



JUDICIALIZAÇÃO E MINORIAS: UMA REFLEXÃO SOBRE A DOCTRINA DE EQUAL PROTECTION NA JURISPRUDÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA

Maria Eugenia Bunchaft¹

RESUMO

No cenário constitucional contemporâneo, em face do aumento da complexidade dos conflitos sociais, houve uma inevitável ampliação da atuação do Poder Judiciário em questões políticas e morais, função anteriormente adstrita ao Legislativo e Executivo. Dentro de uma perspectiva ativista empreendida pela Suprema Corte, propugnamos diferenciar duas abordagens teóricas que irão explicitar o conteúdo da *Equal Protection*: o “Princípio da Anticlassificação” e o “Princípio da Antissubordinação”. Pretendemos demonstrar que o Princípio da Antissubordinação constitui um instrumento normativo mais sofisticado, capaz de atender ao caráter sutil da proteção ao princípio da igualdade, atendendo aos desafios de um Constitucionalismo sensível às demandas de grupos estigmatizados.

Palavras-chave

Ativismo judicial. Constitucionalismo. Minorias.

ABSTRACT

In the contemporary constitutional scenario, given the increasing complexity of social conflicts, there was an inevitable extension of the judiciary’s action in the political and moral role previously attached to the Legislative and Executive. Within an activist view taken by the Supreme Court, we intend to distinguish between two theoretical approaches that will clarify the content of the Equal Protection: the “Anticlassification principle” and the “Antisubordination principle”. We intend to demonstrate that the Antisubordination principle is a more sophisticated normative instrument, able to meet the subtle character of the principle of equal protection, given the challenges of constitutionalism sensitive to the demands of stigmatized groups.

Keywords

Judicial activism. Constitutionalism. Minorities.

¹ Doutora e Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio. Professora da UNIFOA – Centro Universitário de Volta Redonda. Autora do livro “O patriotismo constitucional na perspectiva de Jürgen Habermas”, publicado pela Editora Lumen Juris, 2010. E-mail:mbunchaft@ig.com.br

1. INTRODUÇÃO

No cenário constitucional contemporâneo, em face do aumento da complexidade dos conflitos sociais, houve uma inevitável ampliação da área de atuação do Poder Judiciário em questões políticas e morais, função anteriormente adstrita ao Legislativo e Executivo. Um dos aspectos fundamentais das democracias constitucionais contemporâneas é a expansão da atuação jurisdicional, tendo em vista um maior protagonismo do Judiciário, que é incrementado por uma amplitude de possibilidades interpretativas decorrentes da consagração de princípios constitucionais.

De fato, abordagens substancialistas revelaram-se essenciais no combate à escravidão norte-americana, tendo em vista decisões da Suprema Corte, tais como *Brown v Board of Education*², pondo fim à segregação racial nas escolas. No direito constitucional norte-americano, o princípio da igualdade configurou-se por meio da formulação da *Equal protection doctrine*, cujo desenvolvimento decorreu da construção jurisprudencial desenvolvida pela Suprema Corte. A garantia constitucional da *Equal Protection* pretende justamente atender ao desafio de resguardar o tratamento igual entre indivíduos e grupos que estejam em uma mesma situação jurídica. Pretendemos analisar formas de judicialização, delineadas na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, voltadas para a proteção de minorias estigmatizadas.

Dentro de uma perspectiva ativista empreendida pela Suprema Corte, propugnamos diferenciar duas abordagens teóricas que irão explicitar o conteúdo da cláusula da *Equal Protection*, com diferentes consequências práticas relativamente a grupos minoritários. A primeira consiste na consagração do denominado “Princípio da Anticlassificação”, objetivando estabelecer um padrão de constitucionalidade mais rigoroso para as denominadas “classificações constitucionalmente suspeitas”, que são baseadas em distinções estabelecidas por critérios de raça, sexo, idade. A segunda perspectiva teórica, por sua vez, corresponde à consagração do “Princípio da Antissubordinação”, visando a declarar inconstitucionais determinados atos estatais aparentemente neutros, mas que incrementam situações fáticas configuradas por relações de subordinação, independentemente da existência de um propósito discriminatório.

Propugnamos demonstrar que o Princípio da Antissubordinação constitui um instrumento normativo mais sofisticado, capaz de atender ao caráter sutil da proteção ao princípio da igualdade, atendendo aos desafios de um Constitucionalismo sensível às demandas de grupos estigmatizados. No momento, importa apenas destacar que, no constitucionalismo norte-americano, a maior atuação da Suprema Corte foi legitimada na aferição de diferentes padrões de constitucionalidade, voltados para a proteção de grupos estigmatizados pelo processo político majoritário.

² *Brown v. Board of Education*. 347 U. S 483 (1954).

2. A SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA E OS PARÂMETROS DE CONTROLE DA EQUAL PROTECTION DOCTRINE

De início, é premente elucidar que a concepção do direito ao igual tratamento, capaz de assegurar a igual consideração e respeito de todos os seres humanos, sem dúvida, assumiu um contorno teórico peculiar no constitucionalismo norte-americano, sendo uma das premissas fundamentais da atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos. É imperioso assinalar que, com o fim da Segunda Guerra Mundial, assume relevância - no processo de reconstrução das democracias constitucionais - o estabelecimento de princípios jurídicos que resguardassem a dignidade da pessoa humana, elemento basilar que estruturou os ordenamentos jurídicos de diversos países. A Constituição do Estados Unidos, além de consagrar as cláusulas do devido processo legal e da igual proteção na Emenda XIV, assegura a dignidade da pessoa humana na Emenda VIII, por meio da qual as penas cruéis são vedadas no ordenamento jurídico.

Nesse cenário, a Cláusula da Igual Proteção, consubstanciada na Seção 2 da Emenda XIV, assume um papel fundamental no sistema constitucional americano, com o intuito de assegurar a todos os cidadãos o igual respeito e consideração. Insere-se, portanto, em uma trajetória constitucional marcada por lutas contra leis discriminatórias que expressavam a hostilidade e o desrespeito de maiorias opressoras em relação a minorias estigmatizadas.

Sob esse aspecto, no direito constitucional norte-americano, o princípio da igualdade configurou-se por meio da formulação da *equal protection doctrine*, cujo desenvolvimento decorreu da construção jurisprudencial desenvolvida pela Suprema Corte. A garantia constitucional da *Equal Protection* pretende justamente atender ao desafio de resguardar o tratamento igual entre indivíduos e grupos que estejam em uma mesma situação jurídica. Laurence Tribe, professor de Direito Constitucional da *Harvard Law School*, comentando a evolução jurisprudencial da *equal protection*, destaca que esta estabelece uma diferenciação entre o princípio da anticlassificação e o princípio da antissubordinação.³

Nessa abordagem teórica, compreendemos que o verdadeiro conteúdo do princípio da *Equal protection*, no direito constitucional norte-americano, constitui o princípio da antissubordinação, enquanto instrumento fundamental capaz de resguardar a garantia da igualdade. Indubitavelmente, a *equal protection doctrine* representa um instrumental jurídico capaz de contrapor-se a determinados atos estatais que subordinam certo grupo de pessoas, sob pena de defender-se a existência de cidadãos de segunda classe. De início, importa destacar que, até 1970, tendo em vista maior amplitude da cláusula da *Equal Protection*, as práticas de admissão nas universidades eram consideradas como classificações raciais sujeitas a uma presunção de inconstitucionalidade.

