

COLEÇÃO
MANUAIS **Dizer**
o Direito

Coord.: MÁRCIO CAVALCANTE

**Filippe Augusto
dos Santos Nascimento**

Manual de
HUMANÍSTICA
**INTRODUÇÃO ÀS CIÊNCIAS HUMANAS
E À TEORIA DO DIREITO PARA
CARREIRAS JURÍDICAS**

4^a edição

revista,
atualizada
e ampliada

2025

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

Dizer  **Direito**
www.dizerodireito.com.br

Capítulo 1

NOÇÕES INICIAIS SOBRE O DIREITO DA ANTIDISCRIMINAÇÃO

"A ideia de que qualquer pessoa pode ser inferior a outra, a ponto de aqueles que se consideram superiores definirem e tratarem o resto como subumanos, nega a humanidade mesmo àqueles que se elevam ao status de deuses". (Nelson Mandela)

1.1. INTRODUÇÃO AO DIREITO DA ANTIDISCRIMINAÇÃO

O Direito Antidiscriminatório pode ser conceituado como o ramo do Direito responsável pelo estudo das normas, nacionais e internacionais, e dos entendimentos teóricos sobre o combate ao tratamento odioso destinado a determinadas minorias e grupos sociais historicamente perseguidos por questões particulares de suas existências humanas, tais como etnia, nacionalidade, religião, orientação sexual, origem *etc.*, com o objetivo de reduzir suas vulnerabilidades jurídicas e de atenuar suas desigualdades fáticas.

O Direito da Antidiscriminação, dessa forma, visa a proteger as minorias, sendo assim consideradas, tal como estudado em Sociologia Jurídica, aqueles grupos humanos que não se enquadram no padrão hegemônico da sociedade, ou seja, o critério para definir o que seja minoria é o da “não dominância cultural”, sendo consideradas minorias os grupos que estão à margem do padrão hegemônico da sociedade.

De forma sucinta, pode-se concluir, afirmando que a qualificação do que seja minoria não parte de um critério quantitativo, mas qualitativo, baseado em uma premissa objetiva. Minorias são aqueles grupamentos humanos que não compartilham do paradigma hegemônico da sociedade.

1.2. MODALIDADES DE DISCRIMINAÇÃO E CONCEITOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO DA ANTIDISCRIMINAÇÃO

Uma distinção importante deve ser feita entre os conceitos de preconceito, discriminação e racismo. Após compreender o conceito de raça, pode-se abordar o racismo, mas é fundamental separá-lo de outras categorias que, frequentemente, aparecem associadas à ideia de raça, como preconceito e discriminação.

O racismo pode ser entendido como uma forma sistemática de discriminação que se baseia na ideia de raça e que se manifesta em práticas, conscientes ou não, que acabam por gerar desvantagens ou privilégios para indivíduos, dependendo do grupo racial ao qual pertencem. Embora exista uma conexão entre esses conceitos, o racismo não é a mesma coisa que o preconceito ou a discriminação racial.

O preconceito racial consiste em julgamentos baseados em estereótipos sobre indivíduos de um determinado grupo racializado, o que pode ou não resultar em atos discriminatórios. Exemplos de preconceito incluem considerar que pessoas negras são naturalmente violentas, que judeus são avarentos ou que pessoas de origem oriental são "naturalmente" boas em ciências exatas. Esses juízos preconcebidos nem sempre se traduzem em ações, mas alimentam estereótipos que sustentam a lógica do racismo.

Discriminação, por outro lado, refere-se às ações e práticas que resultam de preconceitos e que têm o efeito de tratar grupos de maneira desigual. Enquanto o preconceito está no campo das ideias e julgamentos, a discriminação se dá no nível das ações, podendo ser formal (como nas leis e políticas públicas) ou informal (nas interações cotidianas entre indivíduos).

Assim sendo, ampliando a questão terminológica para além da racial, pode-se falar em:

- i) **Preconceito:** é uma ideia estereotipada de alguém sobre alguém. Quando uma pessoa pensa algo sobre outrem a partir de demarcadores existenciais humanos tais como etnia, nacionalidade, religião, orientação sexual, origem *etc.*, sendo essa pré-compreensão pejorativa e redutora da dignidade daquela outra pessoa humana, haverá preconceito. De todo modo, é algo que está no plano interno do sujeito, podendo até mesmo nem mesmo ser manifestado publicamente.
- ii) **Discriminação:** discriminação ocorre quando existem atos materiais concretos para tratar de modo diverso um indivíduo ou um grupo de indivíduos em razão de características pessoais suas. Quando alguém age para segregar alguém ou grupos de pessoas a partir de demarcadores existenciais, haverá discriminação. É algo que transcende o plano interno do sujeito, ganhando manifestação no mundo dos fatos.
- iii) **Racismo:** ocorre quando há discriminação de modo sistemático e geral, especificamente, em razão do aspecto étnico.
- iv) **Sexismo:** ocorre quando há discriminação de modo sistemático e geral, especificamente, em razão do gênero, gerando um tratamento subalternizado do padrão social feminino em relação ao masculino.
- v) **Intolerância Religiosa:** ocorre quando há discriminação de modo sistemático e geral, especificamente, em razão da fé professada por determinadas coletividades, gerando a perseguição de certos grupos religiosos:

“No cerne da noção de intolerância religiosa, está a necessidade de estigmatizar para fazer oposição entre o que é normal, regular, padrão, e o que é anormal, irregular, não padrão. Estigmatizar é um exercício de poder sobre o outro. Estigmatiza-se para excluir, segregar, apagar, silenciar e apartar do grupo considerado normal e de prestígio”¹.

1. NOGUEIRA, Sidnei. *Intolerância Religiosa*. São Paulo: Pólen, 2020. P. 35.

- vi) **LGBTQIA+fobia**: ocorre quando há discriminação de modo sistemático e geral, especificamente, em razão das afetividades humanas, gerando perseguição e intolerância à população LGBTQIA+.

A partir da delimitação de tais conceitos, pode-se trabalhar algumas espécies de discriminação. Inicialmente, pode-se diferenciar em discriminação direta e indireta.

