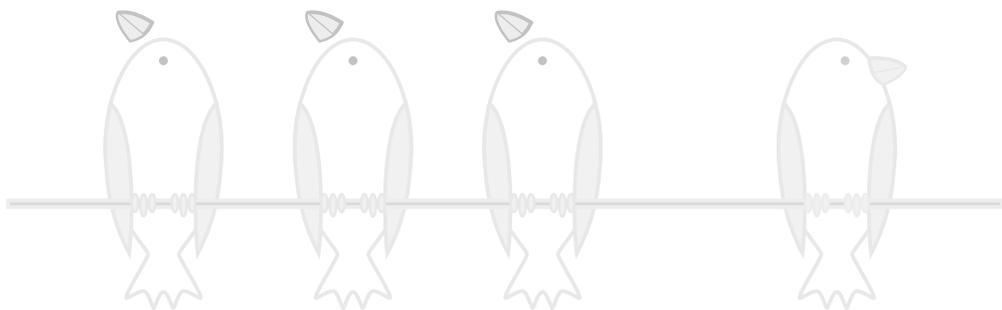


GEORGE **MARMELSTEIN**

DISCRIMINAÇÃO

POR PRECONCEITO

IMPLÍCITO



2023

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

2^a | revista e
edição | atualizada



5

Os Impactos Explícitos do Preconceito Implícito

Em um passado não muito distante, as pessoas costumavam revelar seus preconceitos de forma explícita, com manifestações visíveis de práticas discriminatórias, sem qualquer pudor em escondê-las ou dissimulá-las.

Insultos verbais ou ataques físicos eram praticados abertamente, até com um certo orgulho, pois era isso que os demais membros da sociedade esperavam de alguém que fazia parte do grupo dominante. Recusar-se a empregar um negro ou uma mulher para um cargo de liderança era a decisão correta a ser tomada, pois havia a crença de que apenas os homens brancos seriam capazes de exercer esse tipo de tarefa. E como não havia normas jurídicas antidiscriminatórias, as práticas preconceituosas eram escancaradas para que todos pudessem vê-las.

Ao longo do século XX, houve um amplo processo de conscientização social a respeito dos males causados pelo preconceito, estimulado pela pressão e luta dos movimentos

de direitos humanos, que resultou na aprovação de diversos mecanismos institucionais, inclusive jurídicos, de combate à discriminação. Atualmente, existem normas constitucionais, tratados internacionais e leis, em várias partes do mundo, prevendo sanções para quem praticar discriminação motivada por preconceito.

Mesmo que se reconheça que, em tempos recentes, tenha havido um retrocesso, com o surgimento de algumas manifestações explicitamente racistas, homofóbicas ou sexistas, o certo é que a prática da discriminação intencional foi onerada com diversos *custos* sociais, jurídicos e econômicos, que contribuíram para o declínio do preconceito explícito.

A partir daí, tem havido uma mudança no *modus operandi* da discriminação, fazendo com que as práticas discriminatórias tenham se tornado mais dissimuladas.

Quando não havia qualquer constrangimento em expressar o preconceito explícito, as pessoas deixavam de contratar mulheres para chefiarem uma empresa porque não achavam que elas seriam tão competentes quanto os homens para essa tarefa, e isso era dito de forma transparente. Com o enaltecimento retórico da igualdade, as pessoas preconceituosas continuam se negando a contratar mulheres para cargos mais elevados, mas dissimulam o motivo sexista, criando pretextos aparentemente mais neutros para justificar a discriminação ou simplesmente silenciando a respeito dos reais motivos.

Na prática, é possível reconhecer uma aproximação conceitual entre a discriminação explícita e a discriminação dissimulada. A principal diferença é que, na discriminação explícita (baseada em preconceito explícito), a negativa de oportunidades é confessadamente baseada em um motivo

preconceituoso, ao passo que, na discriminação dissimulada (baseada em preconceito dissimulado), os motivos preconceituosos não são assumidos pelo agente discriminador e costumam estar encobertos por uma fachada não preconceituosa.

De qualquer modo, tanto em uma quanto na outra há um agente discriminador que, de forma consciente e deliberada, age para prejudicar um grupo estigmatizado. Ou seja, nessas situações, o agente discriminador tem aquilo que Gary Becker denominou de “gosto pela discriminação” (*taste for discrimination*) e até mesmo estaria disposto a correr riscos jurídicos ou arcar com custos econômicos para não abandonar suas crenças negativas a respeito do grupo estigmatizado (BECKER, 1971).