Assim, o critério denominado *strict scrutiny*, inerente ao “Constitucionalismo

³ TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*, 2. ed. New York: Foundation Press, 1988, p, 1514-1521.

da Anticlassificação”, foi desenvolvido pela Suprema Corte, visando a avaliar medidas estatais que contemplem os denominados “critérios de diferenciação suspeitos”, submetidos a um controle de constitucionalidade mais rigoroso. No período da Corte Warren, estabeleceu-se uma investigação mais rigorosa sobre a constitucionalidade das leis, analisando a relação entre meios e fins, por influência de um antigo voto do Ministro Stone, no qual ele destaca a relevância de se julgarem determinadas matérias à luz da Constituição. Instituíram-se três níveis de abordagem para exame da constitucionalidade das leis, a depender da matéria veiculada pela lei. O nível superior, denominado *strict scrutiny*, requer um elevado grau de exigência na formulação do critério de diferenciação, com a comprovação da relevância do objeto, sendo imprescindível a devida fundamentação. Determinadas leis que adotam raça ou etnia como parâmetro de diferenciação, por exemplo, são consideradas constitucionalmente suspeitas.

Nessa perspectiva, o controle de constitucionalidade instituído pelo *strict scrutiny* cria uma presunção de que o critério de diferenciação não é adequado para alcançar um objetivo estatal legítimo, salvo se o poder público provar que se trata da existência de um interesse estatal cogente. Declara-se a inconstitucionalidade das leis, mesmo que tenham relação com um interesse estatal legítimo, a não ser que se prove que são imprescindíveis para evitar um resultado lastimável que não se possa evitar de outra maneira razoável. Os atos estatais que contemplem critérios de diferenciação suspeitos são objeto de um controle de constitucionalidade mais apurado, tendo em vista princípios substantivos consagrados na Constituição.

Antes de tudo, cumpre esclarecer que tal parâmetro de constitucionalidade foi proposto, visando a alcançar grupos minoritários estigmatizados que possuíam participação irrelevante no processo político, cujas pretensões não eram satisfeitas pelas instâncias deliberativas e submetidos a tratamento desigual. Analisando o alcance do *strict scrutiny*, Robert Wintemute, professor da *King's College London*, na Inglaterra, postula algumas exigências que devem ser satisfeitas por grupos minoritários para viabilizar a aplicação desse parâmetro de controle. Veja-se as condições estabelecidas por Robert Wintemute a respeito da aplicação do *strict scrutiny* a minorias estigmatizadas:

- (1) eles têm sofrido uma história de tratamento desigual intencional;
- (2) a classificação impõe-lhes um estigma que os qualifica como inferiores;
- (3) eles têm sido objeto de amplo preconceito e hostilidade;
- (4) o tratamento desigual que eles têm sofrido tem, muitas vezes, resultado em pressuposições estereotipadas sobre suas habilidades;
- (5) eles constituem uma minoria discreta e insular cuja participação política tem sido seriamente prejudicada em razão do

preconceito;

(6) a base da classificação é uma característica pessoal imutável (e quase sempre facilmente perceptível) que cada indivíduo possui;

(7) a característica é irrelevante para sua habilidade de desempenhar ou contribuir na sociedade (e a qualquer propósito público legítimo).⁴

Diante do exposto, infere-se que a proteção de minorias raciais, por exemplo, legitimou a utilização do *strict scrutiny*, de forma a considerar constitucionalmente suspeitos critérios raciais de diferenciação. Nesse particular, analisando o tema, Ronald Dworkin destaca que, tradicionalmente, os negros costumavam ter seus interesses derrotados na política, em razão da conjugação de dois fatores relacionados com a marginalização econômica, bem como a dificuldade de articulação política, razão pela qual a Suprema Corte considerou os negros como uma classe “suspeita”.⁵

Em suma, a Suprema Corte incluiu na lista de classes suspeitas as minorias étnicas e imigrantes. As normas que não adotam critérios de diferenciação suspeitos, são submetidas ao padrão mínimo do exame de constitucionalidade, cabendo ao autor comprovar a incompatibilidade com a Constituição. Como elucida Dworkin, “o grupo pode ser tão marginalizado financeira, social e politicamente, que lhe faltam meios para chamar a atenção dos políticos e dos outros eleitores para seus interesses e, assim, não exercer o poder nas urnas, ou em alianças ou barganhas com outros grupos...”⁶ Ademais, podem ser vítima de preconceitos e estigmas tão graves, “que a maioria queira reprimi-lo ou puni-lo por tal motivo, mesmo quando as punições não sirvam a nenhum outro interesse, mais respeitável ou legítimo, de outros grupos.”⁷

Nesse sentido, de acordo com a doutrina de Robert Wintemute, surgiram questionamentos sobre se *gays* e *lésbicas* possuíam poder político para alcançar proteção legislativa, inviabilizando o *strict scrutiny* ou se a orientação sexual não seria considerada como uma característica imutável. Nesse ponto, vale a pena transcrever o pensamento do professor da *King’s College London*, que assevera:

⁴ WINTEMUTE. Robert. *Sexual Orientation and Human Rights – The United States Constitution, the European Convention and the Canadian Charter*. Oxford. Oxford University Press, 1995, p. 62.

⁵ Nesse contexto, revela o pensamento de Dworkin, a seguinte passagem: “Os negros sempre foram derrotados na política, por exemplo, não porque seus interesses fossem sobrepujados pelos de outros em competição justa, mas devido a uma combinação de dois outros motivos: porque eram econômica e socialmente marginalizados e faltavam-lhes a formação e os meios necessários para chamar a atenção dos políticos e dos eleitores, e porque muitos cidadãos brancos votavam em leis discriminatórias, não só para proteger seus próprios interesses rivais, mas porque desprezavam os negros e queriam subjugá-los. Assim, a Suprema Corte criou outra categoria especial que atrai o escrutínio elevado: declarou que os negros configuram uma classe “suspeita”, e que se deve derrubar qualquer lei que lhes proporcione especial desvantagem, a não ser que possa ser defendida por servir a alguma finalidade absolutamente irresistível.” DWORWIN, Ronald. *A Virtude Soberana*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 655.

⁶ *Ibidem*, p. 656.

⁷ *Ibidem*, p. 656.

