discriminação institucional não implica apenas ações comissivas, mas também decorre da negligência de atores públicos e privados. Isso pode acontecer em uma série de situações. As autoridades municipais que deixam de criar postos de saúde, mesmo tendo verbas disponíveis, praticam a discriminação institucional. Ela também pode operar por meio de motivações inconscientes, o caso de juízes que aplicam penas mais severas a minorias embora as circunstâncias sejam as mesmas dos crimes praticadas por pessoas brancas ou de classe social superior. A discriminação institucional pode ocorrer então em função de atos não intencionais inadequados para prestar serviços a todos os membros da população. É importante mencionar o fato que esses atos discriminação não são episódicos, mas, sim, uma forma regular de operação da instituição possuindo um caráter sistêmico. Moradores de

181 BLAUNER, Bob. *Racial oppression in the United States*. Nova York: Harper Collins, 1972. p. 9-10.

áreas periféricas como Fernando são vítimas constantes de discriminação porque grupos majoritários, por controlarem o processo político, podem determinadas como verbas públicas serão utilizadas, o que os permite sempre estabelecer seus grupos como uma prioridade.¹⁸²

2. Discriminação estrutural

As pesquisas sobre a dimensão coletiva da discriminação tiveram um papel importante para a identificação do caráter sistêmico de práticas discriminatórias, mas também demonstraram outro elemento particularmente relevante. A possibilidade de exercício de uma vida digna depende do acesso a diversas categorias de direitos e oportunidades. Isso significa que as instituições sociais responsáveis pela garantia ou proteção desses direitos precisam tratar as pessoas da mesma forma. Falhas no ideal tratamento igualitário permite que elas sejam excluídas de oportunidades sociais. A inclusão social é muito mais difícil quando diversas instituições públicas e privadas não criam as condições ou não permitem o gozo desses direitos. Os grupos sociais que não têm o mesmo acesso a oportunidades educacionais, que não podem obter formação educacional mais elevada, que são impedidos de ter acesso às mesmas oportunidades profissionais por faltas de educação formal, que são discriminadas dentro das empresas nas quais trabalham, que não têm poder político para transformar essa situação enfrentam o que se chama de *discriminação estrutural*.¹⁸³

A discriminação estrutural ocorre quando a acumulação de desvantagens sociais causadas por diversas formas de discriminação concorre para a estratificação, o que coloca certos grupos em uma situação de subordinação durável ou permanente. Os autores que formularam o conceito de discriminação estrutural afastam-se de uma compreensão da discriminação como um ato de natureza psicológica e individual; eles enfatizam os processos sociais que convergem para gerar diferentes formas de desvantagens materiais. Eles afirmam que mecanismos discriminatórios como o racismo ou o sexismo não são apenas expressões comportamentais, mas sim sistemas de controle social que informam diferentes aspectos da vida dos indivíduos. Ou seja, essa forma de discriminação leva em consideração a cumulação de desvantagens sofrida

182 GARNER, Steve. *Racisms, an introduction*. Londres: Sage, 2010. p. 103-107.

183 WIEVIORKA, Michel. *The arena of racism*. Londres: Sage, 1996. p. 62-63.

por um determinado grupo.¹⁸⁴ Por esse motivo, ações afirmativas não podem ser vistas como práticas discriminatórias porque tentam reverter um quadro que mantém certos grupos em uma situação subalterna. O raciocínio do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro se mostra problemático porque desconsidera o fato que a marginalização incide sobre grupos sociais, isso significa que medidas como essas são necessárias para reverter essa situação.

Podemos dizer que a discriminação contra minorias tem um caráter estrutural quando identificamos a presença de alguns processos que não expressam atos individuais, mas sim forças sociais alimentadas por relações assimétricas de poder. Por esse motivo, podemos dizer que uma forma de discriminação tem um caráter estrutural porque faz parte da operação regular das instituições sociais, causando desvantagens em diferentes níveis e em diferentes setores da vida dos indivíduos. Ela também tem uma dimensão procedimental porque informa as políticas e os procedimentos de instituições públicas e privadas, o que explicita também o seu caráter sistêmico. A discriminação estrutural adquire sua legitimação por meio de ideologias sociais que podem atuar para afirmar a inferioridade de um grupo, a harmonia entre a exclusão social e normas legais ou também para manter a invisibilidade social dessas práticas.¹⁸⁵

Michel Wieviorka nos diz que a teoria da discriminação estrutural caracteriza uma proposta teórica que procura entender a discriminação dentro de um sistema que não opera necessariamente de acordo com a vontade de atores sociais específicos. Por exemplo, autores que escrevem sobre o racismo estrutural o classificam como um sistema que opera sem atores sociais. A dimensão estrutural e sistêmica do racismo indica que ele não se reproduz apenas em função do efeito cumulativo de atos discriminatórios, mas por causa dos procedimentos institucionais que possibilitam a manutenção de relações assimétricas de poder entre os grupos e as ideologias sociais criadas para torná-las invisíveis. Eduardo Bonilla-Silva identifica a ascensão de uma forma de racismo marcado por uma ideologia social da neutralidade racial. Essa ideologia permite a construção de uma sociedade racista na qual não há pessoas racistas. A maioria dos norte-americanos condena o racismo, negam que ele não tem mais relevância social, embora as disparidades abissais entre negros

184 BONILLA-SILVA, Eduardo. Rethinking racism: toward a structural interpretation. *American Sociological Review*. v. 62, n. 3, p. 465-480, 1997.

185 FRIEDMAN, Robert. Institutional racism: how to discriminate without really trying. In: PETTIGREW, Thomas. *Racial discrimination in the United States*. Nova York: Harper & Row, 1975, p. 386-391.

e brancos permaneçam. Isso acontece em função de uma cultura social que condena o racismo, mas que mantém um sistema de exclusão que atua independentemente da vontade individual.¹⁸⁶ Um estudo semelhante elaborado no Brasil chegou à conclusão semelhante. A quase totalidade dos entrevistados reconhece que o racismo existe no Brasil, mas não se consideram racistas, não conseguem identificar as causas do racismo, as formas a partir das quais eles operam, nem o papel que eles podem ter na reprodução desse processo.¹⁸⁷

Bonilla-Silva argumenta que a discriminação racial tem um caráter estrutural porque os próprios sistemas sociais podem ser racializados. Ele quer dizer com isso que a discriminação terá um caráter estrutural quando sistemas como a política, a economia, a cultura e a educação opera para situar indivíduos em lugares específicos dentro da estrutura social. Por esse motivo, a discriminação estrutural acontece não em função de atos discriminatórios, mas por causa do lugar da raça na estruturação da sociedade. A ausência de pessoas negras em uma instituição não significa necessariamente a presença de práticas discriminatórias naquela organização, ela pode ser causada exatamente pelo acúmulo de desvantagens que impedem a igualdade de oportunidades entre os diferentes grupos.¹⁸⁸

3. Discriminação intergeracional

As consequências de práticas discriminatórias não afetam apenas as gerações presentes. O que chamamos de *discriminação intergeracional* indica que efeitos de exclusão social podem se reproduzir ao longo do tempo, fazendo com que diferentes gerações de um mesmo grupo sejam afetadas por práticas discriminatórias. Se uma pessoa é impedida de ter acesso a oportunidades profissionais por ser membro de uma minoria racial, ela terá dificuldades para garantir que seus filhos tenham acesso às melhores oportunidades escolares. Como a discriminação tem por objetivo manter as vantagens materiais de grupos majoritários, os membros da próxima geração também sofrerão as consequências dos mesmos processos discriminatórios. Portanto, a discriminação é algo que se reproduz ao longo de várias gerações,

186 BONILLA-SILVA, Eduardo, *op. cit.*, p. 1-20.

187 TURRA, Cleusa; VENTURI, Ricardo. *Racial cordial: a mais completa análise sobre o preconceito de cor no Brasil*. São Paulo: Ática, 1995. p. 1-55.

188 BONILLA-SILVA, Eduardo, *op. cit.*, p. 465-480

fruto do aspecto estrutural que mecanismos discriminatórios possuem nas sociedades humanas.¹⁸⁹

Essa teoria de discriminação encontra fundamento na análise da convergência de dois processos. Primeiro, temos a existência do caráter estrutural e sistêmico da discriminação, o que possibilita a estratificação social, fenômeno que impede a inclusão e a mobilidade de grupos minoritários. Tendo em vista o fato que esses processos fazem parte do funcionamento das instituições sociais, ele preserva as desigualdades entre os diversos grupos. Segundo, o caráter intergeracional da discriminação também decorre da dificuldade de minorias, notoriamente minorias raciais, acumularem e transmitirem patrimônio para as gerações seguintes. Isso impede que pessoas possam ter acesso a recursos financeiros em momentos cruciais da vida, principalmente naqueles momentos em que as pessoas fazem escolhas importantes sobre a vida educacional e profissional.

O primeiro aspecto dessa forma de discriminação tem implicações importantes para refletirmos sobre justiça social. Ele está relacionado com a questão da justiça histórica. Certos autores – como Ania Loomba – afirmam que o fim do projeto colonial não significou necessariamente a eliminação da subordinação, embora muitas das nações que tinham um sistema escravocrata tenham se transformado em democracias liberais. Primeiro porque os fatores responsáveis pela criação de desigualdades de *status* cultural e de *status* material continuaram moldando as relações sociais. Suas elites perpetuaram um programa de dominação, decorrência da ligação que elas mantinham com as antigas metrópoles, que representam a velha ordem social anterior e agora as relações de dominação que existiam entre as metrópoles e as colônias continuam existindo dentro dessas nações entre os grupos raciais dominantes e os povos anteriormente colonizados.¹⁹⁰

Mecanismos de exclusão social continuam atuando para manter os antigos subalternos nas mesmas condições, mesmo que agora eles possam ter acesso aos direitos formais de cidadania. Grupos majoritários ainda possuem o poder de atribuir sentidos culturais, eles ainda controlam as principais instituições do país, podendo então preservar as relações de poder que existiam quando as divisões sociais estavam assentadas nas

189 DESMOND, Matthew; EMYRBRAYER, Mustafa. *Racial progress, racial domination*. Nova Iorque: McGraw-Hill, 2009. p. 10-45.

190 MIGNOLO, Walter. The geopolitics of knowledge and the colonial difference. *The South Atlantic Quarterly*. v. 101, n. 1, p. 51-95, 2002.

normas jurídicas como o regime da escravidão. Isso significa que a construção de sociedades democráticas baseadas em princípios liberais não foi capaz de promover plena emancipação social porque desvantagens de *status* cultural e desvantagens de *status* material ainda continuam mantendo esses indivíduos em uma situação de subordinação. Portanto, a premissa de que as instituições políticas devem proteger os indivíduos torna-se problemática uma vez que eles continuam em uma condição subalterna em função do pertencimento a grupos sociais, subalternidade causada por discriminações intrageracionais e intergeracionais.¹⁹¹

O segundo elemento demonstra como a discriminação implica a desvantagem material de caráter durável. Thomas Shapiro chama de recursos transformativos aqueles benefícios financeiros que permitem indivíduos terem oportunidades pessoais melhoradas em função da herança de patrimônio de gerações anteriores. Eles podem avançar a vida econômica em função de recursos que não são produto do esforço pessoal, mas sim dos recursos da geração anterior. Eles permitem que indivíduos possam ter oportunidades pessoais que outros grupos não possuem porque suas famílias não tiveram oportunidade de acumular patrimônio em função de práticas discriminatórias que promovem a exclusão. A forma como as famílias utilizam esse patrimônio situam os indivíduos em posições diferentes. Embora esse processo pareça não ter relações com atos arbitrários, eles estão relacionados com diferentes formas de discriminação racial. Assim, o privilégio econômico garantido a pessoas brancas em função de práticas discriminatórias permite que as gerações seguintes sejam beneficiadas enquanto a discriminação racial impede que negros possam ter acesso a melhores oportunidades.

Assim, a discriminação racial faz com que grupos minoritários permaneçam insulados de processos que permitem o acúmulo de patrimônio. A segregação espacial que concentra pessoas em lugares com oportunidades educacionais restritas faz com que grupos minoritários não tenham formação necessária para terem acesso a trabalho melhor remunerado. Além disso, o tratamento discriminatório no mercado de trabalho faz com que a renda de membros de grupos minoritários decorra apenas do salário. Isso impede que eles tenham acesso a recursos que possam garantir segurança financeira.¹⁹² Edward Telles nos mostra

191 LOOMBA, Ania. *Colonialism/postcolonialism*. Nova York: Routledge, 2005. p. 91-107.

192 SHAPIRO, Thomas. *The hidden cost of being African American: how wealth perpetuates inequality*. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 1-21.

que as diferenças salariais entre negros e brancos, no Brasil, é um elemento central no processo de reprodução das desigualdades raciais. Enquanto o patrimônio de pessoas brancas decorre de salário e também de patrimônio herdado, o patrimônio de pessoas negras está na maioria dos casos restrito ao salário. Se os membros do primeiro grupo podem utilizar esse patrimônio para ter acesso às melhores escolas, a maioria de pessoas negras frequentam escolas públicas de baixa qualidade. Assim, o patrimônio herdado pode transformar a vida social de pessoas brancas, mesmo antes delas serem economicamente autônomas.¹⁹³

A discriminação intergeracional indica como exclusões baseadas na raça e na classe dos indivíduos convergem para manter minorias raciais em uma posição subordinada. Isso também nos mostra como a discussão sobre ações afirmativas parte de premissas equivocadas. Muitos participantes desse debate acreditam que ele pode ser reduzido ao problema da racionalidade do uso de classificações sociais, isso permite que questões relacionadas com as desigualdades estruturais sejam encobertas por um discurso igualitarista. Vemos então que a posição dos tribunais que classificam essas medidas como discriminatórias está equivocada porque não consideram o fato que negros e brancos estão em posições estruturalmente desiguais.¹⁹⁴

193 TELLES, Edward. *Race in another America: the significance of skin color in Brazil*. Princeton: Princeton University Press, 2004. p. 107-139.

194 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental No. 186. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ricardo Lewandovsky. 26.04.2012 [reconhecendo que as disparidades entre negros e brancos possuem um caráter estrutural e que acompanha os primeiros de geração após geração]; BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Representação por Inconstitucionalidade No. 129, Órgão Julgador: Órgão Especial, Relator: Sérgio Cavalieri Filho, 18.11.2009 [afirmando que ações afirmativas são constitucionais porque são mecanismos que procuram contrabalançar o caráter intergeracional da exclusão social].

**O
PRIVILÉGIO
COMO
MECANISMO
DE
DISCRIMINAÇÃO
SOCIAL**

10

Algumas das teorias de discriminação analisadas nos capítulos anteriores sempre tratam de uma forma de outra da intencionalidade e da arbitrariedade. Elas estão construídas sobre a noção de que certas práticas são discriminatórias porque envolvem alguma motivação consciente ou inconsciente. Atos discriminatórios podem ter um caráter sistêmico, influenciando as interações sociais ou o funcionamento de instituições públicas ou privadas. Eles afetam de forma negativa o *status* cultural e o *status* material de certos grupos sociais. Em tempos recentes, certos autores voltaram a atenção para processos que não envolvem arbitrariedade ou intencionalidade. Na verdade, eles não envolvem atos discriminatórios, embora sejam responsáveis pela estratificação social. Estamos aqui diante da seguinte realidade: a exclusão social não decorre necessariamente de atos materiais de discriminação, sejam eles diretos ou indiretos. Ela pode acontecer em função de uma dimensão da discriminação que permanece socialmente invisível: as formas como certas pessoas são sistematicamente beneficiadas por pertencerem a grupos majoritários, fato que garante o acesso a oportunidades por serem membros desses segmentos. Os autores que desenvolvem essa teoria afirmam que os processos de exclusão social não poderão ser eliminados enquanto o sistema jurídico não reconhecer a relação entre privilégio e opressão.

1. O que é o privilégio?

Os estudos sobre discriminação sempre enfatizaram o argumento segundo o qual práticas de exclusão social procuram manter uma ordem social na qual certos grupos ocupam posições de subordinação enquanto outros permanecem em uma situação privilegiada. Tendo em vista este postulado, eles sempre estiveram focados no estudo dos mecanismos discriminatórios; a identificação dos mesmos seria suficiente para a formulação de estratégias efetivas de combate às desigualdades. Uma mudança significativa ocorreu, ao longo dos últimos vinte anos, nesse campo de pesquisa. Ao contrário das teorias anteriores que enfatizavam a análise dos mecanismos discriminatórios, certos autores começaram a

prestar atenção no privilégio como mecanismo de exclusão social. Atos discriminatórios sempre garantem uma vantagem para os membros de grupos majoritários: todas as vezes que um homem homossexual deixa de ter acesso a um cargo, um homem heterossexual obterá uma vantagem decorrente de uma desvantagem alheia. Isto significa que a heterossexualidade é mais do que uma orientação sexual, ela é uma fonte de privilégios, é uma posição de poder. Aqueles que trabalham nessa área argumentam que o privilégio é um mecanismo de exclusão porque a discriminação não procura apenas afirmar a suposta inferioridade de grupos minoritários. Um dos seus objetivos é garantir a permanência de vantagens sociais nas mãos dos grupos dominantes. Aos membros desses grupos são garantidas várias vantagens apenas em função do *status* que eles possuem, embora muitas pessoas privilegiadas frequentemente afirmem que estão no lugar que ocupam apenas por mérito pessoal. Compreender o privilégio dentro do contexto de discriminação é mais um exemplo de processos que podem reproduzir a subordinação social, mesmo na ausência de atos materialmente discriminatórios.