Como o “gosto pela discriminação” se tornou um sentimento cada vez mais repellido pela sociedade, a maioria das pessoas tem se esforçado, de um modo sincero, para internalizar valores igualitários em suas crenças e atitudes morais. Em um nível consciente, muitas pessoas se empenham em cultivar sentimentos positivos em relação a todos os seres humanos e em repelir qualquer resquício de hostilidade em relação a grupos estigmatizados.

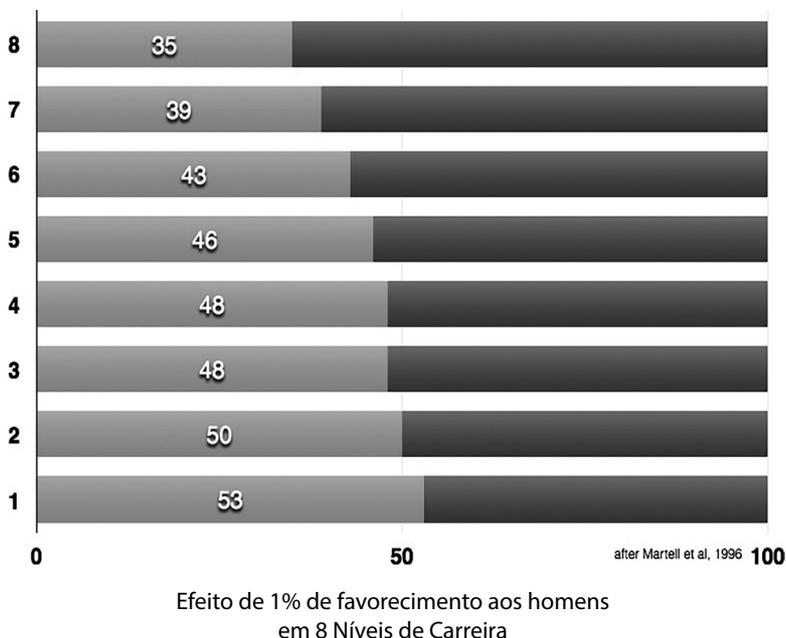
O problema é que esse processo pode suscitar um conflito mental entre as zonas do cérebro que ainda conservam fragmentos de esquemas mentais preconceituosos, fruto de séculos de categorizações socialmente construídas, e as zonas do cérebro que incorporaram valores igualitários, que são fruto de um processo de conscientização recente. Dessa *dissonância cognitiva* gerada pela presença inconsciente de sentimentos preconceituosos implícitos ao lado de crenças sinceras no valor da igualdade, podem surgir comportamentos discriminatórios não intencionais (KRIEGER & FISKE, 2006, p. 1040).

Em geral, as práticas discriminatórias provocadas pelo preconceito implícito não são tão fáceis de perceber quanto as práticas discriminatórias provocadas pelo preconceito explícito ou pelo preconceito dissimulado. O agente discriminador influenciado por um preconceito implícito não tem intenção de prejudicar ninguém. Por isso, é bastante provável que nem ele próprio perceba que está praticando uma discriminação. Do contrário, poderia usar o seu poder de reflexão para controlar e corrigir os vieses cognitivos provocados pelo preconceito implícito e assim poderia evitar conscientemente a prática do comportamento discriminatório. Porém, em geral, ele não tem noção da presença do preconceito implícito, pois, além de ser inconsciente, seus efeitos costumam ser muito sutis, manifestando-se, muitas vezes, como *microagressões* quase imperceptíveis.

Mas não se deve subestimar o impacto global de pequenas agressões praticadas de forma contínua e cumulativa contra grupos estigmatizados (SUE & OUTROS, 2007). Um pequeno viés a favor ou contra um determinado grupo pode, no longo prazo, causar resultados extremamente danosos ao grupo prejudicado.