(...) Não é claro se o elemento chave em sua formulação é a existência de preconceito contra a minoria, a existência de uma minoria discreta e insular, ou a inabilidade consequente da minoria de influenciar o processo político. Gays, lésbicas e pessoas bissexuais certamente enfrentam amplo preconceito e algumas Cortes têm se inclinado a descrevê-las como “discretas e insulares”. Mas a controvérsia tem surgido com relação ao que é provavelmente a substância do critério, isto é, a falta de poder político. Enquanto várias Cortes têm concluído que o critério é facilmente satisfeito, outros têm enfatizado que homossexuais não são sem poder político e têm habilidade de atrair a atenção dos legisladores. (...)⁸

Em síntese, o autor pondera que o status de uma classe como suspeita ou “quase suspeita” não depende do teste do poder político, de forma que gays e lésbicas são objeto de amplo preconceito na sociedade. A estrutura do *strict scrutiny* criou uma forte presunção de inconstitucionalidade da ação estatal que classificava com base na raça. É necessário assinalar, portanto, que a segunda hipótese de aplicação do *strict scrutiny* diz respeito à limitação ao exercício dos direitos fundamentais. A caracterização dos direitos fundamentais estabeleceu-se a partir da interpretação construtiva da Suprema Corte, com fundamento no *Bill of Rights*, que configura o conjunto das dez primeiras emendas à Constituição, onde são estabelecidos direitos dos indivíduos em face do Estado: direito à vida, à liberdade e à busca da felicidade.

Destarte, percebemos que não se trata de um rol taxativo, pois decorreu de uma postura criativa da Suprema Corte, haja vista julgamentos históricos como *Roe v. Wade*⁹, no qual se discutiu o aborto sob a ótica do direito fundamental à privacidade ou *Griswold v. Connecticut*¹⁰, que tratou da vedação à utilização de anticoncepcionais. Esse representou um entre as dezenas de casos que tiveram de ser revistos pela Suprema Corte após a legalização do aborto consagrada em *Roe*. Após *Roe*, consagrou-se o entendimento de que o governo não tinha legitimidade para interferir em decisões pessoais relativas à procriação, ao casamento e a questões da vida familiar, tendo em vista o direito à privacidade. O rol de direitos fundamentais, portanto, sofreu uma evolução constitucional, ampliando seu âmbito de incidência sobre a concepção de privacidade, para contemplar situações originalmente não previstas no *Bill of Rights*.

Ademais, o segundo parâmetro de constitucionalidade da *Equal Protection* foi o *intermediate scrutiny*, que contempla as *semi suspect classifications* e os *important rights*. Surge uma nova categoria de análise, denominada “intermediária” e, por esse novo parâmetro, as diferenciações legais relacionam-se substancialmente a um importante interesse governamental. A partir da aplicação do *intermediate scrutiny*, a diferenciação somente passa a ser considerada legítima, se visar a

⁸ WINTEMUTE. Robert. *Sexual Orientation and Human Rights – The United States Constitution, the European Convention and the Canadian Charter*, op. cit., p. 64-65.

⁹ *Roe v. Wade*. 410 U. S. 113 (1973).

¹⁰ *Griswold v. Connecticut*. 381 U. S. 479 (1965).

um objetivo estatal relevante, devidamente comprovado mediante um juízo de ponderação proporcional, no qual a importância do objetivo estatal é confrontada com medidas discriminatórias aos indivíduos. Como a IV Emenda não abrangia todas as situações envolvendo pessoas, tornava-se necessário estruturar uma nova categoria de análise judicial que era indispensável para as distinções decorrentes do critério semissuspeito. Por meio do caso *Craig v. Boren*¹¹, a Suprema Corte considerou incompatível com a *Equal Protection*, a diferenciação sexual estabelecida por lei que vedava a venda de cerveja para homens com idade inferior a 21 anos e para mulheres menores de 18. O Tribunal argumentou, no caso, que o sexo não constituía um critério de diferenciação legítimo na aquisição de bebidas alcoólicas.

Nesse quadro teórico, a Suprema Corte criou uma categoria de classes “quase suspeitas” - entre as quais se incluem mulheres e filhos ilegítimos - e destacou que as leis incompatíveis com elas também serão objeto de controle “elevado”, embora não tão rigoroso como no caso das classes totalmente “suspeitas”. Estabeleceu-se novo parâmetro de diferenciação intermediário entre o *strict scrutiny* e o *rational relationship test*, encontrando âmbito de incidência nas diferenciações estabelecidas em razão do sexo, que demandavam uma investigação de constitucionalidade mais rigorosa que aquela estabelecida no *rational relationship*. Nessa perspectiva, a Suprema Corte estabeleceu a afirmação da primazia da proteção de grupos discriminados, em contraposição a objetivos estatais supostamente legítimos.

Em face desta estrutura conceitual, se o *intermediate scrutiny* se aplicava inicialmente às diferenciações sexuais, com o tempo passou a contemplar novas hipóteses de incidência, incluindo deficientes mentais, filhos concebidos fora do casamento e minorias estigmatizadas por seus atributos imutáveis, com representação parlamentar irrelevante. O *intermediate scrutiny* objetiva evitar que grupos minoritários sejam dominados e estigmatizados por outros, em razão de preconceitos reinantes, evitando assim que o *rational relationship* venha a encobrir situações discriminatórias, uma vez que estas demandam um controle de constitucionalidade mais apurado conforme o contexto histórico. Somente a situação fática pode determinar a forma de incidência do *intermediate scrutiny* e a legitimidade do critério de diferenciação.

Por fim, em contraposição ao parâmetro relativo ao exame rigoroso, no exame mínimo, que é o *rational relationship*, há uma presunção de constitucionalidade da lei, cabendo ao autor o ônus probatório da violação à Constituição. Tal parâmetro foi frequentemente utilizado nas classificações entre indivíduos, utilizadas no campo da regulação sócio-econômica, sendo necessária a prova da razoabilidade das distinções estabelecidas pelo legislador. A ação estatal somente será invalidada se não houver um nexo entre o ato estatal e o objetivo pretendido.

¹¹ *Craig v. Boren*. 429 U. S. 190 (1976).

Em face desta leitura, Peter Hogg¹² apresenta um exemplo interessante, no caso *Massachusetts Board of Retirement v. Murgia*¹³, no qual se discutiu a constitucionalidade de uma lei que determinava a aposentadoria compulsória para policiais que alcançassem os cinquenta anos. O autor da demanda alegou estar em perfeitas condições físicas, não havendo motivo que legitimasse seu afastamento. A Suprema Corte, todavia, reconheceu a constitucionalidade da lei, havendo um fundamento razoável para a classificação, pois, com o passar do tempo, haveria uma redução das habilidades físicas dos policiais, razão por que a remoção se legitimava como um meio de se alcançar um objetivo estatal relativo à integridade física da força policial. A Suprema Corte considerou improcedente o argumento de que o critério idade seria suspeito, não havendo razão para aplicação do exame rigoroso.

É importante salientar que, ainda dentro da abordagem substancialista desenvolvida pela Suprema Corte, existem duas perspectivas teóricas relativas ao conteúdo da *Equal Protection*, com implicações práticas diversas em relação a grupos estigmatizados: os princípios da antissubordinação e anticlassificação.