Os que escrevem sobre esse tópico afirmam que o privilégio é uma vantagem que alguém possui por fazer parte de um grupo social majoritário, não havendo nenhuma ligação necessária entre a posição social que o sujeito ocupa e a sua competência pessoal. O privilégio é algo atribuído a alguns segmentos da sociedade, ele é um mecanismo de exclusão social porque impede que membros de outros grupos possam disputar oportunidades sociais de forma meritocrática.¹⁹⁵ É, portanto, uma vantagem indevida. Privilégios são transmitidos como forma de herança e não adquiridos por causa de fatores como inteligência, habilidade ou mérito pessoal. Muitas daqueles que pertencem aos grupos majoritários caracterizam a situação de desvantagem de outros grupos como falta de esforço, raciocínio que leva muitas pessoas à conclusão de que minorias estão na condição que estão por conta de algum defeito pessoal. Este pensamento é frequentemente estabelecido como o "mito da meritocracia", sendo identificado quando uma cultura estabelece que os oprimidos poderiam ter acesso às mesmas oportunidades se possuíssem características semelhantes aos grupos privilegiados.¹⁹⁶

195 FARIA E SILVA NETO, Paulo Penteado. *Cotas raciais nas universidades públicas: estratégias argumentativas, lógica informal e teoria da argumentação*. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 171.

196 BLAKE, Linda L.; STONE, David. Expanding the definition of privilege: the concept of social privilege. *Journal of Multicultural Counseling and Development*. v. 33, p. 243, 2005.

O privilégio pode se manifestar de diversas formas. Ele pode ser um poder que uma pessoa exerce sobre as outras em função da sua inserção dentro da estrutura social, ele pode ser uma garantia de que uma pessoa não será objeto de tratamento desvantajoso em função de seu *status*, ele pode também ser produto de acesso a certos direitos que são conferidos a apenas parte da sociedade ou ainda por representar o modelo a partir do qual todos os outros grupos são comparados. Materialmente, o privilégio se expressa por meio da combinação de fatores como raça, sexo, classe e sexualidade. Essas diferentes dimensões garantem vantagens a certas pessoas por estarem em uma posição benéfica aos que são construídos como diferentes a partir de uma dessas categorias. Assim, o privilégio racial encontra amparo dentro dos sistemas de opressão que estruturam muitas sociedades humanas, processos que existem para conferir vantagens materiais e subjetivas aos membros dos grupos raciais dominantes. O privilégio funciona como um veículo de opressão de minorias porque estabelece o homem branco heterossexual de classe alta como a norma central para o acesso a oportunidades sociais, como referência de conduta moral, de comportamento sexual adequado e como exemplo de inteligência pessoal.¹⁹⁷

Mais recentemente, como apontam Linda Blake e David Stone, a noção de privilégio também começou a ser utilizada para explicar as formas como outras categorias também garantem benefícios indevidos em função a orientação sexual, do, *status* socioeconômico, idade, diferentes graus de capacidade e afiliação religiosa. Tais domínios descrevem as identidades visíveis e invisíveis que ilustram melhor a intrigante e complexa natureza da identidade de um indivíduo. Verificamos que o privilégio é qualquer título, sanção, poder, vantagem ou direito garantido a um indivíduo por pertencer a um grupo ou grupos cujas características são representadas como ideais. Isso significa que todos as outras classes de pessoas são oprimidas pelo privilégio. Homens brancos heterossexuais de classe alta se tornaram, desta forma, o grupo normativo pelo qual todos os outros grupos sociais passaram a ser comparados. Contida nessa polaridade está a implicação de superioridade *versus* inferioridade. O grupo normativo passa a enxergar valores, crenças e comportamentos como universais, neutros e corretos. Os grupos minoritários que possuem características diversas ou valores, crenças e comportamentos conflitantes são vistos,

197 MCINTOSH, Peggy. White privilege: unpacking the invisible knapsack. *Peace and Freedom*. jul./ago., 1989, p. 1-5.

como desviantes ou corrompidos. A estes são aplicadas ameaças, intimidações e opressão para que assimilem os valores majoritários ou não desafiem a ordem social posta.¹⁹⁸

O privilégio também decorre da formação de redes de relacionamentos pessoais formadas entre membros dos grupos dominantes. A estratificação social pode também ser produto de um sistema de favoritismo pessoal destinado a garantir oportunidades àqueles que detêm o poder. A preferência pela convivência com pessoas que possuem as mesmas características e a circulação de estereótipos sobre grupos tidos como diferentes fazem com que posições profissionais sejam ocupadas por indivíduos que pertencem ao mesmo segmento.¹⁹⁹ A partir dessa constatação, tem-se que o preconceito existe basicamente em um sentido de posição de grupo: mais do que ideias que os membros de um grupo social têm em relação a minorias, eles refletem sentimentos decorrentes da polarização entre diferentes parcelas da população. As pessoas identificam a si mesmas como pertencentes a um grupo social específico, sendo que essa identificação não tem um caráter espontâneo, mas sim um resultado do processo de socialização. O tipo de imagem que um grupo social forma de si mesmo e o tipo de imagem que forma de outros são similarmente produtos da internalização das interações sociais. Entende-se que o processo de formação da imagem dos grupos opera por um processo fundamentalmente coletivo formalizado através nos meios de comunicação social a partir dos quais membros do grupo dominante constroem outros grupos como diferentes ao se apresentar como referência social. Nesse sentido, caracterizar outro grupo é caracterizar o próprio grupo por oposição, isto é equivalente a colocar os dois grupos em uma posição comparativa. É esse senso de posição social emergente de processos coletivos de caracterização que fornece as bases, por exemplo, do preconceito racial.²⁰⁰

Herbert Blumer diz que quatro tipos básicos de sentimento parecem estar sempre presentes no discurso dos grupos dominantes. Primeiro, o sentimento de superioridade aparece nas classificações dos membros dos grupos oprimidos, pessoas que são estigmatizadas por serem supostamente pessoas preguiçosas, desonestas, incapazes ou imorais. Segundo, um sentimento que o grupo social subordinado é intrinsecamente dife-

198 BLAKE, Linda L.; STONE, David, *op. cit.*, p. 243-248.

199 DASGUPTA, Nilanjana, *op. cit.*, p. 144-150.

200 BLUMER, Herbert, *op. cit.*, p. 4.

rente, que eles não possuem nenhuma característica em comum com o grupo dominante, o que supostamente explicaria a condição na qual vivem. Terceiro, um sentimento de prerrogativa em relação ao acesso a diversas formas oportunidades sociais. Parte-se do pressuposto de que certos cargos, profissões, posições de comando devem necessariamente ser ocupados pelos grupos dominantes. O quarto tipo de sentimento engloba a percepção de que membros dos grupos subordinados almejam ocupar os lugares sociais dos membros do grupo dominante, o que gera uma sensação de desconfiança entre esses segmentos sociais.²⁰¹

Cada um desses sentimentos tem um efeito particular na relação entre os diversos grupos sociais. O sentimento de superioridade posiciona os grupos oprimidos abaixo, o que reforça a ideia de que são naturalmente inferiores, o sentimento de que são alheios os posiciona além do reconhecimento de que são pessoas merecedoras de qualquer tipo de empatia; o sentimento de que oportunidades sociais são prerrogativas dos membros do grupo dominante faz com que eles se tornem uma ameaça. Todos eles expressam então o que Richard Blummer chama de um sentimento de posição de grupo, uma perspectiva que estabelecem normas imperativas utilizadas para criar um sentimento de identidade entre os membros do grupo dominante. Ele também cria os parâmetros de interação entre os grupos.²⁰²

Indivíduos pertencentes a grupos privilegiados precisam se apoiar na negação ou em outras reações defensivas para manter esse frágil sentimento de superioridade e para combater a dissonância e confusão que acompanham o reconhecimento e compreensão de seus privilégios. Esta crença acaba por frustrar desenvolvimento emocional e intelectual enquanto indivíduos inseridos em sociedade dos membros desses segmentos sociais. Por outro lado, indivíduos pertencentes a grupos minoritários sofrem os impactos devastadores da opressão, eles vivenciam diversas formas de preconceito, fanatismo, ódio baseado em sua percepção de identidade, pobreza, violência física e até mesmo a morte; internamente podem ver a si mesmo como vítimas ou até mesmo como incompetentes e podem chegar até a expressar formas de racismo, sexismo, heterossexismo e um profundo sentimento de pavor em relação a si mesmos.²⁰³

201 BLUMER, Herbert, *Op. cit.*, p. 4.

202 *Idem*, p. 5.

203 BLAKE, Linda L.; STONE, David, *op. cit.*, p. 252.

2. *A epistemologia social do privilégio*

Alguns mecanismos culturais permitem que membros de grupos privilegiados tenham uma percepção da sociedade estruturalmente distinta daqueles que pertencem a grupos minoritários. O primeiro deles está baseado no fundamento liberal do discurso dos direitos. Como essa doutrina estabelece a proteção das liberdades individuais como o objetivo fundamental do Estado, cria-se a percepção de que todas as pessoas estão em uma situação de igualdade e que o sistema jurídico impossibilita a existência de hierarquias sociais. O liberalismo funciona, portanto, como uma forma de epistemologia social que impede o conhecimento adequado das dinâmicas sociais, posição constantemente reproduzida em políticas públicas.²⁰⁴ Essa epistemologia social faz com que o privilégio seja algo invisível para membros dos grupos majoritários, especialmente porque a experiência social torna-se algo inteiramente transparente para eles. Assim, pessoas brancas não classificam a si mesmas em termos raciais porque a raça serve apenas para descrever grupos minoritários.

Isso significa que a vasta maioria delas não consegue perceber que a raça é um sistema de dominação social, que ser branco significa estar em uma posição na qual não há necessidade de construção de uma consciência racial. Como o grupo racial majoritário tem o poder simbólico de construir seus traços culturais e interesses setoriais como regras universais, eles podem viver sem se preocupar com a raça porque são representados como a regra universal a partir do qual todos os outros grupos são julgados. Normas culturais são apenas aparentemente neutras, pessoas brancas são constantemente apresentadas como aqueles que incorporam valores universais, um dos motivos pelo quais elas têm prioridade no acesso a oportunidades sociais. Essas representações atuam tanto no plano cultural e no plano inconsciente, determinando o comportamento daqueles que controlam o acesso a bens e oportunidades. O problema com o fenômeno da transparência decorre do fato que a branquitude é um sistema de dominação social, uma vez que o sistema de privilégios raciais só é construído a partir da universalização do ser branco.²⁰⁵

204 FITZPATRICK, Peter. Racism and the innocence of law. *Journal of Law and Society*. v. 14, n. 1, p. 119-125, 1987.

205 FLAGG, Barbara. "Was blind, but now I see": white race consciousness and requirement of discriminatory intent. *Michigan Law Review*. v. 91, n. 3, p. 953-963, 1993.

3. *A invisibilidade social do privilégio branco*

A decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou a constitucionalidade de ações afirmativas reconheceu a relação direta entre privilégio branco e a opressão negra. Esse argumento tem um papel importante na discussão sobre processos de exclusão social por duas razões: primeiro porque o sistema jurídico não reconhece sua existência ou seu papel nesse processo, segundo porque o mito brasileiro da transcendência racial atua como uma forma de epistemologia social que encobre uma das causas da estratificação racial.

A tradicional concepção de discriminação como atos que envolvem intencionalidade e arbitrariedade permite que o privilégio se perpetue porque atos discriminatórios são comportamentos individuais que não expressam uma cultura pública. Seu caráter sistêmico permanece invisível porque sua influência não pode ser detectada a partir da forma que a doutrina tradicional identifica processos discriminatórios.

Porém, a questão do privilégio branco não se resume a considerações sobre como o pertencimento a um determinado grupo racial garante acesso a oportunidades sociais. Ela tem uma dimensão bem mais complexa porque sistemas de privilégios estão ancorados em uma forma de identidade social que se torna um padrão cultural. Esse padrão adquire a forma de um parâmetro cultural que influencia os meios pelos quais a sociedade concebe sua própria forma de funcionamento. Isso significa que a redução da discussão da constitucionalidade de ações afirmativas a partir da consideração da adequação da raça como *discrimen* ignora o fato que a raça está longe de ser uma mera categoria biológica. A raça é uma construção social que tem a função particular de organizar as formas de operação da sociedade. David Owen argumenta que a branquitude – em inglês *whiteness* –, tem uma série de funções sociais que precisam ser conhecidas para compreendermos adequadamente o processo de estratificação racial funciona. Para o autor, a branquitude tem uma série de propriedades funcionais, como a formação de uma perspectiva interpretativa da realidade que tem um caráter racializado, quando expressa a forma como pessoas brancas compreendem a si mesmas e o próprio mundo em função da sua posição dentro de um sistema social no qual negros e brancos estão estruturalmente localizados em posições distintas. Ela também designa um lugar social de vantagem estrutural em relação a outros grupos sociais e isso significa que pessoas brancas estão situadas dentro de uma posição que garante benefícios de ordem econômica, política, social e cultural.

O mesmo autor nos diz ainda que a branquitude não é uma mera identidade racial, é um padrão cultural que se torna invisível porque adquire um *status* de normalidade ou referência universal. Por formar um padrão cultural ideal, ela permanece invisível ou transparente para as pessoas brancas, embora seja claramente visível para os membros dos grupos que estão excluídos de vantagens estruturais. A branquitude se refere aos interesses materiais e culturais do grupo de pessoas que são socialmente classificadas como brancas. Não se trata de uma raça, mas, sim, de um lugar específico dentro das relações sociais que colocam esses indivíduos em uma situação de vantagem estrutural.²⁰⁶ Essa é uma das razões pelas quais alguns autores afirmam que a branquitude é uma forma de propriedade que designa o funcionamento de uma sociedade na qual ter acesso a oportunidades sociais é uma prerrogativa exclusiva dos membros do grupo racial dominante. A posição de privilégio ocupado por pessoas brancas implica que elas controlem um sistema que opera para garantir o funcionamento de uma estrutura social que privilegia os membros desse segmento social.²⁰⁷

Esse estado de coisas faz com que pessoas brancas atuem para manter esse tipo de funcionamento social porque a branquitude tem um valor material que significa acesso a diversas formas de vantagens econômicas. É o caso do acesso às melhores oportunidades educacionais, empregos, cargos dentro de uma empresa, condições para a aquisição de propriedades. Assim, afirma George Lipsitz, pessoas brancas, enquanto grupo social, fazem o possível para reproduzir um sistema que mantém diversas formas de vantagens econômicas, mas que podem ser mascaradas na forma de funcionamento normal das relações sociais; a ausência de minorias raciais nessas posições pode ser atribuída aos próprios grupos minoritários.²⁰⁸ Richard Dyer assevera que uma análise social da branquitude não pode se resumir a considerações sobre suas dimensões materiais. Ela é também uma forma de representação cultural plena de significados concretos, mas que são invisíveis porque a branquitude aparece como uma posição social sem marcas. Por ser uma forma de mercadoria cultural formulada dentro dos países centrais e imposta e ex-

206 OWEN, David. Towards a critical theory of whiteness. *Philosophy and social criticism*. v. 33, n. 2, p. 205-207, 2007.

207 HARRIS, Cheryl. Whiteness as property. *Harvard Law School*. v. 106, n. 8, p. 1710-1791, 1993.

208 LIPSITZ, George. *The possessive investment in whiteness: how white people profit from identity politics*. Philadelphia: Temple University Press, 2006. p. 1-24.

portada para outros países, ela possibilita a afirmação de si mesma como a significação do que seja o humano. Enquanto outros grupos raciais e outras identidades culturais são socialmente marcadas, a branquitude é uma categoria que expressa o universal, tornando-se então invisível. Essa forma de identidade social e cultural tem um papel central na reprodução da discriminação institucional e da discriminação estrutural porque é um elemento central da operação das instituições sociais.²⁰⁹

Os argumentos acima descritos apontam para um aspecto importante, mas frequentemente ignorado nos estudos sobre processos de exclusão social: eles não implicam necessariamente motivação individual, mas, sim, ações coletivas que procuram manter ou criar vantagens competitivas para os membros de grupos majoritários. Por exemplo, aquelas instituições controladas por pessoas brancas atuam como verdadeiros cartéis raciais por reproduzirem formas de discriminação que permitem a concentração de oportunidades nas mãos de pessoas brancas. Assim, da mesma forma que cartéis econômicos dominam o mercado por meio do controle dos preços e da oferta, cartéis raciais garantem privilégios sociais ao manterem minorias raciais fora de oportunidades que poderiam garantir o mesmo *status* que brancos possuem. Isso impede que negros possam competir por oportunidades nos mesmos termos que brancos. Embora muitos argumentem que a discriminação possui um custo significativo porque o mercado recompensa os mais competentes, o controle sobre o funcionamento das diversas instituições sociais permite que privilégios raciais sejam mantidos porque toda a estrutura social funciona de acordo com os interesses do grupo majoritário. Práticas discriminatórias na contratação fazem com que trabalhadores brancos tenham acesso aos melhores salários, o poder de consumo superior permitirá que eles comprem imóveis em áreas mais valorizadas, essas propriedades manterão o seu valor na medida em que permanecerem racialmente homogêneas, a preservação do valor desses imóveis beneficiará a geração seguinte que também terão seus privilégios garantidos pelos mesmos mecanismos.²¹⁰

O privilégio branco adquire o *status* de funcionamento normal da sociedade quando o sistema jurídico deixa de reconhecer a forma como as estruturas de poder funcionam. Isso também acontece quando os interesses dos grupos majoritário são transformados em normas ou prin-

209 DYER, Richard. The matter of whiteness. In: ROTHENBERG, P. (Ed.). *White privilege: essential readings on the other side of racism*. Nova York: Worth Publishers, 2011. p. 9-15.

