Revista Direito e Praxis

[Traduções]

Fontes da diferença

Sources of Difference

Martha Minow[1]

[1] Harvard University, Harvard Law School, Massachusetts, Cambridge, Estados Unidos da América. E-mail: minow@law.harvard.edu

Versão original: MINOW, Martha. Sources of Difference. *In*: MINOW, Martha. *Making All the Difference*: Inclusion, Exclusion, and American Law. Ithaca and London: Cornell University Press, 1990. p. 49-78.

Tradução recebida em 18/08/2023 e aceita em 26/11/2023.

Este é um artigo em acesso aberto distribuído nos termos da Licença Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional.

Copyright © 2024 Martha Minow
https://doi.org/10.1590/2179-8966/2024/78615 | ISSN: 2179-8966 | e78615

> "Será a minha compreensão apenas cegueira relativamente à minha própria falta de compreensão?"
> — Ludwig Wittgenstein, *On Certainty* (*WITTGENSTEIN, [s. d.])*

> "Quando você presume, não está me considerando como a pessoa que sou; quando você não presume, está me considerando como a pessoa que sou em um sentido mínimo; quando você reconhece e responde à pessoa que eu sou, você está me considerando como a pessoa que eu sou no sentido máximo".
> — Elizabeth V. Spelman, On Treating Persons as Persons (SPELMAN, 1978)

Os dilemas da diferença parecem insolúveis. O risco de parcialidade — o risco de discriminação — acompanha os esforços tanto para ignorar quanto para reconhecer a diferença de tratamento igualitário e de tratamento especial. A diferença pode ser recriada em cegueira da cor ou do gênero e em ação afirmativa;[1] em neutralidade governamental e em preferências governamentais; e em decisões discricionárias e em restrições formais à discricionariedade. Por que a diferença parece representar escolhas, cada uma delas revive indesejavelmente a diferença ou o estigma, ou a desvantagem a ela associada? [2]

Nesta última questão reside uma pista para o problema. A possibilidade de reiterar a diferença, seja por reconhecimento ou não, surge na medida em que a própria diferença, em que esta carregue estigma e impede a igualdade. Enterradas nas questões sobre a diferença, estão as premissas de que a diferença está ligada ao estigma ou desvio e que a semelhança é um pré-requisito para a igualdade. Talvez essas próprias premissas devam ser identificadas e avaliadas se quisermos escapar ou transcender os dilemas da diferença.

Se para ser igual é preciso ser idêntico, então ser diferente é ser desigual ou mesmo divergente. (GILLIGAN, 1977; LORDE, 1984, p. 114-116) Mas qualquer atribuição de

[1] Os programas de ação afirmativa buscam ajudar os grupos desfavorecidos, dando-lhes tratamento especial. Alguns planos são voluntários, adotados por escolas e empregadores para alterar a composição de suas comunidades para melhor refletir a população em geral. Alguns são impostos por tribunais ou agências como remédios para práticas discriminatórias comprovadas no passado. Um dilema de diferença pode surgir se o tratamento especial destaca as diferenças históricas e reintroduz o estigma para aqueles que participam do programa; assim, membros de minorias ou mulheres brancas podem ser estigmatizados como meras contratações de ação afirmativa, presumidamente desqualificadas sem o tratamento especial. Este resultado pode refletir um mal-entendido sobre o programa e uma visão equivocada de que os procedimentos de seleção anteriores eram isentos de preconceito, mas persiste o risco de agravamento do estigma. Por exemplo, os planos de ação afirmativa falham em aliviar a discriminação e, em vez disso, contribuem para o "racismo, sistemas de espólios raciais, competição racial e ódio racial". (VAN ALSTYNE, 1978, p. 778). [2] No manuscrito original, a autora referencia o texto em notas de fim, este estilo é substituído pelo modelo autor-data pela tradutora. Também, a normatização nos escritos originais está nas normas da *Modern Language Association* (MLA), o que se substitui pela normatização da ABNT.

Copyright © 2024 Martha Minow
https://doi.org/10.1590/2179-8966/2024/78615 | ISSN: 2179-8966 | e78615

divergência deve ser feita do ponto de vista de alguns que se dizem supostamente "normais": uma posição de igualdade implica uma posição contrastante usada para desenhar a relação — e é uma relação não de igualdade e desigualdade, mas de superioridade e inferioridade.[2] Ser diferente é ser diferente em relação a alguém ou a alguma outra coisa — e este ponto de comparação deve ser dado tão certo, tão a "norma", que não precisa nem mesmo ser previsto.

Pelo menos cinco premissas intimamente relacionadas, mas ocultas, estão subjacentes a dilemas da diferença. Uma vez articuladas e examinadas, estas premissas podem ocupar seu devido lugar entre outras escolhas sobre como tratar a diferença, e podemos considerar o que podemos fazer para desafiá-las ou reformá-las.

Cinco Premissas Ocultas

Primeiramente, muitas vezes assumimos que as "diferenças" são intrínsecas, em vez de vê-las como expressões de comparações entre pessoas com base em traços particulares. Cada um de nós somos diferentes uns dos outros de inúmeras maneiras. Cada uma dessas diferenças é uma comparação implícita que desenhamos. E as próprias comparações dependem e reconfirmam a seleção de traços particulares como os que assumem importância no processo de comparação. Uma avaliação da diferença seleciona alguns traços e os faz importantes; de fato, trata as pessoas como sujeitas à categorização, e não como manifestantes de uma multiplicidade de características.[3]

Em segundo lugar, normalmente adotamos um ponto de referência obscuro ao avaliarmos os outros. É a partir do referencial dessa norma que determinamos quem é

[2] Ver MACKINNON (1987) e COLKER (1986). Ambas criticam debates sobre igualdade de direitos por não se concentrarem em questões de superioridade e subordinação. MacKinnon acusa os debates de focar nas semelhanças das mulheres e suas diferenças em relação aos homens, enquanto tratam a masculinidade como a norma inquestionável. "Por que é que se tem de ser o mesmo que um homem para obter o que um homem obtém simplesmente porque é um? Por que é que a masculinidade confere um direito... para que sejam as mulheres... que têm de mostrar de fato que são homens em todos os aspectos relevantes?" (p. 37). Em vez disso, MacKinnon insiste no que ela chama de "abordagem de dominância" — que pressupõe que "a questão da igualdade… é, no fundo, uma questão de hierarquia" — e, então, a distribuição igualitária de poder (p. 40). Colker observa a hierarquia semelhantemente, não a diferença em si, como a raiz do problema: "Políticas facialmente diferenciadas e facialmente neutras só são indesejáveis se perpetuarem a hierarquia racial ou sexual" (p. 1007-8). Tanto MacKinnon quanto Colker sustentam que falar de "uniformidade" ou "neutralidade" obscurece a hierarquia que já existe; portanto, eliminar a hierarquia é o objetivo final dos movimentos em prol da igualdade.

[3] O preconceito é fundado no pensamento categórico e na supergeneralização. (ALLPORT, 1954).

Copyright © 2024 Martha Minow
https://doi.org/10.1590/2179-8966/2024/78615 | ISSN: 2179-8966 | e78615

diferente e quem é “normal”. O aluno com deficiência auditiva é diferente em comparação ao padrão do aluno com audição — ainda assim, o aluno com audição difere do aluno com deficiência auditiva tanto quanto ele se distingue dele, e o aluno com audição, sem dúvida, tem outras características que o distinguem dos outros estudantes. Pontos de referência ocultos podem expressar a experiência de uma maioria ou podem expressar a perspectiva daqueles que tiveram maior acesso ao poder usado para nomear e avaliar os outros. As mulheres são diferentes ao oculto da norma masculina. Negros, mórmons, judeus e árabes são diferentes ao oculto da norma cristã branca. As pessoas com deficiência são diferentes ao oculto da norma da capacidade corporal ou, como alguns a descreveram, o ponto de vantagem das “Pessoas Temporariamente Capazes”. (MAIRS, 1987, p. C2).

O ponto de comparação oculto não é geral, mas particular, e não é inevitável, mas apenas aparentemente quando deixado de estar obscurecido.[4] O ponto de referência oculto promove os interesses de alguns, mas não de outros; ele pode permanecer oculto porque aqueles que não se enquadram na regra têm menos poder para exigi-la do que aqueles que se encaixam confortavelmente dentro da que prevalece.

Um ponto de referência para fins de comparação é fundamental para uma noção de igualdade. Igualdade pede ser igual comparado com quem? Uma noção de igualdade que exige desconsiderar uma “diferença” exige assimilação a uma regra oculta. Eliminar a diferença, então, muitas vezes é remover ou ignorar uma característica que distingue um indivíduo de uma norma presumida — tal como a de um homem branco, cristão e capaz — mas deixar essa norma no lugar como a medida para igualdade de tratamento. O suposto elogio da pessoa branca a um amigo negro, "eu nem sequer penso em você como negro", marca a incapacidade de ver o racismo implícito ao ignorar uma "diferença" e ao adotar um ponto de comparação oculto e potencialmente humilhante. Como explicou o historiador JR Pole,[6] as noções constitucionais de igualdade nos Estados Unidos se baseiam na ideia de que as pessoas são iguais porque todas poderiam ocupar o lugar umas das outras no trabalho, no intercâmbio intelectual, ou no poder político se fossem dissociadas de seus contextos

[4] Os brancos tendem a citar a raça de um indivíduo apenas se essa pessoa não for branca, uma vez que se a raça não está prevista entende-se como sendo branca. “Como feministas, estamos muito familiarizadas com a versão masculina disso: os homens escrevem e falam e, presumivelmente, portanto, também pensam como se tudo o que é verdade para eles fosse verdade para todos. Os brancos também falam em universalidades... Na maioria das vezes, nunca nos ocorreu modificar nossos substantivos adequadamente; em nossas mentes, as pessoas sobre as quais estávamos escrevendo eram pessoas. Nós não pensamos como nós mesmos”. (FRYE, 1983. p. 117). [6] Ver RUSSELL (1987, p. 22–24).

Copyright © 2024 Martha Minow
https://doi.org/10.1590/2179-8966/2024/78615 | ISSN: 2179-8966 | e78615

familiares, religiosos, de classe, ou raciais e se tivessem as mesmas oportunidades e experiências. Este conceito de igualdade faz do reconhecimento das diferenças uma base para a negação da igualdade (POLE, 1978, p. 293–294) de tratamento. Tendo em vista o risco de que a diferença signifique desvio ou desigualdade, a estigmatização da diferença, uma vez identificada, não é surpreendente.

Em terceiro lugar, tratamos a pessoa que vê ou julga como se não tivesse uma perspectiva, em vez de inevitavelmente ver e julgar a partir de uma determinada perspectiva situada. Embora a perspectiva de uma pessoa não caia em suas características demográficas, ninguém está livre da perspectiva e ninguém pode ver totalmente do ponto de vista do outro.[5]

Quarto, assumimos que as perspectivas daqueles que estão sendo julgados são irrelevantes ou já são levadas em conta através da perspectiva do juiz. Esta premissa é um luxo daqueles com mais poder ou autoridade, pois aqueles com menos poder geralmente precisam considerar as opiniões de pessoas diferentes deles. Como observou ironicamente um romancista, os cavalos "sempre compreenderam muito mais do que deixaram transparecer. É difícil estar sentado o dia todo, todos os dias, por alguma outra criatura, sem formar uma opinião sobre eles. Por outro lado, é perfeitamente possível sentar-se o dia todo, todos os dias, em cima de outra criatura e não ter o mínimo pensamento sobre eles". (ADAMS, 1987, p. 4) Além disso, essa premissa trata a autoconcepção ou visão de mundo de uma pessoa como não relacionada ao modo como os outros a tratam.

Finalmente, há uma premissa de que os arranjos sociais e econômicos existentes são naturais e neutros. Se os locais de trabalho e os arranjos da vida são naturais, eles são inevitáveis. Segue-se, então, que as diferenças na vida profissional e familiar de determinados indivíduos surgem devido à escolha pessoal. Presumimos que os indivíduos são livres, não prejudicados pelo *status quo*, quando formam as suas próprias preferências e agem de acordo com elas.[6] Deste ponto de vista, qualquer desvio do *status quo* corre o risco de parcialidade e interferência no livre arbítrio.[7]

Essas premissas inter-relacionadas, uma vez explicitadas, podem ser rebatidas com outras contrárias. Considere estes pontos de partida alternativos. A diferença é relacional,

[5] Ver os comentários de Kenneth Karst sobre os efeitos da ausência de uma juíza mulher no Suprema Corte que decidiu que a gravidez é neutra em termos de sexo. (KARST, 1977).
[6] Para críticas desta visão, ver: ELSTER (1986, p. 1129).
[7] Ver, por exemplo, BICKEL, 1970. Mas J. Skelly Wright criticou a abordagem de valor-neutralidade pela sua insensibilidade aos oprimidos. (WRIGHT, 1971. p. 769).

Copyright © 2024 Martha Minow
https://doi.org/10.1590/2179-8966/2024/78615 | ISSN: 2179-8966 | e78615

não intrínseca. Quem ou o que deve ser tomado como ponto de referência para definir as diferenças é discutível. Não existe uma perspectiva única e superior para julgar questões de diferença. Nenhuma perspectiva afirmada para produzir "a verdade" é sem uma perspectiva situada, porque qualquer afirmação é feita por uma pessoa que tem uma perspectiva. As afirmações de uma diferença como "a verdade" podem, de fato, obscurecer o poder da pessoa que atribui uma diferença, enquanto excluem importantes perspectivas concorrentes. A diferença é uma pista para os arranjos sociais que tornam algumas pessoas menos aceitas e menos integradas, enquanto expressam as necessidades e interesses de outras que constituem o modelo idealizado. E os arranjos sociais podem ser mudados. Os arranjos que atribuem o fardo das "diferenças" a algumas pessoas, enquanto deixam outras confortáveis, são artefatos históricos. Manter estes padrões históricos incorporados no *status quo* é imparcial e não pode ser justificado pela alegação de que todos escolheram livremente fazê-lo.

Consideremos as premissas habituais e estas alternativas no contexto de tratamentos jurídicos contestados de diferença. Tornar explicitas as premissas normalmente ocultas pode abrir o debate sobre elas e também revelar as muitas ocasiões em que advogados e juízes reuniram pontos de vista alternativos.

Premissa 1: A Diferença É Intrínseca, não É uma Comparação

As questões sobre quem é diferente podem e devem ser resolvidas por um processo de descoberta de diferenças intrínsecas? A diferença é algo intrínseco ao diferente ou algo construído por atitudes sociais? Ao propor reivindicações legais por meio do dilema da diferença, litigantes e juízes tratam o problema da diferença como o que a sociedade ou um determinado tomador de decisão deve fazer em relação à "pessoa diferente" — uma formulação que atribui implicitamente o rótulo de diferença a essa pessoa.