A discriminação direta existe quando são tomados atos materiais com o explícito intuito de discriminar. Segundo Roger Raupp Rios, a discriminação direta no direito norte-americano, pode ser de 3 (três) espécies²:

- i) **Discriminação Explícita (facial discrimination)**: é a mais clara e manifesta demonstração de discriminação. É a manifestação intencional, direta e objetiva contra uma pessoa ou grupo fundada em um critério constitucionalmente vedado³.
- ii) **Discriminação na Aplicação do Direito (discriminatory application)**: ocorre quando a medida a ser aplicada, em tese, não é discriminatória, mas é aplicada de modo discriminatório. Por exemplo: a lógica das revistas policiais, os conhecidos “baculejos”. Em tese, tais atos não são per se discriminatórios, pois cabe à atividade policial, de fato, investigar suspeitos, mas quando tais atos de investigação só recaem apenas contra públicos étnicos e sociais específicos, revela-se aí uma aplicação discriminatória explícita da medida.
- iii) **Discriminação na Concepção (discrimination by design)**: ocorre quando na formulação de leis, políticas públicas ou ações privadas modela-se um padrão discriminatório de conduta. Um exemplo seria a exigência de determinados atributos físicos (os famosos anúncios de “boa aparência”) para alguém ocupar um cargo na iniciativa privada.

Tal como não poderia deixar de ser, Raupp Rios afirma que o “ordenamento jurídico brasileiro sanciona, de modo claro e direto, a discriminação na sua forma direta e intencional”⁴.

Já a discriminação indireta ocorre de modo mais sorrateiro. A discriminação indireta também é conhecida como *Teoria do Impacto Desproporcional*.

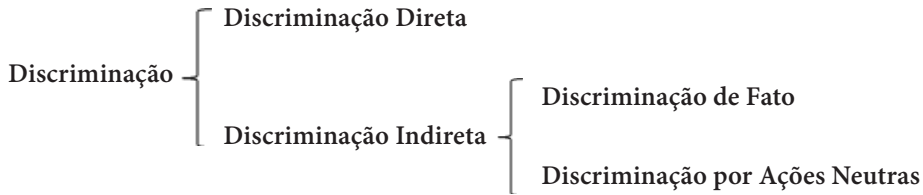
A *Teoria do Impacto Desproporcional* está atrelada aos conceitos de *discriminação de fato* e *discriminação por ações neutras*:

- i) **Discriminação de Fato**: ocorre quando a realidade é desigual e os atores envolvidos poderiam agir para encerrar a desigualdade, mas, por omissão, mantém a desigualdade de fato.
- ii) **Discriminação por Ações Neutras**: acontece quando há uma norma aparentemente neutra, que, na sua aplicação, efetivamente irá discriminar uma pessoa ou grupo, ou seja, a mera aplicação da norma leva à discriminação.

2. RIOS, Roger Raupp. *Direito da Antidiscriminação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. P. 91.

3. *Idem. Ibidem.*

4. *Idem. Ibidem.*



No bojo da ADI nº 4424, sobre a desnecessidade de representação da vítima na Lei Maria da Penha, o Ministério Público Federal (MPF), em peça subscrita pela Ex-Procuradora Nacional dos Direitos do Cidadão, Deborah Duprat, entendeu que a situação de discriminação indireta é correlata com a *Teoria do Impacto Desproporcional*.

A *Teoria do Impacto Desproporcional* foi citada no voto do min. Joaquim Barbosa, na mesma ADI nº 4424:

“que tal teoria (do impacto desproporcional) consiste na ideia de que toda e qualquer prática empresarial, política governamental ou semigovernamental, de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação do princípio constitucional da igualdade material se, em consequência de sua aplicação, resultarem efeitos nocivos de incidência especialmente desproporcional sobre certas categorias de pessoas”.

O *leading case* histórico sobre a teoria do impacto desproporcional é o caso *Griggs versus Duke Power Company*. O caso trata, basicamente, de uma *class action*, ação movida por uma pessoa representando várias, típica do direito norte-americano, em que *Willie Griggs* ajuizou uma pretensão em favor dos empregados negros da empresa *Duke Power Company*.

O autor questionava, em síntese, a política de promoção da empresa que exigia dos empregados diploma de conclusão do ensino médio e o alcance de uma pontuação mínima em 02 (dois) testes de aptidão. Sustentava o autor que a exigência da empresa violava o Título VII da Lei dos Direitos Civis de 1964, ao se impedir, na prática, o acesso dos negros aos melhores postos de trabalho da empresa.

Ao analisar esse caso, a Suprema Corte dos Estados Unidos firmou o posicionamento de que o Título VII da Lei dos Direitos Civis buscava alcançar não apenas a igualdade formal, mas também a igualdade material traduzida pela igualdade de oportunidades de trabalho.

Sendo assim, a Suprema Corte americana asseverou que os testes aplicados pela empresa impediam que um número significativo e desproporcional de empregados negros tivesse acesso aos departamentos mais bem remunerados da empresa, dado que no contexto daquele período, os negros, dado anos e mais anos de segregação e acesso a piores escolas, tinham, na prática, piores condições de estudo.

Dessa maneira, concluiu-se que nem a exigência de graduação no ensino médio, nem a realização dos 02 (dois) testes de aptidão foram direcionadas ou tiveram a intenção de medir a habilidade dos empregados de aprender ou de executar um determinado serviço. Ao contrário, a intenção da empresa, por meio de exigências aparentemente neutras e razoáveis, na prática, redundava em discriminação, pois o único intuito da empresa era salvaguardar sua política de dar preferência aos brancos para a ocupação dos melhores postos de trabalho.

Marmelstein explica a lógica de aplicação discriminação indireta no Direito Norte-Americano:

“Desde o caso Griggs, o modelo processual do *disparate impact* tem passado por constantes reformulações, judiciais e legislativas, tornando-se cada vez mais complexo. Desse modo, será apresentado aqui um quadro bastante geral da dinâmica processual, que também é dividida em etapas em que cada litigante assume alguns ônus probatórios pré-estabelecidos.

Na primeira etapa, o autor da ação deve demonstrar a presença das condições necessárias para a configuração do *prima facie case*. Para isso, é preciso: (a) identificar a prática específica objeto de litígio, causadora do efeito discriminatório, exceto na hipótese da impossibilidade de se decompor as atividades pertinentes, circunstância que permite a consideração dessas de um modo global; (b) demonstrar que o impacto diferenciado atinge um grupo específico, protegido pelo princípio da igualdade, por meio de dados estatísticos; (c) demonstrar que a prática identificada efetivamente produz o impacto diferenciado sobre o grupo, também por meio de dados estatísticos (RIOS, 2008, p. 124).