210 ROITHMAYR, Daria, *op. cit.*, p. 46-56.

cípios legais, o que impede a visibilidade dos sistemas de privilégio. Isso pode ocorrer em função da legalização de sistemas de exclusão racial ou por meio da completa negação da existência de quaisquer relações entre o privilégio branco e a opressão negra. Se a maior parte dos países do mundo aboliram a primeira prática nas últimas décadas, a segunda continua sendo a forma a partir da qual o sistema de privilégio racial se reproduz. Ao reduzir a discussão de ações afirmativas ao problema do uso da raça como critério de tratamento diferenciado, ao afirmar que grupos raciais devem ser tratados da mesma forma em função da irrelevância social dessa característica, ao ignorar as relações entre raça e classe, nosso sistema jurídico impede o reconhecimento das formas como relações assimétricas de poder perpetuam a opressão e também o privilégio. Vemos aqui um dos problemas principais com as noções de intencionalidade e arbitrariedade, elementos que a doutrina tradicional diz ser essenciais para a identificação da discriminação: esses elementos não precisam estar presentes dentro de uma sociedade na qual estruturas de privilégio têm caráter sistêmico.²¹¹

211 WILDMAN, Stephanie; DAVIS, Adrienne. Making systems of privilege visible. In: WILDMAN, S. (Ed.). *Privilege revealed: how invisible preference undermine America*. Nova York: New York University Press, 1996, p. 7-16.

A
TEORIA
DAS
MICROAGRESSÕES
11

Teorias tradicionais de discriminação partem do pressuposto de que atos discriminatórios envolvem algum aspecto jurídico, que ocorrem entre pessoas que possuem *status* social distintos e que se expressam por meio de ações que podem ser consideradas incorretas porque estão baseadas em critérios de tratamento diferenciado legalmente proibidos. Recentemente, alguns autores identificaram outro tipo de tratamento desvantajoso cujas características não se enquadram nesses parâmetros. Ela encontra fundamento em um estudo que caracteriza o racismo como um problema de saúde pública porque ele determina as atitudes de populações inteiras, reproduzindo uma série de práticas sociais que impedem a criação de uma cultura pública igualitária. Em um estudo clássico, Charles Pierce argumentou que o racismo é uma doença infecciosa, uma doença perceptiva e uma doença letal. Seu aspecto infeccioso se manifesta nas articulações feitas por membros do grupo racial dominante para manter privilégios, o que requer a constante reprodução de estereótipos sobre minorias raciais. O racismo rapidamente se torna uma forma de ligação entre esses indivíduos permitindo que eles se reconheçam como pessoas que possuem interesses comuns. Ele também tem um aspecto perceptivo porque a busca de seus próprios interesses faz com que pessoas brancas tenham uma percepção do mundo essencialmente diferente da dos membros de minorias raciais. Estereótipos raciais obscurecem as razões pelas quais grupos sociais estão em posições sociais distintas e porque elas os afetam de forma distinta. Além disso, o racismo possui um aspecto letal porque as pessoas são mortas por causa dele, uma vez que ele gera uma série de problemas que tornam minorias raciais particularmente vulneráveis.

Mas o racismo não encontra expressão apenas em formas violentas de tratamento de grupos raciais minoritários. Ele é uma prática social que possui uma dimensão ideológica sempre reproduzida por estereótipos presentes nas representações culturais e também nas interações sociais. Ele também se manifesta por meio de formações culturais que supostamente não representam a intenção de desprezar ou aviltar certas classes de pessoas, embora produzam exatamente esse efeito

pernicioso. Estamos falando aqui de pequenas atitudes que permitem a constante reafirmação das assimetrias de *status* social entre grupos. Muitas dessas expressões de racismo são inconscientes, têm um caráter automático, além de serem constantemente reproduzidas. Charles Pierce as chama de *microagressões*, que é quando os diversos tipos de comportamentos de membros do grupo racial dominante expressam atitudes de desprezo por membros de minorias raciais embora esses tipos de comportamentos não assumam a forma de violação de normas jurídicas. Mesmo não veiculando diretamente ódio racial por essas pessoas na maior parte das vezes, elas possuem um caráter cumulativo e corriqueiro, fazendo com que sejam um dos motivos principais de conflitos sociais. O autor caracteriza essas microagressões como comportamentos que expressam um sentimento de superioridade de brancos em relação a negros, o que os leva a pensar que eles podem controlar negros da forma que acharem adequadas porque eles não são agentes que podem atuar na esfera pública da mesma forma que pessoas brancas. Essa atitude mental legitima uma série de ações cujo sentido podem não configurar uma atitude discriminatória no seu sentido legal, mas que expressam descaso por membros desse grupo, o que reforça o sentimento de que apenas pessoas brancas podem ocupar cargos de prestígio, noção que tem consequências materiais concretas. Microagressões estão presentes não apenas na fala e nos gestos, mas também nas representações culturais que reproduzem ideias e imagens sobre a suposta inferioridade de minorias. Além disso, elas encontram expressão na própria invisibilidade de grupos minoritários, motivo pelo qual os membros do grupo racial dominante são transformados em uma referência cultural universal.²¹²

As pesquisas conduzidas por Pierce foram corroboradas por uma série de estudos posteriores sobre psicologia social. Eles demonstram que o racismo aberto encontra pouca tolerância social nos dias de hoje, mas pensamentos e representações negativas sobre minorias raciais ainda influenciam largamente o comportamento da vasta maioria das pessoas. Por esse motivo, essas microagressões são geralmente de caráter consciente ou inconsciente que expressam mensagens hostis, derogatórias e negativas sobre grupos minoritários. Alguns autores dizem que elas são uma nova forma de racismo que adquiriu agora uma dimensão simbólica ou aversiva. A primeira forma expressa a continuidade de representações ne-

212 PIERCE, Charles. Psychiatric problems of the black minority. In: ARIETI, S. (Ed.). *American handbook of psychiatry*. Boston: Basic Books, 1974. p. 512-514.

gativas de grupos, a segunda designa um tipo de racismo que se apresenta em uma sociedade que abraça ideais igualitários, mas também valores negativos sobre grupos. Isso permite a reprodução de comportamentos que determinam o tratamento de grupos minoritários. Microagressões são insultos sutis dirigidos a minorias que expressam padrões segundo os quais as pessoas são desconsideradas e menosprezadas, o que acontece na forma de olhares de desprezo, gestos que expressam condescendência, recusa de tratamento com a devida deferência ou opiniões já estruturadas a partir de estereótipos. Essa forma de discriminação causa um tipo de dano a pessoas porque comprometem o desempenho e a confiabilidade que elas têm em si mesmas. Como essas microagressões são cotidianas e acontecem em um número considerável de relações sociais, elas comprometem a saúde mental dos indivíduos, o que tem repercussões em diversas áreas da vida pessoal.²¹³

O estudo das microagressões é importante porque demonstra como formas sutis de racismo também permitem a reprodução da exclusão social, embora permaneçam invisíveis aos olhos da sociedade. Microagressões são mensagens que circulam dentro de uma sociedade e que veiculam estigmas sobre grupos. É o caso do empregador que pediu para Fabiana para alisar o seu cabelo porque melhoraria a aparência dela, uma demonstração de que a aparência das mulheres negras é supostamente desagradável para muitas pessoas. As piadas dirigidas a Cristiano exemplificam esse problema. Essas microagressões podem não ser expressas de forma direta, mas motivam atitudes que têm o mesmo efeito que atos manifestos de discriminação. Esses estereótipos passam a comunicar supostas verdades que informam o comportamento de todas as pessoas, até membros dos grupos minoritários que podem passar a se perceber e a tratar outros membros a partir deles. A prevalência desse problema faz com que essas pessoas se sintam paralisadas ou impossibilitadas de encontrar motivação para poder criar e atingir planos, uma vez que a sociedade constantemente reproduz mensagens que repetem a noção de que elas não são capazes de operar dentro da comunidade como atores competentes. Como nem todas as pessoas negras conseguem criar mecanismos psicológicos para superar esses problemas, elas desenvolvem um sentimento de incapacidade que dificulta ou impede a adaptação social.²¹⁴

213 SUE, Derald Wing *et al.* Racial microaggressions in everyday life: implications for clinical practice. *American Psychologist*. v. 62, n. 4, p. 271-273, 2007.

214 PEIRCE, Charles, *op. cit.*, p. 520-523.

Microagressões podem se manifestar na forma de *microassaltos*, *microinsultos* e *microinvalidações*. A noção de *microassalto* designa um tipo de ato derogatório de natureza verbal ou não verbal que tem o objetivo de ofender alguém por diferentes formas. Isso pode acontecer pelo uso de termos racistas, por meio de comportamentos que pretendem evitar interação racial ou atos claramente discriminatórios. Um *microassalto* acontece quando alguém utiliza palavras de caráter derogatório para se referir a alguém ou termos que desconsideram a especificidade da identidade cultural de uma pessoa. Isso ainda se manifesta quando pessoas mantêm distância física, deixam de estender a mão, ignoram a presença de alguém ou dão tratamento preferencial para brancos. Esses incidentes geralmente acontecem em ambientes privados, o que possibilita o anonimato dos autores desses atos.

Um *microinsulto* designa um tipo de comunicação que expressa atitudes negativas de um membro do grupo racial majoritário em relação a minorias. Quase sempre, essas comunicações expressam insensibilidade ou desprezo pela identidade racial ou étnica de uma pessoa. Embora o conteúdo ofensivo dessas mensagens não seja percebido pela pessoa que a enuncia, ele certamente ofende a pessoa à qual é dirigido. Perguntar como uma pessoa negra conseguiu um emprego pode soar como algo desprovido de conteúdo discriminatório, mas, devido aos estereótipos sobre a capacidade intelectual de grupos minoritários, essa pergunta adquire um aspecto ofensivo porque expressa um questionamento da presença de uma minoria racial em uma determinada posição.

A situação de Geni, mencionada na introdução, é outro exemplo claro do que estamos falando: uma mulher branca se aproxima dela e diz, supostamente em tom jocoso, que ela deveria ter muitos macaquinhos em casa por causa do número de bananas que ela estava comprando. As *microinvalidações*, por outro lado, são formas de comunicação que procuram excluir, negar ou nulificar a relevância da experiência, das opiniões, dos estados mentais e sentimentos de minorias raciais. Assim, quando algum membro de uma minoria expressa uma experiência de discriminação, pessoas brancas tendem a negar ou a ignorar suas conotações racistas, afirmando que a percepção do evento está equivocada.²¹⁵

Mais recentemente, estudiosos de outras áreas passaram a utilizar o conceito de microagressões para analisar a experiência de outros grupos sociais, principalmente o caso de minorias sexuais. Da mesma forma que minorias raciais, esses indivíduos sofrem uma série de pequenas

215 SUE, Derald Wing *et al.*, *op. cit.*, p. 274-275.

indignidades que têm um efeito cumulativo. Elas são motivo de grande estresse mental para aqueles que vivem em uma sociedade na qual a heterossexualidade é uma forma de identidade normativa. Mas, como a discriminação tem um caráter específico, ela atua de acordo com traços de grupos. As microagressões dirigidas a minorias sexuais são distintas daquelas sofridas por minorias raciais. Lisa Platt e Alexandra Lenzen enumeram uma série de elementos que afetam a experiência diária dessas pessoas que não expressam sua orientação sexual ou identidade de gênero de forma convencional. Esses indivíduos são sempre classificados como pessoas que possuem uma sexualidade exacerbada, o que os reduzem a pessoas movidas apenas pelo desejo sexual. Eles também são vítimas frequentes de agressões verbais, produto da homofobia presente na sociedade. Mais do que isso, a linguagem expressa uma cultura heterossexual na qual minorias sexuais não encontram expressão. O medo irracional de homossexuais é um dos motivos por trás da representação da homossexualidade como algo contagioso, imagem baseada na ideia de que homossexuais estão sempre empenhados em um esforço de doutrinação. Microagressões contra minorias sexuais tomam a forma da representação dessas pessoas como violadoras de vontade divina, o que complementado com a percepção de que são pessoas psicologicamente desequilibradas. De forma similar ao que acontece com membros do grupo racial majoritário, heterossexuais que engajam nesse tipo de ato discriminatório frequentemente negam intenção de ofender ou homofobia.²¹⁶

Membros de minorias sexuais sofrem microagressões diariamente em função da presunção da universalidade da heterossexualidade, pessoas heterossexuais sentem-se livres para fazer comentários homofóbicos, principalmente quando estão diante de pessoas cujo comportamento não corresponde aos estereótipos sobre homossexuais. Essa forma de discriminação também se manifesta pela constante circulação de imagens culturais que reforçam a noção de que a heterossexualidade representa a normalidade, o que sempre afirma a diferença de minorias sexuais. Se a primeira manifestação de microagressões contra minorias sexuais pode ser apontada como um exemplo de *microassalto*, a segunda certamente constitui uma *microinvalidação*, porque sempre reproduz a noção de que homossexuais e relações homossexuais possuem menor valor ou valor nenhum. Microagressões contra homossexuais podem

216 PLATT, Lisa; LENZEN, Alexandra. Sexual orientation microgressions and the experience of sexual minorities. *Journal of Homosexuality*. v. 60, n. 6, p. 1113-1115, 2013.

se manifestar pela recusa de interação social, de proximidade física, de fazer parte de grupos ou atividades com pessoas homossexuais, de ouvir quaisquer coisas relacionadas com a vida privada de pessoas homossexuais e também a diminuição da relevância e a extensão da discriminação contra homossexuais.

Se a discriminação direta tem um impacto negativo no *status* material de minorias, as microagressões prejudicam a saúde mental desses grupos. A introjeção dos sentidos sociais negativos em relação à homossexualidade faz com que indivíduos homossexuais incorporem consciente ou inconscientemente a condenação social. Mais do que impedir a formação de uma visão positiva do indivíduo em relação a si mesmo, a internalização de valores homofóbicos causam um processo de desestruturação do próprio psiquismo. Muitos indivíduos vivenciam um processo de dissonância mental entre as referências culturais internalizadas e a realidade pessoal de uma sexualidade dissidente. O impulso de esconder a identidade sexual não apenas expressa uma tentativa de evitar sanções culturais, mas também indica a experiência da vergonha social de ser homossexual, de uma falha individual de viver de acordo com ideais sociais. Esse sentimento tem consequências negativas em diversos aspectos da vida de uma pessoa, processo que afeta a qualidade dos relacionamentos interpessoais, dos relacionamentos amorosos, da performance profissional, além de facilitar o desenvolvimento de problemas mentais.²¹⁷ O risco de suicídio é uma das consequências mais significativas do sentimento de estigmatização sofrido por homens e mulheres homossexuais. Pesquisadores apontam uma série de fatores responsáveis pela alta presença de tendências suicidas entre membros desse grupo social: isolamento social causado por experiências de discriminação, conflitos com pessoas próximas em função da orientação sexual, sentimento de alienação social decorrente da dificuldade de formar laços afetivos, ausência de suporte social e internalização de estigmas sociais.²¹⁸ Como mostra a equipe de pesquisadores liderada por Abelson, a ideação suicida e as tentativas reais de suicídio também são fenômenos mais comuns entre adolescentes homossexuais em função dos problemas mencionados, sendo que pelo menos um em cada três

217 ALLEN, D. J.; OLESON, T. Shame and internalized homophobia in gay men. *Journal of Homosexuality*. v. 37, n. 3, p. 33-43, 1999.

218 ABELSON, Jeanne *et al.* Factors associated with "feeling suicidal: the role of sexual identity, In: HARCOURT, J. (Ed). *Current issues lesbian, gay, bisexual and transgender health*. Nova York: Harrington Park Press, 2006. p. 59-77.

jovens que sentem atração por pessoas do mesmo sexo consideram a possibilidade de pôr fim à própria vida. A maior incidência de pensamentos suicidas entre adolescentes homossexuais tem sido identificada em estudos em diferentes países, o que demonstra a importância de iniciativas que enquadrem o estresse associado com a identidade sexual como um problema de saúde pública.²¹⁹

As consequências psicológicas da homofobia aumentam quando ela se alia a outros sistemas de opressão social. Essa tem sido a experiência de minorias dentro de minorias, grupo que precisa enfrentar o desprezo social dirigido a homossexuais como também os problemas decorrentes da discriminação racial. Aqui temos uma série de ramificações relacionadas com a experiência de racismo dentro da sociedade e também dentro da comunidade homossexual. Embora sejam pessoas expostas ao tratamento arbitrário por serem homossexuais, homens e mulheres brancos são socializados segundo os parâmetros que impõem a hegemonia branca. Isso significa que eles reproduzirão esses preconceitos contra grupos minoritários dentro do seu próprio grupo. Certos pesquisadores demonstram que minorias raciais experimentam mais discriminação dentro da comunidade homossexual do que na comunidade heterossexual. Embora os estereótipos operem de forma diferenciada em relações aos diferentes grupos raciais, todos esses grupos afirmam que o preconceito racial por parte de homossexuais brancos é mais frequente do que por parte de heterossexuais brancos. Dessa forma, a vivência de dupla forma de preconceito aumenta ainda mais o sentimento de inadequação social entre essas pessoas, tornando a aceitação pessoal um processo ainda particularmente problemático.²²⁰ Mais problemático, a conjunção de discriminação racial e discriminação por orientação sexual dificulta o acesso a oportunidades educacionais e profissionais, transformando a

219 Os altos índices de suicídio entre jovens homossexuais aparece em estudos desenvolvidos em diversos países. O problema tem sido regularmente estudado nos Estados Unidos, sociedade na qual o problema da homofobia produz inúmeras vítimas. Ver: BUTTON, Deena M.; O'CONNELL, Daniel; GEALT, Roberta. Sexual minority youth victimization and social support: the intersection of sexuality, gender, race, and victimization. *Journal of Homosexuality*. v. 59, n. 1, p. 18-43, 2012; TEIXEIRA-FILHO, Fernando Silva; RONDINI, Carina Alexandra. Ideações e tentativas de suicídio entre adolescentes com práticas hetero e homoeróticas. *Saúde e Sociedade*. v. 21, n. 3, p. 2012.