A investigação da diferença funciona classificando as pessoas em categorias nitidamente distintas, com base em fatos e características selecionadas. A categorização ajuda as pessoas a lidar com a complexidade e a entender umas às outras. (LAKOFF, 1987, p.

Copyright © 2024 Martha Minow
https://doi.org/10.1590/2179-8966/2024/78615 | ISSN: 2179-8966 | e78615

xi) Criar categorias para simplificar um mundo complicado pode muito bem ser uma característica inevitável da cognição humana.[8]

Quando advogados e juízes analisam diferenças e usam categorias para fazê-lo, eles importam um método básico de análise jurídica. A análise jurídica, formulada de modo judicial, normalmente pergunta se uma dada situação "se encaixa" em uma categoria definida por uma norma jurídica ou, ao contrário, encontra-se fora dela. Questões apresentadas para revisão pela Suprema Corte, por exemplo, muitas vezes assumem a forma "Isto é aquilo?"[9] Por exemplo, os judeus são uma raça? Uma doença contagiosa é uma deficiência? Outras perguntas assumem a forma "*x* está realmente fazendo *y*?" Por exemplo, oferecer uma garantia legal de reintegração no emprego após a licença-maternidade é realmente uma discriminação de gênero? Negar o seguro-desemprego a alguém que deixou o trabalho por causa da gravidez também é realmente discriminatório com base no gênero? Como Martin Golding explicou, estas perguntas simples podem parecer factuais com respostas claras, mas também são "perguntas sobre a aplicação de um nome, para as quais qualquer resposta é arbitrária". (GOLDING, 1984, p. 104)[10] Edward Levi, um importante expositor da natureza do raciocínio jurídico, explicou as três etapas envolvidas: "Verifica-se uma semelhança entre os casos; em seguida, é anunciada a regra do direito inerente ao primeiro caso; então a norma jurídica se torna aplicável ao segundo caso... A constatação de similaridade ou diferença é a etapa chave no processo legal".[11]

Mais uma vez, como os críticos observaram por quase um século, estes padrões de análise jurídica implicam que o raciocínio jurídico produz resultados por conta própria, além

[8] "Existe, talvez, uma verdade universal sobre todas as formas de cognição humana: a capacidade de lidar com o conhecimento é enormemente excedida pelo conhecimento potencial contido no ambiente do homem. Para lidar com esta diversidade, a percepção do homem, a sua memória e os seus processos de pensamento cedo se tornam governados por estratégias para proteger as suas capacidades limitadas da confusão da sobrecarga. Tendemos a perceber as coisas esquematicamente, por exemplo, em vez de em detalhe, ou estivemos presentes numa classe de coisas diversas por algum tipo de 'exemplo típico' médio".
(BRUNER, 1979. p. 59-69).

[9] Ver GOLDING (1984, p. 104).

[10] Também, Charles Taylor compara teorias do conhecimento que tratam a linguagem como uma interferência violenta com a realidade e um obstáculo à verdade, e teorias do conhecimento que concebem enfaticamente a própria razão crítica como capaz de alcançar cada vez mais e mais percepções corretas sobre o mundo. (TAYLOR, 1987).

[11] Mas Levi também enfatiza que as regras não são fixas, e "a classificação muda à medida que a classificação é feita. As regras mudam à medida que as regras são aplicadas". A análise da uniformidade e da diferença caracteriza tanto o raciocínio por analogia, como o raciocínio prévio. Outros modos de raciocínio jurídico contemporâneo incluem a análise de políticas, a ponderação de custos e benefícios, e a avaliação da ação proposta em termos de sequências. (LEVI, 1949, p. 2).

Copyright © 2024 Martha Minow
https://doi.org/10.1590/2179-8966/2024/78615 | ISSN: 2179-8966 | e78615

do controle humano.[12] Mas diferenças entre pessoas e entre problemas e entre conceitos legais ou precedentes são declarações de relações; elas expressam uma comparação com outra pessoa, problema, conceito ou precedente. Uma diferença não pode ser entendida senão como um contraste entre instâncias, ou entre uma norma e um exemplo.[13] Avaliar semelhanças e diferenças é um processo cognitivo básico na organização do mundo; depende da comparação de um novo exemplo com um mais antigo. A análise jurídica depende do processo de comparação deste caso com outros casos, um processo de desenho de semelhanças e diferenças. Ann Scales observou: "Caracterizar as semelhanças e diferenças entre as situações é um passo fundamental nos julgamentos jurídicos. Esse passo, porém, não é uma manipulação mecanicista das essências. Pelo contrário, esse degrau tem sempre um núcleo moral." (SCALES, 1986, p. 1373)[14] O próprio ato de classificação refaz os limites da classe, movendo a linha para incluir em vez de excluir esta instância. De fato, muitas categorias usadas para descrever as diferenças das pessoas são inventadas apenas quando são convocadas para o serviço de definir alguém.[15] Reconhecer isto significa reconhecer que a diferença não é descoberta, mas humanamente inventada.

Às vezes, os tribunais têm feito tais reconhecimentos. Por exemplo, quando perguntado se judeus e árabes são raças distintas para fins de estatutos de direitos civis, a Suprema Corte em 1987 argumentou que fontes científicas objetivas não poderiam resolver esta questão, essencialmente reconhecendo que a identidade racial é construída socialmente.[16][17] Contudo, estranhamente, os juízes voltaram-se para as noções de identidade racial de meados e finais do século XIX, predominantes quando os estatutos corretivos foram adotados, em vez de examinar as premissas contemporâneas e os preconceitos atuais. O problema para os litigantes era se deveriam invocar categorias que tinham sido utilizadas para denegri-los a fim de obter proteção legal. Como estes casos ilustram os grupos que buscam

[12] Ver Gilmore discutindo Cardozo e a incerteza em: GILMORE (1977); COHEN (1950); SINGER (1984); (SINGER, 1984).
[13] "É ingênuo tratar a qualidade da uniformidade, que caracteriza os membros de uma classe, como se fosse uma qualidade inerente às coisas ou como um poder de reconhecimento inerente à mente... A uniformidade não é uma qualidade que possa ser reconhecida nas próprias coisas; é conferida a elementos dentro de um esquema coerente". (DOUGLAS, 1986, p. 58–59).
[14] Também: "Instituições conferem uniformidade. As analogias de base social atribuem itens díspares às classes e carregam-nas com conteúdo moral e político". (DOUGLAS, 1986, p. 63).
[15] Em seu estudo, Ian Hacking (1986) identifica o processo pelo qual as categorias são inventadas como pessoas que lhes são atribuídas.
[16] Ver os casos Shaare Tefila Congregation v. Cobb (U.S., 1987g) e Saint Francis College v. Al-Khazraji (U.S.,
[17] e). Para uma exploração cuidadosa da história da construção social da identidade racial, ver GOTANDA (1987)

Copyright © 2024 Martha Minow
https://doi.org/10.1590/2179-8966/2024/78615 | ISSN: 2179-8966 | e78615

desafiar as categorias atribuídas e o estigma, eles esbarram neste dilema: “Como se protesta contra uma categorização imposta socialmente, exceto organizando-se em torno da categoria?” (EPSTEIN, 1987) Além disso, um rótulo de diferença acentua uma característica sobre todas as outras e pode carregar uma teia de associações negativas. As percepções e avaliações da diferença escolhem os traços que não se encaixam confortavelmente nos arranjos sociais dominantes, mesmo quando esses traços poderiam facilmente se tornar irrelevantes por diferentes arranjos sociais ou regras diferentes sobre quais traços devem ser permitidos.

Ocasionalmente, os legisladores demonstram uma compreensão do processo de rotulagem que atribui a algumas pessoas categorias com base em características que podem ser apenas imaginadas por outras. A lei federal *Rehabilitation Act* proíbe a discriminação contra pessoas deficientes — e contra pessoas consideradas por outros como deficientes.[18]

Alguns argumentaram que a atribuição de diferenças no pensamento ocidental envolve não apenas relacionamentos e comparações, mas também a imposição de hierarquias.[19] Para explorar esta ideia, precisamos da próxima premissa oculta: a norma implícita ou ponto de referência para a comparação por meio da qual a diferença é atribuída.

Premissa 2: A Norma não Precisa Estar Prevista

Tratar alguém como diferente significa conceder-lhe um tratamento diferente do de outra pessoa; descrever alguém como “o mesmo” implica “o mesmo que” outra pessoa. Quando as diferenças são discutidas sem referência explícita à pessoa ou à característica do outro lado da comparação, uma norma oculta permanece. Normalmente, este ponto de referência padrão é tão poderoso e bem estabelecido que especificá-lo não é considerado necessário.[20]

Quando as mulheres defendem direitos, o ponto de referência implícito usado nas discussões sobre uniformidade e diferença é o privilégio concedido a alguns homens —

[18] Ver o caso School Board v. Arline (U.S., 1987f)

[19] Este tem sido um tema enfatizado no trabalho dos críticos desconstrutivos. Ver, por exemplo, DERRIDA (1973); GUILLAUMIN, (1982); JOHNSON (1981, p. viii). Para estudos feministas, ver JARDINE (1980, pp. xxv, xxvi); OLSEN (198); COLLINS (1986). Sobre a teoria crítica do direito, ver KENNEDY (1976, p. 1685); SCHLAG (1988, p. 929).

[20] “Podemos reconhecer e descrever desvios de uma norma com muito mais nitidez do que podemos descrever a própria norma”. (VICKERS *apud* SCHON, 1983, p. 53).

Copyright © 2024 Martha Minow
https://doi.org/10.1590/2179-8966/2024/78615 | ISSN: 2179-8966 | e78615

tipicamente, homens brancos que estão bem estabelecidos na sociedade. É enganoso tratar a norma implícita como sendo constituída por todos os homens, como tende a fazer a retórica dos direitos das mulheres, pois isso obscurece as diferenças históricas, raciais e de classe no tratamento dos próprios homens. Mas o ponto de referência dos homens privilegiados pode apresentar argumentos poderosos para superar a exclusão das mulheres de atividades e oportunidades. Os esforços de reforma em favor das mulheres durante os séculos XIX e XX afirmaram as semelhanças fundamentais das mulheres com os homens que tinham permissão para votar, participar de júris, envolver-se em negócios e participar de instituições políticas e econômicas essenciais. As declarações de direitos na Constituição Federal e outros documentos legais básicos utilizavam termos universais, e os defensores dos direitos das mulheres argumentavam que as mulheres se encaixavam nesses termos tão bem quanto os homens privilegiados.[21] Infelizmente para os reformadores, abraçar a teoria da "semelhança" significava que qualquer sinal de diferença entre as mulheres e os homens, quando comparados, poderia ser usado para justificar o tratamento diferente das mulheres em relação àqueles homens.

Uma "diferença" proeminente atribuída às mulheres, implícita na comparação com os homens, é a gravidez — especialmente a gravidez vivida por mulheres que trabalham fora de suas casas. O tratamento dado pela Suprema Corte às questões relativas à gravidez e ao local de trabalho destaca o poder da norma oculta nas análises dos problemas de diferença. Em 1975, a Corte aceitou um recurso contra uma norma masculina ao derrubar uma lei de Utah que desqualificava uma mulher de receber seguro-desemprego por um período específico próximo ao parto, mesmo que seus motivos para deixar o trabalho não estivessem relacionados à gravidez.[22] Embora a capacidade de engravidar seja uma diferença entre mulheres e homens, este fato por si só não justifica tratar mulheres e homens de maneira diferente em questões não relacionadas à gravidez. Usando os homens como regra, a Corte argumentou que qualquer mulher que pode se comportar como um homem pode ser tratada

[21] Por exemplo, o caso Bradwell v. State (U.S., 1872), em que Myra Bradwell argumenta, sem sucesso, que a cláusula de privilégios e imunidades a protegia do viés de gênero nas regras que regiam a admissão à advocacia; e a transcrição do argumento de 1872 após a prisão de Anthony por votar ilegalmente, conforme o caso United States v. Susana B. Anthony reimpresso em SCHNEIR (1972. p. 132–36).

[22] O processo foi decidido com base no devido processo legal. Ver o caso Department of Employment (U.S., 1975b) (*per curiam*); ver também o caso Cleveland Board of Educ. v. La Fleur, (1974), o qual invalidou uma regra de acumulação escolar local que exigia que as professoras grávidas tirassem licença-maternidade não remunerada.

Copyright © 2024 Martha Minow
https://doi.org/10.1590/2179-8966/2024/78615 | ISSN: 2179-8966 | e78615

como um homem. A uma mulher não podia ser negado o seguro-desemprego por razões diferentes das que um homem poderia ter.

O que é, todavia, igualdade de tratamento para a mulher corretamente identificada no grupo de grávidas, não apenas estereotipada como tal e, por esse motivo, temporariamente impossibilitada de trabalhar fora de casa? A Corte tratou dessas questões pela primeira vez em dois casos que colocaram a questão de saber se a discriminação com base na gravidez — isto é, a negação de benefícios de saúde por parte dos empregadores — equivalia à discriminação com base no sexo. Em ambos os casos, a Corte respondeu negativamente, argumentando que os empregadores faziam uma distinção não com base na proibição do sexo, mas apenas com base na gravidez; e como as mulheres podiam estar grávidas ou não, esses não eram exemplos de discriminação sexual.[23] Somente de um ponto de vista que considera a gravidez como uma ocorrência estranha, ao invés de um potencial corporal em curso, sua relação com a experiência feminina seria tão tênue; e apenas de um ponto de vista que considera os homens como a regra, a exclusão da gravidez da cobertura do seguro de saúde parecia não problemática e isenta de discriminação de gênero.

O Congresso respondeu promulgando a *Pregnancy Discrimination Act*, que alterou o Título VII (da lei federal que proíbe a discriminação de gênero no emprego) para incluir a discriminação com base na gravidez dentro da faixa de discriminação de gênero não permitida. (U.S., 1978) No entanto, mesmo sob estes novos termos legais, o poder da norma masculina oculta nos debates sobre a definição de discriminação persiste. De fato, uma nova questão surgiu sob a *Pregnancy Discrimination Act*: se o tratamento diferenciado com base na gravidez é proibido, será que a lei também proíbe qualquer exigência estatal para gravidez ou licença-maternidade — que são, afinal, distinções feitas com base na gravidez, embora feitas para ajudar as mulheres?

Um grupo de empregadores ingressou com um processo na década de 1980 argumentando que mesmo o tratamento favorável com base na gravidez violava a *Pregnancy Discrimination Act*. Os empregadores contestavam uma lei da Califórnia que estabelecia um direito limitado de retomar um emprego anterior após uma licença não remunerada por invalidez devido à gravidez. (CALIFORNIA, 1980) O caso — California Federal Savings & Loan Association v. Guerra, conhecido como “Cal/Fed” (U.S., 1987) — em um sentido real e

[23] Ver os casos General Electric Co. v. Gilbert (U.S., 1976), e Geduldig v. Aiello, 417 (U.S., 1974) (proteção igual).

