

TOGETHER AND EQUAL? DA NECESSÁRIA FUNDAMENTAÇÃO DO DIREITO À IGUALDADE PARA ALÉM DO CASO *BROWN V. BOARD OF EDUCATION*

TOGETHER AND EQUAL? OF THE NECESSARY FOUNDAMENTATION OF THE
RIGHT TO EQUALITY BEYOND THE CASE *BROWN V. BOARD OF EDUCATION*

TOGETHER AND EQUAL? DE LA NECESIDAD DE FUNDAMENTAR EL
DERECHO A LA IGUALDAD MAS ALLÁ DEL FALLO *BROWN V. BOARD OF
EDUCATION*

RAQUEL FABIANA LOPES SPAREMBERGER

<http://lattes.cnpq.br/1275535624435246> / <https://orcid.org/0000-0001-9366-9237> / rsberguer@gmail.com

Universidade Federal do Rio Grande - FURG.
Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP/RS.
Rio Grande, RS, Brasil.

MARINA DE ALMEIDA ROSA

<http://orcid.org/0000-0003-3475-6167> / <http://lattes.cnpq.br/8321910933687253> / marinaalrosa@gmail.com

Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA.
Washington, Estados Unidos.

RESUMO

Este artigo objetiva avaliar a evolução da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos no que se refere à garantia do direito à igualdade e a não discriminação. Questiona-se se a doutrina da *equal protection*, inaugurada no caso *Board of Education of Topeka*, é suficiente para assegurar a igualdade à população afro-americana em vista do histórico recente de segregação racial naquele país. Isto é, procura-se examinar em que sentido a *equal protection* é uma resposta eficaz ao *separate but equal*, política segregatória ratificada pela própria Suprema Corte. Avalia-se, pela aplicação do método indutivo, com base nos conceitos de discriminação direta, discriminação indireta, *equal protection*, *disparate impact*, *separate but equal*, bem como as obrigações positivas decorrentes do dever de não discriminação, e, ainda, no processo de escravidão estadunidense, que a posição sedimentada no caso *Board of Education* não é suficiente para a garantia da igualdade material. Assim, postula-se pela aplicação de medidas afirmativas para a eficácia da igualdade em relação a grupos historicamente marginalizados.

Palavras-chave: *Brown v. Board of Education*; *Equal protection*; Igualdade; Não discriminação; Suprema Corte dos EUA.

ABSTRACT

This paper purpose examines the evolution of the jurisprudence of the Supreme Court of the United States regarding the guarantee of the right to equality and non-discrimination. It is questioned whether if the doctrine of equal protection inaugurated in the Board of Education of Topeka case is enough to ensure equality for the African-American population due to the recent history of racial segregation in that country. In other words, it seeks to examine to what extent equal protection doctrine is an effective response to the separate but equal segregation policy ratified by the Supreme Court. It is evaluated, with the application of the inductive method, and according the concepts of direct discrimination, indirect discrimination, equal protection, disparate impact, separate but equal, as well as the positive obligations resulting from the duty of non-discrimination, and, still, in the process of American slavery, that the decision of the Board of Education case is not enough to guarantee material equality. In this sense, is sustained the application of affirmative measures for the effectiveness of equality in relation to historically marginalized groups.

Keywords: *Brown v. Board of Education*; *Equal protection*; Equality; Non-discrimination; Supreme Court of United States.

RESUMEN

Este trabajo tiene por objetivo examinar la evolución de la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos cuanto a la garantía del derecho a la igualdad y a no discriminación. Se pregunta si la doctrina de la *equal protection*, inaugurada en el caso *Board of Education of Topeka*, es suficiente para asegurar la igualdad a la población afroamericana debido al histórico reciente de segregación racial en dicho país. Es decir, se intenta examinar si la *equal protection* es una respuesta eficaz a lo *separate but equal*, política de segregación ratificada por la Suprema Corte. Se evalúa, con la aplicación del método inductivo, y bajo los conceptos de discriminación directa, discriminación indirecta, *equal protection*, *disparate impact*, *separate but equal*, así como las obligaciones positivas decurrentes del deber de no discriminación, y, aún, en el proceso de esclavitud estadounidense, que la decisión afincada en el caso *Board of Education* no es suficiente para garantizar la igualdad material. De ese modo, se sostiene la aplicación de medida afirmativas para la eficacia de la igualdad em relación a grupos históricamente marginalizados.

Palabras clave: *Brown v. Board of Education*; *Equal protection*; Igualdad; No Discriminación; Suprema Corte de los EEUU.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 IGUALDADE E NÃO DISCRIMINAÇÃO: DELINEANDO CONCEITOS; 2 A RATIFICAÇÃO DA SEGREGAÇÃO RACIAL NOS ESTADOS UNIDOS PELA SUPREMA CORTE: O CASO *PLESSY V. FERGUNSON*; 3 A CONSTRUÇÃO DA *EQUAL PROTECTION* NA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS: O CASO *BROWN V BOARD OF EDUCATION*; 4 A AMPLIAÇÃO DA *EQUAL PROTECTION*: O *DISPARATE IMPACT* E O CASO *GRIGGS V. DUKER POWER CO.*; 5 O DESENVOLVIMENTO DE AÇÕES AFIRMATIVAS E A POSSIBILIDADE DE UM "TOGHETER AND EQUAL"; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Em 1954 a Suprema Corte dos Estados Unidos da América reputou inconstitucional, por violação às emendas XIV e XIII (atinentes ao direito à igualdade), leis que proibiam que crianças negras e brancas estudassem nas mesmas escolas. O caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, que deu ensejo a essa conclusão, é considerado um dos mais importantes da jurisprudência constitucional e do constitucionalismo estadunidense, senão o mais, não somente por dar início à construção da chamada *equal protection*, doutrina que procura assegurar o tratamento igual a pessoas que se encontrem na mesma situação jurídica, mas também por alterar uma posição quase centenária de admissão de práticas nitidamente discriminatórias e segregatórias por parte desse tribunal.

Até o julgamento de *Brown v. Board*, a Suprema Corte admitia que indivíduos pudessem ser considerados iguais, ainda que separados. Em outros termos, havia, em 1896, ratificado a prática do *separate but equal*, quando do julgamento de *Plessy V. Ferguson*. A posição da Corte atendia aos interesses da elite branca estadunidense sob o pretexto de que, se fossem

garantidos formalmente certos serviços, não havia problemas em separar as pessoas entre brancas e negras. Embora o caso se referisse a acomodações do transporte público, o julgamento conferiu legitimidade às leis “Jim Crow”, que segregavam a população negra estadunidense. O que se vê, deste modo, é que um tribunal constitucional validava leis que mantinham desigualdades a despeito de a previsão constitucional garantir a igualdade.

A pressão, entretanto, exercida pelo movimento negro que, na década de 60 do século 20, organizou-se ainda mais fortemente em termos políticos e sociais, o aumento da migração para o Norte e, conseqüentemente, o crescimento da população negra urbana nos principais Estados dos Estados Unidos, aliada a um contexto geopolítico de Guerra Fria, possibilitou uma articulação capaz de reconstruir práticas sociais e, também, fomentou a mudança de posição da Suprema Corte. Assim, novos significados constitucionais foram potencializados a partir de *Brown v. Board*, tendo sido, inclusive, o conceito de igualdade, reconhecido no referido caso, ampliado pela Suprema Corte em casos subsequentes. Nesse sentido, o presente trabalho busca compreender em que medida o conceito de igualdade, elaborado pela Suprema Corte em *Brown v. Board* é, de fato, uma resposta à doutrina do *separate but equal*.

Partimos da premissa de que apenas o reconhecimento da igualdade material é capaz de contrapor-se ao *separate but equal*, desde que a decisão que a reconheça tenha como verdadeiro fundamento o interesse dos grupos excluídos, o que não pode ser observado em *Brown v. Board*. Para tanto, analisaremos os conceitos de igualdade e não discriminação, os quais abarcam igualdade formal e material, discriminação de fato, de direito, direta e indireta. Em seguida, examinaremos os fundamentos e os contextos sociais e geopolíticos dos principais casos da Suprema Corte estadunidense quanto à *equal protection doctrine*, a saber: *Plessy V. Ferguson*, *Brown v. Board*, *Griggs V. Duker Power Co.*, no qual é verificada a doutrina do *disparate impact*, e, por fim, *Regents of the University of California v. Bakke* e *Grutter v. Bollinger*, quando examinadas ações afirmativas.

1 IGUALDADE E NÃO DISCRIMINAÇÃO: DELINEANDO CONCEITOS

Os direitos à igualdade (*equal protection*) e a não discriminação têm, para grande parcela da doutrina, seu fundamento em cartas liberais, como a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América de 1776, que reconhecia a igualdade entre os homens e se

estendeu à grande parte dos textos constitucionais.¹ Nesse contexto, o direito constitucional voltou-se, a partir de meados do século 19, a promover a igualdade e a condenar a discriminação,² de modo que textos, como a Constituição dos Estados Unidos, passaram a assegurar cláusulas voltadas à igual proteção, respeito e consideração, tal qual a “Cláusula da *Equal Protection*” prevista na Sessão 2 da Emenda XIV da referida Constituição.³

Segundo Fredman, a fundamentação da igualdade e da não discriminação trata-se de uma construção moderna, à medida que as sociedades do período clássico e medieval não estavam fundadas no princípio da igualdade, mas ordenadas de maneira hierárquica, o que facilitava a justificação filosófica da subordinação de certos grupos, posto que, com a eclosão do capitalismo mercantil, a noção de igualdade surgiu como princípio de uma organização social amparado em ideias liberais.⁴ A própria autora,⁵ no entanto, assim como Bragato,⁶ salienta a ambiguidade e a exclusividade dessa “promessa liberal de igualdade”, a qual, aliada a um conceito de racionalidade, excluía numerosos grupos, como mulheres, negros, escravos, minorias religiosas e indígenas. Justamente o ideal de igualdade transformou-se no vocabulário de emancipação desses grupos.⁷

Paulatinamente, o princípio da igualdade e o direito a não discriminação passaram a ser incorporados no âmbito internacional,⁸ sendo, hoje, garantidos em todos os tratados sobre

¹ MOECKLI, Daniel; SHAH, Sangeeta; SIVAKUMARAN, Sandesh. *International human rights law*. New York: Oxford University Press, 2010. p. 189.

² GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: (o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 18.

³ BUNCHAFT, Maria Eugenia. Judicialização e minorias: uma reflexão sobre a doutrina *equal protection* na jurisprudência da Suprema Corte Americana. *Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*, p. 151-169, 2010/2. p. 153.

⁴ FREDMAN, Sandra. *Discrimination Law*. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2011. p. 4-5.

⁵ FREDMAN, Sandra. *Discrimination Law*. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2011, p. 5-6.

⁶ BRAGATO, Fernanda Frizzo. Discursos desumanizantes e violação seletiva de direitos humanos sob a lógica da colonialidade. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 1.806-1.823, 2016.

⁷ ROSA, Marina de Almeida. Contribuições da Corte Interamericana de Direitos Humanos para a efetivação da igualdade no Sul. *Revista InterAção*, v. 12, p. 41-63, 2017. p. 59.

⁸ A evolução do conteúdo e do tratamento dado ao direito à igualdade e a não discriminação no plano internacional é notória. Observa-se que em 1945, quando reconhecido pela Carta das Nações Unidas (instrumento internacional que, embora não vinculante, acabou por contribuir aos textos que o sucederam), um dos objetivos da Organização Internacional que surgia era “promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião” (artigo 1.[3]); tais direitos eram garantidos como aspirações de uma comunidade internacional que se reerguia em um período pós-guerra. Já, em 1989, vê-se um maior incremento e consideração da igualdade e da não discriminação, uma vez que foram reconhecidos pelo Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas (General Comment N. 18) como basilares para a proteção dos direitos humanos. No sistema universal de proteção de direitos humanos, o direito à igualdade e a não discriminação são considerados direitos hierarquicamente iguais a outros direitos e garantias. Em 2003, no entanto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando do exame da Opinião Consultiva 18, reconheceu que as normas referentes à igualdade e a não discriminação possuem caráter de *ius cogens*,

direitos humanos do sistema universal, à exceção da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos e Degradantes e da Convenção Internacional para a Proteção de todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado,⁹ ainda que, para Shelton, esteja implícito em todas as garantias formuladas pelos instrumentos de proteção de direitos humanos que asseguram direitos a “todas as pessoas”, “todo o mundo”, “todos os seres humanos”.¹⁰ A construção internacional de dito princípio emerge com a preocupação de grupos minoritários que, após a Primeira Guerra Mundial e as novas demarcações de fronteiras, careciam de poder político para preservar-se.¹¹

Moekli, Shah e Sivakumaran sustentam que os termos “igualdade” e não “discriminação” referem-se às concepções positivas e negativas do mesmo princípio, vinculado à máxima aristotélica de que a igualdade consiste em tratar iguais de forma igual, impossibilitando tratamento diferenciados por motivos não razoáveis, enquanto não discriminação estaria vinculada à igualdade formal, e a igualdade a um conceito material de igualdade.¹² Rios aduz que a igualdade volta-se à formulação da compreensão da cláusula constitucional da isonomia, enquanto a discriminação vincula-se a uma proibição, a uma reprovação jurídica da violação da igualdade e do exame dos prejuízos por ela gerados.¹³

Tanto na seara internacional quanto no âmbito doméstico, o princípio da igualdade pode ser compreendido a partir de uma perspectiva formal e de uma material. A primeira, derivada de uma concepção liberal de estado neutro, pressupõe que indivíduos em situações iguais devem ser tratados de modo igual, mas desconsidera os resultados desse “tratamento”, e que alguns, ainda que em posições comparativamente iguais, já podem ter sido tratados de forma mais favorável, o que geraria um *disparate impact* em determinados grupos.¹⁴

isto é, tratam-se de normas internacionais que não podem ser derogadas, devendo prevalecer ante as demais.

⁹ MOECKLI, Daniel; SHAH, Sangeeta; SIVAKUMARAN, Sandesh. *International human rights law*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 193.

¹⁰ SHELTON, Dinah. Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad Nacional de Chile, n. 4, p. 15-39. 2008. p. 15.

¹¹ SHELTON, Dinah. Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad Nacional de Chile, n. 4, p. 15-39. 2008, p. 16-17.

¹² MOECKLI, Daniel; SHAH, Sangeeta; SIVAKUMARAN, Sandesh. *International human rights law*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 190-191.

¹³ RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 19.

¹⁴ MOECKLI, Daniel; SHAH, Sangeeta; SIVAKUMARAN, Sandesh. *International human rights law*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 191.

Por outro lado, a igualdade material reconhece que a noção de igualdade formal perpetua a existência de padrões de desvantagem,¹⁵ e a partir de suas múltiplas dimensões conceituais: possibilita a ruptura com o ciclo de desvantagem associado ao *status* de determinado grupo, refletindo na redistribuição da dimensão da igualdade; promove o respeito à dignidade, corrigindo estigmas, estereótipos, humilhações; busca promover alterações nas estruturas sociais; e facilita a participação política e social.¹⁶ A respeito, Baraldi e Peruzzo salientam que o fortalecimento de instituições e instrumentos de participação social de grupos historicamente marginalizados e de grupos minoritários, permite a ampliação de leis voltadas à sua proteção.¹⁷

De toda a sorte, no mais das vezes, a observância do princípio da igualdade pode ser aferida pela não discriminação,¹⁸ a qual busca coibir “a materialização, no plano concreto das relações sociais, de atitudes arbitrárias, comissivas ou omissivas, relacionadas ao preconceito, que produzem violação de direitos dos indivíduos e dos grupos.”¹⁹ Isto ocorre porque a discriminação é observada quando um indivíduo é tratado deliberadamente de maneira desigual, desfavorável, em razão de sua raça, cor, sexo, origem ou de “qualquer outro fator que o diferencie da maioria dominante”,²⁰ isto é, a partir da aplicação de classificações suspeitas ou semissuspeitas e critérios proibidos de discriminação em virtude da condição pessoal.²¹

Na concepção de Moreira,²² o conceito de discriminação possui uma dimensão descritiva e uma dimensão moral. A primeira aduz a uma concepção “neutra” em que normas estatais estabelecem diferenciações entre pessoas em vista de objetivos jurídicos. A segunda ganha sentido na medida em que as distinções entre os indivíduos são analisadas a partir dos propósitos

¹⁵ MOECKLI, Daniel; SHAH, Sangeeta; SIVAKUMARAN, Sandesh. *International human rights law*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 192.

¹⁶ FREDMAN, Sandra. *Discrimination Law*. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2011, p. 24.

¹⁷ BARALDI, Camila Bibiana Freitas; PERUZZO, Pedro Pulzatto. Democracia e direitos humanos: a participação social das minorias. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, RS, v. 10, n. 1, p. 347-370, 2015. ISSN 1981-3694. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/19769>. Acesso em: 11 jun. 2018.

¹⁸ RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 23-24.

¹⁹ RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 15.

²⁰ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: (o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 20.

²¹ RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 53-54.

²² MOREIRA, Adilson. *O que é discriminação?* Belo Horizonte: Letramento: Caso do Direito: Justificando, 2017, p. 30

da norma; se trata de analisar se o ato “discriminatório” afeta o reconhecimento do valor moral de todos as pessoas.

Ademais, é possível haver discriminação por meio de condutas que, embora pareçam neutras em sua origem ou formulação, produzem um efeito discriminatório ou prejudicial em determinado grupo historicamente vulnerável. Essas circunstâncias vão impor que sejam coibidas práticas discriminatórias, inclusive em relações privadas, e estabelecidas medidas que busquem alterar o paradigma de discriminação e subalternidade.

Assim, o direito a não discriminação é tratado a partir de tipologias de discriminação direta, indireta, de fato, de direito, e que nem sempre serão compatíveis entre si. Logo, se a concepção de igualdade pode ser formulada sob diferentes perspectivas, e a decisão entre qual deve ser aplicada não se trata de uma questão de lógica, senão de uma questão política,²³ é possível afirmar o mesmo em relação à concepção adotada de não discriminação. Se ambas se referem às concepções positivas e negativas da máxima aristotélica, optar e classificar uma conduta como contrária a uma dada concepção de igualdade é, também, um exercício político. A respeito, Moreira²⁴ aduz para os conceitos de *discriminação negativa*, aquela que viola o princípio da igualdade entre os sujeitos e que, em regra, está motivada por estigmas sociais; e *discriminação positiva*, capaz de criar vantagens a membros de grupos que historicamente estiveram em desvantagem ou em situação de vulnerabilidade.