A prova do impacto adverso é indireta, geralmente envolvendo uma demonstração estatística indicando que prática adotada pela empresa prejudica, concretamente, o grupo protegido de forma desproporcional. Essa análise estatística é bastante complexa e tem se tornado cada vez mais sofisticada, incorporando inúmeras variáveis capazes de explicar as correlações entre a prática adotada e os efeitos adversos ao grupo protegido. A análise pode incluir, por exemplo, uma comparação de membros de cada grupo dentro da área geográfica em que o trabalho será exercido ou levando em conta a mão de obra qualificada para aquela atividade, bem como quaisquer outros fatores que possam influenciar o resultado de cada variável. O réu, por sua vez, poderá questionar a exatidão ou a interpretação dos dados ou ainda apresentar outros elementos estatísticos que demonstrem que não há o impacto adverso ou a correlação entre a prática e o impacto adverso.

Depois de estabelecido um caso *prima facie de disparate impact*, passa-se à segunda etapa, em que será dada a oportunidade para o empregador justificar a prática acusada de gerar um impacto adverso. Para isso, o réu deve demonstrar que o critério adotado não se baseia, nem mesmo indiretamente, em preconceito, mas na necessidade do negócio (*business necessity*). A título de exemplo, se uma empresa estabelecer como pré-requisito para a promoção a cargos de direção, a exigência de que o funcionário fale fluentemente a língua francesa, é possível, a partir daí, construir um *prima facie case* de discriminação, se ficar demonstrado, estatisticamente, que a referida exigência causa um impacto adverso nos trabalhadores negros. Em situações assim, a empresa poderá justificar o uso desse critério à luz da necessidade do negócio, alegando, por exemplo, que os diretores da empresa precisam constantemente se comunicar com fornecedores estrangeiros, e que a língua falada nesta comunicação é o francês, o que justificaria a adoção daquele critério de seleção. Assim, embora a prática adotada gere um impacto adverso a um grupo protegido, não seria propriamente discriminatória, pois haveria um objetivo legítimo que lhe dá sustentação.

Ultrapassada a fase em que o réu deve justificar sua prática, o ônus argumentativo e probatório retorna para o autor da ação, que poderá demonstrar que os motivos apresentados são meros pretextos para discriminar, ou então que existe uma solução alternativa menos discriminatória (*less discriminatory alternative*) que poderia ser adotada sem custos irrazoáveis para o empregador e que satisfaz ao propósito desejado pela

necessidade do negócio. O empregador, por sua vez, pode demonstrar que a proposta não é viável, ou tem um custo desproporcional, ou não atende com a mesma eficiência a necessidade do negócio.

Após todo esse debate, se ficar comprovado que a prática adotada gera um efeito adverso a um grupo protegido, não é essencial para a atividade ou pode ser evitada ou substituída por uma alternativa menos prejudicial, restaria caracterizada a responsabilidade do réu, mesmo que não houvesse uma prova cabal da intenção de discriminar.

Conforme se nota, apesar de suas diferenças intrínsecas, os dois modelos de litígio descritos acima adotam uma estrutura probatória dinâmica e relativamente complexa, que funciona como um jogo de narrativas (FORD, 2014), baseado em regras de suspeições, presunções e distribuição dos ônus probatórios relativamente bem definidas em cada etapa. Ao final, vence aquele que conseguir montar a narrativa mais convincente a partir do maior número de elementos circunstanciais disponíveis, dentro do que lhe é exigido em cada fase do processo⁵.

Logo, há duas formas de demonstrar a discriminação indireta:

i) 1ª Etapa – a suposta vítima da discriminação deve demonstrar a presença das condições necessárias para a configuração do *prima facie case*, quais sejam:

- a) a prática específica objeto de litígio discriminatório;
- b) o impacto diferenciado atinge um grupo específico, protegido pelo princípio da igualdade, por meio de dados estatísticos;
- c) a prática identificada efetivamente produz o impacto diferenciado sobre o grupo, também por meio de dados estatísticos.

ii) 2ª Etapa – dar a oportunidade para suposto violador justificar a prática adotada, demonstrando que ela não se baseia, nem mesmo indiretamente, em preconceito. Caso ele não se desincumba deste ônus, está comprovada a discriminação indireta.

O tema da *discriminação por preconceito implícito também precisa ser abordado*, sendo esta a que ocorre sem intencionalidade, ou seja, de modo involuntário na mente de alguma pessoa, independentemente das crenças e dos valores por ela assumidos⁶, ou seja, “é uma decorrência de atitudes discriminatórias inconscientes”⁷. Segundo Marmelstein, o preconceito implícito é aquele que ocorre:

“de modo inconsciente, automático e involuntário na mente de qualquer pessoa, independentemente das crenças e dos valores por ela assumidos. O avanço das pesquisas sobre o conhecimento implícito nos últimos vinte anos tem levado alguns pesquisadores a sugerirem a existência de uma verdadeira revolução científica, que pode mudar os paradigmas de toda a compreensão que temos sobre o comportamento humano e afetar, inclusive, a teoria do direito”⁸.

5. MARMELSTEIN, George. *Discriminação por Preconceito Implícito*. Salvador: Juspodivm, 2021. Pp. 91-94.

6. *Idem*. *Ibidem*. Pp. 22 e 23.

7. RIOS, Roger Raupp. *Ibidem*. P. 132.

8. MARMELSTEIN, George. *Ibidem*. P. 23.

Marmelstein diferencia preconceito explícito, preconceito dissimulado e preconceito implícito:

“Tanto o preconceito explícito quanto o preconceito dissimulado são atitudes que se manifestam de forma consciente, ou seja, a pessoa sabe que está agindo de forma preconceituosa e pratica intencionalmente a discriminação. A diferença entre eles é que, no primeiro caso (preconceito explícito), o preconceito é assumido sem máscaras, ao passo que, no segundo caso (preconceito dissimulado), a pessoa tenta esconder o que ela pensa, ou omitindo suas razões ou criando desculpas para justificar seu ato.