3. PRINCÍPIOS DA ANTISUBORDINAÇÃO E ANTICLASSIFICAÇÃO

O Princípio da Anticlassificação visa a combater classificações fundamentadas em critérios baseados em raça, sexo e orientação sexual, que estabelecem tratamentos diferenciados, de forma incompatível com a neutralidade das medidas estatais. O Princípio da Antissubordinação, por sua vez, objetiva combater formas mais sutis de violação ao princípio da igualdade, superando atos aparentemente neutros que perpetuam contextos de subordinação. Assim, como assevera Roger Raupp Rios, assume relevância a XIV Emenda, que, ao vedar a diferenciação de tratamento, pretende “evitar que alguns se tornem “mais iguais” que outros, sendo de rigor afirmar que a garantia da igualdade, nesta tradição, contém mandamento de eliminação das condições que subjugam certos indivíduos e grupos diante dos demais.”¹⁴

Disso se infere, a nosso ver, que o Princípio da Antissubordinação não se limita apenas a vedar atos explicitamente discriminatórios, pois, segundo o autor, se assumíssemos apenas tal ponto de vista “estar-se-ia adotando a perspectiva daquele que discrimina, na medida que ela (a discriminação) é entendida como ato fundado em um preconceito presente no instituidor do tratamento diferenciado.”¹⁵ A ideia de antissubordinação (ou antissubjugação), para autores como Laurence Tribe, Reva Siegel e Jack Balkin, seria capaz de contemplar um conteúdo normativo mais amplo, no que se refere à plena

¹² HOGG, Peter. *Constitutional Law of Canada*. Toronto: Carswell-Thompson Professional Publishing, 1997, p. 937.

¹³ *Massachusetts Board of Retirement v. Murgia*. 427 U.S. 307 (1976).

¹⁴ RIOS, Roger Raupp. *Direito da Antidiscriminação – discriminação direta, indireta e ação afirmativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 29.

¹⁵ *Ibidem*, p. 29.

garantia da dignidade humana para todos os grupos. Compreendemos, com base nos autores mencionados, que o Princípio da Antissubordinação constitui um instrumental jurídico potencialmente mais eficaz na proteção da dignidade humana e no combate a contextos de subordinação vivenciados por grupos historicamente discriminados. Nessa perspectiva, vale a pena transcrever passagem elucidativa que evidencia o pensamento de L. Tribe:

(...)O princípio da antissubordinação está mais preocupado com as responsabilidades impostas à ação estatal em face de grupos suspeitos do que com quais preconceitos se escondem nos corações e nas mentes dos agentes governamentais. O objetivo da *equal protection* não é acabar com pensamentos impuros, mas garantir uma medida plena de dignidade humana para todos. A Constituição pode ser ofendida não somente por atos individuais de discriminação racial, mas também por regras estatais, políticas ou práticas que eternizam a condição subordinada de qualquer grupo. Por meio do princípio da antissubjugação, a cláusula da *equal protection doctrine* indaga se certas condições, examinadas em seu contexto histórico e social, são uma manifestação ou um legado de opressão oficial.(...)¹⁶

Nesse ponto, o professor da *Harvard Law School* sublinha que “o tema mais promissor da doutrina da *equal protection* pode perfeitamente ser um Princípio da Antissubordinação, que objetiva quebrar os sistemas de subordinação legalmente criados ou reforçados que tratam algumas pessoas como cidadãos de segunda classe.”¹⁷ Diante do exposto, depreende-se que o princípio da antissubordinação diz respeito às relações entre a autoridade estatal e determinados grupos minoritários que sofrem discriminação por atores governamentais. Nesse contexto, na nossa compreensão, são considerados inconstitucionais, não apenas os atos de discriminação racial na sua dimensão individual, mas também práticas governamentais que institucionalizam a subordinação de status em relação a grupos minoritários.

Outrossim, assumiu especial relevância no constitucionalismo norte-americano, o artigo de Owen Fiss, intitulado “Groups and the Equal Protection”, inaugurando a tradição da antissubordinação no meio acadêmico por meio da articulação entre a teoria da igualdade e a proposta de combater a subordinação histórica dos negros. A cláusula da *Equal protection* passa ser compreendida como um instrumento capaz de evitar práticas que perpetuam a posição subordinada de grupos minoritários que se encontram em situação de desvantagem social.¹⁸

¹⁶ TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*, 2. ed. New York: Foundation Press, 1988, p. 1514-1521.

¹⁷ *Ibidem*, p. 1515.

¹⁸ É relevante trazer as palavras do constitucionalista americano: “(...)A primeira é que os afroamericanos se encontram em uma péssima posição socioeconômica (em termos de bem-estar material, só se encontram atrás dos índios americanos), e também têm ocupado tal posição durante séculos. Em certo sentido, pode-se dizer que constituem na América do Norte uma classe permanentemente inferior. São estas duas características - a posição ocupada pelo grupo e o tempo durante o qual o mesmo tem ocupado tal posição - o que justifica a defesa

Nesse cenário, o constitucionalista desenvolve uma concepção peculiar acerca do Poder Judiciário, concebido como uma instância capaz de desenvolver o significado dos valores constitucionais e de potencializar determinados ideais sociais que protegem minorias insulares. Nas palavras do autor, “a atuação do poder judicial pode ser vista como uma intervenção capaz de ampliar a voz da minoria sem poder; como uma forma de retificar a injustiça do processo político.”¹⁹ O jurista norte-americano compreende a esfera judicial como um fator de poder capaz de atingir a verdade e a justiça na interpretação da *equal protection doctrine*. Percebemos a especial relevância o conceito de cultura constitucional na construção jurisprudencial do conteúdo da cláusula da *Equal Protection*.

Nesse particular, Siegel e Post analisam as lutas feministas nos EUA, visando a exemplificar formas de contestação política realizadas por movimentos sociais, como fatores que passam a interagir com o Judiciário, potencializando certos sentidos constitucionais. Até 1970, as distinções baseadas em sexo eram consideradas admissíveis na jurisprudência, porquanto a cláusula da *Equal Protection* era compatível com as discriminações sexuais. Inobstante, os movimentos sociais passaram a problematizar tal interpretação da cláusula da *Equal Protection*, de forma a articular novos valores constitucionais. A Suprema Corte, portanto, passou a interpretar a Décima Quarta Emenda de maneira diversa, exigindo o parâmetro do *strict scrutiny* para as classificações baseadas em sexo.²⁰