Neste sentido, a proibição de discriminação direta é justificada pela igualdade formal, e a proibição de discriminação indireta (*disparate impact*) pela igualdade material,²⁵ sendo aquela manifestada pela intencionalidade do tratamento desigual pelas categorias suspeitas, com o fim de anular ou prejudicar o reconhecimento, exercício e gozo de um direito,²⁶ e essa pela ausência da intenção discriminatória, mas vislumbrada a partir de impactos prejudiciais que decorrem dos mesmos critérios proibitivos.²⁷ As categorias suspeitas referem-se tanto à discriminação direta quanto à indireta, e relaciona-se a critérios que definem se uma pessoa faz parte de um grupo dominante.

²³ MOECKLI, Daniel; SHAH, Sangeeta; SIVAKUMARAN, Sandesh. *International human rights law*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 190.

²⁴ MOREIRA, Adilson. *O que é discriminação?* Belo Horizonte: Letramento: Caso do Direito: Justificando, 2017, p. 30-31

²⁵ MOECKLI, Daniel; SHAH, Sangeeta; SIVAKUMARAN, Sandesh. *International human rights law*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 192; FREDMAN, Sandra. *Discrimination Law*. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2011, p. 160.

²⁶ RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 20.

²⁷ RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 89, 119.

Em outras palavras, uma vez que um indivíduo é discriminado com base em um dos referidos critérios, é possível observar que o mesmo não faz parte de um grupo dominante, de maneira que se pode inferir que a discriminação decorre de uma situação de desvantagem.²⁸ Ditas proibições abarcam ainda ações discriminatórias classificadas como de fato, que “resulta da ‘indiferença’, do ‘desdém’ das autoridades públicas para com o destino dos grupos sociais marginalizados”,²⁹ ou de direito, decorrente de normas discriminatórias.

Ocorre que, a despeito desses critérios proibitivos, as instâncias internacionais têm reconhecido que nem todo o tratamento diferenciado é discriminatório, sendo considerados como tal apenas aqueles cuja diferenciação não se mostra legítima, proporcional e objetiva, isto é, mostra-se contrária à dignidade humana, ou se vinculada a um objetivo estatal relevante, sendo esse proporcionalmente superior às garantias individuais.³⁰

O reconhecimento da igualdade e da não discriminação enquanto princípio, propicia que o seu conteúdo seja desafiado por movimentos sociais, os quais, ao questionar convenções, aplicações e interpretações que, de longa data, conferem significado a esse princípio, possibilitam a modificação de seu significado,³¹ daí porque se observa uma evolução e amplitude quanto ao conteúdo dessas normas. Com efeito, Bunchaft pondera que o tema tem assumido um “contorno teórico peculiar no constitucionalismo norte-americano, sendo uma das premissas fundamentais da atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos”.³²

Do mesmo modo, Rios sinala que a preocupação com a eficácia do princípio da igualdade levou a Suprema Corte Estadunidense a examinar distintas situações de discriminação, que colocaram o tribunal ante a situação de perpetuação de medidas que denotavam não somente discriminação direta, mas também discriminação indireta, e que impuseram iniciativas que combatessem a discriminação (a atitude discriminatória e seus efeitos).³³

²⁸ MOECKLI, Daniel; SHAH, Sangeeta; SIVAKUMARAN, Sandesh. *International human rights law*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 205.

²⁹ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: (o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 29.

³⁰ BUNCHAFT, Maria Eugénia. Judicialização e minorias: uma reflexão sobre a doutrina equal protection na jurisprudência da Suprema Corte Americana. *Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*, p. 151-169, 2010/2, p. 157.

³¹ BALKIN, Jack; SIEGEL, Reva. Principles, Practices and Social Movements. *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, v. 154, p. 927-950, 2006..

³² BUNCHAFT, Maria Eugénia. Judicialização e minorias: uma reflexão sobre a doutrina equal protection na jurisprudência da Suprema Corte Americana. *Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*, p. 151-169, 2010/2, p. 153.

³³ RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 14.

2 A RATIFICAÇÃO DA SEGREGAÇÃO RACIAL NOS ESTADOS UNIDOS PELA SUPREMA CORTE: O CASO *PLESSY V. FERGUNSON*

A escravidão nos Estados Unidos da América (chamada de “instituição peculiar” pelos sulistas) constituiu elemento na formação da identidade nacional e na paisagem social, cultural, econômica e política desse Estado.³⁴ Predominantemente no sul, o “verdadeiro núcleo do escravismo”, segundo Davis,³⁵ as atividades dos escravos traficados, sobretudo da África Ocidental,³⁶ eram predominantemente agrícolas, sendo submetidos aos mais diversos tipos de violência (tortura, abusos sexuais, violação à integridade, humilhações).³⁷

Nesse sistema escravista, que “definia o povo negro como propriedade”,³⁸ buscou-se aniquilar inclusive as tradições culturais e sociais, de modo que “o africanismo nos Estados Unidos sobreviveu de maneira mais pura na zona de domínio francês”,³⁹ posto que poucas características da organização social da África Ocidental sobreviveram à sociedade escravocrata estadunidense.

Os anos que antecederam a Declaração de Independência dos Estados Unidos, entretanto, foram marcados pelo fomento de tendências “libertárias” paradoxais, pois, enquanto os revolucionários brancos conclamavam liberdade, igualdade e fraternidade, conviviam com um sistema escravocrata. Com a guerra de independência, alguns Estados passaram a proibir a escravização, enquanto outros reafirmavam ideais liberais, ainda que defendessem a escravidão.⁴⁰

Concomitantemente, o movimento abolicionista começou a ganhar forças, de modo que Davis⁴¹ afirma que a década de 30 do século 19 foi marcada por uma intensa resistência da população negra, como a rebelião de Nat Turner, que deu início a esse movimento abolicionista, o qual era apoiado por mulheres brancas do Norte, as quais, erroneamente, comparavam a

³⁴ BATISTA, José Carlos. **As políticas de igualdade racial nos Estados Unidos e no Brasil: constituição, diferenças e similaridades**. 2016. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Belo Horizonte, 2016. p. 49-51.

³⁵ DAVIS, Angela. **Mulheres, raça e classe**. Tradução Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 18.

³⁶ HOBBSAWM, Eric J. **História social do jazz**. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009. p. 60.

³⁷ DAVIS, Angela. **Mulheres, raça e classe**. Tradução Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 19-41.

³⁸ DAVIS, Angela. **Mulheres, raça e classe**. Tradução Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 17.

³⁹ HOBBSAWM, Eric J. **História social do jazz**. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009, p. 60.

⁴⁰ BATISTA, José Carlos. **As políticas de igualdade racial nos Estados Unidos e no Brasil: constituição, diferenças e similaridades**. 2016. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Belo Horizonte, 2016, p. 49-51.

⁴¹ DAVIS, Angela. **Mulheres, raça e classe**. Tradução Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 45-52.

escravidão ao casamento, mitigando a escravização, mas contribuíram para a luta pela emancipação negra. Do mesmo modo, a Guerra Civil, para Rios,⁴² acaba por definir a discriminação como uma conduta repulsiva, ilegítima e injusta.

Sob um discurso de ampliação das garantias constitucionais para todos,⁴³ e como respostas à Guerra Civil, foram inseridas no texto constitucional estadunidense garantias de cidadania a todos: a Emenda XIII da Constituição dos Estados Unidos⁴⁴ aboliu a escravidão e os trabalhos forçados em 1865. Anos após, a Emenda XIV reconhecia a igualdade entre as pessoas, ao estabelecer que

[t]odas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde residirem. Nenhum Estado poderá aprovar ou fazer executar leis restringindo os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos, nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal, nem negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igualdade de proteção perante a lei.⁴⁵

Para Balkin, no entanto, a maioria dos autores da Emenda XIV não queria conferir aos negros o direito à igualdade de voto ou igualdades sociais, pois ancoravam-se em uma concepção de igualdade tripartite (igualdade civil, política e social), e o que a referida Emenda conferia entre brancos e negros era tão somente a igualdade civil, ou seja, o fato de serem iguais diante da lei.⁴⁶ Assim, era possível observar a existência de leis notadamente segregatórias, como as leis “Jim Crow”, as quais estabeleciam desde salas de espera para separadas, negros e brancos no transporte do Alabama, até a proibição de casamento inter-racial no Arizona, na Geórgia e na Flórida, bem como que crianças negras e brancas fossem educadas separadamente.

⁴² RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 24.

⁴³ GRAHAM, Howard Jay. **Everyman’s constitution**: historical essays on the fourteenth amendment, the “conspiracy theory”, and American constitutionalism. Madison: State Historical Society of Wisconsin, 1968, p. 4-10, 20-21.

⁴⁴ A Emenda XIII estabelece que “[n]either slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction.” (UNITED STATES OF AMERICA. **Amendment XIII**, 9 July 1865).

⁴⁵ No original: “[a]ll persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.” (Tradução nossa), UNITED STATES OF AMERICA. **Amendment XIV**, 9 July 1868.

⁴⁶ BALKIN, Jack. Plessy, Brown, and Grutter: A play in Three Acts. **Cardozo Law Review**, New York, v. 26, n. 5, p. 101-141, 2005. p. 107-109.