Copyright © 2024 Martha Minow
https://doi.org/10.1590/2179-8966/2024/78615 | ISSN: 2179-8966 | e78615

doloroso dividiu a comunidade de defensores dos direitos das mulheres. Resumidamente, em lados opostos, os grupos de direitos das mulheres vieram a público com a divisão. Alguns sustentavam que qualquer distinção com base na gravidez — qualquer distinção com base no sexo — perpetuaria os estereótipos negativos há muito usados para denegrir e excluir as mulheres. Outros argumentavam que negar os fatos da gravidez e as necessidades das novas mães só poderia prejudicar as mulheres; tratar mulheres como homens no local de trabalho violava as exigências de igualdade. O que a igualdade exige — tratar as mulheres como homens ou tratar as mulheres de maneira especial?

O que ficou claro nesses argumentos foi que um problema mais profundo havia produzido este enigma: um mundo do trabalho que trata como trabalhador-modelo o empregado tradicional do sexo masculino que tem esposa e mãe em tempo integral para cuidar da casa e dos filhos. A própria expressão "tratamento especial", quando usada para descrever gravidez ou licença-maternidade, coloca os homens como a regra e as mulheres como diferentes ou desviantes dessa norma. O problema não eram as mulheres ou a gravidez, mas o esforço para encaixar as experiências e necessidades das mulheres em categorias forjadas pensadas em homens.[24]

O caso chegou à Suprema Corte. Por causa de uma discordância extenuante, a maioria dos juízes reconheceram o problema e rejeitaram a presunção da regra masculina que fez o caso parecer uma escolha entre "tratamento igualitário" e
"tratamento especial". Em vez disso, a opinião do Juiz Marshall, para a maioria, passou de uma comparação estreita do local de trabalho para uma comparação mais ampla de homens e mulheres em seus papéis duplos como trabalhadores e como membros da família. A Corte não encontrou nenhum conflito entre a *Pregnancy Discrimination Act* e a lei estadual contestada, que exigia a reintegração qualificada das mulheres após licença-maternidade, porque "a lei de licença por invalidez na gravidez da Califórnia permite que as mulheres, assim como os homens, tenham famílias sem perderem seus empregos". A Corte, portanto, interpretou a lei federal para permitir que os estados exigissem que os empregadores removessem as barreiras no local de trabalho que colocariam em desvantagem as grávidas em comparação com outras pessoas. Além disso, o fundamento da maioria, se ainda houver

[24] Ver FINLEY (1986); TAUB (1985, p. 825). Vários estudiosos demonstraram a atração de normas ocultas no contexto do emprego e da regulamentação pública. Ver BEERMANN, Jack M.; SINGER (1989); SUNSTEIN (1987).

Copyright © 2024 Martha Minow
https://doi.org/10.1590/2179-8966/2024/78615 | ISSN: 2179-8966 | e78615

um conflito entre uma proibição federal contra a discriminação com base no sexo e uma lei estadual exigindo amparo para mulheres que tiram licença-maternidade, este conflito ser resolvido pela extensão de benefícios concedidos aos homens, semelhantes aos benefícios disponíveis para mulheres após licença-maternidade ou gravidez. (U.S., 1987, p. 694-695) Aqui, a Corte tomou como referência as experiências das mulheres e instou ao tratamento igualitário dos homens em relação às mulheres, invertendo assim a prática habitual. Os dissidentes, entretanto, continuaram convencidos de que a lei federal proibia o tratamento preferencial com base na gravidez; persistiram em usar a regra masculina como medida de igualdade de tratamento no local de trabalho.[25]

Permanece o risco de usar o casal responsável pela criação dos filhos como um novo ponto de referência obscuro e de não reconhecimento dos encargos dos trabalhadores que precisam de respaldo para cuidar de um pai dependente ou para cuidar de alguma outra necessidade privada. Uma nova norma pode produzir novas exclusões e atribuir o *status* da "diferença" ainda à outra pessoa. Referências ocultas aparecem em muitos outros contextos. A suposição da capacidade física como norma se manifesta na arquitetura que é inacessível a pessoas que usam cadeiras de rodas, bengalas ou muletas para se locomover. Normas implícitas muitas vezes funcionam sutilmente, por meio de categorias manifestadas na linguagem. Os processos de raciocínio tendem a tratar as categorias como claras, limitadas e nítidas; um determinado item se enquadra dentro da categoria ou não. Em vez de considerar o indivíduo como um todo, muitas vezes selecionamos uma característica como representativa do todo. George Lakoff ilustrou esse fenômeno com o termo "mãe". Embora "mãe" pareça ser uma categoria geral, com subcategorias como "mãe trabalhadora" e "mãe não trabalhadora solteira", a própria necessidade de modificar os adjetivos demonstra um protótipo implícito que estrutura as expectativas e as avaliações dos membros da categoria geral, mas trata essas expectativas e avaliações como meros reflexos da realidade.[26] Se a categoria geral é a religião, mas o protótipo oculto for o cristianismo, um tribunal pode ter dificuldade em reconhecer como religião um grupo que não tem, por exemplo, o seu representante espiritual na figura de um pastor ou padre.[27]

[25] J. White, contrário (U.S., 1987, p. 698).
[26] Ver (LAKOFF, 1987, p. 39–84).
[27] Tendemos a pensar metaforicamente, permitindo que um conceito represente outro, ou sinedoquicamente, deixando uma parte representar um todo. Essas formas de pensar muitas vezes obscurecem a compreensão, seja porque nos impedem de nos concentrar em aspectos de uma coisa que são inconsistentes com a metáfora que

Copyright © 2024 Martha Minow
https://doi.org/10.1590/2179-8966/2024/78615 | ISSN: 2179-8966 | e78615

O psicólogo Jerome Bruner escreveu: “Não há como ver sem olhar, não há como ouvir sem ouvir, e tanto olhar quanto ouvir são moldados pela expectativa, postura e intenção”.[28] Pontos de referência encontram-se escondidos no discurso jurídico, que está repleto da linguagem do universalismo abstrato. A Constituição dos Estados Unidos da América, por exemplo, incluiu linguagem geral para descrever as pessoas protegidas por ela, mesmo quando excluiu escravos negros e mulheres brancas de seu alcance pretendido.[29] A linguagem jurídica busca a aplicabilidade universal, independentemente das características particulares de um indivíduo, mas o universalismo abstrato muitas vezes “toma a parte pelo todo, o particular pelo universal, e o essencial, o presente pelo eterno”. (GOULD, 1976) O raciocínio jurídico parece racional, de acordo com um teórico, quando “metáforas específicas para categorizar semelhanças e diferenças no mundo ficaram congeladas, ou institucionalizadas como senso comum”. (PELLAR, 1985) Tornar explícitos os pontos de referência ocultos é o primeiro passo para abordar esse problema; a próxima é desafiar a suposta neutralidade do observador, que de fato vê inevitavelmente de uma perspectiva situada.

Premissa 3: O Observador Pode Ver sem uma Perspectiva

Esta premissa se baseia nas outras. As diferenças são intrínsecas e qualquer um pode vê-las; há uma verdadeira realidade, e observadores imparciais podem fazer julgamentos sem serem afetados e sem serem contaminados por sua própria perspectiva ou experiência.[30] Os fatos do mundo, incluindo fatos sobre as características das pessoas, apenas são verdadeiramente conhecidos por alguém não influenciado por situações sociais ou culturais. Uma vez que as regras legais são selecionadas, independentemente de disputas anteriores sobre as próprias regras, a sociedade pode orientar os agentes legais a aplicá-las imparcialmente e usá-las para descobrir e categorizar eventos, motivos e culpabilidade tal como elas existem no mundo.

escolhemos, ou porque não nos lembramos de que fizemos a substituição. Ver GARDNER (1985, p. 372–373); LAKOFF e JOHNSON (1980, p. 10–13, 35–40); KAHNEMAN *et al*. (1982, p. 23–98).

[28] Bruner (1986, p. 110) parafraseando Robert Woodworth. Similarmente, Albert Einstein disse: “É a teoria que decide o que podemos observar”, citado em: BELL (1973, p. 9).

[29] Nancy Cott observa que apenas as emendas pós-Guerra Civil introduzem a linguagem particularizante de raça e gênero, tentando garantir o alcance universal real em que a linguagem universal anterior da Constituição não pretendia fazê-lo.

[30] Ver JAGGAR (1983, p. 356).

Copyright © 2024 Martha Minow
https://doi.org/10.1590/2179-8966/2024/78615 | ISSN: 2179-8966 | e78615

Esta aspiração à imparcialidade nos julgamentos jurídicos, no entanto, é apenas isso — uma aspiração, não uma descrição. A aspiração ainda corre o risco de obscurecer a perspectiva inevitável de qualquer agente legal, ou de qualquer outra pessoa, e assim torna-se mais difícil contestar o impacto da perspectiva na seleção de características usadas para julgar as consequências legais.

O próprio ideal de objetividade suprime a coincidência entre os pontos de vista da maioria e o que é comumente entendido como objetivo ou imparcial. Por exemplo, em um caso de discriminação no trabalho, a ré, um escritório de advocacia, tentou desqualificar a Juíza Constance Baker Motley de participar do caso porque ela, como uma mulher negra que já representou os demandantes em casos de discriminação, se identificaria com aqueles que sofrem discriminação racial ou sexual. A ré presumiu que a identidade pessoal da Juíza Motley e seu trabalho político anterior a tornavam diferente, ausente da capacidade de perceber sem uma perspectiva prévia. A Juíza Motley, no entanto, recusou-se a declinar sua competência, e explicou: “Se a origem, sexo ou raça de cada juiz fossem, fundamentos suficientes para o afastamento de um caso, nenhum juiz deste tribunal poderia ouvir este caso, ou muitos outros, em virtude do fato de todos eles serem advogados, de um sexo, muitas vezes com experiências distintas em escritórios de advocacia ou serviços públicos". (U.S., 1975a)[31]

Devido à aspiração à imparcialidade e à prevalência da linguagem universalista na lei, a maioria dos observadores do Direito tem relutado em confrontar os argumentos de filósofos e psicólogos que desafiam a ideia de que os observadores podem ver sem uma perspectiva.[32] Filósofos como A. J. Ayer e W. V. Quine observam que, embora possamos alterar a teoria que usamos para enquadrar nossas percepções do mundo, não podemos ver o mundo livre de

[31] Em Commonwealth v. Local Union (1974) O Juiz Higginbotham observou que "advogados negros têm litigado em tribunais federais quase exclusivamente perante juízes brancos, mas eles não pediram que os juízes brancos sejam desqualificados em questões de relações raciais”.

[32] A ciência compartilha tanto esta aspiração de imparcialidade quanto a preferência pela linguagem universalista. Popper declarou que: “É o objetivo da ciência encontrar explicações satisfatórias", e tais explicações devem ser “em termos de testável e leis universais falsificáveis e condições iniciais”. (POPPER, 1983, p. 132, 134) No entanto, considerável atenção crítica tem se concentrado no objetivo da ciência de derivar leis universais imparciais de observações objetivas. Por exemplo, Paul Feyerabend desafia a noção de observações objetivas, argumentando que todos os fatos são carregados de valor ou “contaminados”. (FEYERABEND, 1988). E o livro seminal de Thomas Kuhn (1970) questiona a imparcialidade dos esforços científicos. Kuhn demonstra que as teorias científicas concorrentes são geralmente incomensuráveis; portanto, muitas vezes não há base lógica ou objetiva para escolher entre elas. Isto sugere que algo diferente da lógica desempenha um papel significativo no mapeamento do curso que a ciência segue. Trazendo um ângulo diferente para a crítica da ciência, Evelyn Fox Keller (1985) argumenta que a aspiração da ciência de gerar leis universais de forma imparcial reflete não apenas uma busca pela verdade. Ela sustenta que a busca por objetividade e universalidade é em grande parte uma projeção na ciência de uma necessidade de dominar e controlar o mundo.

Copyright © 2024 Martha Minow
https://doi.org/10.1590/2179-8966/2024/78615 | ISSN: 2179-8966 | e78615

preconceitos. (AYER, 1982. p. 157; QUINE, 1969)[33] O que nos interessa, considerando quem somos e onde estamos, afeta nossa capacidade de percepção. (JAMES, 1990)[34]

O impacto da perspectiva não reconhecida do observador pode ser grosseiramente opressivo. Quando um município inclui um presépio em sua exibição anual de Natal, a maioria da comunidade pode não perceber nenhuma ofensa aos não cristãos da comunidade. Se a prática for questionada em tribunal como uma violação da proibição constitucional contra o estabelecimento de uma religião por um ente público, um juiz que seja cristão também pode deixar de ver a ofensa a qualquer pessoa e apenas concluir, como fez a Suprema Corte em 1984, que o Natal é um feriado nacional.[36] Os juízes podem ser particularmente incapazes de perceber a mensagem do Estado sobre uma prática religiosa dominante porque os próprios juízes são muitas vezes membros do grupo dominante e, portanto, têm o luxo de ver suas perspectivas espelhadas e reforçadas nas principais instituições sociais e políticas. Da mesma forma, os membros de uma maioria racial podem não sentir o impacto de sua própria raça em sua perspectiva sobre a raça de outros.[35]

O poder de perspectivas não reconhecidas permeou uma análise recente da Suprema Corte sobre a questão de saber se uma lei federal que isenta organizações religiosas de regras contra discriminação religiosa em decisões de emprego viola a cláusula de estabelecimento da Primeira Emenda. A maioria da Corte endossou esta concessão legislativa de discricionariedade às organizações religiosas e rejeitou as alegações de um funcionário demitido de que tal amparo da religião promove inconstitucionalmente as organizações religiosas ao preço da liberdade religiosa individual. A maioria argumentou que a preferência pela religião não era exercida pelo Estado, mas sim pela igreja.[36] Neste caso, os juízes sugeriram que o Estado poderia permanecer neutro, mesmo isentando as organizações

[33] Ver também: PUTNAM (1892). A ideia é ainda mais pronunciada em Kuhn (1970, p. 23-25), pois ele argumenta que a investigação científica tem buscado a verdade dentro de um paradigma de organização racional da coleta de fatos que é tão dado como certo que restringe a visão de acordo com suas próprias premissas.

[34] Para Luce Irigaray, em sua obra *Ethique de la différence sexuelle*, "Eu nunca estarei no lugar de um homem, um homem nunca estará no meu. Quaisquer que sejam as identificações possíveis, uma nunca ocupará exatamente o lugar da outra — são irredutíveis uma à outra". (IRIGARAY, 1987, p. 19-20 *apud* HEATH, 1987). [36] Lynch v. Donnelley (U.S., 1984a). Posteriormente, a Corte enfatizou que o contexto é importante na avaliação de cláusula de estabelecimento que contesta exibições públicas de uma creche. Ver o caso County of Allegheny v. American Civil Liberties Union (U.S., 1989).