Nessa perspectiva, como salienta Reva Siegel, a cultura constitucional “explora as interações formais e informais entre cidadãos e governantes que guiam a mudança constitucional. Tais interações incluem, mas não são limitadas pela elaboração do direito e jurisdição.”²¹ Os movimentos sociais, a partir de interações com os governantes e o Judiciário, potencializam novos “significados constitucionais”, que passam a ser articulados a uma moralidade crítica capaz de reconstruir as práticas sociais vigentes. Percebemos que a cláusula de *Equal*

de esforços para melhorar o status do grupo...(...) (...) Não é só o nível socioeconômico dos afroamericanos como grupo que explica o papel peculiar que lhes corresponde dentro de uma teoria sobre a Igual Proteção. Isso se deve também à sua condição política. O poder político do afroamericanos encontra-se fortemente restringido. Durante os últimos séculos, o poder deste grupo foi restringido de formas mais diretas, por exemplo, através da privação de seus direitos políticos. (...) FISS, Owen. “Grupos y la Cláusula de la Igual Protección”. In: GARGARELLA, Roberto (org.). *Derechos e Grupos Desaventajados*. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 140-141; A respeito da teoria de Owen Fiss, cf.: FORD, Richard Thompson. “Unnatural Groups: A reaction to the Owen Fiss’s “Groups and the Equal Protection Clause” In: *Issues in Legal Scholarship*. Berkeley: Berkeley Electronic Press, 2003; ISSACHAROFF, Samuel and KARLAN, Pamela S. “Groups, Politics, and the Equal Protection Clause”. In: *Issues in Legal Scholarship*. Berkeley: Berkeley Electronic Press, 2003; STURM, Susan. “Owen Fiss, Equality Theory, and Judicial Role”. In: *Issues in Legal Scholarship*. Berkeley: Berkeley Electronic Press, 2003.

¹⁹ FISS, Owen. “Grupos y la Cláusula de la Igual Protección”. In: GARGARELLA, Roberto (org.). *Derechos e Grupos Desaventajados*. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 142.

²⁰ A respeito, cf.: POST, Robert and SIEGEL, Reva. “Democratic Constitutionalism”. In: BALKIN, Jack & Siegel, Reva. *The Constitution in 2020*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 29.

²¹ SIEGEL, Reva. “Constitutional Culture, Social Movement and Constitutional Change: The Case of the ERA”. In: *California Law Review*, vol. 94. Berkeley: University of California Press, 2006, p. 1324.

protection constitui um ideal suscetível a uma ampla gama de significados, capaz de inspirar diversos “sentidos constitucionais”. A ruptura com compreensões assimétricas de mundo, ao meu ver, depende de formas de judicialização voltadas para a proteção de grupos estigmatizados cujas pretensões normativas visam a corrigir as injustiças do processo político.

Nessa trajetória normativa, Owen Fiss propugna que a necessidade de retificação do processo político não se vincula “ao questionamento relativo a se essa lei incorpora uma classificação racial ou de outro tipo. Basta comprovar que a lei tem um efeito danoso aos afroamericanos.”²² Nessa percepção teórica, pretende contrapor-se à ideia segundo a qual o princípio da anticlassificação decorreria inevitavelmente da cláusula da *equal protection*, demonstrando que tal princípio implica uma concepção limitada acerca do judiciário que seria incompatível com o verdadeiro sentido da cláusula da *equal protection*.

Assim, vislumbramos a possibilidade de existência de determinadas condutas estatais capazes de subordinar certos grupos e que, consoante o Princípio da Anticlassificação, não seriam alcançadas pela cláusula da *Equal Protection*. Propugnamos que a doutrina da anticlassificação demanda julgamentos complexos e discricionários, pois as categorias consubstanciadas em termos de classificações suspeitas são insuscetíveis de atender aos desafios propostos por um Constitucionalismo sensível às demandas específicas de certos grupos subordinados. Indubitavelmente, há certas práticas estatais, portanto, que, por meio de critérios aparentemente neutros, suscitam efeitos discriminatórios sobre grupos em especial desvantagem.

Sob essa ótica, Owen Fiss exemplifica as situações potencialmente discriminatórias que surgem nas provas de admissão ou na proximidade geográfica das escolas, sendo necessário “formular uma teoria que permita vincular a prática ao status do grupo.” E conclui: “Certamente, tal teoria pode ser altamente problemática, uma vez que se poderia exigir algo mais que uma prova

²² *Ibidem*, p. 142-143; Nesse tópico, cabe trazer as explicações teóricas de Owen Fiss: “Está implícita à interpretação em relação ao que é vedado pela Cláusula da Igual Proteção, a ideia de que certas práticas estatais podem chegar a serem danosas para os membros de um grupo especialmente em desvantagem e, ainda assim, não prejudicar ou pôr em risco, ou agravar o status ou a posição do grupo. O que se requer, para que se possa considerar que uma certa prática estatal se encontra proibida pela Cláusula, é uma teoria sobre o dano de status, uma teoria que mostre que a prática desafiada tem este efeito no grupo. Desde esta perspectiva - que veda o dano ao status - poder-se-ia considerar a ação estatal discriminatória. A ação estatal discriminatória seria aquela conduta estatal que agrava o status de um grupo especialmente em desvantagem. A Cláusula da Igual Proteção proíbe ao Estado, por exemplo, utilizar a raça como critério de admissão nas piscinas públicas ou nos projetos de habitação coletiva, uma vez que, desse modo, há um agravamento da posição subordinada dos afroamericanos, ao excluí-los das facilidades outorgadas pelo Estado. O mesmo pode dizer-se em relação ao sistema escolar dual, isto é, à prática de isolar os estudantes nas escolas em razão de sua raça e com o objetivo de segregar alguns grupos. Novamente, estes tipos de ações estatais encontram-se proibidos pela Cláusula da Igual Proteção, uma vez que agravam a posição subordinada dos afroamericanos, e não porque a classificação não se encontra relacionada ou se encontra pouco relacionada a um propósito estatal.” *Ibidem*, p. 146-147.

meramente estatística para demonstrar que uma certa prática afeta mais os afro-americanos que a outros grupos (isto é, que tem um impacto desproporcional).²³ Em suma, na nossa compreensão, o princípio da anticlassificação revela-se como um instrumental jurídico incapaz de focalizar o caráter complexo de aspectos da política racial, como o tratamento preferencial e a subordinação racial implícita a critérios aparentemente neutros.

Sob esse prisma, inserindo-se no movimento acadêmico do “Constitucionalismo da Antissubordinação”, Reva Siegel ressalta acerca da perspectiva de Owen Fiss, que este “demonstrou que a objetividade, o individualismo e a não substantividade do discurso anticlassificação era apenas aspiracional, e que os valores da antissubordinação guiaram a elaboração doutrinária do princípio da anticlassificação em alterações cruciais.”²⁴ De fato, o autor defendeu que o Princípio da Anticlassificação não representa uma estrutura conceitual normativa capaz de solucionar a problemática jurídica decorrente de critérios estatais aparentemente neutros, mas com efeitos discriminatórios. A proposta do autor consistia justamente em impedir que o Estado, a partir de práticas aparentemente neutras, subordine grupos em condições de desvantagem. Em *Washington v. Davis*²⁵, por exemplo, a Corte aplicou a presunção contra a classificação restritivamente, limitando o alcance da aplicação da *equal protection* sobre danos infligidos pelo Estado.