220 HAN, Chong-Suk; PROCTOR, Christopher; CHOI, Kyung-Hee. I know a lot of gay Asian men who are actually tops: managing and negotiating gay racial stigma. *Sexuality & Culture*. v. 18, n. 2, p. 219-234, 2013.

homofobia em um mecanismo de estratificação social.²²¹ O temor de uma dupla forma de discriminação leva homossexuais a contrair casamento com pessoas do sexo oposto, enquanto ainda mantêm relacionamentos sexuais com pessoas do mesmo sexo, uma situação que compromete a saúde mental dessas pessoas por estarem em relacionamentos que não proporcionam real satisfação pessoal.²²²

221 MOUTINHO, Laura. Negociando com a adversidade: reflexões sobre “raça”, (homos)sexualidade e desigualdade social no Rio de Janeiro. *Revista Estudos Feministas*. v. 14, n. 1, p. 103-116, 2006.

222 Certos grupos são ainda mais forçados a utilizar esse subterfúgio para evitar duplas formas de discriminação como é o caso de homossexuais que também são membros de minorias raciais. Ver: BOIKYN, Keith. *Beyond the down low: sex, lies and denial in Black America*. Nova York: Caroll & Graff, 2004.

DISCRIMINAÇÃO E ESTRATIFICAÇÃO

12

1. *Estratificação social: definições*

Muitas sociedades humanas adotaram a igualdade como um princípio jurídico e político, mas elas reproduzem diversas formas de tratamento arbitrário que impedem a realização desse objetivo. A influência desse parâmetro nas democracias liberais demonstrou a natureza problemática de ideologias sociais que justificavam as diferenças entre grupos a partir de explicação divinas ou a partir de qualidades inatas das pessoas. A noção de igualdade reconhece a igualdade moral entre todos os indivíduos e ao fazer isso problematiza desigualdades institucionalizadas por estarem baseadas em supostas características ou lugares naturais. Esse preceito constitucional teve, portanto, uma importância central na desestruturação de sistemas de estratificação ao longo da história recente. Mas a sociedade que os sistemas constitucionais pretendem construir ainda permanecem a uma realidade muito longe de ser alcançada. Por esse motivo, devemos entender as funções dos mecanismos de discriminação na reprodução de distinções sociais responsáveis pela construção de uma ordem social na qual grupos humanos ocupam certos lugares dentro da hierarquia social, sendo que eles possuem poucas chances de transformação da realidade.

Mesmo sociedades democráticas podem desenvolver hierarquias de *status* que têm a função de determinar qual é o lugar que determinados segmentos devem ocupar. Como afirmado anteriormente, um sistema de sentidos sociais mantém a hierarquia de *status* ao atribuir características positivas e negativas a diferentes populações, processo que procura legitimar as relações assimétricas de poder. Um ponto importante emerge nesse processo: as identidades dos grupos estão necessariamente interligadas, sendo parcialmente construídas em relação à identidade dos membros do outro grupo.²²³ Em função disso, quaisquer mudanças no *status* social de um grupo afeta a identidade do outro. Isso significa que a dinâmica social está marcada por uma

223 BLUMER, Herbert, *op. cit.*, p. 3-7.

constante competição pela manutenção ou desestruturação de *status* social. Os sistemas de subordinação possuem certa estabilidade porque os grupos majoritários estão sempre comprometidos com a preservação de uma ordem social baseada em diferenciações entre as várias classes de pessoas. Muitas vezes, as normas jurídicas cumprem um papel central na preservação de hierarquias de *status* cultural, o que acontece quando as diferenciações presentes dentro do mundo social são traduzidas em normas jurídicas. Assim, as diferenças de *status* cultural e *status* material também se reproduzem por meio das diferenças de *status* legal entre os grupos.²²⁴

As diferentes formas de discriminação que examinamos neste livro cumprem um papel importante: elas são mecanismos que permitem a reprodução da estratificação. Esse conceito designa arranjos sociais que situam classes de indivíduos em diferentes posições ao longo do tempo de forma que essas distinções adquirem uma estabilidade que dificulta ou impede quaisquer formas de mobilidade. As sociedades humanas criam vários mecanismos para distribuir oportunidades às pessoas e isso significa que elas desenvolvem critérios para distribuição que são geralmente desiguais. Apesar do avanço do ideal democrático ao longo dos séculos, as comunidades políticas estruturadas em torno desse princípio continuam sendo profundamente desiguais, elas não permitem que membros de diferentes grupos tenham acesso às mesmas oportunidades. David Grusky informa que sistemas de estratificação social existem em função de três elementos básicos: processos institucionais que atribuem valor social a certos bens, a existência de regras de distribuição que distribuem esses bens entre as diversas ocupações e critérios de mobilidade social que impedem o acesso igualitário a eles. Assim, informa o autor, lugares sociais são estruturados a partir de atribuição de valor distinto e as pessoas são alocadas nesses lugares a partir da forma que a sociedade os classifica.²²⁵

David Grusky também nos informa que os bens em questão têm natureza diversa, compreendendo uma série de elementos importantes para afirmar o *status* dos indivíduos dentro da sociedade. Eles incluem bens de natureza econômica, direitos de participação política, capital cultural adquirido pelo processo de socialização, posições que garantem prestígio pessoal, diversas formas de direitos civis e também a aquisição de

224 BALKIN, Jack M, *op. cit.*, p. 2323-2328.

225 GRUSKY, David B. The past, present, and future of social inequality. In: GRUSKY, David B. (Ed.). *Social stratification in social perspective: class, race and gender*. Ithaca: Cornell University Press, 2001. p. 3.

habilidades e experiências que permitem o desenvolvimento individual e a mobilidade social. O acesso a essas oportunidades marca o lugar que o indivíduo ocupa dentro da sociedade, determinando qual será seu *status* cultural e seu *status* material. Se o primeiro refere ao prestígio que as pessoas ocupam dentro da sociedade, o segundo encontra base nas condições materiais da existência. Muitas sociedades podem ser classificadas como liberais, mas isso não significa que elas tenham uma cultura igualitária. De qualquer modo, os princípios desse regime têm o poder de desestabilizar hierarquias assentadas em sentidos culturais que legitimam diferentes formas de opressão como as que designamos anteriormente. A superação das relações de dominação invariavelmente causa reações que têm a finalidade de defender as formas a partir das quais as sociedades são tradicionalmente estruturadas.

As sociedades humanas desenvolveram uma série de sistemas de estratificação, muitos deles baseados em fatores econômicos e outros em fatores culturais, sendo que os dois elementos estão fortemente relacionados. Se por um lado os sistemas de produção econômica determinam as posições que as pessoas ocupam, as formas culturais que os acompanham legitimam outras estratificações baseadas em formas de identidades naturais ou atribuídas a indivíduos. De qualquer maneira, o esquema proposto por Grusky indica a existência de alguns elementos básicos em todas as suas formas. Os autores que defendem uma teoria funcionalista da estratificação social argumentam que as sociedades humanas atribuem diferentes valores aos vários lugares e funções que estabelecem as chances de mobilidade para os diversos grupos sociais. Para esses teóricos, a estratificação é um aspecto necessário de todas as sociedades, pois todas elas precisam motivar indivíduos a ocupar determinadas funções para que o seu funcionamento seja possível. Elas precisam distribuir seus membros em diferentes posições e também criar motivações para que eles possam desempenhar as funções necessárias ao seu funcionamento. Essa motivação acontece em função de um sistema de recompensas para aqueles que ocupam os lugares mais relevantes da sociedade. A estratificação teria então origem na necessidade da criação de um sistema de ocupação que privilegia as pessoas mais competentes para ocupar os diferentes postos de trabalho dentro de uma sociedade.²²⁶

Essa teoria tem sido criticada porque não oferece elementos suficientes para explicar a situação daqueles sistemas de estratificação que decorrem de identidades atribuídas aos indivíduos. Seus autores

226 GRUSKY, David, *op. cit.*, p. 3.

também parecem ignorar que o poder é outro elemento de suma importância no processo de estratificação, diferença que decorre dos diferentes lugares que as pessoas ocupam dentro da hierarquia social. Por essa razão, outros estudiosos procuram estabelecer quais seriam os elementos definidores dos processos de estratificação, sendo que muitos desses estudos giram em torno da classe, raça e sexo. Os que escrevem sob a influência marxista afirmam que a estratificação social é produto do sistema de classes produzido pelo capitalismo. Sua operação produz uma forma de inserção subordinada na qual as pessoas têm direitos formais, mas não as condições reais de exercício.²²⁷ Os que seguem o modelo weberiano examinam o problema da estratificação também a partir das diferentes clivagens existentes dentro das classes, além dos grupos criados a partir dos *status* material que ocupam dentro da sociedade. Se os membros do primeiro grupo estão ligados em função da posição na estrutura de classes, os membros do segundo estão ligados em função de critérios de *status* cultural que os coloca em uma situação comum.²²⁸ Outros estudiosos, seguindo as duas tradições, enfatizam o caráter múltiplo dos diferentes sistemas de estratificação, motivo pelo qual o tema deve ser estudado a partir dos diferentes vetores de discriminação.²²⁹

Charles Tilly parte da classificação das relações sociais entre diferentes grupos para explicar o processo de estratificação. Ele afirma que uma sociedade pode ter um caráter aberto quando ela possibilita que seus membros tenham acesso a benefícios materiais e espirituais, o que garante o avanço da igualdade entre os grupos. Mas ela será fechada quando relações assimétricas de poder permitem que apenas alguns desses segmentos tenham essa possibilidade, o que mantém os outros em uma situação de exclusão. Sociedades altamente estratificadas estão marcadas por relações fechadas, o que permite o controle sobre as pessoas que terão acesso a bens materiais e espirituais. Tilly parte desses conceitos para afirmar que processos de estratificação social estão largamente baseados em critérios específicos que criam diferenças categóricas entre dois grupos. Esse seria o caso de distinções entre negros e

227 SANTOS, Boaventura de Souza. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2008, p. 280-284.

228 GRUSKY, David, *op. cit.*, p. 17-18.

229 HUTCHISON, Daren Lenard. Ignoring the sexualization of race heteronormativity, critical raced theory and anti-racist policy. *Buffalo Law Review*. v. 41, n.1, p. 1-116, 1999.

brancos, homens e mulheres ou entre heterossexuais e homossexuais. A construção dessas diferenças categóricas implica que elas regulam o funcionamento de instituições sociais, além de estruturar valores culturais. Embora elas não impeçam a mobilidade social de certos membros dos grupos subordinados em função dos múltiplos pertencimentos, elas certamente fundamentam regras de relacionamento que permitem a exploração e a acumulação de oportunidades entre os membros do grupo dominante. Isso possibilita que as desigualdades entre esses grupos sejam duráveis, ocasionando a estratificação social ao longo desses critérios de diferenciação.²³⁰

Charles Tilly afirma que outros dois processos permitem a reprodução de desigualdades duráveis: a *emulação* e a *adaptação*. O primeiro designa a reprodução de modelos organizacionais baseados nessas diferenças categóricas de um contexto para outro, o que acarreta a propagação de exploração e acumulação de oportunidades em diversos contextos. O segundo designa a utilização de distinções sociais na operação do *modus vivendi* dos grupos sociais, determinando padrões de interação como relações interpessoais e relações políticas. Os processos de estratificação social ocorrem então quando diversas instituições sociais adotam essas diferenças categóricas, fazendo com que elas se tornem pervasivas. Como essas instituições controlam o acesso a oportunidades, grupos minoritários são sistematicamente excluídos, o que cria uma desigualdade categórica entre eles. A estratificação ocorre porque diferenças categóricas regulam diversas redes de relacionamento e ocorrem em diversas formas de interação, fazendo com que grupos minoritários sejam excluídos das redes de relacionamento que controlam o acesso a oportunidades.²³¹ Assim, as sociedades baseadas em relações fechadas são estratificadas quando elas criam mecanismos de exploração, o que ocorre quando membros do grupo dominante são capazes de expropriar bens produzidos por membros de outro, impedindo então que os segundos possam obter pleno benefício daquilo que produziram, um fator essencial para a criação de igualdade e mobilidade social. Simultaneamente, os membros do grupo dominante promovem uma acumulação de oportunidades quando impedem ou dificultam acesso a oportunidades por meio de discriminação ou pela exigência de retribuição.²³²

230 TILLY, Charles. *Durable inequality*. Berkeley: University of California Press, 1999. p. 6-7.

231 *Idem*. p. 8-13.

232 *Idem*, *Ibidem*.

2. *A psicologia social da estratificação social*

Para Douglas Massey, a estratificação social teria início no plano psicológico em função da criação de categorias cognitivas que atribuem características negativas a membros de certos grupos. A criação cultural dessas diferenças permite a atribuição de certas identidades a esses indivíduos, identidades que não correspondem à realidade deles, mas sim aos sentidos culturais que pretendem legitimar diferenciações. Essas formações culturais criam então distinções e barreiras entre diferentes grupos sociais, sendo que os membros do grupo dominante passam a atuar a partir delas. De certa forma, esse processo teria origem no próprio funcionamento do psiquismo humano que atua por um processo de categorização. A cognição humana procura sempre alguma forma de consistência para que os estímulos que recebe possam ser adequadamente categorizados. A mente humana opera segundo esquemas mentais que o indivíduo utiliza para avaliar indivíduos que eles encontram nas diversas situações, o que o leva a generalizar características de um grupo para outro. As percepções podem mudar ao longo do tempo na medida em que a própria experiência demonstra os equívocos associados com esses esquemas mentais.²³³

Teun Andreas van Dijk argumenta que esses esquemas mentais não são apenas processos moralmente neutros que designam como as pessoas apreendem a realidade social. Essa estrutura cognitiva opera articulando uma série de crenças sociais que determinam a apreensão e percepção das relações sociais de certas maneiras. Mais do que uma análise de como as estruturas ideológicas estruturam práticas políticas, essa abordagem conecta as normas sociais e os processos cognitivos a fim de proporcionar uma compreensão adequada dos meios a partir das quais as estruturas do discurso reproduzem estruturas de poder. As cognições sociais que aparecem são a ligação entre narrativas culturais e a compreensão individual do mundo. Esse conjunto estruturado de crenças sociais influencia a formação de cognições sociais, uma série de representações mentais que os indivíduos adquirem por meio do processo de socialização. Essas cognições sociais são formadas em diferentes instituições que regulam o exercício do poder e, conseqüentemente, têm a capacidade de transmitir várias formas de discurso social.

233 MASSEY, Douglas. S. *Categorically unequal: the american stratification system*. Nova York: Russell Sage Foundation, 2007. p. 7-9.