[35] Ver LAWRENCE (1987).

[36] Ver Corporation of the Presiding Bishop of the Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints v. Amos, (U.S., 1987a). O caso surgiu no contexto de atividades religiosas sem fins lucrativos.

Copyright © 2024 Martha Minow
https://doi.org/10.1590/2179-8966/2024/78615 | ISSN: 2179-8966 | e78615

religiosas de proibições universais contra a discriminação com base na religião nas decisões de emprego.

A juíza Sandra Day O'Connor apontou, em sua opinião favorável, que permitir que um tomador de decisão privado use a religião em decisões de emprego inevitavelmente envolveu o Estado nessa discriminação. Para ela, a questão para a Corte era como um "observador objetivo" perceberia uma política governamental de aprovação de tais decisões de emprego baseadas na religião. Ela desafiou a maioria dos juízes a admitir que a lei não era neutra e a explorar o significado dessa não neutralidade para alguém não envolvido na disputa. A aspiração à imparcialidade permeou sua análise, mas o significado de objetividade quase se dissolveu na aplicação: "Para verificar se a lei [isentando as organizações religiosas da proibição de discriminação religiosa no emprego] transmite uma mensagem de endosso, a questão relevante é como isso seria percebido por um observador objetivo, familiarizado com o texto, história legislativa e implementação da lei". (U.S., 1987a, p. 2874).

O que poderia significar "objetivo" aqui? Primeiro, reconhece-se a perspectiva limitada dos representantes do Estado. Em segundo lugar, rejeita-se o ponto de vista do grupo religioso como muito tendencioso ou envolvido no problema.[37] Assim, no mínimo, "objetivo" significaria "livre dos preconceitos das partes litigantes". Mas há alguém que não tenha perspectiva sobre esta questão? A Juíza O'Connor descreveu um juiz como alguém capaz de ocupar o lugar do "observador objetivo", no entanto, reconheceu que estava respondendo de sua própria perspectiva: o observador objetivo deveria perceber a ação governamental como um lugar: "Na minha opinião, para o exercício da religião, e não como um meio de o Estado apoiar uma religião". (U.S., 1987a, p. 2875). Embora em outras ocasiões a Juíza O'Connor tenha indicado uma consciência sensível de perspectivas diferentes da sua, aqui ela falhou em considerar que ninguém pode alcançar uma perspectiva livre de um ponto de vista particular. Sua conclusão neste caso — tal como sua rejeição de um desafio de liberdade religiosa a um regulamento militar que punia militares pelo uso de arnês religioso[38] — não

[37] "O sujeito julgado conhece uma parte do mundo da realidade que o espectador julgador não consegue ver, sabe mais enquanto o espectador sabe menos; e, onde quer que haja conflito de opinião e diferença de visão, somos obrigados a acreditar que o lado mais verdadeiro é o lado que sente mais, e não o lado que sente menos". (JAMES, 1900, p. 6).

[38] Ver Goldman v. Weinberger (U.S., 1986a) (rejeição à reivindicação de um judeu ortodoxo, servindo como psicólogo militar, de uma isenção religiosa nos regulamentos de vestimenta da Força Aérea para permitir que ele use kipá); MICHELMAN (1986).

Copyright © 2024 Martha Minow
https://doi.org/10.1590/2179-8966/2024/78615 | ISSN: 2179-8966 | e78615

considerou a possibilidade de que a sua própria perspectiva correspondia à perspectiva de um grupo majoritário e negligencia perspectiva de uma minoria. O conforto de encontrar uma perspectiva amplamente compartilhada não a torna menos uma perspectiva, especialmente diante da evidência de que outras pessoas percebem o mundo de uma perspectiva diferente.

A opinião dissidente do Juiz Antonin Scalia em um caso de ação afirmativa revela tanto uma perspicácia considerável sobre o efeito da perspectiva oculta do observador quanto uma surpreendente falta de consciência sobre o impacto de sua própria perspectiva. Ele previu que a aprovação da maioria de um plano de emprego de ação afirmativa levaria muitos empregadores a se engajar em planos de ação afirmativa voluntários que empregam apenas funcionários minimamente capazes, em vez de arriscarem um litígio desafiando as suas práticas laborais como discriminatórias: “Esta situação é mais provável de obter, naturalmente, no que diz respeito aos empregos menos qualificados — criando perversamente um incentivo para discriminar precisamente aqueles membros dos grupos não favorecidos suscetíveis de terem tirado menos proveito da discriminação social no passado". (U.S., 1987c) Assim, o Juiz Scalia deu a entender, sem precisar dizer, que a perspectiva dos juízes havia influenciado o desenvolvimento de uma regra que promovia planos de ação afirmativa em um ambiente que nunca poderia tocar os membros da Corte ou pessoas como eles.[39]Contudo, em outro aspecto, sua opinião manifesta, em vez de expor, o impacto da perspectiva do observador sobre o observado. Ele forneceu uma visão generosa e simpática do requerente masculino, Johnson, mas não demonstrou compreensão comparável de Joyce, a mulher promovida antes dele; sua descrição dos fatos do caso ofereceu mais detalhes sobre os desejos e esforços de Johnson para avançar em sua carreira. Com efeito, o Juiz Scalia tentou transmitir o ponto de vista de Johnson de que a promoção de Joyce representava discriminação contra Johnson. (U.S., 1987c, p. 1468) Ao contrário da maioria do tribunal, o Juiz Scalia não forneceu nenhuma descrição das aspirações de carreira de Joyce e seus esforços para realizá-las; ele, portanto, revelou uma crítica falta de simpatia pelos mais prejudicados pela discriminação social no passado.[40] O mais curioso foi sua aparente incapacidade de imaginar que Joyce e outras mulheres que trabalham em empregos relativamente não qualificados são, ainda mais do que Johnson, pessoas que provavelmente

[39] O Juiz Scalia ignorou, no entanto, os apelos para a diversificação do judiciário. Ver HALPERN (1979, p. E21).
[40] Brest (1976) argumenta que as reivindicações daqueles que sofreram por causa de padrões de discriminação merecem prioridade sobre as reivindicações daqueles que sofreram pelos caprichos do destino.

Copyright © 2024 Martha Minow
https://doi.org/10.1590/2179-8966/2024/78615 | ISSN: 2179-8966 | e78615

"menos lucraram com a discriminação social no passado". (U.S., 1987c, p. 1475) Operando sob a aparente suposição de que as pessoas se enquadram em um de dois grupos — mulheres e negros, por um lado; pessoas brancas, desestruturadas, pobres e desconhecidas, de outro[41] — o Juiz Scalia negligenciou as mulheres que eram politicamente impotentes e precisavam da proteção da Corte. Embora sua opinião revele que a Corte pode negligenciar a forma como protege empregos profissionais da ação afirmativa que prescreve para não profissionalizados, ele próprio permaneceu aparentemente inconsciente dos efeitos de sua própria perspectiva sobre sua capacidade de simpatizar com algumas pessoas, mas não com outras.

Um exemplo clássico de imersão inconsciente em uma perspectiva que prejudica os outros aparece na opinião da maioria da Suprema Corte em Plessy v. Ferguson, (U.S., 1896b) que sustentou a lógica de "separados, mas iguais" ao rejeitar um desafio à segregação racial instituída em vagões ferroviários públicos. Esta decisão finalmente foi anulada pela Corte em Brown v. Board of Education. (U.S., 1954) A maioria do Tribunal fundamentou que se em Plessy alguma pessoa negra sentiu que a segregação o carimbou com um distintivo de inferioridade, "não é por causa de qualquer coisa encontrada na [legislação], mas apenas porque a raça de cor escolhe colocar essa construção sobre ela". (U.S., 1896b, p. 551)

O advogado de Homer Plessy instou os juízes a se imaginarem no lugar de uma pessoa negra: "Suponha que um membro deste tribunal, ou melhor, suponha que cada membro dele, por alguma misteriosa dispensa de providência, acorde amanhã com a pele negra e cabelo encaracolado... e ao viajar por aquela parte do país onde o '*Jim Crow Car'*[42] abunda, deveria ser-lhe ordenado pelo condutor ali entrar. É fácil imaginar qual seria o resultado... Que humilhação, que raiva então encheria a mente judicial!". [43] Mas os juízes da maioria da Corte em 1896 não foram persuadidos e, de fato, pareciam incapazes de abandonar a perspectiva de um grupo dominante, mesmo quando ofereciam sua própria mudança imaginária de perspectivas. Eles colocaram a situação hipotética de uma legislação estadual dominada por

[41] Ver: "A ironia é que esses indivíduos [os Johnsons do país] — predominantemente desconhecidos, sem recursos, desestruturados — sofrem essa injustiça nas mãos de uma Corte que se considera a defensora dos politicamente impotentes". (U.S., 1987c, p. 1476).

[42] Tomo a liberdade de explicar para o leitor o que é o "Jim Crow Car". Criado em 1830, os vagões nos trens nos Estados Unidos da América possuíam um espaço segregacionista, reservado unicamente para pessoas negras, o qual era denominado de "Jim Crow Car". "O vagão segregado foi preservado até o século XX por trabalhadores brancos que garantiam que negros e negras não ultrapassassem aquele espaço, independente da sua classe social". (BRITO, 2019, p. 249).

[43] Conforme o resumo para o requerente no caso Plessy v. Ferguson em: BLAUSTEIN; ZANGRANDO (1968, p. 298, 303–304).

Copyright © 2024 Martha Minow
https://doi.org/10.1590/2179-8966/2024/78615 | ISSN: 2179-8966 | e78615

negros que adotasse a mesma lei que ordenava a segregação racial em vagões ferroviários que então tramitava na Corte. Os juízes argumentaram que certamente os brancos "não concordariam com [a] suposição" de que essa lei "relegaria a raça branca a uma posição inferior". (U.S., 1987c, p. 551) Mesmo no esforço de imaginar como se sentiriam caso a situação racial fosse invertida, os juízes manifestaram assim seu ponto de vista como membros de um grupo dominante e poderoso, que jamais se sentiria estigmatizado pela segregação.

Demonstrando que não era impossível naquele momento imaginar uma perspectiva diferente da maioria, no entanto, o Juiz John Harlan discordou. Ele declarou que a separação arbitrária das raças equivalia a "um distintivo de servidão totalmente inconsistente com a liberdade civil e a igualdade perante a lei". Ele refutou especificamente a afirmação da maioria sobre o significado da segregação: "Todos sabem que a lei em questão teve sua origem no propósito, não tanto de excluir os brancos dos vagões ocupados por pessoas negras, mas de excluir as pessoas negras dos vagões ocupados por ou atribuídos a pessoas brancas." (U.S., 1987c, p. 537, 562, 557.).

Até hoje, os juízes muitas vezes falham em não reconhecer sua própria perspectiva e sua influência na atribuição de diferença em relação a alguma norma oculta. Velar o ponto de vista do observador obscurece seu impacto em nossa percepção do mundo.[44] Encobrindo que a perspectiva do observador influencia a percepção leva à próxima premissa: que todas as outras perspectivas são presumivelmente idênticas às do próprio observador ou não importam.

Premissa 4: Outras Perspectivas São Irrelevantes

Em seu conto "*Meditations on History*", Sherley Ann Williams ilustra como as pessoas podem assumir que sua perspectiva é a verdade, ignorando outras perspectivas e, assim, perder muito do que está acontecendo. Na história, uma escrava grávida espera para ser enforcada por fugir de seu mestre e matar um homem branco. O proprietário a manteve detida até o

[44] Outro exemplo dessa suposição na jurisprudência da Suprema Corte aparece em seu tratamento da Quarta Emenda, onde as perspectivas de policiais e vítimas de crimes fornecem o ponto de partida presumido na avaliação de supostas violações da garantia contra buscas ou apreensões injustificadas. (MACLIN, 1988, p. 669).

Copyright © 2024 Martha Minow
https://doi.org/10.1590/2179-8966/2024/78615 | ISSN: 2179-8966 | e78615

nascimento do bebê; então ele levará o bebê, para compensar a perda de seu escravo adulto. Um homem branco que está escrevendo um livro sobre o gerenciamento de escravos entrevista a escrava e parece satisfeito por ser capaz de a compreender. Ele conclui que ela é basicamente estúpida e confusa; ele fica especialmente irritado enquanto ela sussurra e cantarola durante a entrevista, nunca considerando que ela está se comunicando com outros escravos sobre um plano de resgate. "Quando ela escapa, com a ajuda de seus amigos, ele fica perplexo; e ele nunca chega a entender o quão incompleto era seu entendimento sobre ela. (WILLIAMS, 1980, p. 200).

Muitas pessoas que julgam as diferenças no mundo rejeitam como irrelevante ou relativamente sem importância a experiência de "pessoas diferentes". William James colocou desta forma: "Vimos a cegueira e a morte uns para com os outros, que são nossa herança natural." (JAMES, 1900, p. 49) As pessoas costumam usar estereótipos como se fossem reais e completos, deixando assim de ver a complexa humanidade dos outros. O pensamento estereotipado é uma forma de incapacidade de imaginar a perspectiva do outro. Vislumbrar premissas contrastantes pode alterar suposições sobre o mundo, bem como sobre o significado da diferença.