Nesse caso, dois americanos africanos tinham se candidatado a integrar o Departamento de Polícia, Washington D.C, e foram recusados. Eles alegaram que o Departamento utilizou procedimentos discriminatórios por meio de testes baseados na habilidade verbal que afetavam de forma desproporcional americanos africanos. De fato, a ação estatal aparentemente neutra produziu um impacto desproporcional sobre os requerentes, sendo, entretanto, considerada constitucional. A Corte, de forma equivocada, considerou que o uso de tal teste não contrariava a *Equal Protection*, uma vez que a ação estatal não empregava uma classificação suspeita ou refletia um propósito discriminatório.

Diante do exposto, defendemos que os Princípios da Anticlassificação e Antissubordinação possuíam implicações práticas diversas, pois enquanto o primeiro demanda juízos discricionários, o segundo focaliza as práticas institucionalizadas de subordinação. O princípio da Anticlassificação contrapunha-se à ação afirmativa e legitimava práticas aparentemente neutras com impacto discriminatório; o Princípio da Antissubordinação, a seu turno, impugnava práticas estatais aparentemente neutras com efeitos discriminatórios. Nesse ponto, Jack Balkin e Reva Siegel, ambos professores da *Yale Law School*, inserem-se no movimento do constitucionalismo norteamericano que propugna

²³ *Ibidem*, p. 147-148.

²⁴ SIEGEL, Reva. “Equality Talk: Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles over Brown”. In: *Harvard Law Review*, vol. 117, n. 5. Cambridge: Harvard University Publications, 2004, p. 1535.

²⁵ *Washington v. Davis*. 426 U.S. 229 (1976).

a defesa do Princípio da Antissubordinação, compreendendo que “garantias da igual cidadania não podem ser realizadas sob condições de estratificação social difusa e argumentam que o direito deveria reformar as instituições e práticas que asseguram o status social secundário de grupos historicamente oprimidos.”²⁶ Em síntese, muitos sublinham a indeterminação do princípio da anticlassificação, razão por que, em inúmeras situações, este tem sido implementado pelas Cortes de forma a preservar relações de status.

Nessa trajetória constitucional, os autores lecionam que o Princípio da Anticlassificação não contempla várias questões importantes do direito antidiscriminação, sendo que, em inúmeros casos, as Cortes implementaram o referido princípio de forma incoerente. Os professores da *Yale Law School* compreendem que a aplicação do Princípio da Anticlassificação não seria fixa, podendo ser um instrumento de legitimação de estruturas normativas que subordinam certos grupos. Com efeito, há uma certa indeterminação inerente ao Princípio da Anticlassificação, envolvendo julgamentos subjetivos sobre significados sociais e normas de *status*, de forma que ambos destacam uma certa incoerência nas decisões das Cortes sobre o Princípio da Anticlassificação. A esse respeito, vale a pena mencionar o pensamento de Jack Balkin e Reva Siegel:

(...)...nós podemos observar como os juízes têm aplicado o princípio para acomodar valores sociais concorrentes e preservar instituições, práticas e compreensões ligadas ao *status*. O mesmo método de análise revela como os juízes têm modificado a aplicação do princípio da anticlassificação, em resposta a protestos sociais que desafiam práticas que impõem *status*. (...)²⁷

Nesse quadro teórico, Jack Balkin e Reva Siegel ponderam que este resolve muitas questões complexas não contempladas pelo Princípio da Anticlassificação, preenchendo lacunas teóricas. No domínio das questões raciais, por exemplo, o referido Princípio da Antissubordinação esclarece o verdadeiro sentido da ação afirmativa, explicitando por que motivo determinadas políticas que

²⁶ BALKIN, Jack and SIEGEL, Reva. “The American Civil Rights Tradition: Anticlassification or Antisubordination?”. In: *University of Miami Law Review*, vol. 58, n. 9. Florida: University of Miami School of Law Press, 2003-2004, p. 9; Nesse ponto, a seguinte passagem elucida o pensamento dos constitucionalistas: “Mais especificamente, com a expansão da agenda de direitos civis, o Judiciário tem aplicado o princípio da anticlassificação de maneira a dismantelar relações de status. Mais especificamente, nós mostramos como a aplicação do princípio da anticlassificação modifica-se o tempo todo, em resposta à contestação social. Como protestos sociais deslegitimam certas práticas, as Cortes frequentemente movem-se, consciente ou inconscientemente, por concepções de danos de status para embasar violações do princípio da anticlassificação onde eles anteriormente não perceberam...” *Ibidem*, p. 13-14.

Há ainda outros autores no constitucionalismo americano que têm considerado ser o conteúdo da *Equal Protection* melhor compreendido através do princípio da antissubordinação. Cf.: MacKINNON Catharine. *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1987, p. 32-45; BELL, Derrick. *And We Are not Saved: The Elusive Quest for Racial Justice*. New York: Basic, 1987; MacKINNON, Catharine. *Sexual Harassment of Working Woman: A Case of Sex Discrimination*. New Haven: Yale University Press, 1979.

²⁷ *Ibidem*, p. 15.

desfavorecem brancos são menos assimétricas do que as que desfavorecem negros, bem como porque certos grupos raciais (negros e hispânicos) recebem tratamento preferencial, em detrimento de outros.²⁸

Em face desta estrutura conceitual, a compreensão da nação acerca do significado da discriminação com base em raça ou com base em sexo é uma construção social que se modifica em resposta aos protestos dos movimentos sociais. Para Jack Balkin, a aplicação do princípio da anticlassificação deve ser articulada a um “conjunto de especificações e regras” que levem em consideração as consequências práticas de sua implementação. Muitas vezes, as classificações raciais são aparentemente neutras, mas possuem efeitos discriminatórios. Em *Guinn v. United States*²⁹, por exemplo, discutiu-se a constitucionalidade de cláusula que restringia o direito a voto apenas a pessoas cujos ancestrais tivessem sido habilitados a votar antes da Reconstrução. A Constituição de Oklahoma aparentemente tratava todos os eleitores igualmente, mas favorecia eleitores brancos, enquanto desfavorecia eleitores negros cujos avós tinham sido escravos e inábeis para votar antes de 1866.