É preciso deixar claro que o preconceito implícito não se confunde com o preconceito dissimulado, pois grande parte daquilo que se costuma chamar de “racismo à brasileira” nada mais é do que manifestações da discriminação baseada em preconceito dissimulado, que não constitui o objeto central deste estudo. A discriminação baseada em preconceito dissimulado envolve tratamentos prejudiciais a grupos estigmatizados praticados por pessoas preconceituosas que escondem suas reais motivações e fingem acreditar nas virtudes do tratamento igualitário, mas apenas ‘da boca pra fora’. Há no nível consciente da mente do agente discriminador uma crença na inferioridade dos grupos estigmatizados que só não vem à tona em função dos constrangimentos sociais e jurídicos criados para reprimir as atitudes preconceituosas.

(...)

O preconceito implícito, por sua vez, se manifesta em um nível do pensamento que é desconhecido até mesmo pelo sujeito que age de forma preconceituosa. Ou seja, a pessoa influenciada pelo preconceito implícito não tem consciência de que está praticando uma discriminação, nem tem a intenção de prejudicar ninguém por preconceito. Suas crenças igualitárias costumam ser sinceras, e suas ações, de um modo geral, não são preconceituosas. Apenas algumas vezes, em determinadas circunstâncias, algumas atitudes que se manifestam “fora do radar” da consciência, quase sempre de forma automática e irrefletida, podem ser motivadas pelo preconceito implícito, sobretudo quando o cérebro está imerso em uma atividade realizada mecanicamente. Assim, é possível que, mesmo sem perceber que está agindo de forma discriminatória, o funcionário burocrata que está selecionando os candidatos e analisando apressadamente inúmeros papéis que estão em sua mesa pode acabar deixando de lado um currículo que seu inconsciente preconceituoso associou a uma pessoa negra”⁹.

Os vieses cognitivos são grandes protagonistas da discriminação por preconceito implícito. Marmelstein¹⁰ apresenta alguns vieses que vão influir na formação de preconceitos implícitos:

- i) *Heurística da Disponibilidade*: é o processo de julgar a frequência pela “facilidade com que os exemplos vêm à mente” (correlações ilusórias).
- ii) *Viés da Conformidade*: é “a tendência de aceitar com facilidade as crenças compartilhadas pelos membros do nosso grupo, bem como de seguir acriticamente todos os valores que nos são transmitidos pelos nossos antepassados”¹¹.

9. *Idem. Ibidem.* Pp. 32 e 33.

10. *Idem. Ibidem.* P. 49 e ss.

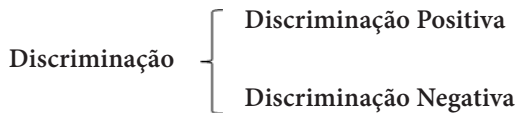
11. *Idem. Ibidem.* P. 43.

- iii) *Viés Endogrupal*: são os preconceitos a favor do próprio grupo (*ingroup favoritism*). Em determinadas situações, um impacto mais relevante na prática da discriminação do que os preconceitos negativos contra outros grupos. O fato, por exemplo, de pessoas brancas serem beneficiadas quando avaliadas por pessoas brancas pode ser explicado não só pela presença de um preconceito negativo em relação a pessoas de outros grupos, mas também por sentimentos de preferência implícita pelas pessoas do mesmo grupo.
- iv) *Viés de Atratividade*: é a tendência de as pessoas considerarem que indivíduos bonitos e simpáticos como mais inteligentes e confiáveis do que as demais pessoas. Está popularizado no ditado: “a primeira impressão é a que fica”. Remete ao *Efeito Halo* já tratado neste livro.

Assim sendo, o preconceito implícito pode ser equiparado a um viés cognitivo, ou seja, uma manifestação ao nível inconsciente de uma preferência por determinado grupo ou de uma aversão a outros grupos.

Segundo Marmelstein, há duas estratégias possíveis para incorporar os preconceitos implícitos no Direito da Antidiscriminação: reformular a base normativa do Direito Antidiscriminatório (esta é, obviamente, uma forma mais difícil); aprimorar os institutos já existentes (forma mais recomendável)¹².

Fala-se ainda em *Discriminação Positiva* e *Discriminação Negativa*:



A discriminação negativa é a que reputa determinadas pessoas a uma situação de inferioridade em relação a outras por questões existências humanas, tais como etnia, nacionalidade, religião, orientação sexual, origem *etc*. A discriminação positiva, por outro lado, é sinônimo de ações afirmativas ou medidas especiais.

As ações afirmativas são imperativos de justiça social, a aliviar a carga de um passado discriminatório e a fomentar, no presente e no futuro, transformações sociais necessárias, devendo prevalecer em detrimento de uma suposta prerrogativa de perpetuação das desigualdades estruturais que tanto fragmentam a sociedade brasileira, conduzindo a uma discriminação indireta contra os grupos vulneráveis. O tema das ações afirmativas será detalhado abaixo.

1.3. RACISMO ESTRUTURAL

Racismo estrutural é o termo usado para descrever a presença do racismo como parte inerente das instituições, práticas e políticas de uma sociedade. Ele não se manifesta apenas em atitudes individuais, mas está enraizado nos sistemas sociais, econômicos, políticos e legais, que favorecem, privilegiam e fortalecem certos grupos em detrimento de outros, perpetuando desigualdades e impedindo o acesso igualitário de pessoas negras e de outros grupos marginalizados a oportunidades e direitos fundamentais como será analisado abaixo.

12. *Idem. Ibidem*. P. 75 e ss.

1.3.1. Raça e Racismo

O conceito de raça, quando abordado nas ciências humanas, é frequentemente tratado de forma a se distanciar das interpretações biológicas, sendo compreendido como um construto político e cultural. A raça não deve ser vista como uma categoria fixa ou imutável, pois seu significado está profundamente vinculado às circunstâncias históricas e contextos específicos nos quais é utilizada. Ela reflete contingências sociais, conflitos e relações de poder, configurando-se como um conceito dinâmico, que se molda conforme as mudanças políticas e econômicas das sociedades ao longo do tempo.

Por essa perspectiva, a ideia de raça não é inerente à natureza, mas resultado das interações e práticas sociais, tanto conscientes quanto inconscientes. Durante o século XX, uma parte da antropologia se dedicou a refutar a existência de fundamentos biológicos ou culturais que justificassem hierarquias entre diferentes grupos humanos, demonstrando que raça é uma construção social, sem qualquer correspondência real na biologia.