Quando os juízes consideram a situação de alguém que pensam ser muito diferente deles, correm o risco não apenas de ver a situação dessa pessoa de seu próprio ponto de vista, mas também de não imaginar que possa haver outro ponto de vista. Quando um réu criminal acusou de discriminação racial a aplicação da pena de morte no sistema de justiça criminal da Geórgia, a Suprema Corte se dividiu entre os juízes que tratavam as perspectivas alternativas como irrelevantes e os que tentavam imaginá-las. O advogado do réu apresentou um estudo estatístico de mais de 2.000 casos de assassinato na Geórgia durante a década de 1970, e a Corte considerou como válido. Consoante o estudo, a probabilidade de um réu receber a sentença de morte está correlacionada com a raça da vítima e, em menor grau, com a raça do réu: réus negros condenados por matar vítimas brancas tinham maior probabilidade de receber a pena de morte, e réus de qualquer raça que mataram vítimas negras tinham consideravelmente menos chances de serem condenados à pena de morte. A maioria da Corte concluiu que, mesmo considerando essa prova como verdadeira, o réu não conseguiu

Copyright © 2024 Martha Minow
https://doi.org/10.1590/2179-8966/2024/78615 | ISSN: 2179-8966 | e78615

demonstrar que os tomadores de decisão em seu caso agiram com propósito discriminatório. (U.S., 1987e).[45]

Além disso, o fundamento do Juiz Lewis Powell, pela maioria, afirmava que reconhecer a alegação do réu abriria a porta "para reivindicações baseadas em discrepâncias inexplicáveis que se correlacionam com a participação em outros grupos minoritários e até mesmo com o gênero" ou aparência física. Este argumento, talvez destinado em parte a banalizar a acusação de discriminação racial ao vinculá-la à aparência física,[48] implicava que as discrepâncias nas sentenças criminais são aleatórias e numerosas demais para serem controladas. Esta formulação aproveitou o ponto de vista de tomadores de decisão como o tribunal de revisão e o júri, mas não a perspectiva do réu criminal. Estudiosos da lei de discriminação argumentaram que o efeito da discriminação sobre as minorias é o mesmo, independentemente de os membros do grupo majoritário terem ou não essa intenção.[46]

O que aconteceria se a Corte em um caso como este considerasse uma perspectiva alternativa? O Juiz William Brennan explorou esta possibilidade em sua dissidência. Talvez sabendo que nem ele, nem muitos de seus leitores poderiam entender totalmente a perspectiva do réu, ele tentou olhar através dos olhos do advogado de defesa quando questionado por Warren McCleskey, o réu negro no caso, sobre as probabilidades de uma sentença de pena de morte. Adotando este ponto de vista, o Juiz Brennan concluiu que "o advogado se sentiria obrigado a dizer a McCleskey que os réus acusados de matar vítimas brancas na Geórgia têm 4,3 vezes mais chances de serem condenados à morte do que os réus acusados de matar negros... [e] havia uma chance significativa de que a raça desempenhasse um papel importante em determinar se ele viveria ou morreria". Além disso, ele escreveu, "uma maior vontade de impor a sentença de pena morte aos réus negros, ou uma menor vontade de proferir tal sentença quando os negros são vítimas, reflete uma desvalorização da vida dos negros". Nestas circunstâncias, concluiu ele, o sistema judicial havia, de fato, considerado a raça e produzido julgamentos "completamente em desacordo com [a]

[45] A Corte observou que havia permitido evidências estatísticas de discriminação nos contextos de seleção *venire* do júri e violações do Título VII porque "nesses casos, as estatísticas se referem a cada vez menos entidades, e menos variáveis são relevantes para as decisões contestadas" (U.S., 1987e, p. 1768). [48] A discriminação de aparência pode não ser, de fato, trivial; pois pode disfarçar discriminação racial, étnica ou de gênero, ou pode codificar outras formas de pensamento estereotipado e preconceituoso. (FACIAL DISCRIMINATION…, 1897).
[46] Ver LAWRENCE III (1987) e KAIRYS (1982).

Copyright © 2024 Martha Minow
https://doi.org/10.1590/2179-8966/2024/78615 | ISSN: 2179-8966 | e78615

preocupação de que um indivíduo seja avaliado como um ser humano único". (U.S., 1987e, p. 1782, 1790)[47]

Para o medo da maioria de contestações generalizadas a todos os aspectos da sentença criminal, o Juiz Brennan respondeu: "Tomada de frente, tal declaração parece sugerir um medo de demasiada justiça… A perspectiva de que possa haver abuso mais generalizado do que os documentos de McCleskey pode ser desanimadora, mas não justifica a abdicação completa de nosso papel judicial". (U.S., 1987e, p. 1791) Para a maioria da Corte, reconhecer a discriminação neste caso parecia um problema de gestão para os tribunais, e não um meio de reduzir possíveis injustiças sofridas pelos réus.[48]

Randall Kennedy enfatizou ainda outra perspectiva desviada pela maioria, a perspectiva das comunidades negras "cujo bem-estar é menosprezado pelos sistemas de justiça criminal que respondem com mais força ao assassinato de brancos do que ao assassinato de negros". Nesta visão, é negado às comunidades negras acesso igual a um bem público: a punição daqueles que ferem os membros dessa comunidade. Levada a sério, essa perspectiva poderia levar à execução de mais réus negros que mataram vítimas negras. Kennedy concluiu que "as desvalorizações da vida humana baseadas na raça constituem simplesmente um exemplo de um fenômeno universal: a propensão das pessoas a simpatizar mais plenamente com aqueles com quem podem se identificar". (KENNEDY, 1988)

Pode ser impossível assumir completamente a perspectiva do outro, mas o esforço para fazê-lo pode nos ajudar a reconhecer que a nossa própria perspectiva é parcial. Buscar especialmente o ponto de vista das minorias não apenas ajuda os que fazem parte da maioria a se libertarem de suas suposições obscuras, mas também os ajuda a desenvolver um melhor senso normativo à luz da experiência daqueles com menos poder.[49] Os membros de grupos minoritários muitas vezes tiveram que se familiarizar com a visão de mundo da maioria, ao mesmo tempo em que tentavam preservar a sua própria. A famosa declaração de W. E. B. Du Bois em *Souls of Black Folk* descreve esse esforço: "É uma sensação peculiar, esta dupla

[47] O Juiz Blackmun argumentou que a discriminação aberta é especialmente perniciosa no sistema de justiça criminal porque é "um estimulante para o preconceito racial que é um impedimento para garantir aos [cidadãos negros] aquela justiça igualitária que a lei visa garantir a todos os outros" (U.S., 1987e,1795), Blackmun, J., discordando) (citando Strauder v. Western Virginia, 100 U.S. 303, 308 [1880]); (U.S., 1987e, p. 1790).

[48] Os tribunais tendiam a adotar a perspectiva dos funcionários responsáveis pela aplicação da lei, e não dos réus em processos criminais. (MACLIN, 1988, p. 669).

[49] Ver MATSUDA (1987), que insiste que os indivíduos que buscam justiça devem olhar para as perspectivas das minorias para insights normativos.

Copyright © 2024 Martha Minow
https://doi.org/10.1590/2179-8966/2024/78615 | ISSN: 2179-8966 | e78615

consciência, esta sensação de sempre olhar para si mesmo através dos olhos dos outros, de medir a sua própria alma pela fita do mundo que olha com divertido desprezo e pena. Alguém sempre sente sua duplicidade — um americano, um negro". (DU BOIS, 1979, p. 3) Mais recentemente, Bell Hooks explicou sua percepção de como ela e outras mulheres de cor passaram a entender o mundo: "Vivendo como vivíamos — no limite — desenvolvemos uma maneira particular de ver a realidade. Olhávamos tanto de fora para dentro quanto de dentro para fora. Focamos nossa atenção tanto no centro quanto na margem. Compreendemos ambos". (HOOKS, 1984, p. ix) As obras de ficção muitas vezes evocaram de forma poderosa os múltiplos mundos habitados por membros de minorias e, assim, ajudaram a transmitir a parcialidade até mesmo de uma visão de mundo majoritária que se apresenta como a única realidade.[50]

Os juízes têm, por vezes, demonstrado uma consciência aguda da perspectiva de pessoas ou grupos religiosos, em contraste com a visão de um empregador secular ou do Estado. Em Sherbert v. Verner (U.S., 1963), a Suprema Corte considerou as reivindicações de um membro dos adventistas do sétimo dia que havia sido dispensado por seu empregador porque não trabalhava aos sábados — o sábado é resguardado por sua igreja — e não conseguiu encontrar outro trabalho que lhe permitisse guardar o sábado. Quando ela solicitou o seguro-desemprego do estado, a comissão estadual rejeitou seu pedido alegando que ela havia se recusado a aceitar um trabalho adequado. A comissão argumentou que empregou uma regra neutra, negando benefícios a qualquer um que não aceitasse sem justa causa um trabalho adequado quando oferecido. A Suprema Corte argumentou que essa regra não era neutra; que, do ponto de vista da mulher, sobrecarregava suas crenças religiosas. De fato, argumentou a Corte, a falha do governo em aceitar a religião, dentro de limites razoáveis, equivalia à hostilidade em relação à religião.[51]

Da mesma forma, em Wisconsin v. Yoder, a maioria da Suprema Corte recusou a aplicação das leis de escolaridade obrigatória contra membros de uma comunidade Amish

[50] Ver, por exemplo, BALDWIN (1981) (o "irmão" de classe média de um ex-presidiário negro passa a entender e apreciar o mundo da música jazz do ex-presidiário); BECKER (1985) (uma mãe desaprovadora aprende a aceitar e apreciar a amante lésbica de sua filha); WALKER (1980) (as perspectivas mudam entre uma mulher branca e uma mulher negra sobre o possível estupro da mulher branca por um homem negro). Ver também ELLISON (1940).

[51] Casos subsequentes, seguiram o precedente de Sherbet, incluído o caso Thomas v. Review Board (1981) (o Estado não pode negar seguro-desemprego a uma Testemunha de Jeová que largou o emprego por motivos religiosos quando foi transferido para fabricar equipamento militar); Hobbie v. Unemployment Appeals Commission, (1987) (o Estado não pode negar seguro-desemprego à pessoa que foi demitida ao se recusar, após conversão religiosa, a trabalhar aos sábados).

Copyright © 2024 Martha Minow
https://doi.org/10.1590/2179-8966/2024/78615 | ISSN: 2179-8966 | e78615

que alegaram que seu modo de vida religioso seria abalado se seus filhos adolescentes tivessem que frequentar a escola além da oitava série. Mesmo que as leis da escolaridade compulsória sirvam a propósitos públicos amplamente apoiados, e mesmo que o modo de vida Amish pareça desconhecido para a Corte, os juízes foram capazes de imaginar a invasão representada pela escolaridade obrigatória. No entanto, o Juiz William O. Douglas, em discordância parcial, lembrou à Corte outra perspectiva frequentemente ignorada: o ponto de vista das crianças, que poderiam ter preferido a chance de continuar sua educação formal. (U.S., 1972).[52]

Uma perspectiva pode não ser prevista porque é tão desconhecida para os responsáveis que eles não a reconhecem como uma perspectiva. Os juízes, em particular, muitas vezes presumem que a perspectiva que adotam é universal ou superior a outras. De fato, uma perspectiva pode não estar prevista porque é tão poderosa e penetrante que pode ser presumida sem contestação. Já foi dito que Aristóteles poderia ter comprovado — e corrigido — sua afirmação equivocada de que as mulheres têm menos dentes do que os homens. Contudo, ele não o fez, porque pensou que sabia.[53] Presunções sobre cuja perspectiva importam e, em última análise, surgem da quinta premissa tipicamente não articulada, de que o *status quo* é a situação preferencial.

Premissa 5: O *Status Quo* É Inalterado, sem Coerção e Adequado

Ligada a muitas das outras premissas está a ideia de que características críticas do *status quo* — arranjos sociais e econômicos — são naturais e desejáveis. A partir desta premissa seguem três proposições. Primeiro, o objetivo da neutralidade governamental exige o *status quo* porque os arranjos sociais existentes são considerados neutros. Em segundo lugar, as ações governamentais que alteram o *status quo* têm um *status* diferente das omissões, ou falhas na execução, que mantêm o *status quo*. Em terceiro lugar, os arranjos sociais vigentes não

[52] O Juiz Douglas, discordando e concordando, argumentou: “A análise da Corte assume que os únicos interesses em jogo neste caso são os dos pais Amish, por um lado, e os do Estado, por outro”, e “se os pais neste caso tiverem direito a uma isenção religiosa, o efeito inevitável é impor a noção de dever religioso dos pais sobre seus filhos”. No entanto, “as opiniões da criança cujo pai é o sujeito do processo” são cruciais.
(U.S., 1972, p. 205, 241–243)

[53] "Aristóteles sustentou que as mulheres têm menos dentes do que os homens; embora tenha sido casado duas vezes, nunca lhe ocorreu verificar essa afirmação examinando a boca de suas esposas". (EGNER, 1958, p. 67).

Copyright © 2024 Martha Minow
https://doi.org/10.1590/2179-8966/2024/78615 | ISSN: 2179-8966 | e78615

são impostos a ninguém. Os indivíduos são livres para fazer escolhas e assumir a responsabilidade por essas escolhas. Estas proposições raramente são apresentadas, tanto porque estão profundamente enraizadas quanto porque tratam o *status quo* como adequado, inalterado e livremente escolhido — e, portanto, não precisam de discussão.

A diferença pode parecer saliente, então, não por causa de uma característica intrínseca à pessoa, mas porque os arranjos institucionais dominantes foram projetados sem essa característica em mente — concebidos de acordo com uma norma não prevista, reconfirmada pela opinião de que as perspectivas alternativas são irrelevantes, ou já foram consideradas. A diferença entre edifícios construídos sem considerar as necessidades de pessoas em cadeiras de rodas e edifícios acessíveis às pessoas em cadeiras de rodas revela que os arranjos institucionais definem qual realidade deve ser a norma e o que deve parecer natural. Os meios-fios das calçadas não são neutros ou naturais, mas obstáculos humanamente construídos. Curiosamente, modificar o que tem sido o *status quo* geralmente também traz benefícios inesperados. Inserir passagens no meio-fio para deficientes acaba ajudando muitos outros, tais como ciclistas e pais que empurram carrinhos de bebê. (Eles também podem ser posicionados para evitar colocar em perigo uma pessoa com deficiência visual que usa uma bengala para determinar onde termina a calçada.)

Todavia, o peso do *status quo* continua a ser grande. As instituições e as linguagens existentes já moldam o mundo e já expressam e recriam atitudes sobre o que conta como diferença, e quem ou o que é o ponto de comparação relevante. As premissas de que o *status quo* é inalterado, adequado e não coagido fazem com que as mudanças propostas pareçam violar o compromisso com a neutralidade, previsibilidade e liberdade.

Por exemplo, os tribunais trataram a instrução escolar na evolução como neutra em relação à religião, embora alguns grupos e alguns estados considerem essa instrução corrosiva para determinadas crenças religiosas (como em Edwards v. Aguillard). Da mesma forma, muitos observadores jurídicos têm visto a ação afirmativa como ausente de neutralidade, em comparação com os tratamentos de *status quo* de raça e gênero no emprego e outras distribuições de recursos sociais. Propostas para alterar regras sobre papéis de gênero encontram objeções, tanto de homens quanto de mulheres, ao que é visto como uma ruptura indesejável nas expectativas e previsibilidade das relações sociais. Sugestões para integrar escolas, clubes privados e outras instituições sociais que foram segregadas por

Copyright © 2024 Martha Minow
https://doi.org/10.1590/2179-8966/2024/78615 | ISSN: 2179-8966 | e78615

raça ou gênero provocam protestos de que essas mudanças interfeririam na liberdade — referindo-se, muitas vezes explicitamente, à liberdade daqueles que não desejam associar-se com alguns outros.[54]

Todavia, o *status quo* é frequentemente questionado como um fardo — não neutro, não desejável e não gratuito — para membros de grupos religiosos minoritários. Por exemplo, uma regra aparentemente neutra, limitando o seguro-desemprego para aqueles que ficaram desempregados involuntariamente, ofendeu as proteções constitucionais da liberdade religiosa — de acordo com a Suprema Corte — quando a regra onerou um indivíduo que perdeu o emprego quando se recusou trabalhar durante seu sábado religioso. Em Hobbie v. Unemployment Appeals Commission (U.S., 1987h), a Corte concluiu que o seguro-desemprego do Estado deve amparar adesões religiosas. As regras do governo não podem ser neutras em um mundo que não é neutro.