Em *Green v. County School Board*³⁰, a Corte sustentou que o sistema de “liberdade de escolha”, adotado pela *County Board School*, violava as exigências de *Brown v Board of Education*³¹. O sistema permitia que os pais escolhessem enviar suas crianças para uma entre duas escolas; mas as famílias brancas sempre escolhiam escolas identificadas como brancas, enquanto as famílias negras sempre escolhiam escolas identificadas como negras. A Corte aduziu que uma política aparentemente neutra de escolha da escola preservaria a distinção entre escolas para brancos e para negros, estimulando a segregação no sistema escolar e violando a Décima Quarta Emenda. Como salientam Balkin e Siegel, portanto, a implementação do princípio da antidiscriminação não pode limitar-se a questões de forma legal, tendo em vista que, muitas vezes, haveria classificações raciais implícitas e, por consequência, discriminatórias.³²

²⁸ No mesmo sentido dos constitucionalistas, posiciona-se L. Tribe, sendo oportuno transcrever o pensamento do professor da *Harvard Law School*: “(...) Mas, a subordinação de negros, mulheres e outros grupos que persiste hoje, não é habitualmente nem isolada nem histórica. Realmente, por razões puramente práticas, mesmo um sistema de casta sutil e informal poderia não ser tolerado muito tempo, se fosse necessário impor uma discriminação consciente, personalizada em todo membro do grupo vitimizado em uma base regular. Regimes de subordinação sustentada, portanto, geram deveres, instituições e circunstâncias que impõem laços e limites sobre o grupo alvo sem recorrer a ações discriminatórias individualizadas ou repetidas... (...) (...)O princípio da anticlassificação acolhe uma lacuna fundamental, porque ele identifica apenas um mecanismo de subjugação, o propósito, a adoção afirmativa ou o uso de regras que desfavorecem o grupo em questão. (...)” TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*, 2. ed. New York: Foundation Press, 1988, p. 1518.

²⁹ *Guinn v. United States*, 238 U.S.347 (1915).

³⁰ *Green v. County School Board*. 391 U. S 430 (1968).

³¹ *Brown v. Board of Education*. 347 U. S 483 (1954).

³² O trecho a seguir resume o pensamento dos autores: “Todos esses exemplos sugerem que a vedação da explicitação de classificações raciais exige uma injunção adicional nas classificações raciais ocultas ou implícitas, se ela pretende ter significado prático. Portanto, as Cortes

Em face desta leitura, no exame das modalidades de discriminação direta, se a Suprema Corte exige a comprovação da intenção discriminatória, tanto na elaboração do ato, como na sua aplicação, entendo que, muitas vezes, tal comprovação pode tornar-se difícil nas hipóteses em que o propósito discriminatório não se encontra explícito. Na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, o entendimento varia, havendo julgamentos nos quais o Tribunal examina a intenção discriminatória de atos legislativos, bem como situações em que considera tal análise descabida. A maior dificuldade, entretanto, reside justamente na comprovação da intenção discriminatória. Analisando tal problemática, o constitucionalista Roger Raupp Rios enfatiza o grau de indeterminação na comprovação da intenção discriminatória. Confira-se o seu argumento:

(...)Com efeito, em algumas circunstâncias, o conhecimento público do propósito da medida, por si só, já apresenta o efeito imediato e específico de fragilizar a consciência e o exercício de direitos, como acontece quando um ato legislativo é adotado com um propósito hostil a certos direitos, inclusive incentivando o grupo de pessoas beneficiadas a ignorar e desrespeitar os direitos daqueles prejudicados. Noutras hipóteses, a consideração dos propósitos pode evitar que danos futuros, muitas vezes irreparáveis ou de difícil reparação, venham a ocorrer. (...) ³³

Outrossim, de acordo com o constitucionalista, uma forma alternativa de exame da intenção discriminatória consiste no exame dos efeitos decorrentes da aplicação da medida, tendo em vista a sua adequação ao princípio da igualdade. Nessa perspectiva, assumiu especial relevância o caso *Poindexter v. Louisiana Financial Assistance Commission*³⁴, no qual se considerou inconstitucional lei que instituiu o financiamento público para escolas privadas, produzindo efeitos potencialmente discriminatórios. Tratava-se de uma medida aparentemente neutra, mas com um propósito discriminatório que objetivava financiar escolas privadas somente para brancos. Como destaca Raupp Rios, os fatores capazes de suscitar o escrutínio devem ser examinados conforme o contexto histórico em que a medida foi adotada, de acordo com a regularidade do procedimento legislativo que suscitou a edição do ato, bem como analisando “a história legislativa e as práticas administrativas pertinentes à questão discutida.” ³⁵

No ensejo, é fundamental investigar que a conceituação da denominada discriminação indireta (*disparate impact*) no direito norte-americano foi expressa no julgamento pela Suprema Corte do caso *International Brotherhood of Texas v. United*

inevitavelmente devem complementar o princípio da anticlassificação com a doutrina que proíbe tratamento desigual sob critérios aparentemente neutros.” BALKIN, Jack e SIEGEL, Reva. “The American Civil Rights Tradition: Anticlassification or Antisubordination?”. In: *University of Miami Law Review*, vol. 58, n. 9. Florida: University of Miami School of Law Press, 2003-2004, p. 21.

³³ RIOS, Roger Raupp. *Direito da Antidiscriminação – Discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 104.

³⁴ *Poindexter v. Louisiana Financial Assistance Commission*. 389 U.S 571.

³⁵ RIOS, Roger Raupp. *Direito da Antidiscriminação – Discriminação direta, indireta e ações afirmativas, op. cit.*, p. 105.

States.³⁶ O *disparate impact* decorre de medidas aparentemente neutras, mas com impacto diferenciado sobre os indivíduos, de forma incompatível com o princípio da igualdade, independentemente da comprovação do propósito discriminatório.³⁷

Nessa perspectiva, é premente considerar ainda que o debate relativo à discriminação indireta desenvolveu-se fundamentalmente no âmbito das relações trabalhistas. O julgamento mais importante em matéria de *disparate impact* é o caso *Griggs v. Duke Power Co.*³⁸, no qual o princípio da igualdade foi aplicado em face dos efeitos concretos das medidas, independentemente da intencionalidade do ato. Nesse caso, discutiu-se se a exigência do requisito escolar era considerado legítimo para efeito de contratação em certos cargos dentro da organização empresarial. Os autores alegaram que tal pressuposto, embora aparentemente neutro, era inconstitucional, tendo em vista que um maior número de negros era reprovado. Assim, o tribunal considerou ilegítimos os testes de inteligência, tendo em vista o efetivo impacto discriminatório.

Nesse ponto, a decisão ampliou o conceito de discriminação, contemplando não apenas as medidas com propósito discriminatório, mas também aquelas com impacto racial diferenciado. Com fundamento no Título VII do *Civil Rights Act*, o tribunal analisou a ilegalidade dos testes, em razão do seu efeito potencialmente discriminatório, de forma que os empregadores deveriam comprovar que tais testes são relacionados com a função para os quais são exigidos. O objetivo do Congresso no Título VII era alcançar a igualdade de oportunidades no emprego, sendo necessário remover as barreiras arbitrárias no emprego quando as mesmas impliquem efeitos discriminatórios, independentemente da intenção discriminatória.

Um outro caso jurídico emblemático foi o julgamento de *Words Cove Packing Company, Inc. v. Atonio*³⁹, no qual trabalhadores de uma empresa ajuizaram ação coletiva, aduzindo que estavam sendo discriminados indiretamente, visto que determinado grupo de trabalhadores não brancos exercia funções de menor destaque na empresa (enlatamento do peixe),

³⁶ *International Brotherhood of Texas v. United States*. 431 U.S. 324 (1977).