Os acontecimentos históricos, como a Segunda Guerra Mundial e o genocídio promovido pela Alemanha nazista, fortaleceram a compreensão de que a raça é um elemento político utilizado para legitimar desigualdades e opressões. Mesmo que hoje seja amplamente reconhecido, por meio de estudos antropológicos e biológicos, que não existem bases científicas para discriminações baseadas em raça, essa noção ainda exerce uma influência significativa nas estruturas políticas e sociais, sendo usada para perpetuar desigualdades e práticas de exclusão de grupos considerados minoritários.

A partir dos estudos do Genoma, restou nítido que, biologicamente, só há uma raça: a humana. Logo, o conceito de raça que servirá para explicar o racismo é um conceito da Política e da Sociologia, e não das ciências da natureza. Trata-se de algo que se dá no campo das ideologias. Assim sendo, ninguém nasce negro ou branco, faz-se negro ou branco a partir de suas práticas e das práticas da sociedade em que se está inserido.

1.3.2. Tipos de Racismo

Ponto essencial para compreender a noção de Racismo Estrutural é compreender que ele difere dos conceitos de Racismo Individual e Racismo Institucional.

A concepção individualista do racismo é apresentada como uma visão que trata o racismo como uma espécie de "anormalidade" ou "patologia." Nesta perspectiva, o racismo é visto como um fenômeno ético ou psicológico que pode ser atribuído a grupos ou indivíduos isolados. Assim, ele é tratado como uma questão de irracionalidade que pode ser combatida por meio de sanções jurídicas, como indenizações ou punições penais. Dentro dessa abordagem, muitas vezes, não se reconhece a existência de racismo estrutural, preferindo-se falar apenas de "preconceito," o que enfatiza a natureza psicológica do problema, ignorando seu caráter político e social mais amplo.

Essa visão individualista tende a minimizar o impacto sistêmico do racismo ao colocar a responsabilidade exclusivamente em indivíduos, em vez de reconhecer que ele é um problema enraizado na sociedade como um todo. Esse tipo de abordagem é preocupante, pois impede que se enfrente o racismo de maneira mais eficaz, especialmente em sociedades em que o racismo estrutural só pode ser resolvido por meio de políticas públicas abrangentes.

Por outro lado, a concepção institucional do racismo representa um avanço teórico importante no estudo das relações raciais. Segundo essa perspectiva, o racismo não se limita

ao comportamento de indivíduos, mas é o resultado das dinâmicas de funcionamento das instituições. Essas instituições, muitas vezes, atuam de maneira a perpetuar desvantagens e privilégios baseados em raça, ainda que de forma indireta. Para entender melhor essa concepção, é necessário compreender como as instituições funcionam, pois elas desempenham um papel central na reprodução das desigualdades raciais dentro da sociedade.

A noção de racismo institucional foi um grande avanço nos estudos sobre o racismo, pois mostrou que a sociedade possui instituições, estatais e não estatais, que possuem um racismo arraigado em si. Nesses termos, quando se observam marcadores sociais de espaços públicos e privados para a negritude, o que pode ser exemplificado pela imagem social do elevador de serviço como resquício de Casa Grande e Senzala ou na letalidade policial que possui como público alvo a população negra, isso revela o racismo das instituições sociais, sejam elas estatais ou mesmo não estatais.

O reconhecimento do racismo institucional foi um avanço importante, pois ampliou a compreensão do racismo para além do comportamento individual. No entanto, é fundamental destacar a distinção entre racismo institucional e racismo estrutural. O racismo estrutural é compreendido como um fenômeno que resulta da própria constituição da sociedade, ou seja, das relações políticas, econômicas, jurídicas e sociais que ocorrem de maneira "normal" dentro da estrutura social. Diferentemente de ser visto como uma anomalia ou disfunção, o racismo estrutural é parte integrante do funcionamento da sociedade e não uma exceção.

O racismo estrutural implica que tanto comportamentos individuais quanto processos institucionais derivam de uma sociedade em que o racismo é a norma, e não uma falha isolada. Ele se manifesta como uma desigualdade política, econômica e jurídica que é perpetuada de maneira sistêmica, independentemente das intenções individuais. Isso significa que o racismo está entranhado nas estruturas que organizam a sociedade, criando um ambiente em que determinados grupos raciais são discriminados de forma sistemática, direta ou indiretamente.

Embora medidas jurídicas e institucionais sejam importantes para combater o racismo, a compreensão de sua dimensão estrutural indica que essas ações, por si sós, não são suficientes para eliminar as desigualdades raciais. É necessário repensar profundamente as relações sociais, políticas e econômicas para que a sociedade possa deixar de ser um mecanismo que continuamente reproduz a desigualdade racial. Isso não significa que atos discriminatórios individuais não devam ser responsabilizados, mas sim que a transformação do racismo requer mudanças mais amplas e estruturais, além da simples punição de comportamentos racistas isolados.

O Racismo Estrutural é aquele que faz com que uma sociedade de modo amplo trate como normais as práticas sistemáticas de discriminação racial, sendo o próprio racismo um dos marcos fundantes da própria sociedade, colaborando com a manutenção dos modos de produção econômicos, políticos e jurídicos.

É importante observar que o Racismo Estrutural é mais amplo que o Racismo Institucional, mas, não necessariamente, com ele incompatível. Com efeito, o Racismo Institucional revela-se como uma das formas de manifestação do Racismo Estrutural, mas este é mais amplo, revelando-se no próprio fato de a sociedade tratar o Racismo Institucional como algo normal. O Racismo Estrutural também não significa que não se deva combater e até mesmo punir o Racismo Individual quando configurar conduta típica.

1.3.3. Racismo como Processo Político

Indubitavelmente, há um processo político que colabora com a manutenção do Racismo, que se consubstancia na manutenção de grupos sociais inteiros em uma situação de segregação, em condições de vida abaixo da média social, em uma quase nula representação entre os agentes políticos, na ausência de políticas públicas de combate ao Racismo.