Para demonstrar isso, três pesquisadores desenvolveram um programa de computador que simulava um processo de promoção em uma empresa imaginária, que possuía um plano de carreira de oito níveis. A ideia era saber como seria o resultado, ao final dos oito ciclos de promoção, se houvesse um leve desvio em favor dos homens. Para isso, os programadores manipularam o sistema de promoção para que a performance dos homens fosse avaliada com um escore de 0 a 101, enquanto o escore das mulheres variaria entre 0 a 100. Esse detalhe aparentemente insignificante, gerou, ao final dos

oito ciclos de promoção, uma disparidade entre os gêneros de 65%-35%, o que demonstra que um pequeno desvio de apenas 1% pode significar uma grande diferença após um longo e contínuo processo de tratamento desigual (MARTELL & OUTROS, 1996).



Para que se possa visualizar com mais precisão os efeitos perversos do preconceito implícito, vale analisar um caso que, apesar de hipotético, possui muitos correspondentes na vida real. Sua análise servirá tanto para verificar como os preconceitos implícitos podem prejudicar concretamente grupos estigmatizados quanto para dar suporte à análise jurídica que será oportunamente desenvolvida.

5.1 UM EXEMPLO ILUSTRATIVO

Suponha que um entrevistador branco tenha sido designado para escolher o próximo gerente da empresa em que trabalha. Há dois funcionários concorrendo à vaga: um branco e um negro, ambos com iguais qualificações profissionais e acadêmicas. O entrevistador tem plena consciência de que o racismo é abominável e sabe que se sua decisão for baseada no fator racial a empresa poderá ter diversos problemas jurídicos. Por isso, ele tentará ser o mais imparcial e objetivo possível, avaliando cada candidato em função de sua performance em uma entrevista onde será aferida a presença de atributos necessários ao exercício do cargo de gerente.

Na entrevista, o desempenho do funcionário branco foi superior em vários aspectos, demonstrando mais confiança, espontaneidade e conhecimento do que o funcionário negro. Alguns colegas do entrevistador que assistiram ao vídeo das duas entrevistas e compararam o desempenho de cada candidato concordaram que o funcionário negro não se saiu tão bem. Diante disso, o entrevistador não tem dúvida e seleciona o funcionário branco.

Aparentemente, ninguém diria que foi praticada uma discriminação nesse caso. O entrevistador não tinha a intenção de discriminar e adotou critérios objetivos de seleção, justificáveis pela natureza do cargo. Onde estaria a discriminação então?

Embora não seja possível afirmar, com certeza, se houve ou não uma discriminação, é possível indicar pelo menos três fatores motivados pelo preconceito implícito que podem, eventualmente, ter prejudicado o desempenho do funcionário negro e a objetividade da avaliação: o **racismo repulsivo**

(*aversive racism*), a **ameaça de estereótipo** (*stereotype threat*) e a **injustiça epistêmica** (*epistemic injustice*).

O *racismo repulsivo* é um fenômeno que pode se manifestar em situações em que há um conflito mental entre o pensamento consciente não racista e o pensamento inconsciente racista. A pessoa declaradamente não racista, ao interagir com uma pessoa da raça estigmatizada, sentirá um desconforto imperceptível que afetará a sua forma de tratar a outra pessoa. Assim, no exemplo citado, o entrevistador se sentará mais longe do candidato negro do que do candidato branco, evitará o contato visual com o candidato negro, ficará mais nervoso, gaguejará mais, trocará menos palavras e provavelmente encerrará aquela entrevista em menos tempo. Esse desconforto terá nítidos efeitos sobre o desempenho do candidato negro, pois ele também sentirá a ansiedade da situação, ficará pouco à vontade e não conseguirá se expressar de forma segura e confiante (DOVIDIO & GAERTNER, 2000; ARONSON & OUTROS, p. 284).

A *ameaça de estereótipo*, por sua vez, pode surgir quando o membro de um grupo estigmatizado tem noção de que o seu desempenho será comparado com o desempenho de um membro de um grupo não estigmatizado. Em situações assim, a sua performance pode ser afetada, negativamente, em função do medo de que os estereótipos do grupo sejam confirmados. Em vez de se concentrar apenas na tarefa a ser avaliada, o cérebro da pessoa do grupo estigmatizado se esforça para afastar a confirmação do estereótipo, prejudicando o seu desempenho. Assim, a ameaça de estereótipo leva a uma queda no desempenho que, circularmente, pode ter o efeito de confirmar as expectativas que as outras pessoas têm em relação aos membros daquele grupo. Ocorre aquilo que os

psicólogos sociais denominam de *profecias autorrealizadoras*: “as pessoas têm uma expectativa de como outra pessoa é, o que influencia como agem em relação a ela, fazendo com que ela se comporte de acordo com a expectativa original das pessoas, tornando as expectativas realidade” (ARONSON & OUTROS, p. 284).