Cognições sociais adquirem o seu conteúdo substantivo das ideologias políticas, doutrinas religiosas, ou de prescrições sociais gerais de comportamento adequado. Esses conteúdos transmitem pontos de vista daqueles que controlam essas instituições e procuram institucionalizar projetos políticos particulares.²³⁴

Devemos ter em mente que os processos responsáveis pela estratificação social não são produtos apenas de mecanismos de discriminação direta, de atos que procuram excluir indivíduos de oportunidades ou direitos em função de traços moralmente irrelevantes. A opressão possui um caráter sistêmico porque muitas práticas e sentidos culturais são reproduzidos nas diferentes formas de interação humana, sendo que eles também informam a cultura de diversas instituições. Assim, os fatores responsáveis pelo caráter sistêmico da opressão não residem apenas na existência de normas jurídicas discriminatórias, mas também nos valores culturais que são constantemente reproduzidos no funcionamento de diversas instituições sociais. Eles sedimentam entendimentos sobre os lugares sociais dos diversos grupos, naturalizando as suas formas de organização. Uma vez que esses sentidos passam a determinar o funcionamento das instituições, as relações de poder deixam de operar exclusivamente dentro da oposição entre grupos majoritários e minoritários. A possibilidade de conformar sentidos culturais que determinam o funcionamento das instituições tornam desnecessária as formas de discriminação direta. O próprio funcionamento dessas instituições perpetua as relações assimétricas de poder que reproduzem a opressão de grupos minoritários. Dessa forma, a circulação de valores que determinam os lugares de homens e mulheres nas diversas instâncias sociais é um fator que dirige as tomadas de decisões que beneficiam homens e mantêm mulheres em uma situação estrutural de desigualdade.²³⁵

A marginalização tem sido considerada como um obstáculo particularmente significativo para a construção de uma sociedade democrática porque ela cria subclasses de pessoas que estão excluídas da plena participação social. Esses grupos são discriminados em função de sentidos culturais que representam certas características como negativas, elas se tornam socialmente salientes porque marcam uma diferença que

234 DIJK, Teun Andreas. *Elite discourse and racism*. Londres: Sage, 1993. p. 265-271.

235 YOUNG, Iris Marion. *Justice and the politics of difference*. Princeton: Princeton University Press, 1990. p. 42-44.

funciona como motivo de opressão.²³⁶ A marginalização mantém esses grupos em uma situação de privação dos recursos que são necessários para a construção de uma vida minimamente digna dentro de uma sociedade. A constante circulação de preconceitos e estereótipos torna ineficazes as medidas que procuram integrar membros de grupos marginalizados, principalmente porque elas partem do pressuposto de que processos de exclusão social têm natureza econômica. Dessa forma, a marginalização não deixa de operar quando membros de certos grupos conseguem acesso a oportunidades materiais porque os preconceitos continuam criando impedimentos sociais e institucionais para a inclusão social desses grupos. A marginalização impede a participação de grupos no processo de decisão política, fazendo com que eles não tenham condições reais de transformar as condições de opressão em que vivem.²³⁷

Por exemplo, como observa Jack Balkin, o embate entre a política do reconhecimento proposta por minorias sexuais e a política da virtude moral defendida por líderes religiosos exemplifica uma tensão presente em muitas sociedades contemporâneas: a reação à desestruturação de hierarquias sociais em função do progresso da cultura democrática. Conflitos culturais relacionados com a posição social de minorias sexuais são lutas sobre o *status* social dessas pessoas e dos sentidos culturais a eles relacionados. A posição dos grupos dentro da sociedade decorre do nível de prestígio e aprovação que lhes é atribuído, tendo maior ou menor respeitabilidade dependendo de como eles são classificados.²³⁸ A atribuição de *status* social e sentidos culturais constitui a identidade social de diferentes grupos, os que são mais influentes têm o poder de instituir valores para toda a sociedade, o que permite a construção deles como algo positivo e a afirmação do outro como diferente e inferior. Mesmo as sociedades democráticas mantêm hierarquias de *status* que são reproduzidas por estigmas responsáveis pela construção de certos segmentos como pessoas que não merecem o mesmo respeito. Mas a cultura democrática permite que os que ocupam posições subalternas questionem esses sentidos culturais responsáveis pela legitimação de práticas discriminatórias.²³⁹

236 LIPERT-RASMUSEN, Kasper, *op. cit.*, p. 30-36.

237 YOUNG, Iris Marion. *Justice and the politics of difference*. Princeton: Princeton University Press, 1990, p. 53-55.

238 DIMOND, Paul. *The Anti-Caste Principle*. *Wayne Law Review*. v. 30, n. 1, p. 5-10, 1983.

239 BALKIN, Jack M., *op. cit.*, p. 2328-2322.

3. Estratificação social e processos de legitimação

As reflexões elaboradas na seção anterior indicam que a estratificação social é um processo que precisa ser socialmente legitimado, tendo em vista a incongruência entre valores democráticos e a persistência de desigualdades sociais. Harold Kerbo diz que podemos examinar os processos de legitimação no plano individual e também no plano social. A legitimação das diferentes formas de estratificação social em sociedades democráticas requer elementos necessários para resolver os problemas gerados pela distância entre o princípio da igualdade e a desigualdade real presente na realidade. Sociedades democráticas estabelecem padrões de justiça social que determinam como oportunidades devem ser distribuídas, sendo que elas invariavelmente partem do pressuposto de que as pessoas devem ser avaliadas segundo as suas habilidades. Diversos padrões sociais estabelecem formas como devemos avaliar os outros, mas também regras para que as pessoas avaliam a si mesmas. A avaliação da percepção pessoal e, conseqüentemente, do lugar que elas podem ocupar dentro da sociedade varia de acordo com o grupo e como os critérios culturalmente estabelecidos para as pessoas julgarem a si mesmas. Assim, os indivíduos podem resolver a dissonância cognitiva entre promessas de igualdade e concentração de oportunidades justificando para si mesmo que o lugar que ela ocupa. O autor citado nos diz que classe social é uma forte indicação de como uma pessoa poderá avaliar a si mesma, pessoas de classes mais altas são socializadas para serem mais autônomas, o que permite o desenvolvimento de uma autoestima positiva. Ao contrário, pessoas de classe social inferior aprendem a ter maior deferência à autoridade, o que justifica cognitivamente a posição que elas ocupam dentro da sociedade. Isso faz com que elas aceitem maiores níveis de desigualdade porque uma das funções das ideologias sociais é exatamente impedir que os níveis de desigualdade sejam percebidos.²⁴⁰

Mas a estratificação social não pode ser justificada apenas no plano individual, ela precisa também ser legitimada no plano político, função destinada àqueles que se beneficiam da concentração de oportunidades. Teun Andreas van Dijk afirma que crenças sociais não são meras opiniões pessoais, mas, sim, convicções que eles compartilham com outras pessoas que pertencem ao mesmo grupo. Ele classifica o conhecimen-

240 KERBO, Harold R. *Social stratification and inequality*. *Class conflict in historical, comparative, and global perspective*. 5. ed. Boston: McGraw Hill, 2003. p. 429-432.

to compartilhado por membros de um grupo social como cognições sociais que compõem representações de relações sociais e esquemas mentais que regulam o processamento de informações. Membros de vários grupos internalizam ideologias por meio de cotidianos de interação social e aprendizagem cognitiva que se tornam um conhecimento social compartilhado. Ele se torna uma premissa central da experiência comum desses indivíduos. Essas crenças constituem a base de uma linguagem comum que contém várias premissas do que os membros do grupo percebem como representações válidas da realidade social. Essas crenças gerais implicam a existência de opiniões avaliativas sobre várias questões sociais, expressando assim as opiniões de um grupo sobre alguns fatores. Apesar da possível variedade de opiniões entre os seus membros, as premissas gerais de sua ideologia social afetam em maior ou menor grau a compreensão do mundo e identidade dessas pessoas como agentes sociais.²⁴¹

Tomando como ponto de partida estudos de psicologia social e teoria linguística, Teun Adrianus van Dijk conceitua cognições sociais como estados mentais que têm uma dimensão ideológica. Processos cognitivos não derivam apenas de *insights* psicológicos sobre o mundo, eles são incorporados em processos sociais que informam as estruturas de representações mentais. Vários mecanismos de socialização fornecem aos indivíduos informações sobre posição deles na estrutura social. Esse conhecimento sociocultural constitui um sistema de representações sobre o mundo em sua memória, um conjunto de conteúdos cognitivos que moldam sua compreensão da realidade. Como mencionamos antes, o conhecimento sociocultural representa o que as pessoas consideram ser uma interpretação correta do mundo, de acordo com a perspectiva dos vários grupos aos quais pertencem, por exemplo, as feministas que consideram a igualdade de gênero como um valor moral e político fundamental e criam um programa político com base nestes princípios.

A crença na igualdade entre os sexos tem outras funções. Ideologias desempenham um papel fundamental na formação da cognição porque controlam o conteúdo de representações mentais. Isto significa que as feministas irão interpretar papéis tradicionais de gênero como prescrições sociais que promovem a subordinação ao invés de lugar natural da mulher na sociedade. Estas crenças sociais são organizadas de acordo com normas e valores compartilhados por membros de grupos, fornecendo parâmetros para avaliar o conhecimento social. Diferentes

241 DIJK, Teun Andreas. Society and discourse: how social context influence text and talk, *op. cit.*, p. 28 - 33.

grupos sociais podem dar a mesma importância a normas e valores como as ideias de igualdade de tratamento e da liberdade, mas podem ser entendidos de maneiras bem diferentes quando se considera a sua posição na estrutura social.²⁴²

O conceito de ideologia como um sistema de crenças sociais geralmente implica a consideração de questões sociais e políticas relevantes para determinados grupos sociais. Esses problemas geralmente tocam aspectos centrais da sua condição social dentro de uma dada sociedade, aspectos que definem as suas chances de manter ou transformar a sua posição como uma consequência das estruturas sociais atuais. Essas questões incluem o acesso aos recursos sociais importantes, a sua capacidade de preservar os aspectos centrais da sua identidade social, e sua capacidade de mobilização política. Em poucas palavras, as ideologias referem-se às ações sociais e institucionais que definem a identidade de um grupo social, reproduzindo as características do grupo dentro da estrutura social. Mais uma vez a questão da igualdade de gênero exemplifica esta pergunta. As expectativas sobre o papel das mulheres nas cognições sociais moldam a sociedade e determinam suas chances de ter acesso a uma série de oportunidades acadêmicas e profissionais. O movimento em direção à igualdade de gênero demonstra que as ideologias motivam a criação de metas sociais, uma série de interesses que organizam as práticas sociais e as interações discursivas de feministas com membros de outros grupos.²⁴³

4. Legitimação e discriminação: sobre as relações raciais no Brasil

O debate sobre a inclusão de minorias raciais no nosso país é um bom exemplo de como ideologias legitimam processos de estratificação. A implementação de programas de ações afirmativas, ao longo dos últimos dez anos, gerou uma ampla discussão sobre dois temas de grande relevância: a interpretação do princípio da igualdade e sobre a natureza das relações raciais no nosso país.

Uma perspectiva interpretativa que equaciona uma série de afirmações sobre as funções da isonomia constitucional com várias teses sociológicas fundadas na ideologia da democracia racial forma a perspectiva a partir da qual muitos tribunais examinam a questão da constitucionalidade

242 *Ibidem.* p. 28-33.

243 DIJK, Teun Andreas. *Ideology: a multidisciplinary approach*. Londres: Sage, 1998. p. 14-15.

de ações afirmativas. A combinação entre princípios jurídicos abstratos e a representação do país como uma sociedade sem conflitos raciais fornece as bases para uma narrativa cultural que considera os programas de ações afirmativas violações do princípio da igualdade. Muitas dessas decisões não mencionam quaisquer estudos sociológicos que fundamentem os argumentos sociológicos nelas defendidos. Elas simplesmente expressam um consenso social de muitos setores das nossas elites brancas sobre a questão racial no Brasil, servindo, assim, como pressupostos que sustentam uma retórica jurídica carente de básica fática. Essas decisões demonstram que a ideologia da democracia racial opera como um conhecimento de grupo. Os tribunais que condenam essas iniciativas recorrem a uma concepção de isonomia identificada como mero limite ao poder regulador estatal. Parte-se do pressuposto de que políticas públicas baseadas na raça dos indivíduos violam o texto constitucional. Muitos cortes brasileiros argumentam que a Constituição Federal requer a implementação de medidas governamentais universais, pois devem sempre beneficiar o maior número possível de pessoas. Esses tribunais alegam que medidas generalistas podem perfeitamente produzir a desejada inclusão social de afrodescendentes, uma vez que as desigualdades sociais presentes na nossa sociedade são produto de exclusão econômica e não de discriminação racial sistemática. Mesmo após a decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a constitucionalidade de cotas raciais, esses argumentos ainda influenciam a interpretação de normas constitucionais nos casos referentes aos sistemas de cotas nos concursos públicos.²⁴⁴

244 Ver, por exemplo: BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) No. 1.0000.00.327572-4/000(1), Órgão Julgador: Corte Superior, Relator: Correa de Martins, 03/12/2003 [declarando a inconstitucionalidade de programa de cotas raciais em concurso público sob o argumento de que as desigualdades sociais entre negros e brancos decorrem da falta de investimento em políticas educacionais universais]; BRASIL. Tribunal de Justiça do Espírito Santo, Apelação Cível No. 024070612809, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator: Ney Batista Coutinho, 15/12/2009 [afirmando que o investimento em políticas públicas que procuram atender a brasileiros de todas as cores é a melhor solução para as disparidades entre negros e brancos]; BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Arguição de Inconstitucionalidade No. 2005.021645-7/0001.00, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator: Luiz César Medeiros, 27/09/2007 [declarando a inconstitucionalidade de um programa de ações afirmativas em curso superior porque o princípio da igualdade não admite a utilização de critério que viole o ideal da universalidade das normas jurídicas].

Ignorando os pressupostos do caráter intergeracional da discriminação, muitos desses tribunais recorrem a uma representação do Brasil como uma nação racialmente homogênea para legitimar uma posição segundo a qual ações afirmativas ofendem o princípio da igualdade. Afirma-se que não se pode estabelecer limites claros entre os grupos raciais brasileiros em função do alto grau de miscigenação que sempre existiu no país. Todos os brasileiros possuem herança genética de diversos grupos raciais, o que torna a população brasileira um grupo social multirracial.

Como a raça é uma categoria impossível de ser claramente delimitada em função dessa realidade, sua utilização infringe o princípio segundo o qual pessoas igualmente situadas devem ser tratadas de forma igual. De acordo com esses tribunais, as políticas de ações afirmativas ferem o ideal de justiça simétrica que informa o princípio da igualdade formal entre os indivíduos.²⁴⁵ Outro argumento muito comum na jurisprudência brasileira é a caracterização de políticas raciais como iniciativas discriminatórias contra a população branca, perspectiva que desconsidera por completo as diferenças de *status* cultural e *status* material entre negros e brancos. Muitos cortes brasileiras entendem que isso é algo extremamente problemático porque brancos raramente incorrem em comportamento discriminatório contra os negros no Brasil. Não se ignora a presença de racismo no país, mas isso se resume ao comportamento de alguns poucos indivíduos, isso não é uma prática generalizada na nossa sociedade.

A maioria dos tribunais que condena os programas de ações afirmativas alega que possíveis manifestações discriminatórias contra afrodescendentes não são uma expressão de intolerância racial. Esse tratamento discriminatório, quando existe, revela um preconceito individual em relação à classe dos indivíduos, consequência da associação da cor da pele com o *status* social deles. Vemos, então, que a ideia prevalente entre

245 Ver, por exemplo: BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental No. 186-2, Relator: Gilmar Mendes, 31/07/2009 [argumentando que o Brasil viveu um processo de miscigenação, o que torna problemática a criação de políticas públicas baseadas na raça dos indivíduos]; BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Ação direta de inconstitucionalidade No. 00009/2009, Órgão Julgador: Órgão Especial, Relator: José Carlos S. Murta Ribeiro, 25/05/2009 [classificando programas de ações afirmativas como violadores da igualdade porque o processo de miscigenação presente no país impede a utilização da raça como um critério para o estabelecimento de políticas públicas].

nossos tribunais segundo a qual as pessoas só são discriminadas a partir de um único vetor impede a percepção de que sistemas de opressão como racismo e o classicismo operam de forma simultânea.²⁴⁶

Esses argumentos estão baseados em algumas proposições altamente problemáticas que requerem uma análise minuciosa. A afirmação de que políticas universais necessariamente promovem igualdade racial está fundamentada na identificação entre o princípio da igualdade com a noção da universalidade das normas jurídicas. Contudo, não podemos confundir a necessidade de construção das leis em termos impessoais com o ideal de equiparação material dos membros da comunidade política. Iniciativas governamentais universais não são necessariamente mais aptas a produzir uma sociedade mais igualitária do que políticas que estabelecem consequências jurídicas distintas entre grupos raciais. Nada no nosso ordenamento jurídico impede o tratamento diferenciado entre pessoas quando se pretende erradicar a exclusão social. O tratamento diferenciado entre indivíduos também não pode ser justificado apenas como um desvio circunstancial do princípio da universalidade das normas jurídicas.

A implementação de políticas públicas voltadas para a promoção de emancipação encontra fundamentação no conjunto de princípios abrigados pelo sistema constitucional. O nosso sistema jurídico procura criar uma sociedade igualitária na qual impera o princípio da justiça social. O intérprete deve também considerar a constitucionalidade da norma em questão a partir da avaliação da existência de uma congruência entre o ato governamental e a situação material do grupo social

246 Ver, por exemplo: BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental No. 186-2, Relator: Gilmar Mendes, 31/07/2009 [afirmando que a possível intolerância contra afro-brasileiros demonstra preconceito em relação à classe social e não em relação à raça dos mesmos]; BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Incidente de Constitucionalidade No. 1.0000.07.449458-4/000(1), Órgão Julgador: Corte Superior, Relator: Reynaldo Ximenes Carneiro, 27/06/2007 [classificando a adoção de cotas raciais em concurso público como uma iniciativa discriminatória contra brancos porque estabelece tratamento diferenciado com base na pele dos indivíduos, o que ofende o princípio da igualdade formal entre os indivíduos]; BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Arguição de Inconstitucionalidade No. 2005.021645-7/0001.00, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator: Luiz César Medeiros, 27/09/2007 [classificando programas de ações afirmativas como uma forma de apartheid social em um país sempre comprometido com a igualdade racial entre os grupos raciais].

específico. A implementação de políticas públicas que procuram erradicar a marginalização social dos afrodescendentes tem, portanto, ampla fundamentação constitucional. Esse objetivo não pode ser alcançado sem a devida consideração das dimensões institucionais e estruturais que o racismo possui na sociedade brasileira.²⁴⁷

A caracterização dos programas de ações afirmativas como iniciativas discriminatórias está baseada em uma série de proposições equivocadas. Não se pode comparar atos governamentais que procuram subordinar um grupo social com políticas públicas de caráter emancipatório. Esse raciocínio decorre da utilização da noção de justiça simétrica, o que seria o único parâmetro para avaliação da constitucionalidade dessas medidas. A noção de justiça simétrica está baseada no princípio da generalidade das leis, preceito que exige a atribuição da mesma consequência jurídica a pessoas a todos os membros de um mesmo grupo. O argumento da miscigenação presente no discurso da neutralidade racial fornece o fundamento para uma perspectiva interpretativa segundo a qual qualquer utilização da raça constitui uma violação da igualdade. Mas o nosso texto constitucional também abriga as noções de justiça distributiva e também de justiça corretiva, o que justifica a implementação de programas que procuram reverter a situação de desvantagem social dos afrodescendentes no país. Essas concepções de justiça possuem grande relevância dentro dessa discussão quando consideramos o fato de que a situação da população afrodescendente decorre da atuação de formas de discriminação direta presentes no momento atual e também das consequências da discriminação intergeracional.²⁴⁸