O racismo pode ser compreendido como um processo essencialmente político. Isso significa que, enquanto sistema de discriminação que afeta a organização da sociedade, ele está diretamente relacionado ao exercício do poder político. Sem esse poder, seria impossível manter a discriminação sistemática de grupos sociais inteiros. Dessa forma, a ideia de "racismo reverso" não faz sentido, pois o racismo envolve uma estrutura de poder que sustenta e perpetua a discriminação, algo que não se aplica de maneira inversa quando grupos historicamente marginalizados tentam reivindicar direitos.

1.3.4. Racismo como Processo Histórico

Obviamente que o Racismo também possui uma historicidade própria. É impensável se falar em Racismo no Brasil sem se falar no passado colonial tupiniquim e da escravidão sistemática. O fato de o Brasil ter sido um dos últimos países do mundo – e o último das Américas – a abolir a escravidão, bem como a política de combate aos cortiços e a favelização são manifestos aspectos da historicidade do Racismo no Brasil.

O racismo, por ser estrutural, também é um fenômeno histórico. Isso significa que ele não pode ser entendido apenas como um simples reflexo dos sistemas econômico e político em vigor. A dinâmica do racismo estrutural está profundamente conectada às particularidades de cada sociedade, levando em consideração o contexto histórico e social em que ele se desenvolve. Cada formação social apresenta suas próprias especificidades que influenciam a maneira como o racismo se manifesta e é perpetuado ao longo do tempo.

1.3.5. Racismo como Ideologia

Inicialmente, é importante compreender o que se entende por ideologia. Esse termo foi criado por Destutt de Tracy, um nobre francês, rico, que apoiava ideais iluministas e esteve ligado às mudanças implantadas pela Revolução Francesa. Tracy propôs a criação de uma nova ciência: a ideologia, consistente no estudo sistemático das ideias, de modo a propiciar a formação de um sólido conhecimento científico, que auxiliaria na construção de uma sociedade justa¹³.

Anos depois, Karl Marx e Friedrich Engels utilizaram o termo ideologia na obra *A Ideologia Alemã*. Os referidos filósofos trataram a ideologia como uma doutrina teórica que enxergava equivocadamente as ideias como autônomas e eficazes, não compreendendo as reais condições e as características da vida sócio histórica, uma vez que as mudanças sociais não aconteceriam no campo das ideias, mas na estrutura econômica social, de forma que a disputa de ideias seria uma luta vã¹⁴.

Tal concepção de ideologia foi paulatinamente modificada nas obras posteriores de Marx, passando a ser vista como um instrumento de dominação derivado das relações de classe e das condições econômicas de produção, cuja função seria ocultar as relações de dominação.

13 THOMPSON, John B. *Ideologia e Cultura Moderna*. 2ª ed. São Paulo: Vozes, 1995.

14 MARX, K. & ENGELS, F. *A ideologia alemã*. Trad. Castro e Costa, L. C.. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Para além desse breve histórico, o que se deve ter em mente é que a ideologia efetivamente influencia a conduta humana nos mais diversos aspectos da vida privada e em sociedade, tendo o poder de tornar universal o que interessa a um determinado grupo, assumindo caráter de imparcialidade e transformando a ideia em ideal coletivo.

É muito comum se pensar nas ciências como imunes às ideologias. Não obstante isso, os adeptos de uma abordagem sociológica do Direito reconhecem a impossibilidade de um método jurídico tradicional autônomo e neutro, admitindo, portanto, a interferência de aspectos ideológicos no Direito.

Nos dias de hoje, praticamente, não há controvérsia em relação à possibilidade de o meio social influenciar a elaboração das leis ou a construção de teses doutrinárias.

Partindo da premissa de que as leis são produzidas por pessoas, a única conclusão possível de se obter é a de que os princípios, valores e ideias irão influenciar as normas jurídicas. Diante disso, a composição plural do parlamento visa a justamente evitar que uma única ideologia guie a produção legislativa, fomentando o debate entre grupos ideológicos antagônicos de forma que não haja a supremacia de nenhum deles.

Em que pese esse esforço democrático, inevitavelmente alguma ideologia irá se sobrepor, seja por possuir um maior número de adeptos entre os membros da Casa Legislativa, seja por ter um maciço apoio popular. Assim, elevada à condição de lei, a ideologia passará a reger as relações sociais, normalizando-se no inconsciente popular e, por isso, difundindo-se.

O risco desse processo é justamente a institucionalização de preconceitos e perseguições, seja por questões raciais, étnicas, de gênero ou de classes sociais. O Estado passará então a utilizar-se de seus meios coercitivos para fazer valer a lei. Para observar a dimensão disso, basta a simples recordação de que a escravidão no Brasil era legalizada.

De acordo com uma visão que considera o racismo como um fenômeno institucional e estrutural, o racismo, enquanto ideologia, vai além da consciência individual e molda o inconsciente coletivo. Assim, a ação dos indivíduos, mesmo quando consciente, ocorre dentro de um contexto de sociabilidade historicamente inconsciente. Isso significa que a vida cultural e política em que os indivíduos se percebem como sujeitos conscientes e formam seus sentimentos é construída por padrões de segregação racial, os quais estão inseridos no imaginário e nas práticas sociais do cotidiano. Dessa maneira, o racismo permeia a vida cotidiana, as emoções e as "verdades" estabelecidas, existindo independentemente de ações conscientes.

Indivíduos racializados são formados por condições estruturais e institucionais. Nesse sentido, o racismo é o que cria a ideia de raça e os sujeitos racializados. Os privilégios atribuídos à branquitude, por exemplo, não dependem de um reconhecimento consciente por parte da pessoa branca, tampouco da intenção de obter vantagens relacionadas à sua raça.

Além disso, é importante considerar que as práticas discriminatórias que sustentam o racismo ganham significado por meio da ideologia. Nossa interação com a sociedade é mediada por essa ideologia, que é reproduzida por meios de comunicação, pelo sistema educacional e pelo sistema de justiça, de acordo com a realidade social em que estamos inseridos. Assim, uma pessoa não nasce branca ou negra, mas é definida como tal ao ser inserida em uma rede de significados compartilhados, que antecedem a formação de sua consciência e de seus sentimentos.

Como se pode observar, o racismo é um constructo também ideológico.

1.3.6. Racismo, Biopolítica e Necropolítica

A partir de Foucault, pode-se perceber o importante papel que o Estado possui para a construção das identidades.