Há várias experiências que demonstram que a mera crença de que pode haver uma comparação de grupo pode gerar uma ansiedade produzida pelos estereótipos negativos atribuídos ao grupo estigmatizado que, por si só, é capaz de prejudicar o desempenho da pessoa a ser avaliada. Por outro lado, quando as pessoas não estão autoconscientes de que pertencem a um grupo estereotipado, o desempenho costuma ser melhor. Por exemplo, quando um grupo de estudantes é informado de que participará de um teste para comparar o desempenho dos homens e das mulheres na solução de problemas matemáticos, o desempenho das mulheres costuma ser ligeiramente pior, confirmando os estereótipos negativos de que as mulheres são intelectualmente menos capazes do que os homens. Por sua vez, quando a ameaça do estereótipo é retirada, ou seja, quando o mesmo teste é realizado com outro grupo de mulheres sem que nada seja dito sobre a comparação entre os gêneros, o desempenho das mulheres costuma ser tão bom quanto o dos homens. Do mesmo modo, quando pessoas negras são informadas de que participarão de um teste de inteligência, o resultado costuma ser pior do que o de pessoas brancas que fazem o mesmo teste. Porém, quando o mesmo teste é realizado como um mero desafio mental, sem qualquer indicação de que se trata de um método de comparação do nível de inteligência, o desempenho das pessoas negras costuma ser igual ao das pessoas brancas (STEELE & ARONSON, 1995).

A *injustiça epistêmica* é um conceito amplo que abrange desde uma distribuição desigual do conhecimento disponível (*distributive epistemic injustice*) até uma avaliação discriminatória do conhecimento produzido pelos membros dos grupos estigmatizados (*discriminatory epistemic injustice*) (FRICKER, 2007)¹.

Pode ocorrer uma discriminação epistêmica quando atribuímos pesos diferentes para situações semelhantes em função dos estereótipos dos interlocutores. Os seres humanos, em geral, possuem uma tendência de interpretar os atos dos membros de um grupo estigmatizado dentro de um quadro conceitual que confirme os seus estereótipos negativos. É o que os psicológicos sociais denominam de *erro final de atribuição*, que é a tendência de extrair conclusões sobre o comportamento de um indivíduo a partir de associações que fazemos em relação aos estereótipos de grupo (ARONSON & OUTROS, 2015, p. 289). Por exemplo, quando um grupo de pessoas vê um homem branco tentando quebrar um cadeado que prende uma bicicleta em uma praça, a cena é interpretada como se aquela pessoa fosse o dono da bicicleta e perdeu a chave que a mantinha presa. Quando o mesmo ato é realizado por um homem negro, a cena é rapidamente interpretada pelas pessoas

1 Outra manifestação de injustiça epistêmica pode ocorrer em função do *racismo cultural*, em que as realizações de outros grupos são avaliadas com base em critérios estabelecidos de acordo com os valores do grupo dominante, como se estes fossem culturalmente superiores. Além de dificultar a manifestação de diferenças culturais e empobrecer a pluralidade epistemológica, essa modalidade de racismo pode levar a uma desvalorização das realizações de um grupo estigmatizado e ao isolamento daqueles que não ajustam seus comportamentos em conformidade com as expectativas do grupo dominante (sobre isso: JONES, 1973, pp. 5/6).

que transitam no local como uma tentativa de furto, gerando uma indignação imediata².

Estamos condicionados a associar os comportamentos de um membro de um grupo estereotipado com os papéis sociais esperados daquele grupo. Quando ocorre uma incongruência de comportamento, violando as expectativas existentes, tendemos a avaliar negativamente a situação, geralmente prejudicando membros de grupos estigmatizados que não costumam ser associados a posições de elevado *status social* (FAIGMAN, 2008). Por exemplo, se um homem em uma posição de chefia eleva o tom de voz para exigir mais dedicação ao trabalho de seus funcionários, isso costuma ser interpretado como uma manifestação da sua capacidade de liderança. Quando o mesmo comportamento é realizado por uma mulher em posição de chefia, muitos podem interpretar isso como um desequilíbrio emocional³.