Os argumentos contrários aos programas de ações afirmativas apresentados pelos nossos tribunais enfrentam ainda outro problema: a redução da noção de racismo à ideia de discriminação direta. Racismo e discriminação são conceitos conexos, mas claramente distintos. O racismo não se confunde com a noção de discriminação porque ele é um conjunto de ideologias socialmente construídas. Elas têm a função de sustentar um sistema de privilégios fundado na hierarquia entre grupos raciais. Devido à sua natureza ideológica, o racismo adquire novas significações em diferentes momentos históricos e em diferentes sociedades. Como um conjunto de ideias que procura legitimar a estratificação racial, a noção de racismo pode se manifestar de muitas formas, prescindindo até

247 Essa posição tem sido defendida por vários tribunais brasileiros no debate sobre ações afirmativas. Ver: MOREIRA, Adilson José. Discourses of Citizenship in American and Brazilian affirmative action. *American Journal of Comparative Law*. v. 64, n. 2, p. 455-504, 2016.

mesmo da atuação de agentes sociais para a sua propagação.²⁴⁹ Ideologias raciais fundamentam uma série de arranjos sociais percebidos como uma organização natural de uma determinada sociedade. Esse tem sido um dos objetivos fundamentais da institucionalização da doutrina da democracia racial no Brasil. Afirma-se que as disparidades entre negros e brancos refletem nada mais do que a estrutura de classes na sociedade capitalista, o que seria gradualmente eliminado em função de racionalização das forças do mercado.²⁵⁰

O enfoque dos nossos tribunais no aspecto da discriminação direta impede que eles interroguem o privilégio social como fator responsável pela estratificação racial existente na nossa sociedade. A democracia racial constitui assim um conjunto de práticas e crenças culturais formuladas para defender vantagens sociais baseadas na raça, uma construção social que estrategicamente ignora as relações de poder presentes nas interações entre grupos raciais. Como toda forma de ideologia racista, a doutrina

248 O artigo 3º. da Constituição Federal dispõe: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – Construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Os tribunais superiores brasileiros têm interpretado esse artigo como uma norma programática que abriga o princípio da igualdade material como também uma concepção de justiça distributiva. Ver, por exemplo: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de descumprimento federal No. 182, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator Ricardo Lewandowski, 2012, p. 53 [“No que interessa ao presente debate, a aplicação do princípio da igualdade, sob a ótica justiça distributiva, considera a posição relativa dos grupos sociais entre si. Mas, convém registrar, ao levar em conta a inelutável realidade da estratificação social, não se restringe a focar a categoria dos brancos, negros e pardos. Ela consiste em uma técnica de distribuição de justiça, que, em última análise, objetiva promover a inclusão social de grupos excluídos ou marginalizados, especialmente daqueles que, historicamente, foram compelidos a viver na periferia da sociedade.”].

249 Para uma análise da noção de racismo institucional ver: Shirley Better. *Institutional racism: a primer on theory and strategy for social change*. Nova York: Rowman & Littlefield, 2007.

250 Essa posição tem sido defendida por vários tribunais brasileiros. Para uma análise desse tema ver: MOREIRA, Adilson José, Igualdade Formal e Neutralidade Racial: Retórica Jurídica como Instrumento de Manutenção das Desigualdades Raciais. *Revista de Direito do Estado*. v. 19, p. 293-328, 2012.

da democracia racial reproduz uma estrutura fundada na subordinação da população negra, mas ao invés de recorrer à adoção oficial de práticas racistas, ela opera pela negação da relevância do racismo entre nós.²⁵¹

A jurisprudência brasileira sobre ações afirmativas contém várias teses sociológicas e históricas sobre relações raciais, no Brasil, que têm a função específica de legitimar uma ordem social baseada no privilégio branco. Elas constituem uma forma de narrativa fundada na premissa de que a história social brasileira pode ser classificada como um processo de desenvolvimento gradual na direção da neutralidade racial. Uma das estratégias discursivas mais frequentes nessa narrativa é a afirmação de que as elites brasileiras são um grupo social sempre comprometido com o tratamento igualitário entre grupos raciais.²⁵² Mas vários estudos históricos demonstram que tal fato nunca teve qualquer correspondência com a história do país. Essa forma de interpretação da história das relações raciais é uma construção ideológica que surgiu em momento no qual havia uma rearticulação de poder entre setores das elites brancas brasileiras. A ideologia da democracia racial surge em um momento no qual o novo segmento que ascendeu ao poder procura uma nova forma de legitimação da sua posição social. Isso foi conseguido por meio do equilíbrio entre a permanência dos privilégios sociais nas mãos dos brancos e uma forma de inclusão subordinada da população negra brasileira na vida econômica e política da nação.²⁵³

Mas a doutrina da democracia racial é apenas uma das ideologias historicamente utilizadas para se manter a supremacia branca no nosso país. O alcance da independência política do nosso país e a adoção de um regime constitucional moldado nos padrões do liberalismo despertaram a discussão sobre o lugar do negro no futuro da nação brasileira. As elites daquela época pensavam que a possibilidade do progresso nacional estava seriamente comprometida em função da presença dos descendentes de africanos e indígenas no país. Mais do que uma simples presença dentro de um espaço social, a miscigenação criava um empecilho ainda maior porque promovia a degeneração constante da população brasileira. Convencidos da inferioridade racial dos negros,

251 Para uma análise da ideologia da democracia racial ver: HASENGALG, Carlos. *Discriminação e desigualdades raciais no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2005. p. 232-268.

252 GUIMARÃES, Antônio Sérgio. *Classes, raças e democracia*. São Paulo: Editora 34, 2002. p. 137-172.

253 AZEVEDO, Thales. *Democracia racial: ideologia e realidade*. Petrópolis: Vozes, 1975. p. 34-38.

primeiro em função da doutrina católica e depois pela influência de teses científicas, as elites brasileiras procuraram alternativas para a solução desse problema. A presença de negros impediria a criação de um povo e de uma nação nos moldes dos países europeus, sociedades formadas por pessoas de raça branca.²⁵⁴ Tendo em vista a realidade social do país, procurou-se criar uma solução que poderia transformar o Brasil em uma nação branca, requisito necessário para o progresso nacional. A saída aceita pela maior parte das elites brancas foi a estratégia do branqueamento da população por meio da promoção da imigração de europeus. Essa busca pelo branqueamento da população aconteceria não apenas pelo aumento numérico do número de pessoas brancas, como também por meio da miscigenação de europeus e brasileiros. A eliminação da população negra aconteceria por meio de um processo eugênico, pois a superioridade genética dos brancos seria responsável pela eliminação do gene negro.²⁵⁵

A representação do Brasil como uma democracia racial tornou-se a ideologia oficial do país em função de uma série de processos históricos e sociológicos responsáveis pela reconfiguração do poder, no Brasil, nas primeiras décadas do século passado. As tradicionais elites agrárias foram destituídas do poder e substituídas pelas elites urbanas. Iniciou-se assim uma nova busca pela legitimação do poder, o que naquele momento histórico estava associado à criação de um novo projeto de nação.²⁵⁶ Se a política racial do período histórico anterior procurou eliminar a raça negra por meio de processos eugênicos, a nova ideologia racial que então se delineia tinha como objetivo a integração subordinada da população negra. Tem início um processo de reconstrução da ideia de nação brasileira a partir da valorização da cultura negra como parte integrante da identidade nacional. A ideologia da democracia racial está fundamentada em uma série de pressupostos relacionadas com os conceitos de miscigenação racial, classe social, igualdade social, identidade cultural e nacional. A representação do Brasil como uma sociedade comprometida com o tratamento igualitário decorre da celebração da miscigenação, o que seria evidência de tolerância entre grupos raciais. Esse constante amalgamento racial criou uma sociedade que

254 SCHWARCZ, Lilia. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e a questão da racial no Brasil, 1870-1930*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993. p. 11-22.

255 SKIDMORE, Thomas. *Preto no branco: raça e nacionalidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 70-96.

256 FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 14. ed. São Paulo: EDUSP, 2015. 688 p.

rejeita a discriminação racial em função da criação de uma população e uma cultura que incorpora traços dos grupos raciais formadores da população brasileira. Nessa celebração do Brasil, como uma sociedade claramente tolerante e inclusiva, a figura da pessoa miscigenada torna-se o símbolo de uma nação que tem uma identidade cultural miscigenada. A mobilidade social dos mestiços seria então uma evidência de que o preconceito racial não é um obstáculo ao avanço de negros e mestiços. A possível existência de tratamento discriminatório em relação aos negros não decorre de intolerância racial, mas sim de preconceito baseado na classe social, uma consequência do processo histórico da escravidão e não de práticas discriminatórias. A identificação entre grupos raciais e classes sociais impossibilita a presença de discriminação racial no país, pois não se pode classificar claramente as pessoas segundo as suas origens raciais.²⁵⁷

Todos esses elementos estão por trás de várias práticas sociais cotidianas que variam da cordialidade à estigmatização. Essa cordialidade decorre da estabilização das relações assimétricas de poder presentes na sociedade brasileira. Além de diminuir a tensão entre os grupos raciais, a naturalização dos lugares sociais de negros e brancos constitui uma forma de conhecimento da realidade social das elites brancas brasileiras. Essas elites, por meio de várias formas de produção discursiva, interpretam a realidade social como igualitária, uma decorrência de uma suposta ausência de conflitos raciais. A atribuição de estratificação racial a problemas de classe social é então uma orientação ideológica em função da qual os membros do grupo racial majoritário entendem os seus privilégios como um dado natural da construção social. A suposta cordialidade das relações raciais conduz à criação de um pacto de silêncio entre os dois grupos raciais, elemento que desaparece quando negros questionam arranjos sociais que historicamente beneficiam brancos.²⁵⁸ Como observa Carlos Hasenbalg, “o núcleo da democracia racial permite a substituição de medidas redistributivas em favor de não-brancos por sanções ideológicas positivas e integração ideológica dos socialmente subordinados”.²⁵⁹

257 GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo, *op. cit.*

258 SALES JÚNIOR, Ronaldo Laurentino. *Raça e justiça: o mito da democracia racial e o racismo institucional no fluxo da justiça*. 466 f. Tese (Doutorado em Sociologia). Centro de Filosofia e Ciências Humanas. Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2006.

259 HASENBALG, Carlos, *op. cit.*, p. 253.

Inúmeros estudos sociológicos demonstram como a realidade social representada por essa ideologia difere radicalmente da vida cotidiana de afrodescendentes no nosso país. Os conceitos de discriminação institucional e intergeracional nos ajudam a demonstrar como práticas discriminatórias legitimadas por diferentes ideologias raciais construíram e perpetuaram a estratificação racial na nossa sociedade. A análise de disparidade de renda é um exemplo dos mecanismos de exclusão social que impedem a mobilidade social de afrodescendentes. As desigualdades atuais decorrem de uma série de políticas públicas implementadas ao longo dos últimos dois séculos, que tinham o objetivo de privilegiar os brancos. Esse processo teve início logo após a nossa independência em função do deslocamento ocupacional de negros livres, uma consequência da política imigratórias adotadas no país. Imigrantes europeus começaram a ocupar muitas das ocupações profissionais mais rentáveis que estavam nas mãos de negros livres vivendo em centros urbanos. Isso os obrigou a procurarem ocupações menos rentáveis nos espaços urbanos ou a procurarem empregos na economia agrária. Alguns estados brasileiros criaram verdadeiros programas de ações afirmativas para brancos ao dar terras e proporcionar treinamento profissional para os imigrantes europeus, possibilidade fechada aos negros livres e também aos escravos que seriam libertos posteriormente.²⁶⁰ A influência de teorias científicas racistas e o preconceito racial contra negros foram responsáveis por políticas públicas que davam prioridade aos brancos nos trabalhos disponíveis na então nascente indústria brasileira, um claro mecanismo de reprodução do privilégio branco.²⁶¹

O processo de exclusão social que se inicia com essa política institucional racista persistirá ao longo das décadas seguintes, principalmente nas regiões sul e sudeste do país. As disparidades de renda entre negros e brancos não decorre simplesmente de pontos de partidas diferentes, mas sim de diferenças de oportunidades causadas por políticas institucionais racistas. Essas políticas discriminatórias foram responsáveis pela concentração da população afrodescendente nos setores rurais e extrativos, enquanto a população branca era absorvida nos setores mais dinâmicos da economia. Afrodescendentes também enfrentavam processo de exclusão na área comercial e na de prestação de serviços em função do menor acesso à educação, como também da necessidade de

260 Ver nesse sentido: DOMINGUES, Petrônio. *Uma história não contada*. São Paulo: SENAC, 2004. [examinando as políticas estatais brasileiras para o processo de embranquecimento da população brasileira]

261 HASENBALG, Carlos, *op. cit.*, p. 171-175.

contato com consumidores, o que ainda leva muitos empregadores a dar preferência a brancos. Os surtos de crescimento industrial acontecidos no país não eliminaram as práticas discriminatórias como argumentam aqueles que acreditam na força racionalizadora do mercado. Na verdade, essas diferenças aumentaram ao longo do tempo, uma prova de que discriminação racial e desenvolvimento industrial não são fenômenos incompatíveis.²⁶²

Estudos recentes demonstram que profissionais brancos ganham mais do que o dobro do salário de profissionais afrodescendentes em praticamente todas as áreas ocupacionais. Todos esses estudos revelam que essa disparidade salarial não guarda relação com as diferenças educacionais entre grupos raciais. Elas só podem ser atribuídas a discriminação sistemática no mercado de trabalho. Verifica-se também que essa diferença de renda entre profissionais com mesma formação educacional tem graves consequências em outras áreas da vida. A disparidade salarial entre os grupos raciais torna afrodescendentes mais vulneráveis à mortalidade infantil, diminui a expectativa de vida, além de impedir a transmissão de benefícios financeiros e educacionais as gerações seguintes. Pode-se dizer que esse é um dos mecanismos responsáveis pela perpetuação da estratificação racial e causando a impossibilidade daqueles que investiram na educação de proporcionar melhores condições de vida para a geração seguinte. Esses estudos demonstram que a mobilidade social da população branca acontece principalmente em função da combinação do aumento da escolaridade e a consequente melhoria da condição social das gerações seguintes. Esse quadro tem se mantido inalterado ao longo das últimas cinco décadas, o que mostra a efetividade e permanência das práticas discriminatórias que mantêm a exclusão de afrodescendentes.²⁶³

262 Para uma análise pormenorizada da discriminação racial de afrodescendentes no mercado de trabalho ver: TELELS, Edward. *Racismo à brasileira: uma nova perspectiva sociológica*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará – Fundação Ford, 2003. p. 185-219; PAIXÃO, Marcelo J. P., *Desenvolvimento humano e relações raciais*. São Paulo: DP&A. p. 1-50; HASENBALG, Carlos. *Discriminação e desigualdades raciais no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ. p. 172-203.

263 SILVA JÚNIOR, Hédio. Do racismo legal ao princípio da ação afirmativa: a lei como obstáculo e como instrumento dos direitos e interesses do povo negro. In: GUIMARÃES, Antônio Sérgio A.; HUNTLEY, Lynn. *Tirando a máscara: ensaio sobre o racismo no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 33-41.

O discurso da neutralidade racial presente na jurisprudência brasileira possui, portanto, uma série de argumentos claramente problemáticos quando consideramos a evolução do processo de interpretação e aplicação da igualdade. Muitos dos tribunais que defendem a neutralidade racial recorrem apenas à igualdade formal para avaliar a constitucionalidade dos programas de ações afirmativas. Ao desconsiderar os pressupostos que fundamentam a interpretação constitucional no atual paradigma constitucional, esses cortes constroem uma narrativa jurídica baseada na premissa de justiça simétrica como a única forma de tratamento adequado entre indivíduos. Assim, esse raciocínio articula uma leitura abstrata da igualdade com pressupostos de uma ideologia racial que representa o país como uma comunidade política onde o racismo não existe. A combinação de igualdade formal e democracia racial serve então para rechaçar políticas que buscam promover o bem-estar da população negra, uma forma de iniciativa que encontra ampla fundamentação legal no nosso sistema jurídico. Embora a noção de igualdade formal seja um dos fundamentos centrais da nossa ordem jurídica, ela não impede a implementação de políticas que buscam promover a justiça material entre grupos raciais, uma vez que a isonomia constitucional não se limite à ideia de tratamento simétrico perante a lei.²⁶⁴

A retórica do mérito levanta outros problemas de grande relevância para o processo de interpretação da igualdade. Esse preceito está fundamentado nos princípios da filosofia individualista que fundamenta o liberalismo. Parte-se do pressuposto de que os indivíduos devem ser recompensados pelos seus esforços, decorrência de que as instituições estatais devem criar condições para que eles possam alcançar os seus objetivos pessoais. A noção de meritocracia está, então, ligada a uma sociedade racionalmente organizada de acordo com regras impessoais e universais. O argumento da meritocracia enfrenta sérios problemas quando consideramos as noções de racismo mencionadas anteriormente. Oportunidades sociais não existem em um vácuo social: elas são determinadas por condições materiais de existência que reproduzem arranjos baseados em relações de poder entre grupos. As universidades públicas não são um universo branco apenas em função da capacidade

264 Para uma análise da constitucionalidade dos programas de ações afirmativas ver, entre outros: BARROZO, Paulo Daflon. A ideia de igualdade e as ações afirmativas. *Lua Nova*, n. 63, p. 103-141, 2004; MOREIRA, Adilson José. Miscigenando o círculo do poder: ações afirmativas, diversidade racial e sociedade democrática. *Revista da Faculdade de Direito do UFPR*. v. 61, n. 2, p. 117-148, 2016.

intelectual dos alunos brancos. O acesso privilegiado desses alunos aos bancos das universidades públicas é produto de práticas discriminatórias que impedem o acesso de afrodescendentes a oportunidades educacionais. A falta de acesso à boa educação é então uma consequência dos mecanismos sociais que garantem privilégios profissionais aos brancos no Brasil. Os empregadores brancos que discriminam funcionários negros não estão preocupados com a capacidade profissional dos mesmos, eles não os contratam porque eles não querem ter funcionários negros. O discurso da meritocracia serve apenas para racionalizar um sistema de exclusão social que tem beneficiado os brancos historicamente.²⁶⁵

265 Para uma análise crítica da noção de meritocracia no debate sobre a constitucionalidade de ações afirmativas para empregos públicos ver: LAWTON, Anne. The meritocracy myth and the illusion of equal employment opportunity. *Minnesota Law Review*. v. 85, n. 3, p. 587-662, 2000.