Apesar de decisões como esta, os tribunais, noutras ocasiões, não compreenderam quão pesadas podem ser algumas regras governamentais aparentemente neutras, dadas outras dimensões de diferenças entre as pessoas. Uma política estatal ostensivamente neutra sobre o seguro-desemprego figurou também no caso de uma mulher que havia tirado licença do trabalho por motivo de gravidez sem garantia de reintegração; após seu retorno, o empregador disse a ela que não havia vagas disponíveis. (U.S., 1987d) Linda Wimberly solicitou seguro-desemprego, mas foi negado por uma lei estadual que desqualificava os candidatos, a menos que suas razões para deixar o emprego fossem diretamente atribuíveis ao trabalho ou ao empregador. Wimberly argumentou que uma lei federal que proíbe a discriminação no seguro-desemprego "exclusivamente com base na gravidez ou interrupção da gravidez" exigia amparo para mulheres que deixam o trabalho por causa da gravidez. (U.S., 1987d)

[54] Ver WECHSLER (1959). A crítica do Juiz Skelly Wright a esse argumento aparece em "Professor Bickel", (WECHSLER, 1959, p. 769). Para críticas à tentativa de usar princípios neutros, ver TUSHNET (1983, p. 781) argumentando que princípios neutros são incapazes de orientar as decisões judiciais. Ver também ELY (1978, p. 5) salientando que os princípios neutros nada nos dizem sobre o conteúdo adequado de uma decisão. Para uma defesa dessas decisões da Suprema Corte criticadas por Wechsler, ver POLLACK (1959), argumentando que as decisões da Suprema Corte não apenas são corretas, mas também satisfazem a exigência de Wechsler de seguir princípios neutros. Para uma análise ponderada das tensões entre liberdade de associação e antidiscriminação, ver RHODE, 1986, p. 106). Este tópico rendeu várias decisões recentes da Suprema Corte rejeitando defesas associativas a práticas discriminatórias. Ver New York State Club Ass'n v. City of New York (21 de junho de 1988); Roberts v. United States Jaycees, 468 U.S. 609 (1984).

Copyright © 2024 Martha Minow
https://doi.org/10.1590/2179-8966/2024/78615 | ISSN: 2179-8966 | e78615

A Suprema Corte rejeitou por unanimidade a alegação de Wimberly de que essa negação de benefícios violava a lei federal. A Corte constatou que o Estado não havia apontado a gravidez como motivo para a retenção do seguro-desemprego; em vez disso, a gravidez se enquadrava em uma ampla classe de motivos de desemprego não relacionados ao trabalho ou ao empregador. A Corte interpretou a lei federal para proibir a discriminação, mas não para impor tratamento preferencial. (U.S., 1987d, p 825-826)

Aos olhos dos juízes, era neutro haver uma regra geral que negasse o seguro-desemprego a qualquer desempregado por motivos alheios ao local de trabalho ou ao empregador.[55] Um estado que opte por definir sua elegibilidade de desemprego para desqualificar não apenas aqueles que deixam o trabalho por causa da gravidez, mas também aqueles que deixam o trabalho por justa causa, doença ou motivos pessoais convincentes, pode fazê-lo sem violar a lei federal.[56]

Da mesma forma, não se pode presumir que padrões estatísticos de discrepâncias raciais em sentenças de pena de morte, como apresentados em McCleskey v. Kemp, estabeleçam discriminação inconstitucional, porque o *status quo* é considerado neutro, sem prova mais direta de discriminação intencional. A aparência de neutralidade na lei pode, portanto, às vezes, derrotar alegações de que as disposições sociais e políticas não são neutras, distinguindo injustamente algumas pessoas de outras.

Este padrão de pensamento costuma estar ligado à visão de que regras vistas como neutras produzem resultados diferentes para pessoas diferentes apenas porque as pessoas fazem escolhas livres com consequências diferentes.[57] Quando as mulheres optam por

[55] A Corte explicou: "Assim, um Estado não pode decidir negar benefícios a mulheres grávidas e, ao mesmo tempo, permitir benefícios a pessoas que estão em situação semelhante em outros aspectos: o 'único fundamento' para tal decisão seria em razão da gravidez. Por outro lado, se um Estado adota uma regra neutra que incidentalmente desqualifica requerentes grávidas ou ex-grávidas como parte do grupo maior, a aplicação neutra dessa regra não pode ser prontamente caracterizada como uma decisão tomada 'exclusivamente com base na gravidez'". (U.S., 1987d, p 825).

[56] Além disso, sob o ponto de vista de que as ações governamentais que alteram o *status quo* levantam problemas não suscitados por omissões, a Corte argumentou que se o Congresso quisesse exigir tratamento especial para a gravidez, ele o teria dito, e até mesmo a proibição federal contra a discriminação baseada na gravidez em esquemas de seguro-desemprego carecia de especificidade suficiente para proibir a negação de benefícios a uma mulher na situação de Wimherly. A Corte tratou isso como um problema de silêncio do Congresso: o Congresso não pretendia autorizar o tratamento preferencial porque não o disse. Tratar o silêncio como negação de tratamento especial e tratar o amparo da gravidez como tratamento preferencial são sinais da suposição de que o *status quo* é neutro ou adequado.

[57] Suposição semelhante fundamenta o tratamento judicial das diferenças das capacidades econômicas como sem importância para os direitos e proteções constitucionais. Ver San Antonio Independent School Dist. v. Rodriguez, 411 U.S. I (1973). Ver comumente TRIBE (1988, p. 1665–1672).

Copyright © 2024 Martha Minow
https://doi.org/10.1590/2179-8966/2024/78615 | ISSN: 2179-8966 | e78615

engravidar e depois se afastam de seus empregos remunerados, elas não merecem o seguro-desemprego, porque deixaram seus empregos voluntariamente.[58] Quando um trabalhador decide se converter a uma nova religião e depois perde o emprego devido a um conflito entre as exigências religiosas e o horário de trabalho, isso também pode ser tratado como uma escolha pessoal — mas os tribunais têm sido mais solícitos com esse tipo de escolha, dadas as proteções constitucionais para o exercício da liberdade religiosa.[59] Os tribunais tradicionalmente se recusam a considerar a ocorrência de um estupro na ausência de prova de uso de força por parte do réu e/ou resistência por parte da vítima; o silêncio da vítima ou a falta de protesto suficiente foi considerado consentimento para relações sexuais. (ESTRICH, 1986, p. 1098–1105 e p. 1130–1132).

Homens e mulheres historicamente tiveram diferentes tipos de empregos. Atitudes sociais, incluindo atitudes de mulheres, são a explicação preferida para alguns que presumem que o *status quo* é inalterado, adequado ou escolhido. O Juiz Scalia discordou com base nisso quando a maioria da Suprema Corte aprovou um plano voluntário de ação afirmativa para melhorar as posições das mulheres brancas e das minorias em um local de trabalho tradicionalmente segregado. Nenhuma mulher ocupou o cargo de despachante da equipe rodoviária, mas as próprias mulheres, explicou o Juiz Scalia, não haviam procurado esse emprego no passado. Ele reconheceu, mas rejeitou a visão de algumas pessoas de que "as atitudes sociais que levam as próprias mulheres a evitar certos empregos e favorecer outros são tão nefastas quanto a discriminação consciente e excludente".[60] Uma extensa disputa sobre o papel das escolhas das mulheres na segregação de gênero no local de trabalho surgiu em uma acusação de discriminação sexual movida pela Comissão Federal de Oportunidades Iguais de Emprego contra a Sears, Roebuck & Co.[61] A ausência de mulheres em empregos como vendedoras comissionadas resultou das próprias escolhas e preferências das mulheres

[58] Ver FINLEY (1986, p. 1136-1138).

[59] No caso Hobbie, a Suprema Corte rejeitou o argumento do Estado de que a recusa da funcionária em trabalhar equivalia a má conduta relacionada ao seu trabalho, o que a tornava inelegível para o seguro-desemprego, dado um esquema que limitava a compensação a pessoas que se tornassem "desempregados involuntários". A Corte rejeitou essa ênfase na causa do conflito, porque a "indagação importante" era se a negação do seguro-desemprego onerava ilegalmente o direito de livre exercício de Hobbie. A Corte também rejeitou a alegação do Estado de que disponibilizar seguro-desemprego para Hobbie estabeleceria inconstitucionalmente a religião, ao facilitar os requisitos de elegibilidade para adeptos religiosos. (U.S., 1987h).

[60] Johnson v. Transportation Agency, (U.S., 1987c).

[61] 628 F. Supp. 1264 (N.D. Ill. 1986). Ver FRUG (1988, manuscrito não publicado); MILKMAN (1986); TAUB (1986).

Copyright © 2024 Martha Minow
https://doi.org/10.1590/2179-8966/2024/78615 | ISSN: 2179-8966 | e78615

ou da discriminação social e da recusa dos empregadores em disponibilizar estes empregos? A estrutura legal no caso parecia forçar a questão em questões do tipo um ou outro/ou: a participação das mulheres na força de trabalho se devia às suas próprias escolhas ou a forças além de seu controle; a ausência das mulheres em certos empregos foi devido à discriminação dos empregadores ou não; ou faltavam às mulheres o interesse e as qualificações para estes empregos, ou as mulheres tinham o interesse e as qualificações para os empregos.

Seria possível articular uma terceira visão? Considere isto: as escolhas das mulheres trabalhadoras e as decisões de seus empregadores foram influenciadas por padrões mais amplos de prosperidade econômica e depressão e pela mudança de atitudes sociais sobre os papéis apropriados para as mulheres. Estes padrões mais amplos tornaram-se reais na vida das pessoas quando internalizados e experimentados como uma escolha individual. (FERGUSON, 1984, p. 177) Assumir que o modo como as coisas foram resultado das escolhas das pessoas ou da natureza ajuda a forçar argumentos jurídicos nessas alternativas e a tornar a reparação legal de diferenças históricas uma jornada traiçoeira por alternativas incompatíveis.

Por vezes, os juízes desafiam a suposição de que o *status quo* é inalterado e adequado; eles ocasionalmente aprovaram decisões públicas e privadas para levar em conta a diferença nos esforços para alterar as condições existentes e remediar seus efeitos nocivos.[62] Mas, na maioria das vezes, premissas ocultas funcionam de maneiras sutis e complexas. Elas preenchem uma necessidade humana básica de simplificar e tornar nosso mundo familiar e não surpreendente, mas, por sua própria simplificação, estas excluem pontos de vista contrastantes. Além disso, contribuem para o dilema da diferença ao frustrar os compromissos legislativos e constitucionais de mudar o tratamento das diferenças de raça, gênero, etnia, religião e deficiência.

Os Efeitos das Premissas Ocultas

Premissas ocultas fazem o dilema da diferença parecer intratável. Se a diferença for intrínseca, ela surgirá quer seja percebida ou ignorada. Se a diferença é conhecida por

[62] Ver, por exemplo, Swann v. Charlotte-Mecklenberg Board of Educ., 402 U.S. 1 (1971) (aprovando o uso de metas de equilíbrio racial em um plano de desagregação escolar). (SULLIVAN, 1986, p. 78).

Copyright © 2024 Martha Minow
https://doi.org/10.1590/2179-8966/2024/78615 | ISSN: 2179-8966 | e78615

referência a uma norma oculta, então a própria norma permanece oculta à avaliação. Se um observador, tal como um juiz, pode ver diferenças sem uma perspectiva, e já sabe o que é valioso na perspectiva de qualquer outra pessoa, então aqueles que "são diferentes" não têm chance de contestar a atribuição da diferença ou as suas consequências. E se o *status quo* for inalterado, adequado e escolhido, então os esforços para alterar suas cargas diferenciadas sobre as pessoas inevitavelmente parecerão antinaturais, indesejáveis e coercitivos. Perceber a diferença e ignorá-la recria a diferença; ambos podem ameaçar objetivos como neutralidade, igualdade e liberdade.

Além disso, se a igualdade depende da "semelhança", então a recorrência da diferença mina as chances de igualdade. O medo de enfatizar a diferença, seja por reconhecimento ou não, surge enquanto a diferença carrega o estigma e impede a igualdade. Jonathan Kozol relatou na década de 1960 um incidente cuja qualidade datada sugere que, pelo menos em algumas áreas, aprendemos a separar a diferença da desigualdade: numa escola urbana toda negra, uma professora branca aconselhou outra professora a não falar de escravidão enquanto discutia sobre o descaroçador de algodão com os seus alunos. A primeira professora explicou, não com malícia, mas com uma expressão de intenso e sincero carinho pela sua turma: "Não quero que essas crianças tenham que pensar neste ano mais tarde e tenham que lembrar que fomos nós que contamos a elas que eram negros". [63]

Se os indivíduos puderem ser significativamente categorizados em termos que carregam associações negativas, com base em um número limitado de traços selecionados para compará-los com outros que se presume serem a regra, então a diferença assume um significado amplo e imutável. Tratar o indivíduo como deficiente ou deficiente na língua inglesa comporta o risco de atribuir a esse indivíduo, como limite interno, a categoria da diferença que carrega a mensagem da desigualdade. Isto não é inevitável, pois as categorias de deficiência e proficiência em inglês não são a soma total desses indivíduos, nem são indicações conclusivas do potencial ou valor desses indivíduos.

[63] Kozol (1967, p. 68), acresce: "A quantidade de dificuldade envolvida em dizer às crianças que elas são negras, é claro, é proporcional ao grau de feiura que está associado a essa palavra na mente de uma pessoa... O que ela temia era ser lembrada como aquela que disse a eles que eles eram o que eram... Ser ensinado por um professor que sentiu que seria errado deixá-los saber disso deve ter deixado uma cicatriz silenciosa e profundamente ativa. A extensão aos filhos dos medos e evasões de um professor provavelmente não é muito incomum e, às vezes, o dano que isso causa é provavelmente trivial. Mas quando se trata de negar a uma classe de crianças a cor de sua pele e a própria palavra que as designa, então penso que isso toma proporções de uma loucura" (p. 68-69; grifo original). No entanto, proteger uma criança pertencente a uma minoria da antipatia da comunidade pode impedi-la de reconhecer a hostilidade quando ela se aproxima dela. Ver cap. 2. (KOZOL, 1967) (discutindo Audre Lorde).