Nesse cenário, a Suprema Corte julgou, em 1896, o caso *Plessy V. Ferguson*,⁴⁷ referente à constitucionalidade da lei do Estado da Louisiana (*Louisiana's Separate Car Act*), que estabelecia que as companhias ferroviárias deveriam providenciar acomodações iguais, porém separadas, para passageiros brancos e negros. Para o Tribunal, a prática de segregação, que ocorria na Louisiana e em outros Estados do Sul, não contrariava a Constituição dos Estados Unidos, de modo que o questionamento de Homer Plessy, que tentara ingressar em um dos vagões destinados para brancos e fora impedido por ser “negro”, não merecia amparo. Cumpre assinalar que, conforme McNeese,⁴⁸ o intuito de Plessy, ao ingressar no vagão destinado a brancos, era justamente questionar a constitucionalidade da referida lei.

Consolidava-se, com essa decisão, a doutrina do *separate but equal*, a qual fundamentava-se nas Emendas XIV e XIII para sustentar a igualdade formal de serviços, mas de forma segregada, pois, para a Corte, ainda que negros e brancos estivessem separados tinham o igual direito de utilizar o trem, ou seja, mitigava-se⁴⁹ a discriminação. Além disso, por se tratar de uma questão de igualdade “social” e não civil, a separação dos vagões não violaria a Emenda XIV.⁵⁰ Apesar de a *separate but equal* ter sido analisada somente em relação às acomodações do transporte público, o caso *Plessy* conferiu maior amplitude às leis “Jim Crow”, sustentando a segregação nos demais setores sociais.⁵¹

Segundo Balkin,⁵² a decisão da Suprema Corte em *Plessy* indica que a lei era cúmplice das formas de estratificação social, pois nela a igualdade e a cidadania serviram para confirmar o compromisso do tribunal com os grupos mais poderosos da sociedade, no caso os estadunidenses brancos. A escravidão, que havia sido derrubada em 1863, foi substituída por um sistema segregatício apoiado pelo Judiciário, caracterizando, assim, o papel da lei na manutenção da desigualdade, enquanto a garantia de novas formas de desigualdade continuasse controversa. Ou seja, sempre que a sociedade não estivesse disposta ou não demonstrasse a disposição na modificação desse *status quo*.

⁴⁷ UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. *Plessy V. Ferguson*, 163 U.S. 537, 1896.

⁴⁸ McNEESE, Tim. *Plessy v. Ferguson: separate but equal*. New York: Chelsea House Publishers, 2007. p. 8-9.

⁴⁹ RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 24.

⁵⁰ BALKIN, Jack. *Plessy, Brown, and Grutter: A play in Three Acts*. *Cardozo Law Review*, New York, v. 26, n. 5, p. 101-141, 2005, p. 112.

⁵¹ KAUFMANN, Roberta Fragozo Menezes. *Ações afirmativas à brasileira, necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 143.

⁵² BALKIN, Jack. *Plessy, Brown, and Grutter: A play in Three Acts*. *Cardozo Law Review*, New York, v. 26, n. 5, p. 101-141, 2005, p. 103-104.

Observa-se que, no caso, a proteção de direitos foi tratada a partir de um discurso universalista, cego quanto a desigualdades, e que naturaliza relações de poder e opressão sofridas por negros.⁵³ Os anos que sucederam *Plessy*, no entanto, sobretudo na década de 60, foram marcados por “intensas lutas por reconhecimento relativas a questões de raça”⁵⁴, as quais fizeram com que a Suprema Corte, inevitavelmente, reexaminasse a sua posição para com a segregação.

3 A CONSTRUÇÃO DA *EQUAL PROTECTION* NA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS: O CASO *BROWN V BOARD OF EDUCATION*

A tradição de segregação, apoiada pela Suprema Corte, somente foi alterada em 1954, quando o tribunal julgou o caso *Brown v. Board of Education of Topeka*. Trata-se de um ícone legal e político estadunidense, que simboliza a utópica “boa América” (que reforça os laços de “América para os Americanos” e a relação entre esses e a Constituição), em que são garantidos valores liberais, como a igualdade, relegando-se à memória, ou não, o fato de que o país que matou nativos americanos (indígenas) subordinou mulheres e escravizou negros.⁵⁵ De toda a sorte, a partir dele a Suprema Corte, aglutinando cinco casos,⁵⁶ deu início à construção da doutrina da *equal protection*, a qual

[...] pretende atender ao desafio de resguardar o tratamento igual entre indivíduos e grupos de indivíduos que estejam em uma mesma situação jurídica. [...] representa um instrumento 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 class.⁵⁷

⁵³ PIRES, Thula. **Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação de controle social sobre os negros**. Brasília: Brado Negro, 2016. p. 23.

⁵⁴ BUNCHAFT, Maria Eugenia. *Constitucionalismo Democrático versus Minimalismo*. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, p. 154-180, jan./jun. 2011. p. 158.

⁵⁵ BALKIN, Jack *et al.* **What Brown v. Board of Education should have said: the nation's top legal expert rewrite America's landmark civil rights decision**. New York: New York University Press, 2002. p. 3-5.

⁵⁶ BALKIN, Jack *et al.* **What Brown v. Board of Education should have said: the nation's top legal expert rewrite America's landmark civil rights decision**. New York: New York University Press, 2002, p. 3; VILE, John R. **Essential Supreme Court decisions: summaries of leading cases in U.S. constitutional law**. 15th ed. Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, 2010. p. 409.

⁵⁷ BUNCHAFT, Maria Eugenia. *Judicialização e minorias: uma reflexão sobre a doutrina equal protection na jurisprudência da Suprema Corte Americana*. **Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC**, p. 151-169, 2010/2, p. 153.

O pleito levado à Suprema Corte em *Brown v. Board of Education*⁵⁸ referia-se a uma criança negra - Linda Brown -, cuja família requeria a sua admissão em uma escola pública destinada a crianças brancas em Topeka, Kansas. Diariamente ela caminhava cerca de dois quilômetros para chegar à escola destinada a crianças negras, porém havia uma escola mais próxima à residência, mas destinada a crianças brancas. A inscrição de Linda nessa escola foi negada, e seu pai buscou auxílio junto a National Association for the Advancement of Colored People (NAACP) para levar a causa aos tribunais.

Diante desses fatos, a Suprema Corte reconheceu que a segregação de crianças em escolas públicas, por razão de raça, os priva de gozar de idênticas oportunidades educacionais dadas às crianças brancas, além de gerar um sentimento de inferioridade àquelas, sendo a negativa de matrícula de Linda contrária à Emenda XIV. Sob essas premissas, a Corte rechaça o *separate but equal* em um sistema escolar que segregava crianças desde os locais de saída dos ônibus escolares até o que podiam beber e os banheiros que podiam utilizar, ou, ainda, os livros que lhes eram permitido ler.⁵⁹

Melhor dizendo, não mais perduraria a premissa de que, mesmo separadas, aquelas crianças poderiam ser consideradas iguais, uma vez que tinham o igual direito de se matricular em uma escola pública. A concepção de igualdade que a Suprema Corte instaurava no caso *Brown* transcendia o mero reconhecimento de igualdade civil, como em *Plessy*, mas considerava uma questão de igualdade social: não era possível que pessoas iguais fossem tratadas de modo deliberadamente diferente, quando isso afetava suas condições de cidadania e poderia provocar-lhes sentimentos de inferioridade. A discriminação examinada pelo Tribunal era, eminentemente, um caso de discriminação direta, posto que a lei tinha claro o intuito de separar crianças brancas e não brancas, o que, a partir de 1954, passou a ser considerado inconstitucional nos Estados Unidos.

Mesmo diante de uma questão controvertida, que, sob a defesa de uma postura minimalista, impediria a Suprema Corte de examiná-la, a decisão contribuiu na transformação dos valores culturais da sociedade estadunidense.⁶⁰ Assim, o caso *Brown* demonstra que leis como as “Jim Crow” não estão respaldadas pela lógica do *laissez-faire*, pelo contrário, denotam

⁵⁸ UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. *Brown v. Board of Education of Topeka.*, 347 U.S. 483, 1954.

⁵⁹ Nesse sentido, veja-se: SEPARATE But Equal. Direção: George Stevens, Jr. Produção: Stan Margulies; George Stevens, Jr. United States: New Liberty Films Republic Pictures, 1991; e HIDDEN Figures. Direção: Theodore Melfi. Produção: Donna Gigliotti; Peter Chernin; Jenno Topping; Pharrel Willians; Theodore Melfi. United States: 20th Century Fox, 2016.

⁶⁰ BUNCHAFT, Maria Eugénia. Constitucionalismo Democrático versus Minimalismo. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, p. 154-180, jan./jun. 2011, p. 162.

a inserção do Estado em todas as facetas da vida cotidiana para manter e significar um *status* de superioridade a brancos,⁶¹ e que os movimentos sociais têm “papel fundamental na transformação da interpretação judicial sobre a Constituição”, como sugere Bunchaft.⁶²

Com o julgamento de *Brown*, a Corte dispôs-se a reexaminar a constitucionalidade do *separate but equals* em um contexto social que muito se diferenciava daquele que quase cem anos antes havia sustentado a decisão de *Plessy*. É certo que a migração para o Norte e a emancipação dos escravos gerou um proletariado negro que passou a constituir número significativo nas metrópoles estadunidenses (por volta de 1900 a população urbana negra em Washington D.C chegava a 78 mil pessoas; em Nova York esse número girava em torno de 61 mil e, em Baltimore, eram quase 80 mil),⁶³ e fomentou a organização política da população negra, possibilitando uma articulação capaz de reconstruir certas práticas sociais.⁶⁴

Do mesmo modo, a década de 60 foi marcada por grupos da sociedade civil liderados por Malcom X e Martin Luther King Jr.,⁶⁵ Panteras Negras que lutavam pelos direitos civis da

⁶¹ BALKIN, Jack. *Plessy, Brown, and Grutter: A play in Three Acts*. *Cardozo Law Review*, New York, v. 26, n. 5, p. 101-141, 2005, p. 121.