DE
VOLTA
À
QUESTÃO
INICIAL:
O
QUE
É
DISCRIMINAÇÃO?

13

As reflexões desenvolvidas neste livro mostraram que o termo discriminação possui uma imensa complexidade, o que impede a formulação de uma definição que englobe todas as suas dimensões e manifestações possíveis. Isso significa que precisamos abordar esse tema a partir de diferentes perspectivas para que possamos ter uma compreensão adequada dele. Nosso percurso demonstrou que podemos definir esse termo a partir das suas motivações, das suas consequências, dos atores sociais envolvidos, das suas dimensões, dos fatores que o produzem e também da cultura social que o legitima. Devemos considerar cada um deles separadamente e depois demonstrar como eles se conectam.

Quando analisamos o termo discriminação a partir de sua motivação, devemos considerar necessariamente quais são os seus propósitos. Vimos que as interações humanas estão envoltas em relações de poder, o que caracteriza todas as sociedades, mesmo aquelas que professam uma cultura democrática. Pessoas são discriminadas porque pertencem a um grupo social minoritário cujos membros são socialmente vistos como inferiores. Essa representação procura legitimar processos de estratificação que garantem vantagens aos membros de grupos majoritários. Assim, atos discriminatórios não apenas impedem que uma pessoa tenha acesso a oportunidades, como reproduzem a subordinação de certos segmentos sociais e também o *status* privilegiado dos que detém o poder nas suas diferentes manifestações.

O interesse na preservação de relações assimétricas de poder faz com que a determinação constitucional de tratamento igualitário seja violada. Nesse sentido, a discriminação ocorre quando uma pessoa não é tratada de acordo com as expectativas estabelecidas pelas normas que regulam uma determinada situação jurídica. Temos aqui a operação de dois elementos importantes: a intencionalidade e a arbitrariedade. Essa pessoa não está sendo tratada de acordo com o estabelecido pelas normas jurídicas porque uma outra tem a intenção de violar esse mandamento, o que expressa uma ação arbitrária porque contraria o que o consenso político expressa nas normas que regulam aquela situação.

Porém, sabemos que os requisitos da intencionalidade e da arbitrariedade não são suficientes para caracterizar uma prática como discriminação. Pessoas podem ser excluídas de oportunidades sociais em função de atos e normas que não utilizam quaisquer tipos de classificações. Isso acontece porque a discriminação não pode ser pensada apenas dentro de um contexto específico, mas dentro da história social de uma determinada nação. Atos podem ter um efeito adverso sobre determinados grupos porque eles concorrem para aumentar ainda mais as desvantagens que seus membros já sofrem. Além disso, a discriminação pode ser produto de motivações inconscientes sendo difíceis de serem efetivamente identificadas e combatidas. A desvantagem sofrida por certos grupos pode acontecer mesmo quando não há qualquer tipo de ação dirigida a seus membros, decorrendo simplesmente da preferência deles por seus pares.

Podemos também definir a discriminação a partir das suas consequências. Nossas reflexões também demonstraram de forma clara que a discriminação produz diversas formas de desvantagens sociais. Elas decorrem dos diferentes tipos de discriminação examinados neste livro, independentemente da presença ou ausência de intencionalidade. Essa desvantagem pode assumir diversas formas. Ela pode ser um efeito negativo no *status* cultural ou no *status* material de minorias. Atos discriminatórios reproduzem estigmas culturais negativos, legitimam a exclusão de oportunidades profissionais, comprometem a saúde mental de minorias e impedem a construção de uma sociedade igualitária.

Embora o termo discriminação seja frequentemente definido como algo que ocorre dentro das relações interpessoais, esse fenômeno pode envolver agentes públicos ou privados, ser uma prática individual ou coletiva, ser produto do funcionamento de normas dirigidas diretamente a certos grupos ou podem existir em função da operação de padrões que não fazem referência a pessoas.

Essa variedade de atores sociais envolvidos indica que a intencionalidade não caracteriza necessariamente o que tradicionalmente chamamos de discriminação. Ela pode ser consequência da relação da operação de várias instituições estatais que reproduzem formas de exclusão, mesmo quando não estão dirigida a certos segmentos. Atos arbitrários não são direcionados somente a membros de grupos minoritários porque ela independe das características do sujeito. Os valores culturais que legitimam essas práticas também procuram delimitar lugares sociais, isso significa que mesmo membros de grupos majoritários podem ser

discriminados. Por esse motivo, certos comportamentos podem ser motivo de violência em função da associação com o comportamento de minorias. Além disso, a incessante circulação de estigmas que afirmam a inferioridade essencial de minorias corrobora a percepção de que todos os membros de grupos minoritários são inferiores a todos os membros do grupo majoritário, mesmo quando os primeiros têm um *status* cultural e material superior aos segundos.

A discriminação tem um papel central em um processo social mais complexo que é a estratificação social: a persistência de práticas discriminatórias ao longo do tempo faz com que certos grupos sociais sejam transformados em sujeitos subalternos. Os efeitos sistêmicos da discriminação impedem que minorias possam ter as mesmas oportunidades de integração social, efeitos que não são apenas consequência de práticas materiais excludentes, mas também dos valores sociais que os sustentam. Isso significa que a discriminação também é produto de uma forma de epistemologia social que tem um objetivo específico: justificar as disparidades entre classes de pessoas de forma que seu caráter arbitrário seja mascarado. Assim, estereótipos descritivos e prescritivos não apenas atribuem qualidades falsas e determinam os lugares que as pessoas podem ocupar, mas eles também servem para moldar a percepção da realidade social.

Podemos dizer então que discriminação é um conceito que envolve alguns elementos centrais: a produção de desvantagens, a necessidade de legitimação, o caráter sistêmico, as relações hierárquicas, a dimensão institucional e a antijuridicidade. Atos discriminatórios são práticas individuais ou institucionais de caráter circunstancial ou sistêmico que produzem desvantagens sociais para membros de certos grupos que são culturalmente construídos como inferiores. Eles não estão ligados apenas às motivações conscientes, nem são apenas produtos de normas que explicitamente classificam indivíduos. Esses atos produzem desvantagens por causa do funcionamento de instituições estatais, entes que operam de acordo com os interesses dos grupos majoritários, reproduzindo assim as relações hierárquicas de poder existentes na sociedade.

Se a maior parte dos doutrinadores define a discriminação a partir dos conceitos de intencionalidade e arbitrariedade, nós seguimos aqueles que a compreendem a partir da noção de desvantagem. Essa desvantagem pode assumir diversas formas, sendo que elas estão centradas em duas categorias: desvantagens de caráter cultural e desvantagens de caráter material.

Deixar de ser tratado de acordo com as expectativas criadas pelas normas que regulam uma determinada situação implica que uma pessoa deixou de ser reconhecida como um ser humano. Práticas discriminatórias acontecem dentro de uma cultura social que permite a construção e circulação de estigmas negativos. Eles motivam o comportamento de indivíduos, o funcionamento de instituições, além de se tornar uma referência a partir das quais os membros da comunidade política tratam pessoas que possuem uma determinada característica. Eventualmente, os próprios indivíduos que fazem parte desse segmento internalizarão esses valores e passaram a compreender a si mesmos a partir deles. Esses fatos impõem a essas pessoas um custo emocional significativo, fazendo com que as interações humanas cotidianas sejam uma constante fonte de estresse emocional. Elas podem perder a motivação para querer alcançar objetivos pessoais em função da prescrição social do lugar que elas podem ocupar. Como as relações sociais são a referência principal para as pessoas desenvolverem a autoestima, a discriminação sistemática de grupos impede que elas desenvolvam um senso de respeito por si mesmas e por outros membros da sociedade.

A desvantagem também possui uma dimensão material, as pessoas são discriminadas em situações que impedem o acesso a oportunidades que são essenciais para o alcance do bem-estar pessoal. Práticas discriminatórias que dificultam o ingresso e a permanência nas escolas concorrem para a desvantagem material, atos da mesma natureza que impossibilitam o acesso e a permanência no trabalho também causam o mesmo problema. Desvantagens dessa natureza dificultam a construção de uma base material, o que tem importância não apenas para a segurança pessoal, mas também para a construção de um senso positivo de autoestima. A insegurança material está diretamente ligada com o sentimento de vulnerabilidade psicológica, ela impede que as pessoas possam construir as bases que permitem a construção de pertencimento social. Vemos então que as dimensões culturais e materiais das desvantagens estão diretamente relacionadas, também porque as formas como as pessoas são tratadas na sociedade determinam os padrões de justiça distributiva.

A reflexão sobre os sentidos e dimensões do termo discriminação levanta a questão sobre sua importância constitucional: de que forma o combate aos diferentes tipos de tratamento desvantajoso aqui discutidos permite a construção de uma sociedade mais justa? Estamos intencionalmente

convencidos de sua extrema relevância porque ela presta sentido às funções do princípio antidiscriminatório, parâmetro que informa nossa ordem constitucional. Autores norte-americanos elaboraram diferentes formulações desse preceito, noções que podem nos ajudar a compreender seu papel dentro da nossa ordem jurídica. Seguindo a linha de raciocínio de Paul Brest, jurista que compreende o princípio antidiscriminatório como um preceito destinado a proteger indivíduos, podemos afirmar que ele está centrado na necessidade de eliminação de práticas sociais que produzem desvantagens para as pessoas. Elas podem se manifestar nas decisões de agentes públicos e privados que não reconhecem a igualdade moral dos indivíduos, ele possui um caráter procedimental porque identifica aquelas classificações responsáveis pela produção de exclusão social. O referido princípio também previne possíveis danos causados ao *status* cultural e ao *status* material dos indivíduos. Nesse caso, ele objetiva impedir ou eliminar atos discriminatórios que causam danos cumulativos a indivíduos em função de seu pertencimento a certos grupos.²⁶⁶

Para Owen Fiss, o princípio acima referido também atua como um parâmetro interpretativo da igualdade, pois procura realizar objetivos constitucionais. Mas esse autor enfatiza seu caráter substantivo, motivo pelo qual ele argumenta que sua principal função é a emancipação de grupos sociais. O ponto central desse preceito está na sua importância na proteção de grupos sociais. Ele estabelece uma correlação direta entre desvantagem social e o pertencimento a grupos minoritários, o que o leva a afirmar que a existência social como membros de certas comunidades tem prioridade sobre a existência social como indivíduo na análise da igualdade. É possível concluir que a argumentação desse autor se aplica perfeitamente ao nosso sistema jurídico tendo em vista os propósitos do nosso texto constitucional. Entre eles está a construção de uma sociedade baseada nos princípios da justiça social e da solidariedade, o que só pode ser alcançado quando criamos mecanismos para a realização de outro objetivo que é a erradicação da marginalização e a diminuição das desigualdades.²⁶⁷ Isso significa

266 BREST, Paul. Defende of the antidiscrimination principle. *Harvard Law Review*. v. 90, n. 1, 1977, p. 1-22.

267 OWEN, Fiss. Groups and the equal protection clause. *Philosophy and Public Affairs*. v. 5, n. 2, p. 147-167, 1977.

que o princípio antidiscriminatório atua no processo de interpretação da igualdade estabelecendo parâmetros substantivos para a ação dos diferentes poderes estatais.²⁶⁸

268 Ver nesse sentido, BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental No. 186, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator: Ricardo Lewandowski, 26.04.2012 (dizendo que afrodescendentes enfrentam processos de exclusão social que os afetam enquanto grupo racial, o que justifica a adoção de medidas de proteção baseadas na raça); BRASIL. Tribuna Regional Federal da 4ª Região, Agravo de Instrumento No. 5015998-12.2016.404.0000, Órgão Julgador: 3ª Turma, Relator: Fernando Quadros da Silva, 07.04.2016 (declarando que o princípio da igualdade deve ser interpretado a partir de uma perspectiva antissubordinatória, o que implica a consideração da condição social e histórica dos grupos que são beneficiados por medidas governamentais); BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Representação por Inconstitucionalidade No 9/2009, Órgão Julgador: Órgão Especial, Relator: Sérgio Cavalieri Filho, 18.11.2009 (afirmando que o princípio da igualdade substantiva tem um papel central no sistema constitucional brasileiro, entendimento que deve guiar a interpretação dos programas de ações afirmativas no nosso país); BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível No 9171538-18.2008.8.26.0000, Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público, Relator: Nogueira Diefenthaler, 21.02.2011 (argumentando que programas de ações afirmativas têm o propósito de garantir a igualdade entre grupos sociais, propósito que encontra fundamento no texto constitucional).

REFERÊNCIAS

- ABELSON, Jeanne *et al.* Factors associated with "feeling suicidal: the role of sexual identity. In: HARCOURT, J. (Ed). *Current issues lesbian, gay, bisexual and transgender health*. Nova York: Harrington Park Press, 2006. p. 59-80.
- ABRAMS, Kathryn. Complex claimants and reductive moral judgments: new patterns in the search for equality. *University of Pittsburg Law Review*. v. 57, n. 2, p. 337-362, 1995.
- ALEXANDER, Larry. What makes wrongful discrimination wrong? Biases, preferences, stereotypes, and proxies. *University of Pennsylvania Law Review*. v. 141, n. 1, p. 149-219, 1992.
- ALLEN, D. J.; OLESON, T. Shame and internalized homophobia in gay men. *Journal of Homosexuality*. v. 37, n. 3, p. 33-43, 1999.
- ALPORT, Gordon. *The nature of prejudice*. 2. ed. Nova York: Perseus Books, 1992.
- ALSTON, Philip; GOODMAN, Ryan. *International human rights*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- AMATO, Salvatore. *Il soggetto e il soggetto di diritto*. Torino: Giapichelli, 1990.
- APPIAH, K. Anthony. Stereotypes and the shapping of identity. *California Law Review*. v. 88, n. 1, p. 41-53, 1985.
- ARMOUR, Jody. Stereotypes and prejudice: helping legal decisionmakers break the prejudice habit. *California Law Review*. v. 83, n. 3, p. 733-772, 1985.
- ATTAL-GALLY, Yael. *Droits de l'homme et categories d'individus*. Paris: LGDJ, 2003.
- AZEVEDO, Thales. *Democracia racial: ideologia e realidade*. Petrópolis: Vozes, 1975. 107 p.
- BAGENSTOS, Samuel R. The structural turn and the limits of antidiscrimination law. *California Law Review*. v. 94, n. 1, p. 1-48, 1996.
- BALKIN, Jack M. The constitution of status. *Yale Law Journal*. v. 106, n. 6, p. 2313-2374, 1996.
- BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BLAKE, Linda L.; STONE, David. Expanding the definition of privilege: the concept of social privilege. *Journal of Multicultural Counseling and Development*. v. 33, p. 243-255, 2005.
- BLAUNER, Bob. *Racial oppression in the United States*. Nova York: Harper Collins, 1972. 309 p.

