

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO ECONÔMICO E DO TRABALHO**

RODRIGO TODESCAT

RUTH BADER GINSBURG: UMA VIDA DEDICADA À IGUALDADE

Porto Alegre
2021

RODRIGO TODESCAT

RUTH BADER GINSBURG: UMA VIDA DEDICADA À IGUALDADE

Trabalho de Conclusão de Curso de graduação apresentado ao Curso de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Lisiane Feiten Wingert Ody

Porto Alegre
2021

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço aos meus pais, Luiz e Márcia, pelo amor, incentivo e apoio ao longo dos anos, sem os quais nada disso seria possível.

Ainda, agradeço ao meu irmão, Felipe, por estar sempre presente.

À Prof. Lisiane Feiten Wingert Ody, por aceitar o desafio de me orientar na realização deste trabalho de conclusão.

À Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, pela experiência proporcionada e pela qualidade do ensino oferecido.

Aos meus amigos.

A todos que fizeram parte da minha formação, direta ou indiretamente.

RESUMO

Buscou-se analisar o trabalho desempenhado pela jurista norte-americana Ruth Bader Ginsburg enquanto advogada pelos direitos das mulheres, visando a construção de uma sociedade mais justa e inclusiva, superando regramentos estaduais e precedentes que endossavam as discriminações, ao manter uma linha de raciocínio atrasada que mantinha as mulheres presas a um status de inferioridade. Para tanto, partiu-se do desenvolvimento do efeito vinculativo dos precedentes no *Common Law*, discorrendo acerca dos instrumentos de superação destes, seguindo para uma contextualização histórica da luta pela igualdade entre os sexos, passando por pontos cruciais ao desenvolvimento do imaginário coletivo, de que às mulheres deveria ser garantido o mesmo tratamento diante da lei, como a proposta de emenda constitucional *Equal Rights Amendment*, e a busca da igualdade através do caminho indireto, ou seja, a busca pela classificação de gênero como uma classificação de suspeito, para somente então adentrar nas especificidades dos casos. Os casos examinados no presente trabalho tratam do combate à promoção da política nefasta de considerar as mulheres o sexo frágil, de maneira que precisavam ser protegidas, cuja consequência foi a implementação de regras e a manifestação de opiniões que, sob o véu da proteção, aprisionavam as mulheres, representando obstáculos na disputa por vagas em empregos melhores, na obtenção de benefícios e na plena realização da sua cidadania. Por fim, conclui-se acerca da extrema importância das colocações da advogada, que através de litígios judiciais angariou mais espaço para as mulheres na sociedade americana.

Palavras-chave: *Common Law*. Precedentes vinculantes. Ruth Bader Ginsburg. Constituição dos Estados Unidos da América. Gênero. *Equal Rights Amendment*.

ABSTRACT

The present study sought to analyze the work performed by the American jurist Ruth Bader Ginsburg as a lawyer for women's rights, aiming at building a more just and inclusive society, overcoming state regulations and precedents that endorsed discrimination, while maintaining a backward line of reasoning that kept women trapped in an inferior status. To do so, the work started by discussing the development of the binding effect of precedents in Common Law, and the instruments for overcoming them, moving on to a historical contextualization of the struggle for equality between sexes, passing through crucial points for the development of the social imaginary from which women should be guaranteed the same treatment under the law as to men, as the proposed Equal Rights Amendment to the United States constitution, and the search for equality through an indirect path, that is, a search for gender classification as a suspect classification, only then to get into the specifics of the cases. The cases hereby examined dealt with the fight against the promotion of the harmful policy of considering women as a weaker sex, in a way that they needed to be protected, the consequence of which was the implementation of rules and the expression of opinions that, under the veil of protection, limited women's freedom, promoting obstacles for them in the search for better jobs, in obtaining state benefits and in the fruition of their full citizenship. At last, this paper concludes about the extreme importance of the lawyer's positions, who, through legal litigation, gained more space for women in American society.

Key-words: *Common Law*. Binding precedents. Ruth Bader Ginsburg. United States of America Constitution. Gender. *Equal Rights Amendment*.