⁶² BUNCHAFT, Maria Eugenia. *Constitucionalismo Democrático versus Minimalismo*. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, p. 154-180, jan./jun. 2011, p. 168.

⁶³ HOBBSAWM, Eric J. *História social do jazz*. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009, p.71-72.

⁶⁴ BUNCHAFT, Maria Eugenia. *Judicialização e minorias: uma reflexão sobre a doutrina equal protection na jurisprudência da Suprema Corte Americana*. *Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*, p. 151-169, 2010/2, p. 160.

⁶⁵ Em carta escrita durante o período que esteve preso em Birmingham, Martin Luther King Jr., referindo-se à decisão da Suprema Corte em *Brown*, aduz que por mais de 340 anos a população negra estadunidense esperava por seus “[...] constitutional and God given rights. [...] Perhaps it is easy for those who have never felt the stinging darts of segregation to say, “Wait.” But when you have seen vicious mobs lynch your mothers and fathers at will and drown your sisters and brothers at whim; when you have seen hate filled policemen curse, kick and even kill your black brothers and sisters; when you see the vast majority of your twenty million Negro brothers smothering in an airtight cage of poverty in the midst of an affluent society; when you suddenly find your tongue twisted and your speech stammering as you seek to explain to your six year old daughter why she can’t go to the public amusement park that has just been advertised on television, and see tears welling up in her eyes when she is told that Funtown is closed to colored children, and see ominous clouds of inferiority beginning to form in her little mental sky, and see her beginning to distort her personality by developing an unconscious bitterness toward white people; when you have to concoct an answer for a five year old son who is asking: “Daddy, why do white people treat colored people so mean?”; when you take a cross county drive and find it necessary to sleep night after night in the uncomfortable corners of your automobile because no motel will accept you; when you are humiliated day in and day out by nagging signs reading “white” and “colored”; when your first name becomes “nigger,” your middle name becomes “boy” (however old you are) and your last name becomes “John,” and your wife and mother are never given the respected title “Mrs.”; when you are harried by day and haunted by night by the fact that you are a Negro, living constantly at tiptoe stance, never quite knowing what to expect next, and are plagued with inner fears and outer resentments; when you are forever fighting a degenerating sense of “nobodiness”--then you will understand why we find it difficult to wait. [...] Since we so diligently urge people to obey the Supreme Court’s decision of 1954 outlawing segregation in the public schools, at first glance it may seem rather paradoxical for us consciously to break laws. [...] I would be the first to advocate obeying just laws. [...] Any law that degrades human

população negra. Também entre os anos 30 e 50 instituições como a National Association for the Advancement of Colour People (NAACP), organização responsável pelo caso Brown, litigaram em uma série de casos vinculados à temática segregatória: transporte, habitações residenciais, equidade salarial a professores negros.⁶⁶

Se, de um lado é possível sustentar que a alteração jurisprudencial decorre de uma modificação cultural da sociedade estadunidense⁶⁷, de outro pode-se afirmar que a decisão está vinculada a um contexto geopolítico de rechaço à segregação racial, a qual era incompatível com os valores que os Estados Unidos buscavam sustentar à época. Com o término da Segunda Guerra Mundial eclodiram, no plano internacional, declarações de direitos que reconheciam a igualdade como valor fundamental. Foram criadas as Nações Unidas e a Declaração Universal de Direitos Humanos,⁶⁸ que sugeriam a ruptura da classificação de seres humanos que provocara os horrores da referida guerra.

Ademais, *Brown* torna-se imperativo no período da guerra fria, pois na época a política externa estadunidense visava à ampliação de sua zona de influência no Terceiro Mundo, ao argumento, dentre outros, de que a vida americana (*american way of life*) era superior à soviética. A União Soviética, contudo, passou a utilizar o exemplo das leis “Jim Crow” para criticar as promessas de liberdade e igualdade dos EUA, ocasionando constrangimento a ponto de o Secretário de Estado estadunidense ter reconhecido que as referidas leis ameaçavam os interesses do país.⁶⁹

Deste modo, o julgamento situa-se em um contexto geopolítico de doutrina Truman, em que a ideologia da maioria dos estadunidenses era de “apoio a povos livres”, entendidos como

personality is unjust. All segregation statutes are unjust because segregation distorts the soul and damages the personality. It gives the segregator a false sense of superiority and the segregated a false sense of inferiority. Segregation, to use the terminology of the Jewish philosopher Martin Buber, substitutes an “I it” relationship for an “I thou” relationship and ends up relegating persons to the status of things. Hence segregation is not only politically, economically and sociologically unsound, it is morally wrong and sinful. [...] Is not segregation an existential expression of man's tragic separation, his awful estrangement, his terrible sinfulness? Thus it is that I can urge men to obey the 1954 decision of the Supreme Court, for it is morally right; and I can urge them to disobey segregation ordinances, for they are morally wrong.” (KING JR., Martin Luther. **Letter from a Birmingham Jail**. 1963. Disponível em: http://okra.stanford.edu/transcription/document_images/undecided/630416-019.pdf).

⁶⁶ BALKIN, Jack *et al.* **What Brown v. Board of Education should have said: the nation's top legal expert rewrite America's landmark civil rights decision**. New York: New York University Press, 2002, p. 29.

⁶⁷ COTTRILL, Robert J.; DIAMOND, Raymond T.; WARE, Leland B. **Brown v. Board of Education: caste, culture, and the Constitution**. Kansas: University Press of Kansas, 2003. p. 6-7.

⁶⁸ Quanto à crítica sobre a Declaração Universal de Direitos Humanos, veja-se: CLAVERO, Bartolomé. **Constitucionalismo global: por uma história verossímil dos direitos humanos**. Tradução W. Rocha Fernandes Assis. Goiânia: Editora Palavrear Livros, 2017.

⁶⁹ BALKIN, Jack *et al.* **What Brown v. Board of Education should have said: the nation's top legal expert rewrite America's landmark civil rights decision**. New York: New York University Press, 2002, p. 19-20.

aqueles que não possuíam vínculos e não possibilitavam revoluções socialistas/comunistas. Por conta disso, a ameaça de um inimigo externo proporcionava a influência e a consolidação do Estados Unidos, como a ameaça comunista se estendia inclusive ao território estadunidense, a insegurança era tal que apenas os Estados Unidos poderia liderar o mundo.⁷⁰ Consequentemente, não seria coerente que a liderança mundial estivesse nas mãos de um país cujo Judiciário reiterava a segregação, enquanto o Executivo buscava projetar uma autoimagem com base em direitos inalienáveis previstos na Declaração de Independências.

4 A AMPLIAÇÃO DA *EQUAL PROTECTION*: O *DISPARATE IMPACT* E O CASO *GRIGGS V. DUKER POWER CO.*

O conceito de *disparate impact* foi formulado pelo direito estadunidense quando a Suprema Corte, nos anos 70 do século 20, julgou o caso *Griggs v. Duke Power Co.*,⁷¹ decorrente do pleito de um grupo de empregados negros que questionava o procedimento adotado pela empresa *Duke Power Co.* para a contratação de funcionários ou transferência a determinados postos de trabalho, qual seja: a exigência de diploma de conclusão de Ensino Médio ou, em alternativa, de aprovação em testes de inteligência.

Segundo os autores, ainda que o procedimento fosse aplicado a todos os candidatos, uma parcela significativa de candidatos afrodescendentes não possuía Ensino Médio completo ou era reprovada nos testes de inteligência, em razão, inclusive, do déficit educacional ocasionado pela segregação racial anteriormente vigente na educação pública do país. Desta forma, sustentavam que, embora o procedimento pudesse não apresentar motivações discriminatórias, sua aplicação limitava a assunção dos negros aos postos de trabalho, à medida que a empresa alegava o caráter neutro dos requisitos e a sua liberdade de eleição enquanto empregadora.⁷²

⁷⁰ HOBBSAWM, Eric J. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1999*. Tradução Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. p. 226, 232.

⁷¹ BUNCHAFT, Maria Eugenia. Judicialização e minorias: uma reflexão sobre a doutrina equal protection na jurisprudência da Suprema Corte Americana. *Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*, p. 151-169, 2010/2, p. 166; GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: (o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 184; CLIFFORD, Jarlath. Equality. In: SHELTON, Dinah (ed.). *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*. Ed. Dinah Shelton. New York: Oxford University Press, 2013. p. 438.

⁷² UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424, 1971.

O julgamento do caso *Griggs* abriu as portas da Suprema Corte para o exame da discriminação indireta, a discriminação por impacto desproporcional, a qual, segundo Gomes, é “a mais perversa de discriminação, uma vez que envolve práticas administrativas e empresariais dissimuladas, quase invisíveis [...]”.⁷³ Para o referido autor, isso ocorreria porque o direito volta-se a proteger a igualdade perante a lei, e desconsidera que muitas vezes a desigualdade advém justamente da aplicação de uma lei e do impacto desproporcional dessa aplicação a grupos minoritários.⁷⁴

Desta forma, o Tribunal reconheceu que, dentre os objetivos do Título VII do *Civil Rights Act* de 1964,⁷⁵ está:

[...] alcançar a igualdade de oportunidades de emprego e remover as barreiras que no passado funcionavam em benefício de um grupo identificável de empregados brancos em detrimento de outros empregados [...] as práticas, os procedimentos ou testes, facialmente neutros, e até mesmos neutros em termos de intenção, não podem perdurar se eles operam no sentido de “congelar” o *status quo* de práticas empregatícias discriminatórias.⁷⁶

Os objetivos dos testes, sustentados como neutros pela empresa, ainda que possuíssem uma aparência neutra, possibilitavam o congelamento do *status quo* dos negros, tratando-se de prática empregatícia que possuía o efeito de excluí-los, sendo reputada inconstitucional pela Suprema Corte. O efeito era vislumbrado pelo fato de que as pessoas negras que, conformavam o quadro de trabalhadores, se limitavam a exercer atividades preponderantemente braçais, com remuneração reduzida.