³⁷ Nesse contexto, analisando o tema, Daniel Sarmento, tece um dos mais lúcidos comentários a respeito dos impactos nefastos de medidas estatais aparentemente neutras: "Sem embargo, é certo que abundam medidas que, apesar de aparentemente neutras, produzem impactos nefastos e desproporcionais sobre a população afrodescendente, de forma incompatível com o princípio da igualdade. Para captar estas violações mais sutis à isonomia, é preciso aguçar o senso crítico, pois, muitas vezes, sob a máscara da generalidade e abstração de certas práticas e instituições, pode esconder-se o preconceito racial. E, mesmo quando não se cogite de racismo, é possível que políticas facialmente neutras insuspeitas causem aos afrodescendentes danos desproporcionais e inaceitáveis. Por isso, vale a pena chamar a atenção para duas formas de violação ao princípio da isonomia que não envolvem discriminações explícitas: a discriminação *de facto* na aplicação de normas racialmente neutras e a discriminação indireta, que envolve a aplicação da teoria do impacto desproporcional." SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 147.

³⁸ *Griggs v. Duke Power Co.* 401 U. S. 424 (1971).

³⁹ *Words Cove Packing Company, Inc. v. Atonio* 490 U.S 642 (1989).

enquanto os trabalhadores brancos ocupavam postos de chefia socialmente mais valorizados e de melhor remuneração. A controvérsia entre os juízes direcionou-se para a distribuição do ônus da prova. Os requerentes alegaram que noventa por cento das funções de enlatamento eram desempenhadas por membros de minorias. O empregador argumentou, entretanto, que a disparidade de resultados era decorrente da insuficiência de empregados que pertenciam a minorias com habilidades necessárias para a função, aspecto com que a Corte Distrital do Distrito de Washington concordava.

Nesse aspecto, a Suprema Corte norte-americana sustentou que a Corte de Apelação havia se equivocado, pois a estatística comparativa do requerente era insuficiente para sustentar a existência de discriminação no emprego. O autor havia falhado em demonstrar seu *case prima facie*, pois limitou-se apenas a uma estatística que demonstrava o alto percentual de trabalhadores minoritários em funções menos valorizadas, quando, na verdade, casos como este demandavam a produção de prova estatística, não sendo suficiente a simples comparação entre percentual relativo ao grupo de trabalhadores brancos e não brancos. Assim, no direito norte-americano, passou-se a exigir o preenchimento de alguns requisitos estatísticos para a caracterização de um *prima facie case*, em se tratando de *disparate impact*.

4.CONCLUSÃO

Como analisamos, em determinadas situações estratégicas, o Poder Judiciário deve ser a vanguarda da sociedade, resguardando a esfera privada de minorias estigmatizadas cuja participação pouco expressiva no processo político inviabiliza a ampliação das condições institucionais de reconhecimento mútuo. O ativismo judicial da Suprema Corte, indubitavelmente, revelou-se como um mecanismo fundamental para resguardar direitos de grupos minoritários, que são alvo de preconceitos, hostilidades e sujeitos a um *déficit* de representação no processo político. A postura judicial construtiva da Suprema Corte na interpretação da cláusula da *equal protection*, portanto, viabilizou uma cultura constitucional capaz de corrigir o mau funcionamento do processo democrático que, muitas vezes, reflete os preconceitos inerentes às práticas assimétricas da cultura majoritária.

Diante do exposto, depreende-se que, se o processo político estabelecer classificações entre os indivíduos, partindo do pressuposto de que determinado grupo não deve ser tratado com igual consideração e respeito atribuídos aos demais, a inconstitucionalidade está configurada. A perspectiva da anticlassificação pressupõe a neutralidade dos atos estatutais que se refiram a determinados grupos, contemplando o ponto de vista do agente que discrimina. Não obstante, não se compatibiliza com a ideia de ações afirmativas, por exemplo, no sentido de que esta supostamente violaria o princípio da igualdade de tratamento. Tal princípio possui um *déficit* teórico que o torna insuscetível

de contemplar determinadas condutas estatais aparentemente neutras com um impacto de subordinação a certos grupos. De acordo com o princípio da anticlassificação, tais condutas não seriam abarcadas pela cláusula da *Equal Protection*. O princípio da antissubordinação, por sua vez, atinge condutas estatais que perpetuam contextos de subordinação em relação a grupos minoritários, configurando-se como um instrumento mais capaz de atender à complexidade do princípio da igualdade, atendendo de forma juridicamente sensível às pretensões normativas de grupos estigmatizados.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALKIN, Jack and SIEGEL, Reva. "The American Civil Rights Tradition: Anticlassification or Antissubordination?". In: University of Miami Law Review, vol. 58, n. 9. Florida: University of Miami School of Law Press, 2003-2004.

BELL, Derrick. **And We Are not Saved: The Elusive Quest for Racial Justice**. New York: Basic, 1987.

DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FISS, Owen. "Grupos y la Cláusula de la Igual Protección". In: GARGARELLA, Roberto (org.). **Derechos e Grupos Desaventajados**. Barcelona: Gedisa, 1999.

HOGG, Peter. **Constitutional Law of Canada**. Toronto: Carswell-Thompson Professional Publishing, 1997.

FORD, Richard Thompson. "Unnatural Groups: A reaction to the Owen Fiss's "Groups and the Equal Protection Clause" In: **Issues in Legal Scholarship**. Berkeley: Berkeley Electronic Press, 2003.

ISSACHAROFF, Samuel and KARLAN, Pamela S. "Groups, Politics, and the Equal Protection Clause". In: **Issues in Legal Scholarship**. Berkeley: Berkeley Electronic Press, 2003.

MacKINNON, Catharine. **Sexual Harassment of Working Woman: A Case of Sex Discrimination**. New Haven: Yale University Press, 1979.

MacKINNON Catharine. *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1987.

POST, Robert and SIEGEL, Reva. "Democratic Constitutionalism". In: BALKIN, Jack & Siegel, Reva. **The Constitution in 2020**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da Antidiscriminação – discriminação direta, indireta e ação afirmativa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SIEGEL, Reva. "Constitutional Culture, Social Movement and Constitutional Change: The Case of the ERA". In: **California Law Review**, vol. 94. Berkeley: University of California Press, 2006.

SIEGEL, Reva. "Equality Talk: Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles over Brown". In: **Harvard Law Review**, vol. 117, n. 5. Cambridge: Harvard University Publications, 2004.

STURM, Susan. "Owen Fiss, Equality Theory, and Judicial Role". In: *Issues in Legal Scholarship*. Berkeley: Berkeley Electronic Press, 2003.

TRIBE, Laurence. **American Constitutional Law**, 2. ed. New York: Foundation Press, 1988.

WINTEMUTE, Robert. **Sexual Orientation and Human Rights – The United States Constitution, the European Convention and the Canadian Charter**. Oxford: Oxford University Press, 1995.