As identidades formam-se dentro do Estado Liberal de Direito a partir da afirmação de direitos, em uma lógica de *reconhecimento*, tal como trabalhado por Honneth¹⁵, nos termos estudados em Filosofia do Direito.

Na lógica do Estado de Direito, a afirmação e a reivindicação de direitos dependem do reconhecimento de identidade e esse pressuposto retroalimenta a construção de identidades.

Quanto mais específicas tornam-se as identidades, mais lutam e pressupõem o reconhecimento de direitos. Esse fenômeno contemporâneo faz com que o aparelho jurídico acabe por produzir sujeitos jurídicos e políticos.

Isso revela a importância da representatividade política em termos amplos, ou seja, como representatividade institucional nas funções de Estado e também em atividades político-partidárias, pois é a partir desses espaços que direitos são tecidos e as identidades vão se afirmando.

Com baixa representatividade e um racismo institucional e estrutural, a consequência é o aprofundamento de uma biopolítica em direção a uma necropolítica, nos termos estudados no capítulo sobre Direito e Política.

Em termos foucaultianos, o racismo não é somente um discurso ou ideologia, mas uma *tecnologia de poder*, que terá funções específicas, derivada da *Biopolítica*. Trata-se de verdadeira engenharia social, que calcula e metrifica o poder sobre os corpos dos indivíduos racializados, para sua manutenção em uma situação de subserviência. Daí, por exemplo, as batidas policiais em regiões de populações negras e periféricas e a cultura brasileira do “baculejo”¹⁶.

Em termos foucaultianos, com o surgimento do biopoder, o racismo tornou-se um mecanismo central no exercício do poder estatal. Em suas palavras, o funcionamento moderno do Estado praticamente sempre envolve o racismo, em algum ponto, sob certas condições e até certo limite.

Seguindo Mbembe, no atual estágio do capitalismo neoliberal, o Estado vem, cada vez mais, migrando de um *Biopoder* para uma política ainda mais destrutiva e servil ao Racismo Estrutural: a Necropolítica.

A necropolítica estabelece-se assim como a forma de organização do poder em um contexto em que a morte se impõe de maneira implacável sobre a vida. A legitimação de mortes, sob a justificativa de proteção à economia e à segurança, torna-se o pilar ético dessa realidade. Assim, a lógica colonial reaparece nas práticas dos Estados contemporâneos, especialmente nas nações periféricas do capitalismo, onde persistem vestígios das antigas práticas coloniais. Como observa Achille Mbembe, o neoliberalismo instaura um “devir-negro” global: problemas econômicos, antes reservados às colônias, agora se espalham, ameaçando tornar toda a humanidade sujeita a uma condição semelhante à dos

15. HONNETH, Axel. *Luta por Reconhecimento: a gramática moral dos conflitos*. 34ª edição. Tradução: Luiz Repa. São Paulo: Fundação Biblioteca Nacional, 2003.

16. *Sig.*: Revista feita por policiais que, geralmente efetuada em local público, coloca o suspeito com os braços e pernas abertas contra uma parede. In: *Dicionário Informal*. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/baculejo/>. Acesso em: 27.09.21. Às 09h:52min.

colonizados — marcada não pela cor da pele, mas pela vivência da precariedade, do medo e da expectativa de uma vida desprovida e miserável.

Nos termos aqui estudados em cotejo com o estudado no capítulo sobre Direito e Política, nota-se a relação simbiótica entre Racismo e Necropolítica como duas faces de uma mesma moeda.

1.3.7. Racismo, Direito e Teoria Crítica da Raça

O Direito é sujeito à reprodução das práticas e pensamentos racializados. É assim um potencial elemento de institucionalização do racismo, funcionando como um mecanismo de positivação da discriminação sistemática. Tal como já se disse, a própria escravidão era um regime legalizado. No entanto, como visto em Sociologia Jurídica, o Direito, que pode ser mantenedor do *status quo*, também pode ser libertador, tudo a depender da luta política envolvida na questão. Isso leva à chamada Teoria Crítica da Raça, “coletivo de ativistas e acadêmicos empenhados em estudar e transformar a relação entre raça, racismo e poder”¹⁷, que, no mundo jurídico, enfrenta o racismo na teoria do Direito. Nas palavras de Thula Pires¹⁸:

“A Teoria Crítica da Raça busca a compreensão da relação entre raça e direito para o enfrentamento da realidade. Partindo do pressuposto de que o direito é um instrumento de controle social, ressalta a responsabilidade do direito não apenas no uso da categoria racial na solução das controvérsias como na sua interferência sobre a questão racial de forma mais ampla, no âmbito das relações sociais. Desenvolvida a partir do Movimento dos Direitos Civis, prioritariamente por juristas estadunidenses, oferece uma visão crítica sobre as bases de sustentação do direito tradicional, ao mesmo tempo em que renova a possibilidade de utilização do direito para enfrentamento ao racismo”¹⁹.

A Teoria Crítica da Raça possui, assim, cinco elementos:

“Tem-se como referencial teórico prioritário para o direcionamento das análises que se seguem a Teoria Crítica da Raça. O modelo básico da Teoria Crítica da Raça (SO-LORZANO, CEJA e YOSSO, 2000) consiste em cinco elementos: a) papel central dos conceitos de raça e racismo e suas ligações com outras formas de subordinação; b) desafiar a ideologia dominante; c) compromisso com a justiça social; d) construção do conhecimento a partir da experiência e; e) perspectiva interdisciplinar”²⁰.

Destaca-se no ponto o posicionamento da Teoria Crítica da Raça sobre a construção jurídica da noção de raça, baseada em uma concepção supostamente neutra, mas que esconde uma perpetuação das distorções e iniquidades sociais na matéria:

“Conforme denúncia a Teoria Crítica da Raça, o direito produz, constrói e constitui o que se entende por raça, apesar da crença difundida pelas elites de que o corpo normativo e seu processo de aplicação caracterizam-se como objetivos e neutros. Desde

17. DELGADO, Richard. Stefancic. *Teoria Crítica da Raça: uma introdução*. Tradução: Diógenes Moura Breda. 3ª edição. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021. P. 28.

18. PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. *Criminalização do Racismo entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos*. Tese (doutorado). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2012.

19. *Idem. Ibidem*. P. 15.