Conforme aponta Rios, a constatação do impacto desproporcional se deu, também, pelos números considerados em relação aos trabalhadores, uma vez que “enquanto 34% dos brancos possuía diploma secundário, apenas 12% dos negros alcançava a exigência; 58% dos

⁷³ GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade:** (o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 181.

⁷⁴ GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade:** (o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 181.

⁷⁵ A Suprema Corte analisou a possível violação à Sessão 703,(a).(2), que dispõe: “(a) It shall be an unlawful employment practice for an employer (...) (2) to limit, segregate, or classify his employees in any way which would deprive or tend to deprive any individual of employment opportunities or otherwise adversely affect his status as an employee, because of such individual's race, color, religion, sex, or national origin” (UNITED STATES OF AMERICA. *Civil Rights Act*, Public Law 88-352, 2 July 1964.

⁷⁶ No original: “[...] It was to achieve equality of employment opportunities and remove barriers that have operated in the past to favor an identifiable group of white employees over other employees. [...] practices, procedures, or tests neutral on their face, and even operate to ‘freeze’ the status quo of prior discriminatory employment practices.” (Tradução nossa). UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. *Brown v. Board of Education of Topeka.*, 347 U.S. 483, 1954.

brancos eram bem-sucedidos nos testes de inteligência, contra 6% dos negros.”⁷⁷ Tal consideração realçava uma suposta “inferioridade” em relação aos brancos, que conseguiam lograr outros postos de trabalho.⁷⁸

Diante disso, Primus⁷⁹ sustenta que a teoria do *disparate impact* pode ser vista como um “remédio” para os efeitos da segregação racial nos Estados Unidos, como o *separate but equal*, à medida que reconhece as raízes históricas na discriminação de direito que, à época, continuava tendo efeitos na sociedade estadunidense, posto que os brancos seguiam gozando de melhores oportunidades educacionais e ocupacionais do que os negros.

Isso implicava que os empregadores optassem por contratar brancos e não negros, ainda que não tivessem uma intenção discriminatória. Nesse sentido, Fredman afirma que o caso demonstra como critérios aparentemente neutros sustentam e reforçam a posição de desvantagem dos afrodescendentes no país, e que reconhece a discriminação em razão de que o resultado das medidas instituídas pelo governo pouco contempla os afrodescendentes.⁸⁰

Nota-se que, ao examinar o caso, a Corte questionou se as práticas da empresa seriam barreiras desnecessárias se não havia necessidade comercial para o desempenho de suas atividades (*business necessity*), e injustificadas, que resultassem em *disparate impact* contra o grupo protegido,⁸¹ o que propiciou a ampliação do conceito de igualdade (*equal protection*) então fixado por *Brown v. Board Education*, pela adoção de um conceito amplo de discriminação que prescinde a comprovação da intenção discriminatória. Para Rios,⁸² todavia, a decisão não consegue efetivar a proibição do *disparate impact*, pois não indica a dinâmica probatória nesses casos, ainda que tenha contribuído para o desenvolvimento do conceito de discriminação indireta tanto no âmbito doméstico quanto no supranacional.

⁷⁷ RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 121.

⁷⁸ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: (o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 183.

⁷⁹ PRIMUS, Richard A. Equal Protection and Disparate Impact: Round Three. *Harvard Law Review*. 177, n. 2, p. 494-587, 2003. p. 523.

⁸⁰ FREDMAN, Sandra. *Discrimination Law*. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2011, p. 177-178.

⁸¹ TURNER, Ronald. When the Court Makes Title VII Law and Policy: Disparate Impact and the Journey from Griggs to Ricci. *St. John's Law Review*, 89, n. 2, p. 812, 2015; PRIMUS, Richard A. Equal Protection and Disparate Impact: Round Three. *Harvard Law Review*. 177, n. 2, p. 494-587, 2003, p. 524-525.

⁸² RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 122.

Para além da ampliação do conceito de não discriminação, a decisão e o reconhecimento do *disparate impact* são considerados por Belton⁸³ como produtos de campanhas de litigância judicial estratégica, promovidas desde o início da década de 60 do século 20 por entidades da sociedade civil contra a disseminada discriminação racial nos Estados Sulistas, como a promovida pela NAACP. Ou seja, como ocorrera em *Brown v. Board*, a decisão em *Griggs* vai ao encontro do afirmado por Bunchaft no sentido de que “[o]s 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 e capaz de reconstruir as práticas sociais vigentes.”⁸⁴

No auge da Era Reagan, no entanto, a Suprema Corte retrocedeu ao julgar o caso *Wards Cove Packing v. Atonio*, quando restringiu a definição do *business necessity*, ao tornar mais fácil a defesa de empresas acusadas de *disparate impact*, pois a medida não seria reputada como discriminatória se “necessária” para as atividades comerciais, além de exigir-se que a parte autora indicasse com precisão os fatores discriminatórios.⁸⁵ Essa decisão, contudo, restou sem efeito a partir de ato do Congresso estadunidense, que, em 1991, com o *Civil Rights Act*, alterou o Título VII de 1964 reconhecendo-a expressamente como a *equal protection*. A partir disso é possível afirmar que “[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 [...]”;⁸⁶ postura essa que se tornou ainda mais vanguardista, passando a examinar se apenas a *equal protection* seria suficiente para a efetivação da igualdade.

⁸³ BELTON, Robert. Title VII at Forty: A Brief Look at the Birth, Death, and Resurrection of the Disparate Impact Theory of Discrimination. *Hofstra Labor and Employment Law Journal*, 22, n. 2, p. 431, 2005.

⁸⁴ BUNCHAFT, Maria Eugenia. Judicialização e minorias: uma reflexão sobre a doutrina equal protection na jurisprudência da Suprema Corte Americana. *Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*, p. 151-169, 2010/2, p. 160.

⁸⁵ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: (o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 194.

⁸⁶ BUNCHAFT, Maria Eugenia. Judicialização e minorias: uma reflexão sobre a doutrina equal protection na jurisprudência da Suprema Corte Americana. *Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*, p. 151-169, 2010/2, p. 167.

5 O DESENVOLVIMENTO DE AÇÕES AFIRMATIVAS E A POSSIBILIDADE DE UM “TOGHETER AND EQUAL”

O reconhecimento do *disparate impact* e a conseqüente ampliação do escopo de proteção da *equal protection*, ainda que relevantes para a promoção da não discriminação, não nos parecem suficientes para romper com o *separate but equal*, pois, mesmo que vedem tratamentos discriminatórios, não promovem uma aproximação substancial entre grupos privilegiados e não privilegiados a ponto de considerarmos-los, de fato, “juntos”.

Diante dessas condições, parece-nos que a garantia de uma espécie de *together and equal*, isto é, de uma verdadeira contraposição ao *separate but equal*, transcende as fundamentações de *Brown e Griggs*, sendo necessário promover a igualdade a partir de ações afirmativas. De acordo com Pires, essas ações são “um poderoso mecanismo de combate à discriminação racial, na medida em que procuram diminuir as desigualdades na sociedade, podendo estabelecer uma ligação com outros eixos de classificação social [...]”.⁸⁷

Nesse sentido, Gomes, para quem “a idéia [*sic*] de neutralidade estatal tem-se revelado um formidável fracasso [...]”⁸⁸, sobretudo nos países de tradição escravocrata onde há um histórico de subjugação e inferioridade legalmente reconhecido, sustenta que a existência de dispositivos constitucionais voltados à garantia de igualdade e à proibição de discriminação, não são suficientes para promover uma reversão no quadro social enraizado às tradições de dado país. Segundo ele, é necessário que o Estado renuncie à neutralidade liberal clássica.⁸⁹ Sob essa perspectiva, as ações afirmativas justificariam-se a partir de um postulado de justiça distributiva, na medida em que buscam a justiça no presente, ainda que possam ter uma interlocução com um fundamento compensatório.⁹⁰

A projeção mundial dada a essas medidas ocorreu a partir da fundamentação das mesmas

⁸⁷ PIRES, Thula. **Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação de controle social sobre os negros.** Brasília: Brado Negro, 2016, p. 130.

⁸⁸ GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: (o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA).** Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 36.

⁸⁹ GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: (o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA).** Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 37-38.

⁹⁰ GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: (o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA).** Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 61-73.

pela jurisprudência estadunidense.⁹¹ De acordo com Rios,⁹² tal desenvolvimento pode ser compreendido a partir de duas fases: a proibição de discriminações e a instituição de medidas especiais de combate à discriminação. A primeira, inaugurada com os movimentos pelos direitos civis nos EUA, foi guiada pela proibição de discriminação, sobretudo a racial, nas relações de trabalho, restringindo-se, em um primeiro momento, a proibição de sistemas de seleção baseados em critérios raciais e na elaboração de diretrizes governamentais denominadas de *color-blind*, como a Civil Rights de 1964 e as modificações que a sucederam, como a decorrente do caso *Griggs*.