- BLUM, Lawrence. Racial and other asymmetries: a problem for the protected categories framework for anti-discrimination thought. In: HELLMAN, D.; MOREAU, S. *Philosophical foundations of discrimination law*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 182-201.
- BLUMER, Herbert. Prejudice as a sense of group position. *Pacific Sociological Review*. v. 1, n. 1, p. 3-7, 1958.
- BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Ediouro: Rio de Janeiro, 1996.
- BOIKYN, Keith. *Beyond the down low: sex, lies and denial in black america*. Nova York: Carroll & Graff, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 340-355.
- BONILLA-SILVA, Eduardo. Rethinking racism: toward a structural interpretation. *American Sociological Review*. v. 62, n. 3, p. 465-480, 1997.
- BREST, Paul. Defense of the antidiscrimination principle. *Harvard Law Review*. v. 90, n. 1, 1977, p. 1-22.
- BRUNER, Jerome. On perceptual readiness. *Psychological Review*. v. 64, n. 2, p. 123-152, 1957.
- BURDEAU, George. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris: LGDJ, 1974. p. 77-86.
- BURDEAU, Georges. *Les libertés publiques*. Paris: LGDJ, 1972.
- BUTTON, Deena M.; O'CONNELL, Daniel; GEALT, Roberta. Sexual minority youth victimization and social support: the intersection of sexuality, gender, race, and victimization. *Journal of Homosexuality*. v. 59, n. 1, p. 18-43, 2012.
- CARBADO, Devon; GULATI, Mitu. Working identity. *Cornell Law Review*. v. 85, n. 4, p. 1259-1308, 1999.
- CARTER, Ian. Respect as the basis of equality. *Ethics*. v. 131, n. 3, p. 538-571, 2011.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Sampaio (Ed.). *Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 140-176.
- CHARNY, David; MILATI, G. Mitu. Efficiency-wages, tournaments, and discrimination: a theory of discrimination for high-level jobs. *Harvard Civil Rights Civil Liberties Review*. v. 33, n. 1, p. 57-105, 1998.
- COSTA, Sérgio. O branco como meta: apontamentos sobre a difusão do racismo científico no Brasil pós-escravocrata. *Estudos Afro-Asiáticos*. v. 38, n. 1, p. 47-68, 2006.
- CRENSHAW, Kimberlé. Demarginalizing the intersection of race and sex: A black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics. *University of Chicago Legal Forum*. n. 1, p. 139-167, 1989.
- CRENSHAW, Kimberle. Mapping the margins: intersectionality, identity politics, and violence against women of color. *Stanford Law Review*. v. 36, n. 5, p. 1241-1299, 1990.
- DASGUPTA, Nilanjana. Implicit ingroup favoritism, outgroup favoritism, and their behavioral manifestations. *Social Justice Research*. v. 17, n. 2, p. 143-169, 2003.
- DELGADO, Richard; STEFANCIC, Jean. *Critical race theory: an introduction*. Nova York: New York University Press, 2001. 165 p.
- DEMOND, Matthew; MUSTAFA Emyrbayer. *Racial domination, racial progress: the sociology of race in American*. Nova York: McGraw-Hill, 2009.
- DESMOND, Matthew; EMYRBRAYER, Mustafa. *Racial progress, racial domination*. Nova York: McGraw-Hill, 2009.
- DEVINE, Patricia. Stereotypes and prejudice: their automatic and controlled components. *Personality and Social Psychology*. v. 56, n. 1, p. 1-18, 1998.
- DIJK, Teun Andreas. *Discourse and society: how social context influence text and talk*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- DIJK, Teun Andreas. *Elite discourse and racism*. Londres: Sage, 1993. 320 p.
- DIJK, Teun Andreas. *Ideology: a multidisciplinary approach*. Londres: Sage, 1998. 365 p.
- DIJK, Teun Andreas. *Society & Discourse: how social context influence text and talk*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 29-31.
- DIMOND, Paul. The anti-caste principle. *Wayne Law Review*. v. 30, n. 1, p. 1-17, 1983.
- DOMINGUES, Petrônio. *Uma história não contada*. São Paulo: SENAC, 2004.
- DONOHUE, John J.. Employment discrimination law in perspective: three concepts of equality. *Michigan Law Review*. v. 92, n. 6, p. 2583-2612, 1993.
- DYER, Richard. The matter of whiteness. In: ROTHENBERG, P. (Ed.). *White privilege: essential readings on the other side of racism*. Nova York: Worth Publishers, 2011. p. 9-14.
- ESKRIDGE, William. No promo homo: the sedimentation of antigay discourse and the channeling effect of judicial review. *New York University Law Review*. v. 75, n. 5, p. 1328-1333, 2002.
- FARBER, Daniel; SHERRY, Suzanna. The pariah principle. *Constitutional Commentary*. v. 13, n. 2, p. 257-284, 1996.

FARIA E SILVA NETO, Paulo Penteado. *Cotas raciais nas universidades públicas: estratégias argumentativas, lógica informal e teoria da argumentação*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 14. ed. São Paulo: EDUSP, 2015. 688 p.

FEAGIN, Joe; VERA, Hernan; BATUR, Pinar. *White racism: the basics*. Londres: Routledge, 2001.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: JusPodivm, 2014.

FITZPATRICK, Peter. Racism and the innocence of law. *Journal of Law and Society*. v. 14, n. 1, 119-132, 1987.

FLAGG, Barbara. "Was blind, but now I see": white race consciousness and requirement of discriminatory intent. *Michigan Law Review*. v. 91, n. 3, p. 953-1017, 1993.

FREDMAN, Sandra. *Discrimination law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

FREDMAN, Sandra. Redistribution and recognition: reconciling inequalities. *South African Journal of Human Rights*. v. 23, n. 2, p. 214-234, 2007.

FRIEDMAN, Robert. Institutional racism: how to discriminate without really trying. In: PETTIGREW, Thomas. *Racial discrimination in the United States*. Nova York: Harper & Row, 1975. p. 384-410.

FREDMAN, Sandra. *Antidiscrimination law*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

GARNER, Steve. *Racisms: an introduction*. Londres: Sage, 2010. 206 p.

GARNER, Steve. *Whiteness: an introduction*. Nova York: Routledge, 2007.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

GREEN, Tristin. A structural approach as antidiscrimination mandate: locating employer wrong. *Vanderbilt Law Review*. v. 60, n. 3, p. 849-904, 2007.

GRUSKY, David B. The past, present, and future of social inequality. In: GRUSKY, David B. (Ed.). *Social stratification in social perspective: class, race and gender*. Ithaca: Cornell University Press, 2001. p. 1-25.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. *Classes, raças e democracia*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2012. 240 p.

HAN, Chong-Suk; PROCTOR, Christopher; CHOI, Kyung-Hee. I know a lot of gay Asian men who are actually tops: managing and negotiating gay racial stigma. *Sexuality & Culture*. v. 18, n. 2, p. 219-234, 2013.

HARRIS, Cheryl. Whiteness as property. *Harvard Law School*. v. 106, n. 8, p. 1710-1791, 1993.

HASENBALG, Carlos. *Discriminação e desigualdades raciais no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ. p. 172-203.

HEARSCHER, Guy. *Filosofia dos direitos do homem*. Lisboa: Instituto Piaget, 1993.

HELLMAN, Deborah. *When is discrimination wrong?* Cambridge: Harvard University Press, 2008. 216 p.

HELLMAN, Deborah. Equality in the key of respect. *Yale Law Journal*. v. 123, n. 6, p. 3036-3061, 2014.

HIGGINS, E. Tory; KING, Gillian. Accessibility of social constructs: information-processing consequences of individual and contextual variability. In: CANTOR, N.; KHILSTROM, J.F. (Eds.). *Personality, cognition, and social interaction*. Hillsdale: Erlbaum Associates, 1981. p. 69-121.

HONNETH, Axel. *The struggle for recognition: the moral grammar of social conflicts*. Cambridge: MIT Press, 1996.

HOOKS, Bell. *Ain't I a woman?: black women and feminism*. Boston: South End Press, 1999.

HUGHEY, Matthew. The (dis)similarities of white racial identities: the conceptual framework of "hegemonic whiteness". *Ethnic and Racial Studies*. v. 33, n. 8, p. 1289-1309, 2009.

HUTCHINSON, Darren Lenard. "Gay rights" for "gay whites"?: race, sexual identity, and the equal protection clause. *Cornell Law Review*. v. 85, n. 6, p. 1358-1391, 2000.

HUTCHINSON, Darren Lenard. Ignoring the sexualization of race heteronormativity, critical raced theory and anti-racist policy. *Buffalo Law Review*. v. 41, n. 1, p. 1-116, 1999.

KANG, Jerry. Trojan horses of race. *Harvard Law Review*. v. 118, n. 4, p. 1401-1593, 2004.

KARST, Kenneth. Foreword: Citizenship Equal citizenship under the Fourteenth Amendment. *Harvard Law Review*. v. 91, n. 1, p. 1-68, 1977.

KERBO, Harold R. *Social stratification and inequality: class conflict in historical, comparative, and global perspective*. 5. ed. Boston: McGraw Hill, 2003. 587 p.

KHAITHAN, Tarunabh. *The philosophy of discrimination law*. Oxford: Oxford University Press, 2015. 288 p.

KOLM, Serge-Cristophe. *Modern theories of justice*. Cambridge: MIT University Press, 1996. 525 p.

KOPPELMAN, Andrew. *Antidiscrimination law and social equality*. Nova Haven: Yale University Press, 1998.

- KOVEL, Joel. *White racism: a psychohistory*. 2. ed. Nova York: Columbia University Press, 1984. 301 p.
- KRIEGER, Linda Hamilton. The content of our categories: a cognitive approach to discrimination and equal employment opportunity. *Stanford Law Review*. v. 47, n. 4, p. 1161-1248, 1994.
- LACHANCE, George. *Le droit et les droits de l'homme*. Paris: PUF, 1954.
- LACLAU, Ernesto. *Emancipation(s)*. Nova York: Verso, 1996.
- LAPORTA, Francisco Javier. El principio de igualdad: introducción a sua análisis. *Sistema Revista de Ciencias Sociales*. v. 67, p. 3-32, 1985.
- LAWRENCE III, Charles R. The id, the ego and equal protection: reckoning with unconscious racism. *Stanford Law Review*. v. 39, n. 2, p. 317-388, 1986.
- LIPPERT-RASMUSSEN, Kasper. *Born free and equal?: a philosophical inquiry into the nature of discrimination*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- LIPSITZ, George. *The possessive investment in whiteness*. How white people profit from identity politics. Philadelphia: Temple University Press, 2006. 291 p.
- LOOMBA, Ania. *Colonialism/postcolonialism*. Nova York: Routledge, 2005.
- LOPEZ, Ian Haney. The social construction of race: some observations on illusion, fabrication, and choice. *Harvard Civil Rights, Civil Liberties Law Review*. v. 29, n. 1, p. 1-62, 1994.
- MADALOZZO, Regina. CEOs e composição do conselho de administração: a falta de identificação pode ser motivo para existência de teto de vidro para mulheres no Brasil? *Revista de Administração Contemporânea*. v. 15, n. 1, p. 126-137, 2011.
- MANDALOZZO, Regina. CEOs e composição do conselho de administração. A falta de identificação pode ser um motivo para a existência de um teto de vidro para mulheres no Brasil. *Revista de Administração Contemporânea*. v. 15, n. 1, p. 127-137, 2011.
- MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
- MASSEY, Douglas. S. *Categorically unequal: the american stratification system*. Nova York: Russell Sage Foundation, 2007. 319 p.
- MAY, Vivian. *Pursuing intersectionality, unsettling dominant imaginaries*. Nova York: Routledge, 2015. 300 p.
- MCINTOSH, Peggy. White privilege: unpacking the invisible knapsack. *Peace and Freedom*. Philadelphia, p. 10-12, jul./ago., 1989.
- MELLO, Antônio Celso Bandeira. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MIDDLETON, David. Three types of self-respect. *Res Publica*. v. 12, n. 1, 59-76, 2006.
- MIGNOLO, Walter. The geopolitics of knowledge and the colonial difference. *The South Atlantic Quarterly*. v. 101, n. 1, p. 57-96, 2002.
- MORAES, Alexandre de. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2004.
- MOREIRA, Adilson José. União homoafetiva: a construção da igualdade na jurisprudência brasileira. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.
- MOUFFE, Chantal. *The democratic paradox*. Londres: Verso, 2000. 143 p.
- MOUTINHO, Laura. Negociando com a adversidade: reflexões sobre "raça", (homos)sexualidade e desigualdade social no Rio de Janeiro. *Revista Estudos Feministas*. v. 14, n. 1, p. 103-116, 2006.
- NEUBERG, Stephen L. Behavioral implications of information presented outside of conscious awareness: the effect of subliminal presentation of trait information on behavior in the prisoner's dilemma game. *Social Cognition*. v. 6, n. 2, p. 207-208, 1988.
- OWEN, David. Towards a critical theory of whiteness. *Philosophy and social criticism*. v. 33, n. 2, p. 203-222, 2007.
- OWEN, Fiss. Groups and the equal protection clause. *Philosophy and Public Affairs*. v. 5, n. 2, p. 107-167, 1977.
- PAIXÃO, Marcelo J. P. *Desenvolvimento humano e relações raciais*. São Paulo: DP&A. p. 1-50.
- PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales: teoria general*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995. 720 p.
- PEREZ-LUNO, Antônio Henrique. El concepto de igualdad como fundamento de los derechos economicos, sociales y culturales. *Anuario de Derechos Humanos*. v. 1, n. 1, p. 257-275, 1981.
- PETTIGREW, Thomas F. Prejudice. In: PETTIGREW, Thomas F. et al. (Eds.). *Prejudice*. Cambridge: Harvard University Press, 1994.
- PIERCE, Charles. Psychiatric problems of the black minority. In: ARIETI, S. (Ed.). *American handbook of psychiatry*. Boston: Basic Books, 1974. p. 512-523.
- PLATT, Lisa; LENZEN, Alexandra. Sexual orientation microgressions and the experience of sexual minorities. *Journal of Homosexuality*. v. 60, n. 6, p. 1011-1034, 2013.
- PORTILLA, Karla Perez. *Redressing everyday discrimination: the weakness and potential of anti-discrimination law*. Londres: Routledge, 2016. 304 p.
- PRADO, Marco Aurélio Máximo; MACHADO, Frederico Viana. *Preconceito contra homossexualidades*. São Paulo: Cortez, 2011.

- REAUME, Denise. Dignity, equality, and comparison. In: HELLMAN, D.; MOREAU, S. *Philosophical foundations of discrimination law*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 7-27.
- ROCAFORT, Rodolfo Piza. *Igualdad de derechos: isonomía y no discriminación*. San José [Costa Rica]: Universidad Autónoma de Centro América, 1997.
- ROITHMAYR, Daria. Racial Cartels. *Michigan Journal of Race and Law*. v. 46, n. 1, p. 2010.
- RONALDS, Chris; RAPER, Elizabeth. *Discrimination: law and practice*. Annandale: Federation Press, 2012.
- SAGUES, Nestor Ernesto. *Elementos de Derecho Constitucional*. 3. ed. Buenos Aires: Astrea, 2001. 447 p. 1 v.
- SALES JR, Ronaldo Laurentino. *Raça e justiça: o mito da democracia racial e o racismo institucional no fluxo da justiça*. 466 f. Tese (Doutorado em Sociologia). Centro de Filosofia e Ciências Humanas. Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2006.
- SANCHIS, Luíz Prieto. Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. n. 25, p. 9-57, 1995.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2008. 511 p.
- SARLET, Ingo. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. Curitiba: Livraria do Advogado, 2008. p. 81-129.
- SCHWARCZ, Lilia. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e a questão da racial no Brasil, 1870-1930*. São Paulo, Cia. das Letras, 1993. 287 p.
- SEN, Amartya. Capability and well-being. In: SEN, A; NUSSBAUM, M. (Eds.). *The quality of life*. Oxford: Oxford University Press, 1993. 472 p.
- SEN, Amartya. *Development as freedom*. Boston: Anchor Books, 1999.
- SHAPIRO, Thomas. *The hidden cost of being african american: how wealth perpetuates inequality*. Oxford: Oxford University Press, 2004. 258 p.
- SILVA JÚNIOR, Hélio. Do racismo legal ao princípio da ação afirmativa: a lei como obstáculo e como instrumento dos direitos e interesses do povo negro. In: GUIMARÃES, Antônio Sérgio A.; HUNTLEY, Lynn. *Tirando a máscara: ensaio sobre o racismo no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 359-387.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- SINHORETO, Jacqueline; SILVESTRE, Giani; SCHILITTE, Maria Carolina. *Desigualdade racial e segurança pública em São Paulo: letalidade policial e prisão em flagrante*. Disponível em: <<https://goo.gl/3CYywl>>. Acesso em: 24 jan. 2016.
- SKIDMORE, Thomas. *Preto no branco: raça e nacionalidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. 400 p.
- SUE, Derald Wing et al. Racial microaggressions in everyday life: implications for clinical practice. *American Psychologist*. v. 62, n. 4, p. 271-286, 2007.
- TEIXEIRA-FILHO, Fernando Silva; RONDINI, Carina Alexandra. Ideações e tentativas de suicídio entre adolescentes com práticas hetero e homoeróticas. *Saúde e Sociedade*. v. 21, n. 3, p. 651-667, 2012.
- TELELS, Edward. *Racismo à brasileira: uma nova perspectiva sociológica*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará – Fundação Ford, 2003. p. 185-219.
- TELLES, Edward. *Race in another America: the significance of skin color in Brazil*. Princeton: Princeton University Press, 2004. 334 p.
- TILLY, Charles. *Durable inequality*. Berkeley: University of California Press, 1999.
- TURE, Kwane; HAMILTON, Charles V. *Black power: the politics of liberation*. 2. ed. Nova York: Vintage Books, 1992.
- TURRA, Cleusa; VENTURI, Ricardo. *Racial cordial: a mais completa análise sobre o preconceito de cor no Brasil*. São Paulo: Ática, 1995. 208 p.
- TWINE, Fred. *Citizenship and social rights: the interdependence of self and society*. London: Sage, 1994.
- VANOSI, Jorge Reinaldo. *El estado de derecho en el constitucionalismo social*. Buenos Aires: Eudeba, 2000.
- WASSERMAN, David. The concept of discrimination. In: CHADWICK, R. (Ed.). *Encyclopedia of applied ethics*. San Diego: Academic Press, 1998. p. 805-814.
- WHITLEY JR, Bernard; KITE, Mary. *The psychology of prejudice and discrimination*. Belmont: Wadsworth, 2010.
- WIEVIORKA, Michel. *The arena of racism*. Londres: Sage, 1996. 176 p.
- WILDMAN, Stephanie; DAVIS, Adrienne. Making systems of privilege visible. In: WILDMAN, S. (Ed.). *Privilege revealed: how invisible preference undermines America*. Nova York: New York University Press, 1996. p. 7-25.
- YOSHINO, Kenji. Covering. *Yale Law Review*. v. 111, n. 3, p. 771-940, 2001.
- YOUNG, Iris Marion. *Justice and the politics of difference*. Princeton: Princeton University Press, 1990.
- YOUNG, Iris Marion. Polity and group difference: a critique of the ideal of universal citizenship. *Ethics*. v. 99, n. 2, 250-274, 1999.
- ZARCA, Yves Charles. L'invention du sujet du droit. *Archives de Philosophie*, Paris, v. 60, n. 4, p. 531-550, 1997.