20. *Idem. Ibidem*. P. 87.

a eleição do 'sujeito de direito' ao momento da aplicação das normas para solução de conflitos, os filtros sociais determinam as demandas que serão objeto de proteção e as que devem ser reprimidas ou ignoradas.

Atuando como perpetuador do *status quo*, a espada se impõe frente a balança e mantém sob ameaça aqueles que fogem à categoria de sujeitos eleitos como dignos de respeito. O sistema penal atua como o campo por excelência em que a atuação do direito apresenta-se seletiva, excludente e racista

(...)

A ausência de neutralidade existente na elaboração normativa promoveu da época colonial aos dias atuais o deslocamento dos navios negreiros para as instituições carcerárias. A Lei de Terras de 1850, a Lei 1331-A de 1854, o Decreto 528 de 1890, o ensino da eugenia nas Escolas Públicas e normas de imigração previstos no texto constitucional de 1934, o Decreto 7.967 de 1945, as normas que criminalizaram a capoeira, o curandeirismo e a vadiagem refletem com nitidez não apenas o grupo social excluído das condições necessárias a uma existência digna como o 'perfil' do criminoso que se consagrou na sociedade brasileira²¹.

Continua a autora:

“O apelo às referências desenvolvidas pela Teoria Crítica da Raça permitiu demonstrar que os direitos escondem e afirmam a estrutura dominante, mas que podem também revelar a desigualdade, a invisibilidade, a opressão e o desrespeito e ajudar a desafiar-los. O direito enquanto esfera do reconhecimento representa uma gramática de resistência que exige que se tome a esfera pública e os processos de elaboração normativa nas mãos, que sejam absorvidos outros sujeitos de direito, que sirva como instrumento de empoderamento e construção das condições necessárias para que as experiências se constituam em luta permanente pela dignidade.

Enquanto houver relações de servidão, dominação, opressão e violência, haverá o desejo por uma liberdade positiva e uma fraternidade emancipadora. Essa tensão deve alimentar a ação política das classes domésticas e civilmente subalternas para invenção de um novo mundo e as empurrará para construção das condições necessárias para chegar a ele.

Pensar o enfrentamento ao racismo a partir dessa perspectiva permite não apenas manter viva a disposição para transformação da realidade, como exige que se esteja aberto a diálogos permanentes com as diversas identidades que se formam na sociedade. Foge-se do perigo das essencializações, o diálogo intercultural não cinge a proteção de grupos em vulnerabilidade a identidades fixas e pré-determinadas, ao contrário, denuncia a cada disputa na esfera social as limitações e insuficiências das categorias identitárias que inspiram enunciados normativos e políticas públicas.

Para que essa concepção oriente as relações sociais e institucionais, é necessário que a esfera pública seja ocupada por novos sujeitos, que o processo de produção do conhecimento abrigue novas epistemologias e que se permita que novos rostos e outras vozes se apresentem e disputem no cenário de reflexão pública os argumentos que merecerão adesão e mobilização política.

Não se ignora as contribuições teóricas que promovem alertas importantes sobre as limitações, desafios e desvios que podem decorrer de qualquer tradição de pensamento. Mas o recurso a novas interpretações de mundo deve ser empreendido com liberdade, sem que os ilustrados imprimam a pecha da ingenuidade e infantilização aos grupos

21. *Idem. Ibidem.* P. 301 e 302.

sociais em atual situação de vulnerabilidade. Para que os abolicionistas do século XIX não se reproduzam no novo discurso abolicionista, que ainda pretende dizer ao negro qual é a melhor e mais eficiente maneira de buscar emancipação e libertação, é preciso respeito. Reconhecer negros e negras, a experiência política e vontade de resistir que lhes fizeram girar em sentido anti-horário nas árvores do esquecimento que se multiplicaram ao longo de suas trajetórias.

Combater as consequências sem enfrentamento adequado das causas é perder o comprometimento com a luta e um desgaste de energia que pode mostrar-se ineficiente. A luta antirracismo pressupõe luta contra o capitalismo. Enquanto vigorar o modelo de produção e apropriação de corpos construído sob a lógica da desigualdade e do descarte de seres humanos, formas de hierarquização de pessoas continuarão a ser produzidas e naturalizadas. Contra tudo isso, renovam-se as apostas na política, no direito e na convivência intercultural para a construção de uma realidade livre e igualitária, vivenciada por seres concretos e singulares”²².

E conclui Thula Pires:

“O racismo institucional aparece como um sistema generalizado de discriminações inscritas nos mecanismos rotineiros, assegurando a dominação e a inferiorização dos negros sem que haja necessidade de teorizá-la ou justificá-la pela ciência, além de constituir entrave claro à realização plena do acesso à justiça por parte da população afro-brasileira. Para que haja um processo de mudança nessas relações institucionais, é necessário que a esfera pública seja ocupada por novos sujeitos, que o processo de produção do conhecimento abrigue novas epistemologias, o que somente será possível a partir de um trabalho concreto de expansão de políticas públicas antirracistas para o interior do Poder Judiciário, para a sua estrutura humana.

(...)

Enquanto vigorar o modelo de produção e apropriação de corpos construído sob a lógica da desigualdade e do descarte de seres humanos, formas de hierarquização de pessoas continuarão a ser produzidas, reproduzidas e naturalizadas. Contra tudo isso, renova-se as apostas na política, na convivência intercultural e num outro direito, este sim constituído, aplicado e desenvolvido a partir de uma realidade livre e igualitária, ancorada em seres concretos e singulares”²³.

Assim sendo, a Teoria Crítica da Raça busca denunciar a institucionalização de preconceitos e perseguições contra o povo negro por meio do Direito e de seus meios coercitivos, conforme ocorreu nos Estados Unidos durante o período da segregação racial ou de forma velada no Brasil atual.

A partir dessas concepções, o Direito, ciente de suas vulnerabilidades à institucionalização dos preconceitos, deve assumir o caminho oposto, servindo como meio de combate ao racismo, o que costuma derivar essencialmente das pressões dos movimentos sociais. Há assim alguns exemplos do Direito servindo a propósitos antirracistas:

- i) Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 [estabelece a igualdade entre os seres humanos].

22. *Idem. Ibidem.* P. 306 e 307.

23. *Idem. Ibidem.* P. 22.