Copyright © 2024 Martha Minow
https://doi.org/10.1590/2179-8966/2024/78615 | ISSN: 2179-8966 | e78615

Stephen Jay Gould, um talentoso observador de biologia e zoologia, colocou desta forma: “Poucas tragédias podem ser mais extensas do que o atrofiamento da vida, poucas injustiças mais profundas do que a negação da oportunidade de lutar ou mesmo de ter esperança, por um limite imposto de fora, mas falsamente identificado como estando no interior... Habitamos um mundo de diferenças e predileções humanas, mas a extrapolação desses fatos para teorias de limites rígidos é ideologia.” (GOULD, 1981, p. 28–29)[64] A ideologia torna-se uma preocupação aqui porque expressões de poder, aprovação e desaprovação estão em ação nas ligações entre as categorias de igualdade e diferença e os valores de igualdade e desigualdade. As suposições de que as diferenças residem nas pessoas obscurece o fato de que elas representam comparações feitas entre pessoas, comparações que usam algumas características como norma e confirmam a percepção de algumas pessoas como a verdade enquanto desvalorizam ou desconsideram as perspectivas de outras.

Ademais, a premissa de que o *status quo* é adequado, inalterado e não coagido contribui para o enigma da neutralidade, outra versão do dilema da diferença. Se as escolas públicas devem permanecer neutras em relação à religião, elas o fazem equilibrando o ensino da evolução com o ensino de argumentos científicos sobre a criação divina — ou este amparo de uma visão religiosa se afasta da neutralidade necessária? A neutralidade governamental pode congelar as consequências passadas das diferenças. No entanto, qualquer afastamento da neutralidade nos padrões governamentais usa o poder governamental para fazer com que essas diferenças sejam importantes e assim as reforçam simbolicamente. A relação entre meios e fins torna-se assim tão problemática que os tomadores de decisão podem ficar paralisados pela inação. Se o objetivo é evitar identificar as pessoas por um traço de diferença, mas as instituições e práticas fazem com que esse traço seja importante, parece não haver forma de remediar os efeitos da diferença sem fazer a diferença voltar a ser importante.

Os debates sobre a ação afirmativa retratam poderosamente este dilema, mas o dilema aparece apenas quando a suposição de fundo é que o *status quo* é neutro e inalterado, e não parte da estrutura discriminatória que deve ser mudada [65] O dilema parece

[64] Cohen (1985, p. 110) empurra o ponto mais um passo; ele sugere que "quanto mais sutis as diferenças entre as pessoas, mais forte é o compromisso que as pessoas têm com elas".

[65] Ver, por exemplo, VAN ALSTYNE (1978, p. 775), que argumenta que a própria ação afirmativa promove o racismo e apenas regras neutras evitam a discriminação. Ruth Colker respondeu a ataques semelhantes à ação afirmativa observando que "a história demonstra a dificuldade de alcançar a verdadeira igualdade através de remédios neutros em termos de raça ou sexo". Ela e outros defensores da ação afetiva argumentam que o *status quo* não é neutro, de modo que regras neutras recriam a parcialidade. Derick Bell argumentou que mesmo o objetivo de

Copyright © 2024 Martha Minow
https://doi.org/10.1590/2179-8966/2024/78615 | ISSN: 2179-8966 | e78615

especialmente agudo se os tomadores de decisão partirem do princípio de que o mundo continuará a fazer essa diferença.[66] Considere este episódio: um instrutor em uma escola residencial para crianças com deficiência visual aponta para a cornija de uma lareira para uma criança que está prestes a bater com a cabeça nela. A criança diz: "Por que você não coloca um enchimento nele? Esta é uma escola para deficientes visuais; podemos nos machucar." O instrutor responde: "Não haverá almofadas fora da escola quando você sair daqui." (GARFIELD, 1957)[67] Decidir não cobrir a cornija da escola para deficientes visuais pode ajudar a treinar os alunos a serem cautelosos com tais perigos; também pode levar a acidentes na escola e contribuir para uma atitude de que o mundo lá fora não precisa ser renovado para amparar as necessidades das pessoas com deficiência pela sua atual construção.

Finalmente, as premissas normalmente ocultas contribuem para outra forma do dilema da diferença. Agentes jurídicos muitas vezes enfrentam uma escolha entre usar seu poder para conceder ampla discrição a outros e usar seu poder para articular regras formais que especificam decisões categóricas para dispensar poder público ou privado. Quando é que os tribunais e os legisladores devem delegar a discrição a outros tomadores de decisão públicos ou privados o poder de diferenciar as pessoas e quando as instituições legais devem, em vez disso, articular regras específicas que restrinjam essa diferenciação? O poder de diferenciar persiste, seja exercido formalmente ou delegado a outros.

Se os agentes jurídicos articulam regras específicas para limitar o arbítrio de outros em relação ao tratamento da diferença, essa prática pode garantir a adesão aos objetivos de igualdade e neutralidade ao proibir a consideração de diferenças, exceto da maneira explicitamente especificada pelas regras legais. Embora provavelmente promova a responsabilização, esta solução de regras formais tem desvantagens. A elaboração e a aplicação de regras específicas envolvem os funcionários do direito no problema de reinvestir as diferenças com significado ao percebê-las. Articular especificamente os usos permissíveis

"oportunidades iguais" pode consolidar um *status quo* injusto e perpetuar a discriminação. A heroína fictícia de seu eloquente livro comenta que os reformadores dos direitos civis consideravam amplamente ilusória a promessa há muito procurada de oportunidades iguais. (BELL, 1987).

[66] CARTER (1988) explora cuidadosamente as críticas à ação afirmativa que tipicamente negam que todas as pessoas negras sejam vítimas em um sentido legal ou moral, presumindo que os brancos como um grupo são vitimados por propósitos de ação afirmativa racialmente conscientes. Essa visão oferece uma pista para suposições profundas sobre que tipos de categorias raciais são relevantes e quais arranjos sociais são os padrões de referência presumidos.

[67] Ver também que a *Association for the Blind* se opôs a um sistema de orientação eletrônica porque desencorajaria os alunos com deficiência visual a desenvolver seus próprios sentidos (UNWANTED…, 1984. p. 49).

Copyright © 2024 Martha Minow
https://doi.org/10.1590/2179-8966/2024/78615 | ISSN: 2179-8966 | e78615

e inadmissíveis da diferença pode consagrar a análise categórica e afastar-se ainda mais do ideal de tratar as pessoas como indivíduos e não como membros de grupos definidos por traços comuns.

Alternativamente, os agentes jurídicos podem conceder ou ceder discrição a outros tomadores de decisão. Então, quaisquer problemas de perceber ou ignorar a diferença, quaisquer riscos de não neutralidade nos meios e nos resultados, não são mais problemas para os tribunais, mas tornam-se assuntos que ficam a critério de outros decisores públicos ou privados. Esta solução, é claro, apenas move o problema para outro fórum, dando ao novo tomador de decisão liberdade para considerar a diferença, talvez de maneira inadmissível.

A escolha entre discrição e formalidade ocupou vividamente a Suprema Corte em seu debate sobre as acusações de discriminação racial na administração da pena de morte no sistema de justiça criminal da Geórgia. Se o sistema de justiça criminal não deve levar em consideração a raça dos réus ou vítimas, esse objetivo é alcançado ao conceder discrição aos promotores e jurados, que podem então tomar decisões individualizadas, mas também pode introduzir preocupações raciais? Ou os juízes deveriam impor regras formais especificando as condições sob as quais as preocupações raciais devem ser explicitadas para protegê-las? A maioria da Corte enfatizou a importância central da discricionariedade do júri no sistema de justiça criminal como uma razão para resistir à implicação de discriminação inconstitucional a partir da demonstração estatística dos riscos diferenciais da pena de morte, com base na raça das vítimas e dos réus. O Juiz Powell argumentou que "é difícil imaginar diretrizes que produziriam a previsibilidade buscada pela dissidência sem sacrificar a discrição essencial para um sistema de justiça criminal humano e justo". (U.S., 1987e)

A dissidência do Juiz Brennan concordou que as avaliações individualizadas são críticas para o processo criminal, mas ele argumentou que "o arbítrio é um meio, não um fim" e que, nas circunstâncias do caso, a Corte deve monitorar a discricionariedade de outros. (U.S., 1987e, p. 1790, 1793-1794) Os dissidentes viram a concessão de discricionariedade aos promotores e júris, embora desobrigando juízes e legisladores de apoiarem diretamente o uso de diferenças nas decisões, permitindo aos decisores darem significado às diferenças. A maioria viu o risco de que, se os tribunais e os legisladores especificassem regras formais que restringissem a discricionariedade de outros tomadores de decisão e os orientassem a não permitir que gênero, raça ou outros traços de diferença influenciassem seus julgamentos, esta

Copyright © 2024 Martha Minow
https://doi.org/10.1590/2179-8966/2024/78615 | ISSN: 2179-8966 | e78615

mesma especificidade poderia tornar a diferença recentemente significativa e minar o objetivo da justiça baseada na consideração individualizada, ao invés de categórica.

Articular as premissas por trás do dilema da diferença pode expor o que depende da escolha entre a ampla discricionariedade às regras formais. Essa escolha parece um dilema se a diferença for intrínseca, pois então a diferença reaparecerá sob qualquer um dos regimes. Da mesma forma, se a norma usada para definir a diferença permanece não declarada e incontestável, nem as concessões de discricionariedade, nem as regras formais podem restringir a atribuição de diferença. As perspectivas alternativas podem ser silenciadas se os tribunais se abstiverem de monitorar as decisões de outros órgãos — mas o mesmo resultado pode ocorrer se os tribunais presumirem saber como regular a diferença sem considerar as perspectivas dos outros. E se o *status quo* for tomado como referência neutra, nem as regras formais, nem a discricionariedade informal podem atingir os arranjos institucionais que oneram mais alguns do que outros.

Se as premissas por trás do dilema da diferença forem expostas e debatidas, contudo, a tensão entre regras formais e previsíveis, e julgamentos individualizados sob normas discricionárias tornam-se simplesmente outro terreno para reconsiderar as relações e padrões de poder que influenciam as consequências negativas da diferença. Afirmar as premissas ocultas, acredito, abre espaço para debate e para novos tipos de soluções. Descobrir que a diferença surge nas relações e em contextos eles próprios mutáveis introduz novos ângulos de visão, novas possibilidades de mudança. O próximo capítulo oferece vislumbres de novas abordagens para a diferença e considera os problemas que essas próprias abordagens podem levantar.

Referências

ADAMS, D. ***Dirk Gently's Holistic Detective Agency***. New York: Simon & Schuster, 1987.

ALLPORT, G. W. ***The Nature of Prejudice***. Cambridge, Mass.: Addison-Wesley, 1954.

AYER, A. J. ***Philosophy in the Twentieth Century***. New York: Random House, 1982.

BALDWIN, J. Sonny's Blues. *In*: CASSILL, R. V. ***The Norton Anthology of Short Fiction***. 2. ed. New York: Norton, 1981.

BECKER, R. **In the Badlands**. *In*: CONLON, F. *et al*. (ed.). *The Things That Divide US.* 1985.

Copyright © 2024 Martha Minow
https://doi.org/10.1590/2179-8966/2024/78615 | ISSN: 2179-8966 | e78615

BEERMANN, J. M.; SINGER, Joseph William. **Baseline Questions in Legal Reasoning: The Example of Property in Jobs**. *Ga. L. Rev.,* v. 23, 1989.

BELL, D. ***The Coming of Post-Industrial Society*: A Venture in Social Forecasting.** New York: Basic Books, 1973.

BELL, D. ***And We Are Not Saved*: The Elusive Quest for Racial Justice.** New York: Basic Books, 1987.

BICKEL, A. M. ***The Supreme Court and the Idea of Progress*.** New York: Harper & Row, 1970.

BLAUSTEIN, l. B.; ZANGRANDO, Robert L. ***Civil Rights and the American Negro*: A Documentary History.** New York: Washington Square Press, 1968.

BREST, P. The Supreme Court, 1975 Term — **Foreword: In Defense of the Antidiscrimination Principle.** *Harv. L. Rev.,* v. 90, 1976.

BRITO, L. C. "Mr. Perpetual Motion" enfrenta o Jim Crow: André Rebouças e sua passagem pelos Estados Unidos no pós-abolição. ***Estudos Históricos***, Rio de Janeiro, v.

32, n. 66, p. 241-266, janeiro-abril 2019. DOI: http://dx.doi.org/10.1590/S2178-14942019000100012.

BRUNER, J. S. ***Actual Minds, Possible Worlds.*** Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986.

BRUNER, J. S. Art as a Mode of Knowing. *In*: BRUNER, J. S. ***On Knowing: Essays for the***

Left Hand. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 1979. p. 59-69.

CALIFORNIA. ***California Fair Employment and Housing Act***, Cal. Gov't Code Ann. sec. 12945, 1980.

CARTER, S. L. **When Victims Happen to Be Black**. *Yale L.J.,* v. 97, 1988.

COHEN, A. ***The Symbolic Construction of Community.*** London: Tavistock, 1985.

COHEN, F. **Field Theory and Judicial Logic**. *Yale L.J.,* v. 59, 1950.

COLKER, R. **Anti-Subordination above All: Sex, Race, and Equal Protection**. *N. Y. U. L. Rev.,* v. 61, 1986.

COLLINS, P. Learning from the Outsider Within: The Sociological Significance of Black Feminist Thought. ***Social Problems,*** v. 33, Dec. 1986.

COTT, N. **Women and the Constitution** (trabalho não publicado).

DERRIDA, J. **Différance**. Trad. David Allison. *In*: ALLISON, D. *Speech and Phenomena and Other Essays on Husserl's Theory of Signs.* Evanston, Ill.: Northwestern University Press, 1973. p. 129–160.

DOUGLAS, Mary. ***How Institutions Think***. Syracuse, N.Y.: Syracuse University Press, 1986.

DU BOIS, W. E. B. ***The Souls of Black Folk*: Essays and Sketches**. New York: Dodd, Mead, 1979.

EGNER, R.E. ***Bertrand Russell's Best*: Silhouettes in Satire.** New York: Mentor Books, New American Library, 1958.

ELLISON, R. ***Invisible Man***. New York: Vintage Press, 1972.

ELSTER, J. ***Sour Grapes*.** Cambridge: Cambridge University Press, 1983.

Copyright © 2024 Martha Minow
https://doi.org/10.1590/2179-8966/2024/78615 | ISSN: 2179-8966 | e78615

ELY, J. H. The Supreme Court's 1977 Term—Foreword: On Discovering Fundamental Values. ***Harv. L. O Rev***., v. 92, 1978

EPSTEIN, S. Gay Politics, Ethnic Identity: The Limits of Social Constructionism. ***Socialist Review***, p. 9-19, May–Aug. 1987.

ESTRICH, S. Rape. ***Yale L. J.,*** v. 95, 1986.