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	3
RESUMO	4
ABSTRACT	5
1. INTRODUÇÃO	7
2. O COMMON LAW E A SUA SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES DENTRO DO SISTEMA	9
2.1 Desenvolvimento do Common Law	9
2.2 Superação dos precedentes	11
3. A BUSCA PELA IGUALDADE ENTRE OS SEXOS NOS ESTADOS UNIDOS	14
3.1 Contextualização do período	14
3.2 Equal Protection Clause: igualdade através de decisão judicial	16
4. AS CONTRIBUIÇÕES DE RUTH BADER GINSBURG	18
4.1 Apresentando Ruth Bader Ginsburg	18
4.2 Reed v. Reed: a busca por escrutínio judicial estrito se inicia	19
4.3 Frontiero v. Richardson: as mulheres como provedoras	27
4.4 Kahn v. Shevin: a discriminação afeta os dois gêneros	34
4.5 A luta pelo fim das discriminações legais contra as mulheres grávidas	39
4.6 A isenção das mulheres na composição de júri	44
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	54

1. INTRODUÇÃO

Ruth Bader Ginsburg foi uma importante jurista norte-americana, tendo atuado como advogada e juíza associada da Suprema Corte dos Estados Unidos. Suas contribuições para o desenvolvimento de um direito mais igualitário são notáveis, tendo atuado, enquanto advogada, em diversos casos em prol da defesa dos direitos das mulheres, bem como pelo fim da discriminação de gênero perpetrado pelas leis norte-americanas e endossados por decisões judiciais, de modo que trabalhou em casos defendendo não apenas mulheres, mas também homens, a fim de deixar claro que a discriminação de gênero prejudicava homens e mulheres.

Com a finalidade de construir um acervo de decisões judiciais, a estratégia de Ruth Ginsburg consistia em desafiar regras específicas, como veremos, por exemplo, em *Frontiero v. Richardson*, caso que gira em torno de uma disposição do exército estadunidense que exigia o preenchimento de requisitos para obtenção de benefícios apenas das mulheres que serviam às forças armadas, enquanto aos homens o benefício era concedido automaticamente. Dessa maneira, através dos seus argumentos, buscava fazer com que a Suprema Corte superasse precedentes que não mais possuíam lastro na realidade e que acabavam por barrar os avanços sociais, pleiteando pelo fim das classificações legais que colocavam as mulheres em um status inferior aos dos homens, sendo um dos temas mais recorrentes das suas fundamentações o combate às leis que perpetuavam a ideia de que as mulheres, por serem o sexo frágil, precisavam ser protegidas das ambições dos homens, como também perpetuavam uma série de benefícios às mulheres, que na prática operavam de maneira a limitar as oportunidades dessas de terem uma vida completa e livre de barreiras burocráticas.

Nesse sentido, analiso casos que deram suporte para as fundamentações de Ginsburg, bem como os casos paradigmáticos em que ela atuou como advogada, no período compreendido entre 1970 e 1979, antes de ser indicada para a Corte de Apelações dos Estados Unidos para o Circuito do Distrito de Colúmbia, e dar seguimento a sua carreira como juíza. Para tanto, o capítulo 2 do trabalho busca discorrer brevemente acerca do sistema jurídico em que as atividades da advogada estavam inseridas, o *Common Law*, explicando a origem do sistema e o desenvolvimento da doutrina do *stare decisis*, para se fazer presente a noção

vinculativa que os precedentes carregam dentro desse ordenamento jurídico, bem como quais são as ferramentas de superação dos mesmos. No terceiro capítulo, é contextualizado o cenário que antecedeu os casos defendidos por Ginsburg, tratando da *Equal Rights Amendment*, e de atos praticados pelos governos para garantir maior igualdade entre os gêneros, sob os quais Ginsburg usufruía para mostrar à Suprema Corte a necessidade do uso de métodos de exame de constitucionalidade mais rigorosos para os casos que apresentassem classificações de gênero.

No 4 capítulo, será abordado os casos de atuação da advogada, relatando as situações que os originaram, quais foram os argumentos utilizados nos relatórios de Ruth Ginsburg que fizeram a Suprema Corte superar precedentes, passando pelas decisões dos juízes, e quais foram as consequências dos casos. Para tal escopo, a metodologia abrangeu o método de pesquisa doutrinária e jurisprudencial.