Já a segunda fase decorre do reconhecimento de que a mera proibição de discriminação não é suficiente para enfrentar preconceitos como o racismo, pois eliminar mecanismos discriminatórios não garantiria, por si só, condições efetivas de igualdade, medidas concretas de integração econômica e sociais que combatessem a discriminação racial e seus efeitos. Desta forma, tornou-se necessário abrir mão de um comportamento neutro e elaborar políticas que levassem em conta o fato racial. Dentre os casos julgados pela Suprema Corte dos Estados Unidos, que fundamentam as ações afirmativas, merecem destaque *Bakke* e *Grutter*.

O caso *Regents of the University of California v. Bakke*⁹³ refere-se ao programa de admissões especiais estabelecido pela Faculdade de Medicina de Davis da Universidade da Califórnia para os ingressos de 1972-1973, no qual 16% das vagas seriam destinadas a estudantes negros, asiáticos, hispânicos e indígenas e os requisitos exigidos não seriam os mesmos para os outros candidatos. O referido programa teve sua constitucionalidade questionada por Allan Bakke, um engenheiro branco que não fora aprovado para ingressar na Faculdade de Medicina, ainda que tivesse notas superiores a de candidatos beneficiados pela regra dos 16%. Segundo ele, a regra o discriminava pelo fato de ele ser branco e, então, não se beneficiar da mesma, o que contrariaria a Emenda XIV da Constituição dos EUA.

Diante disso, a Suprema Corte, em 1978, por cinco votos a favor e quatro contra, decidiu que a prática não era proibida pela Constituição quando justificada devidamente a preferência de determinadas minorias, e o fator racial era uma justificativa razoável que poderia ser tomada

⁹¹ RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 156.

⁹² RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 158-167.

⁹³ UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Regents of the University of California v. Bakke**, 438 U.S. 265, 1978.

em conta para corrigir desequilíbrios e discriminações anteriores. O Tribunal anulou, no entanto, os programas de admissão da Universidade da Califórnia e determinou o ingresso de Bakke, com o argumento de que para ser admitida uma discriminação baseada na raça é preciso a demonstração de que a mesma persegue o que está permitido pelo texto constitucional e é necessária para lográ-lo, devendo esse tipo de medida ser submetido a um *intermediate scrutiny*.

Desta forma, *Bakke* constitui um importante caso no marco da defesa das medidas positivas e da efetiva igualdade. Ocorre que, como pondera Dworkin,^{94,95} mesmo após a decisão da Suprema Corte em *Bakke*, grupos conservadores militam contra as políticas afirmativas, tendo influenciado de modo tal que, na Califórnia e no Texas, universidades passaram a restringir tais ações, o Legislativo passou a proibi-las e o Judiciário endossou as ditas proibições a ponto de o Quinto Tribunal Itinerante de Apelação do Texas, em 1996, declarar a anulação da decisão da Suprema Corte no caso *Bakke*. De acordo com ele, os ataques às medidas afirmativas embasam-se em argumentos que sustentam que elas diminuem os padrões educacionais no país, que os alunos negros não possuem qualificação para a educação que recebiam e que elas implicam uma tensão racial na sociedade.

A observação de Dworkin torna ainda mais oportuna a constatação de Pires, que considera que o fato de que os lugares de poder são ocupados hegemonicamente por pessoas brancas, possibilita a reprodução institucional de seus privilégios, partindo justamente desses, ou de grande parte, os questionamentos sobre a viabilidade e a constitucionalidade de medidas positivas de cunho étnico-racial,⁹⁶ como fizera Bakke. Como percebe-se, os argumentos utilizados pelo senhor Bakke apontavam para um possível “racismo reverso” e corroboram o indicado por Pires, uma vez que os eventos que dele decorreram colocavam supostamente em risco a hegemonia branca nas faculdades estadunidenses.

Diante disso, aderir a uma posição minimalista, segundo a qual a manifestação da Suprema Corte em *Bakke* seria responsável por provocar a articulação de forças contrárias à

⁹⁴ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 553-546.

⁹⁵ Destaca-se que a obra de Dworkin foi publicada antes do julgamento do caso *Grutter v. Bollinger* pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

⁹⁶ PIRES, Thula. **Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação de controle social sobre os negros**. Brasília: Brado Negro, 2016, p. 131.

decisão (refluxo social),⁹⁷ não nos parece a mais adequada. Qualquer abstenção do Poder Judiciário em relação à institucionalização da discriminação racial, reafirmaria a manutenção de privilégios que, ao fim e ao cabo, reforçam as *glass ceiling* decorrentes de uma condição histórica de desrespeito, invisibilidade e desigualdade de grupos minoritários.

Em outras palavras, sustentar que as ações afirmativas seriam responsáveis por um refluxo social, ou, ainda, por uma tensão racial, não somente seria retroceder a um *separate but equal*, como também se mostra errôneo, pois, como indica Dworkin,⁹⁸ a partir de um estudo elaborado por Bowen e Bok (*The Shape of the River*) as ações afirmativas no âmbito da educação não apenas aumentam a consciência quanto à diversidade racial, mas fazem crescer o número de estudantes negros, cujas notas são superiores as dos outros estudantes, não diminuem os padrões de educação e fomentam a participação de um maior número de profissionais qualificados em regiões mais carentes, contrariando, assim, as falácias conservadoras.

Não há dúvida do potencial emancipatório da decisão, no entanto Balkin⁹⁹ aduz que decisões como *Bakke* tiveram o efeito de “moldar o discurso”, pois, ao instituírem regras que racionalizaram o sistema evolutivo de estratificação social, passaram a exigir, por exemplo, a comprovação da discriminação racial, e isso apenas ocorreria se as instituições de ensino falassem de certas minorias. Ou seja, a diversidade teve de ser inserida ao discurso e ao diálogo institucional. O mesmo autor indica, inclusive, que as tomadas de decisão da Suprema Corte tendem, em verdade, a coincidir com os pontos de vistas das elites nacionais: o racismo científico das elites do Norte em *Plessy*, os imperativos da política externa da guerra fria em *Brown*, a pressão da elite educacional no caso *Grutter*.¹⁰⁰

Em *Grutter v. Bollinger*,¹⁰¹ a Suprema Corte manteve, em grande parte, o entendimento consolidado em *Bakke*. No caso, ao examinar a ação proposta pelo reitor da Faculdade de Direito da Universidade de Michigan contra a decisão federal, reconheceu inconstitucional a política de seleção dos alunos da Universidade, que levava em consideração o critério raça. A referida decisão, como em *Bakke*, decorria do pleito de uma pessoa branca: Barbara Grutter, que não

⁹⁷ BUNCHAFT, Maria Eugenia. Constitucionalismo Democrático versus Minimalismo. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, p. 154-180, jan./jun. 2011, p. 156-157.

⁹⁸ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 547-579.

⁹⁹ BALKIN, Jack. *Plessy, Brown, and Grutter: A play in Three Acts*. *Cardozo Law Review*, New York, v. 26, n. 5, p. 101-141, 2005, p. 133-134.

¹⁰⁰ BALKIN, Jack. *Plessy, Brown, and Grutter: A play in Three Acts*. *Cardozo Law Review*, New York, v. 26, n. 5, p. 101-141, 2005, p. 130-131.

¹⁰¹ UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306, 2003.

havia sido aceita na referida Faculdade, sustentava ter sido vítima de discriminação racial em razão dos critérios de seleção de Michigan.

Para a Suprema Corte a Emenda XIV havia sido observada, pois a política afirmativa não se assentava em uma “reserva de vagas”, mas examinava individualmente cada candidato, além de promover “a compreensão inter-racial” e assegurar a diversidade cultural. Ou seja, em *Grutter*, a Suprema Corte considera não apenas que as medidas positivas vinculadas à educação fundamentam-se no reconhecimento de que uma discriminação direta, ocorrida no passado, tem efeitos no presente, como também que a diversidade é essencial à formação universitária.¹⁰²

A lucidez de Balkin, no entanto, permite que se questione se as políticas públicas de cunho racial nos Estados Unidos são, realmente, medidas que pretendem alterar a “condição histórica de desrespeito, invisibilidade e subcidadania [sic] dos negros e orientam-se à promoção do reconhecimento desse grupo social”,¹⁰³ se se tratam de políticas que militam em contraponto ao *separate but equal* e à segregação histórica, ou se respondem a interesses de novos grupos hegemônicos. A pertinência de tal questionamento é vista pelo fato de que, se as decisões dos tribunais constitucionais respondem primordialmente à última hipótese e àquela desenhada por um constitucionalismo democrático, não se poderia descartar um retrocesso ditado por esses novos atores em país cujo Executivo tem fomentado práticas discriminatórias.

CONCLUSÃO

Como analisamos, os direitos à igualdade e a não discriminação constituem autêntico *standard* jurídico tanto doméstico quanto internacional: previstos em distintos tratados, encontraram espaço nos textos constitucionais e, paulatinamente, a fundamentação a eles vinculada passou a abranger um maior número de pessoas, na medida em que o ideal de igualdade proposto pela modernidade tornou-se o vocabulário de grupos outrora - e atualmente - marginalizados. A igualdade e a não discriminação contemplam conceitos que vão desde a máxima aristotélica até compreensões mais amplas de que apenas se efetiva a verdadeira igualdade a partir de políticas afirmativas àqueles que se encontraram historicamente em uma posição de desvantagem.