Além disso, há uma hipersensibilidade para perceber defeitos característicos vinculados aos estereótipos do grupo. Qualquer pequena manifestação de insegurança ou desinformação apresentada no comportamento de um candidato negro é facilmente interpretada como um sinal de sua suposta

-
- 2 Essa foi uma experiência social realizada por um programa de TV norte-americano, da ABC, denominado “*Lost Key or Bike Theft: What Would You Do?*”. O curioso é que, em um terceiro cenário, em que uma mulher de boa aparência tentava quebrar o cadeado, vários homens se prontificaram a ajudá-la, mesmo desconfiando que se tratava de um furto. O vídeo está disponível na internet.
 - 3 Como defende Kimberly Yuracko: “*In a sexist society nothing done by men and women will have precisely the same meaning. Traits are not understood or viewed as isolated technical attributes. They are necessarily viewed in relation to all the other traits an individual possesses and through a systematically gendered lens*” (2004, p. 45).

inferioridade intelectual. Os mesmos sinais manifestados por um candidato branco costumam passar despercebidos no processo de avaliação, já que o avaliador não está esperando manifestações de inferioridade, nem está preocupado em prestar atenção a esses comportamentos com a mesma intensidade com que analisa o comportamento do candidato negro. Assim, para que um membro de um grupo estigmatizado consiga *empatar em desempenho* quando comparado com um membro de um grupo dominante, precisa acertar mais e cometer menos erros.

Outra forma de discriminação epistêmica pode ocorrer quando a avaliação que fazemos sobre a credibilidade de um testemunho realizado por uma pessoa de um grupo estigmatizado é afetada negativamente por eventuais preconceitos (explícitos ou implícitos) que podemos ter em relação àquele grupo (*testimonial injustice*). Em outras palavras: o entrevistador deixa de acreditar nas palavras daquela pessoa, ou diminui o seu grau de veracidade, apenas porque ela faz parte de um grupo estigmatizado. Assim, uma resposta dada por um candidato branco pode ter uma força de convencimento maior apenas pelo fato de ele ser de um grupo mais “confiável” à luz dos preconceitos implícitos presentes no inconsciente do interlocutor.

A injustiça hermenêutica pode afetar até mesmo as situações em que se exige um alto grau de objetividade e imparcialidade do intérprete. Em vários estudos que simulam julgamentos criminais, há uma tendência de condenar com mais facilidade suspeitos negros ou latinos do que brancos, mesmo quando as informações e as provas apresentadas sejam idênticas. E para piorar ainda mais: nesses julgamentos simulados, a pena média aplicada aos negros e latinos costuma ser mais alta do que a



8

Possibilidades de Incorporação do Combate ao Preconceito Implícito no Contexto Brasileiro

O direito brasileiro da antidiscriminação é quantitativa e qualitativamente mais pobre do que o norte-americano não só em termos de relevância econômica, social e jurídica, mas também de produção de conhecimento. Comparativamente, há poucas ações judiciais, poucos precedentes e poucos estudos envolvendo direito da antidiscriminação no Brasil, apesar de sermos um dos países mais desiguais do mundo.

Para perceber como ainda não há um amadurecimento pleno do direito da antidiscriminação no Brasil, basta citar o exemplo da prova estatística, especialmente em demandas de *disparate impact*, que adquiriu um imenso grau de sofisticação nos Estados Unidos e aqui sequer costuma ser aceita.

As poucas ações existentes costumam ser prematuramente extintas, seja pela inabilidade do autor da ação em utilizar adequadamente esse tipo de prova para demonstrar o impacto

adverso, seja pela falta de compreensão dos tribunais em perceber a importância de indicativos estatísticos como fatores presumíveis (*prima facie*) de um *disparate impact*¹.

Diante disso, é preciso reconhecer, de forma realista, que ainda há um longo caminho a percorrer antes de se entusiasmar com a importação de uma novidade que ainda sequer foi plenamente assimilada em seu país de origem. Mas esse ceticismo deve ser entendido mais como um lamento do que como um argumento contrário ao desenvolvimento de um modelo brasileiro de combate à discriminação por preconceito implícito.