FACIAL DISCRIMINATION: Extending Handicap Law to Employment Discrimination on the Basis of Physical Appearance. **Harvard Law Review**, v. 100, n. 8, p. 2035–2052, 1987.

FERGUSON, K. E. ***The Feminist Case against Bureaucracy***. Philadelphia: Temple University Press, 1984.

FEYERABEND, P. ***Agaillst Method***. London: Verso, 1988.

FINLEY, L. M. Transcending Equality Theory: A Way Out of the Maternity and the Workplace Debate. ***Colum. L. Rev.,*** v. 86, 1986.

FRUG, M. J. On Sears. ***New England School of Law***, Boston, 1988 (manuscrito não publicado).

FRYE, M. ***The Politics of Reality: Essays in Feminist Theory.*** Trumansburg, N.Y.: Crossing Press, 1983.

GARDNER, H. ***The Mind's New Science*****: A History of the Cognitive Revolution**. New York: Basic Books, 1985.

GARFIELD, J. ***Follow My Leader***. New York: Viking, 1957.

GILLIGAN, C. In a Different Voice: Women's Conceptions of Self and Morality. ***Harvard Educational Review***, v. 47, n. 4, p. 481-517, 1977.

GILMORE, G. ***The Ages of American Law*****.** New Haven, Conn.: Yale University Press, 1977. GOLDING, M. P. ***Legal Reasoning***. New York: Knopf, 1984.

GOTANDA, N. ***Towards a Critique of Colorblind*****: Abstract and Concrete Race in American Law**, 1987 (rascunho não publicado).

GOULD, C. C. The Woman Question: Philosophy of Liberation and the Lineration of Philosophy. *In*: GOULD, C. C.; WARTOFSKY, M. (ed.). ***Women and Philosophy*****: Toward a Theory of Liberation.** New York: Putnam, 1976.

GOULD, S. J. ***The Mismeasure of Man***. New York: Norton, 1981.

GUILLAUMIN, C. **The Question of Difference**. Trad. Helene Wenzel. *In*: *Feminist Issues*, 1982.

HACKING, I. **Making Up People**. *In*: HELLER, T. C. *et al*. (ed.). *Reconstructing Individualism:* Autonomy, Individuality and Self in Western Thought. Stanford, Calif.: Stanford University Press, 1986.

HALPERN, C.; MacRory, Ann. Choosing Judges. ***New York Times***, 1º jul. 1979.

HEATH, S. **Male Feminism**. *In*: JARDINE, A.; SMITH, P. (ed.). *Men in Feminism*. New York: Methuen, 1987.

HOOKS, B. ***Feminist Theory***: From Margin to Center. Boston: South End Press, 1984.

KAHNEMAN, D. *et al*. ***Judgment under Uncertainty*****: Heuristics and Biases**. New York: Cambridge University Press, 1982.

KAIRYS, D. ***The Politics of Law*****: A Progressive Critique**. New York: Pantheon Books, 1982.

Copyright © 2024 Martha Minow
https://doi.org/10.1590/2179-8966/2024/78615 | ISSN: 2179-8966 | e78615

KARST, K. L. The Supreme Court, 1976, Term — foreword: Equal Citizenship under the Fourteenth Amendment. ***Harv. L. Rev.,*** v. 91, 1977.

KELLER, E. F. ***Reflections on Gender and Science***. New Haven, Conn.: Yale University Press, 1985.

KENNEDY, D. Form and Substance in Private Law Adjudication. ***Harv. L. Rev.,*** v. 89, 1976.

KENNEDY, R. McCleskey v. Kemp: Race, Capital Punishment, and the Supreme Court. ***Harv. L. Rev.,*** v. 101, p. 1388–1395, 1988.

KOZOL, J. K. ***Death at an Early Age***: The Destruction of the Hearts and Minds of Negro Children in the Boston Public Schools. Boston: Houghton Mifflin, 1967.

KUHN, T. ***The Structure of Scientific Revolutions***. 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 1970.

JAGGAR, A. ***Feminist Politics and Human Nature***. Totowa, N.J.: Rowman & Allenheld, 1983.

JAMES, W. ***On Some of Life's Ideals***: A Certain Blindness in Human Beings. New York: Holt, 1900.

JAMES, W. ***Psychology***. New York: Holt, 1892.

JARDINE, A. Prelude: The Future of Difference. *In*: EISENSTEIN, H.; JARDINE, A. ***The Future of Difference***. Boston: G. K. Hall, 1980.

JOHNSON, B. **Prefácio da Tradução**. *In*: Derrida, J. *Disseminations*. Trad. Barbara Johnson. Chicago: University of Chicago Press, 1981.

LAKOFF, G. ***Women, Fire, and Dangerous Things*****: What Categories Reveal about the Mind.** Chicago: University of Chicago Press, 1987.

LAKOFF, G.; JOHNSON, M. ***Metaphors We Live By*****. Chicago**: University of Chicago Press, 1980.

LAWRENCE III, C. R. The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism. ***Stan. L. Rev***., v. 39, p. 317-380, 1987.

LEVI, E. H. ***An Introduction to Legal Reasoning***. Chicago: University of Chicago Press, 1949.

LORDE, A. Age, Race, Class and Sex: Women Redefining Difference. *In*: LORDE, A. ***Sister Outsider***: Essays and Speeches. Trumansburg, N.Y.: Crossing Press, 1984.

MACKINNON; C. ***Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law****.* Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1987.

MACLIN, T. Constructing Fourth Amendment Principles from the Government Perspective: Whose Amendment Is It, Anyway? ***Amer. Crim. L. Rev***., v. 25, p. 669, 1988.

MAIRS, N. Hers. ***New York Times***, 9 jul. 1987.

MATSUDA, M. Looking to the Bottom: Critical Legal Studies and Reparations. 12. ***Harv.***

C.R.–C.L. L. Rev., v. 323, 1987

MICHELMAN, F. I. The Supreme Court, 1985 Term —Foreword: Traces of Self-Governance. ***Harv. L. Rev***., v. 100, 1986.

MILKMAN, R. Women's History and the Sears Case. ***Feminist Studies***, v. 12, p. 375–400, Summer 1986.

Copyright © 2024 Martha Minow
https://doi.org/10.1590/2179-8966/2024/78615 | ISSN: 2179-8966 | e78615

OLSEN, F. **The Sex of Law**, 1984 (manuscrito não publicado).

PELLAR, G. The Metaphysics of American Law. ***Calif. L. Rev.,*** v. 73, p. 1151-1156, 1985.

POLE, J. R. ***The Pursuit of Equality in American History***. Berkeley: University of California Press, 1978.

POLLACK, L. **Racial Discrimination and Judicial Integrity**: A Reply to Professor Wechsler. *U. Pa. L. Rev.,* v. 108, 1959.

POPPER, K. ***Realism and the Aim of Science***. Totowa, N.J.: Rowman e Littlefield, 1983.

PUTNAM, Hilary. ***Reason, Truth, and History*****.** New York: Cambridge University Press, 1981.

QUINE, W. V. ***Ontological Relativity and Other Essays*****.** New York: Columbia University Press, 1969.

RHODE, D. Association and Assimilation. ***Nw. U. L Rev.,*** v. 81, 1986.

RUSSELL, K. Growing Up with Privilege and Prejudice. ***New York Times Magazine***, 14 jun. 1987.

SCALES, A. C. The Emergence of Feminist Jurisprudence: An Essay. ***Yale L. J.,*** v. 95, 1986.

SCHLAG, P. Cannibalistic Moves: An Essay on the Metamorphasis of the Legal Distinction. ***Stan. L. Rev.,*** v. 40, p. 929, 1988.

SCHNEIR, M. ***Feminism: The Essential Historical Writings.*** New York: Vintage Books, 1972.

SCHON, D. A. ***The Reflective Practitioner*****: How Professionals Think in Action.** New York: Basic Books, 1983.

SINGER, J. W. **Legal Realism Now: Review of Laura Kalman**, Legal Realism at Yale: 1917–1960. *Calif. L. Rev.,* v. 76, 1988.

SINGER, J. W. The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory. ***Yale L. J.,*** v. 94, n. 1, 1984.

SPELMAN, E. V. On Treating Persons as Persons. ***Ethics — University of Chicago Press***, v. 88, 1978.

SULLIVAN, K. M. Sins of Discrimination: Last Term's Affirmative Action Cases. ***Harv. L. Rev***., v. 100, 1986.

SUNSTEIN, C. R. Legal Sour Grapes Interference with Private Preferences. ***U. Chi. L. Rev*****.**, v. 51, 1986.

SUNSTEIN, C. Lochner's Legacy. ***Colum. L. Rev.,*** v. 87, 1987.

TAUB, N. The Sears Case and Its Relevance for Legal Education. ***American Association of Law Schools, Women in Legal Education Newsletter,*** Nov. 1986.

TAUB, N.; WILLIAMS, W. W. Equality Require More than Assimilation, Accommodation, or

Separation from the Existing Social Structure? ***Rutgers L. Rev./Civ. Rts. Devs.,*** v. 37, 1985 TAYLOR, C. Overcoming Epistemology. *In*: BARNES, Kenneth *et al.* (ed.). ***After Philosophy*****: End or Transformation?** Cambridge, Mass.: MIT Press, 1987.

TRIBE, L. ***American Constitutional Law***. 2. ed. Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1988.

TUSHNET, M. Following the Rule Laid Down: A Critique of Interpretive and Neutral Principles. ***Harv. L. Rev.,*** v. 96, 1983.

Copyright © 2024 Martha Minow
https://doi.org/10.1590/2179-8966/2024/78615 | ISSN: 2179-8966 | e78615

UNWANTED Help. ***New York Times***, 16 sep. 1984.

U.S. DISTRICT COURT FOR THE SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK. ***Blank v. Sullivan & Cromwell***, 4 ago. 1975a.

U.S. ***Public Law*** n. 95-555, 31 out. 1978.

U.S. SUPREME COURT OF UNITED STATES. ***Brown v. Board of Education,*** 16 maio 1954.

U.S. SUPREME COURT OF UNITED STATES. ***Bradwell v. State***, 15 abr. 1872.

U.S. SUPREME COURT OF UNITED STATES. **California Federal Savings & Loan Association v. Guerra**, 13 jan. 1987.

U.S. SUPREME COURT OF UNITED STATES. ***Cleveland Board of Educ. v. La Fleur***, 21 jan. 1974.

U.S. SUPREME COURT OF UNITED STATES. **Corporation of the Presiding Bishop of the Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints v. Amos**, 24 jun. 1987a.

U.S. SUPREME COURT OF UNITED STATES. ***County of Allegheny v. American Civil Liberties Union***, 2 jul. 1989.

U.S. SUPREME COURT OF UNITED STATES. ***Department of Employment***, 423, U.S. 44, 15 nov. 1975b.

U.S. SUPREME COURT OF UNITED STATES. ***Geduldig v. Aiello***, 417, 17 jun. 1974.

U.S. SUPREME COURT OF UNITED STATES. ***General Electric Co. v. Gilbert***, 19 jan. 1976.

U.S. SUPREME COURT OF UNITED STATES. ***Goldman v. Weinberger***, mar. 1986a.

U.S. SUPREME COURT OF UNITED STATES. ***Hobbie v. Unemployment Appeals Commission of Florida***, 25 fev. 1987h.

U.S. SUPREME COURT OF UNITED STATES. ***Johnson v. Transportation Agency***, 107, 25 mar. 1987c.

U.S. SUPREME COURT OF UNITED STATES. ***Linda WIMBERLY, Petitioner v. LABOR AND INDUSTRIAL RELATIONS COMMISSION OF MISSOURI et al.***, 21 jan. 1987d.

U.S. SUPREME COURT OF UNITED STATES. ***Lynch v. Donnelley***, 5 mar. 1984a.

U.S. SUPREME COURT OF UNITED STATES. **McCleskey v. Kemp**, 22 abr. 1987e.

U.S. SUPREME COURT OF UNITED STATES**. Plessy v. Ferguson**, 17 maio 1896b.

U.S. SUPREME COURT OF UNITED STATES. ***Saint Francis College v. Al-Khazraji,*** 18 maio 1987e.

U.S. SUPREME COURT OF UNITED STATES. ***School Board v. Arline***, 3 mar. 1987f.

U.S. SUPREME COURT OF UNITED STATES. ***Shaare Tefila Congregation v. Cobb***, 18 maio 1987g.

U.S. SUPREME COURT OF UNITED STATES. **Sherbert v. Verner**, 17 jun. 1963.

U.S. SUPREME COURT OF UNITED STATES. **Wisconsin v. Yoder**, 15 maio 1972.

VAN ALSTYNE, W. **Rites of Passage: Race, the Supreme Court, and the Constitution**. *U. Chi. L. Rev.,* v. 46, p. 775-810, 1978.

Copyright © 2024 Martha Minow
https://doi.org/10.1590/2179-8966/2024/78615 | ISSN: 2179-8966 | e78615

WALKER, A. **Advancing Luna and Ida B**. Wells. *In*: WASHINGTON, M. H. *Midnight Birds*: Stories by Contemporary Black Women Writers. Garden City, N.Y.: Anchor Books, 1980.

WECHSLER, H. **Towards Neutral Principles of Constitutional Law**. *Harv. L. Rev.,* v. 73, 1959.

WILLIAMS, S. A. **Meditations on History**. *In*: WASHINGTON, M. H. *Midnight Birds*: Stories by Contemporary Black Women Writers. Garden City, N.Y.: Anchor Books, 1980.

WITTGENSTEIN, L. ***On Certanty***. [*S. l.*]: Basil Blackwell, Inc., [*s. d*.].

WRIGHT, J. S. **Professor Bickel, the Scholarly Tradition, and the Supreme Court**. *Harv. L. Rev.,* v. 84, 1971.

WRIGHT, R. ***Native Son***. New York: Harper & Row, 1940.

Sobre a autora

Martha Minow

300th Anniversary University Professor, Harvard University. Harvard University Distinguished Service Professor. Faculty, Harvard Graduate School of Education. Faculty Associate, Carr Center for Human Rights, Harvard Kennedy School of Government. Professora da Harvard Law School, Massachusetts, Cambridge, Estados Unidos da América, desde 1981. E-mail: minow@law.harvard.edu.

A autora é a única responsável pela redação do artigo.

Sobre a tradutora

Lais Nardon Martins, é Doutoranda (bolsa Capes/Proex) e Mestra em Direito Público pela UNISINOS. Especialista em Direito do Estado pela UFRGS. Graduada em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Integrante do Núcleo de Direitos Humanos da UNISINOS. E-mail: laisnardonmartins@gmail.com. ORCID: https://orcid.org/0000-0001-5374-2719.

Copyright © 2024 Martha Minow
https://doi.org/10.1590/2179-8966/2024/78615 | ISSN: 2179-8966 | e78615