¹⁰² FREDMAN, Sandra. *Discrimination Law*. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2011, p.252-253.

¹⁰³ PIRES, Thula. *Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação de controle social sobre os negros*. Brasília: Brado Negro, 2016, p. 132.

Nesse sentido, a construção jurisprudencial da Suprema Corte estadunidense teve papel primordial para a compreensão desses conceitos, em que o reconhecimento da *equal protection* torna-se propulsora para alteração da admissão de práticas discriminatórias pelo tribunal constitucional. A alteração promovida em *Brown v. Board* demonstra que não mais perduraria a premissa de que, mesmo separadas, crianças negras poderiam ser consideradas iguais às brancas, posto que tinham o igual direito de se matricular em uma escola pública.

A concepção de igualdade que a Suprema Corte instaurava no caso *Brown* transcendia o mero reconhecimento de igualdade civil, que sustentava o *separate but equal* em *Plessy V. Ferguson*, não sendo mais possível que pessoas iguais fossem tratadas de modo deliberadamente diferente, quando isso afetava as suas condições de cidadania. Tratava-se, assim, do reconhecimento da proibição da discriminação direta a partir do papel fundamental da articulação do movimento negro.

Ocorre que a decisão não foi suficiente para colocar fim a práticas discriminatórias que remontavam um contexto histórico de subordinação e segregação da população negra estadunidense. Somente quase 20 anos após o julgamento de *Brown v. Board*, a Suprema Corte ampliou o *equal protection* reconhecendo que ela abrangia o *disparate impact* ao examinar *Griggs v. Duker Power Co.* O julgamento do caso *Griggs* abriu as portas da Suprema Corte para o exame da discriminação indireta, a discriminação por impacto desproporcional.

Além disso, abriu as portas do tribunal para o reconhecimento das raízes históricas na discriminação de direitos que continuavam tendo efeitos na sociedade estadunidense, uma vez que os brancos seguiam gozando de melhores oportunidades educacionais e ocupacionais do que os negros. Novamente, os movimentos sociais conseguiram interagir com o Judiciário, contribuindo para novos significados constitucionais, tendo, inclusive, contribuído à alteração do *Civil Rights Act* de 1964 para reconhecer essa nova postura como amparada pela *equal protection*.

Compreendemos, todavia, que essas posições não eram suficientes para assegurar uma ruptura com o *separate but equal*, pois ainda que reconhecessem a proibição de discriminação e que ela decorre de fatores históricos, não apontam para uma aproximação substancial, o que apenas veio a ocorrer nos julgamentos de *Bakke* e *Grutter*, quando finalmente a Suprema Corte reconheceu a constitucionalidade de medidas afirmativas. Ademais, posições como essas podem romper com o *separate but equal*, posto que reconhecem que certos grupos possuem uma gama de privilégios decorrente de uma condição histórica de desrespeito, invisibilidade e desigualdade

de grupos minoritários, desde que não se justifiquem por interesses de (novos) grupos hegemônicos, mas genuinamente pela emancipação dos outrora (atualmente) marginalizados.

REFERÊNCIAS

BALKIN, Jack. Plessy, Brown, and Grutter: A play in Three Acts. *Cardozo Law Review*, New York, v. 26, n. 5, p. 101-141, 2005.

BALKIN, Jack; SIEGEL, Reva. Principles, Practices and Social Movements. *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, v. 154, p. 927-950, 2006.

BALKIN, Jack *et al.* **What Brown v. Board of Education should have said: the nation's top legal expert rewrite America's landmark civil rights decision.** New York: New York University Press, 2002.

BARALDI, Camila Bibiana Freitas; PERUZZO, Pedro Pulzatto. Democracia e direitos humanos: a participação social das minorias. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, RS, v. 10, n. 1, p. 347-370, 2015. ISSN 1981-3694. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/19769>. Acesso em: 11 jun. 2018.

BATISTA, José Carlos. **As políticas de igualdade racial nos Estados Unidos e no Brasil: constituição, diferenças e similaridades.** 2016. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Belo Horizonte, 2016.

BELTON, Robert. Title VII at Forty: A Brief Look at the Birth, Death, and Resurrection of the Disparate Impact Theory of Discrimination. *Hofstra Labor and Employment Law Journal*, 22, n. 2, 2005.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Discursos desumanizantes e violação seletiva de direitos humanos sob a lógica da colonialidade. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 1.806-1.823, 2016.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. Constitucionalismo Democrático *versus* Minimalismo. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, p. 154-180, jan./jun. 2011.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. Judicialização e minorias: uma reflexão sobre a doutrina equal protection na jurisprudência da Suprema Corte Americana. *Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*, p. 151-169, 2010/2.

COTTRILL, Robert J.; DIAMOND, Raymond T.; WARE, Leland B. **Brown v. Board of Education: caste, culture, and the Constitution.** Kansas: University Press of Kansas, 2003.

DAVIS, Angela. **Mulheres, raça e classe.** Tradução Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2016.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade.** Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FREDMAN, Sandra. **Discrimination Law.** 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2011.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: (o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA).** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GRAHAM, Howard Jay. **Everyman's constitution: historical essays on the fourteenth amendment, the "conspiracy theory", and American constitutionalism.** Madison: State Historical Society of Wisconsin, 1968.

HOBBSAWM, Eric J. **Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1999.** Tradução Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

HOBBSAWM, Eric J. **História social do jazz.** 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

KAUFMANN, Roberta Fragozo Menezes. **Ações afirmativas à brasileira, necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

McNEESE, Tim. **Plessy v. Ferguson: separate but equal.** New York: Chelsea House Publishers, 2007.

MOECKLI, Daniel; SHAH, Sangeeta; SIVAKUMARAN, Sandesh. **International human rights law.** New York: Oxford University Press, 2010.

MOREIRA, Adilson. **O que é discriminação?** Belo Horizonte: Letramento: Caso do Direito: Justificando, 2017.

PIRES, Thula. **Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação de controle social sobre os negros.** Brasília: Brado Negro, 2016.

PRIMUS, Richard A. Equal Protection and Disparate Impact: Round Three. **Harvard Law Review.** 177, n. 2, p. 494-587, 2003.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ROSA, Marina de Almeida. Contribuições da Corte Interamericana de Direitos Humanos para a efetivação da igualdade no Sul. **Revista InterAção**, v. 12, p. 41-63, 2017.

SHELTON, Dinah. Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. **Anuario de Derechos Humanos**, Universidad Nacional de Chile, n. 4, p. 15-39. 2008.

TURNER, Ronald. When the Court Makes Title VII Law and Policy: Disparate Impact and the Journey from Griggs to Ricci. **St. John's Law Review**, 89, n. 2.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Brown v. Board of Education of Topeka.**, 347 U.S. 483, 1954.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Griggs v. Duke Power Co.**, 401 U.S. 424, 1971.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Grutter v. Bollinger**, 539 U.S. 306, 2003.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Plessy V. Ferguson**, 163 U.S. 537, 1896.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Regents of the University of California v. Bakke**, 438 U.S. 265, 1978.

Recebido em: 14.06.2018 / Revisões requeridas em: 28.03.2020 / Aprovado em: 22.05.2020 / Publicado em: 21.09.2020

COMO FAZER REFERÊNCIA AO ARTIGO (ABNT):

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; ROSA, Marina de Almeida. *Together and equal?* Da necessária fundamentação do direito à igualdade para além do caso *Brown v. Board of Education*. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 15, n. 3, e33098, set./dez. 2020. ISSN 1981-3694. DOI: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369433098>. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/33098> Acesso em: dia mês. ano.

Direitos autorais 2020 Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM

Editores responsáveis: Rafael Santos de Oliveira e Angela Araujo da Silveira Espindola



Esta obra está licenciada com uma Licença [Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

SOBRE AS AUTORAS

RAQUEL FABIANA LOPES SPAREMBERGER

Pós-doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Mestre em Direito pela UFPR. Possui Graduação em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (1995). Professora Adjunta da Universidade Federal do Rio Grande - FURG. Professora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande - FURG. Professora dos cursos de graduação e do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP/RS. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Teoria Geral do Direito, Direito Constitucional, Direito Ambiental e Direitos Humanos, América Latina e questões decoloniais. Professora pesquisadora do CNPq e FAPERGS. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Tutelas à efetivação dos direitos indisponíveis, Linha Tutelas à efetivação de Direitos Públicos Incondicionados. Grupo de Pesquisa: Sociedade da informação e Fake Democracy: os riscos à liberdade de expressão e à democracia constitucional - FMP-RS. Responsável pelo Grupo de Estudos da FURG sobre Direito constitucional, violência e crise migratória. Advogada do escritório de Advocacia Luciane Dias Sociedade de Advogados - Pelotas/RS.

MARINA DE ALMEIDA ROSA

Consultora da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Mestra em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) com Bolsa CAPES/PROEX (2019). Pós-graduada em Direito Internacional Público, Privado e Direito da Integração pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS (2016). Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (2015). Professora de Direito Internacional dos Cursos de Especialização em direito Eleitoral, Direito Digital e Direito do Consumidor da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Foi professora de Direito Internacional e de Regimes Internacionais nos cursos de Graduação em Direito e em Relações Internacionais do UniRitter (2017-2019). Advogada. Desenvolve pesquisas nas áreas de Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos, com ênfase no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, Direito Internacional Público, Third World Approaches to International Law, e Migrações.