Por mais que seja necessário perceber as enormes diferenças em cada sociedade, não há dúvida de que o direito da antidiscriminação compartilha a mesma aspiração fundamental em qualquer lugar do mundo: construir uma sociedade mais igualitária, em que as pessoas não sejam julgadas com base em preconceitos. Por isso, nada impede que ocorra uma aprendizagem mútua entre os países que desejam promover a igualdade, a exemplo do que ocorreu com o desenvolvimento de ações afirmativas, onde é notória a influência positiva do direito norte-americano.

Um passo importante para a construção de um modelo brasileiro de combate ao preconceito implícito seria assimilar algumas fórmulas de suspeição e presunção adotadas pela jurisprudência norte-americana, pelo menos em uma versão simplificada. Esse modelo tem a vantagem de criar um sistema de desconfiança que é imediatamente acionado toda vez que se constata um prejuízo na posição sociojurídica de um

1 Por exemplo: TST, AIRR - 95240-03.2005.5.10.0013, Relator Ministro: Waldir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 08/04/2015, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 10/04/2015.

grupo vulnerável, além de transferir para o agente discriminador o ônus da justificação de seu ato. Assim, diante de uma suspeita preliminar (*prima facie*) de que foi praticada uma discriminação motivada por preconceito, inicia-se um debate a fim de investigar os reais fatores que motivaram a ação do agente discriminador e, se, após uma ampla análise de todos os aspectos relevantes, não for possível eliminar a suspeita do motivo preconceituoso, reconhece-se a prática da discriminação, com a aplicação das sanções cabíveis.

No fundo, o que se quer é evitar que grupos estigmatizados sejam prejudicados injustamente (por causa do preconceito), criando para aqueles que tenham o poder de discriminar (ou seja, de interferir negativamente na posição social e jurídica de outras pessoas) um dever de demonstrar, de modo convincente, que o tratamento diferenciado eventualmente adotado não foi motivado por preconceito e atende, de forma adequada e necessária, a um objetivo racional e legítimo.

De certo modo, isso já tem sido adotado no Brasil, mas de modo muito precário e intuitivo. Por exemplo, a súmula 443, do Tribunal Superior do Trabalho, estabelece que “*presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego*”. Essa súmula segue o modelo *prima facie* dos casos de *disparate treatment*, mas, por não incorporar o raciocínio completo, acaba por dar margem a dúvida e confusão.

Uma análise mais cuidadosa da referida súmula levaria à conclusão de que se trata de uma *presunção relativa*, de modo que, numa fase seguinte do debate, o empregador poderia provar que a despedida foi motivada por razões legítimas não relacionadas com a doença. Isso já foi esclarecido em precedentes

do próprio TST, que reconheceu o seguinte “*o que se extrai do teor do referido verbete sumular é que deve ser invertido o ônus da prova, que, naturalmente, seria do empregado, porém, nesses casos de doença grave, será do empregador, de modo que cabe a este provar, de forma robusta, que dispensou a reclamante, portadora de doença grave, por algum motivo plausível, razoável e socialmente justificável, de modo a afastar o caráter discriminatório da rescisão contratual*”².

Indo mais além, seria possível abrir uma terceira etapa do debate, em que o empregado poderia demonstrar que os motivos apresentados pelo empregador não passam de pretextos para encobrir uma discriminação ou ainda que o preconceito (explícito ou implícito) teve um papel decisivo entre os diversos motivos (legítimos ou não) da demissão.

Essa súmula 443, portanto, embora seja um passo relevante no campo do direito da antidiscriminação brasileiro, precisa ser interpretada de um modo mais abrangente. Usando o modelo geral da antidiscriminação, pode-se dizer que *qualquer ato prejudicial a uma pessoa ou grupo estigmatizados presume-se discriminatório até que se prove o contrário*.

O fato de a súmula ter um foco bem delimitado, conferindo uma proteção jurídica a um grupo específico (empregados portadores do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito) não é em si um problema, mesmo porque é até recomendável que, na redação de súmulas, os tribunais sejam os mais fiéis possíveis aos casos concretos que serviram de base para elaboração do respectivo enunciado. Desse modo, como os casos decididos pelo TST envolviam

2 TST – RR 2169-40.2013.5.03.0019, 22/06/2016, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/06/2016.