2. O *COMMON LAW* E A SUA SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES DENTRO DO SISTEMA

A fim de contextualizar o trabalho produzido por Ruth Bader Ginsburg, se faz necessário tecer comentários acerca do sistema em que sua atuação estava inserida, no caso o *Common Law*, bem como discorrer sobre o efeito vinculativo que os precedentes acabaram adquirindo dentro do sistema, para que melhor possamos compreender como se dá a superação desses precedentes, quando necessário.

2.1 Desenvolvimento do *Common Law*

O *Common Law* é um sistema jurídico que tem como característica a construção do direito a partir da jurisprudência, de forma que as opiniões exaradas pelos juízes compõem, ao lado dos atos legislativos, as diretrizes a serem seguidas pela sociedade.

Sistema desenvolvido na Inglaterra, sua origem remonta a invasão da região pelos normandos, em 1066, quando esses estabeleceram um poder centralizado na região, que até então estava fragmentado. Os normandos organizaram a administração da justiça, estabelecendo um direito comum a todos os particulares, sendo aplicado por juízes régios que percorriam todo o território do reino solucionando litígios, uniformizando costumes e a jurisdição¹. Os juízes foram influenciados pela maneira como as cortes locais utilizavam os costumes para resolver eventuais impasses, de modo que os costumes foram adotados como uma das fontes do direito, embora sua aplicação fosse de maneira centralizada².

Assim, o monopólio da criação do direito estava nas mãos das cortes reais, que, através das suas decisões, criavam a maioria das regras do reino, realizando também uma espécie de controle dos atos do parlamento, que eram obrigados a observar os casos concretos para promulgar uma lei que não fosse contrária à razão comum³. Até o século XVI, o *Common Law* era um sistema muito ligado aos

¹RAATZ, Igor. Considerações históricas sobre as diferenças entre Common Law e Civil Law – reflexões iniciais para o debate sobre a adoção de precedentes no direito brasileiro. *Revista de Processo*, v. 199, p. 159-191, Set 2011.

²DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, tradução Hermínio A. Carvalho. 4 Ed. São Paulo: Martins Fontes. 2002, p. 359.

³MARINONI, Luiz Guilherme. "Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil." *Revista da Faculdade de Direito UFPR* 49, 2009, p. 20.

costumes, sendo que a adoção dos precedentes pelos advogados e juízes, aqueles utilizando-as como suporte às suas defesas e esses como razões de fundamentação das decisões, começou a tomar forma a partir desse período, devido ao surgimento e incentivo de compilações de casos decididos pelas cortes de maior renome. Embora os precedentes ainda não fossem vinculativos⁴, aqui se origina a ideia deles como fonte de direito, e que mais tarde viria a se tornar a doutrina de *stare decisis*.

Nos séculos seguintes, o que se viu foi uma profissionalização das compilações dos relatórios de decisões, resultando na institucionalização dos relatórios através da criação do *Council Law Reporting*. Graças ao sistema de taquigrafia desenvolvido por Pitman, se tornou possível transcrever os julgamentos orais dos juízes com bastante precisão, de maneira que se tornava cada vez mais difícil para os juízes ignorarem as decisões anteriores de casos análogos, caso esses casos tivessem suas razões bem expostas⁵.

Aos poucos os precedentes vinham ganhando mais ênfase no *Common Law*, sendo que outro fato que contribuiu para essa escalada foi a introdução de um sistema de hierarquia de cortes na Inglaterra, com a introdução dos *Judicature Acts*, entre 1873 e 1875. A hierarquia entre as cortes fazia com que os juízes que buscassem orientação de decisões análogas para resolver casos concretos, tivessem de se atentar ao status da corte que manifestou a decisão e não apenas ao raciocínio empregado⁶.

A doutrina do *stare decisis* sob a qual os precedentes vinculam as decisões futuras se solidificou de fato a partir da declaração da *House of Lords*, que até a criação da Suprema Corte em 2009, funcionava como a última instância de apelações no sistema judiciário do Reino Unido, no caso *London Tramways Company v. London County Council*, em 1898, de que a corte estava vinculada às próprias decisões⁷, de maneira que o *stare decisis* passou a ser um elemento do *Common Law* moderno. Com esse mecanismo, havia maior segurança jurídica, contudo, também representou um impasse para a evolução do direito (vale lembrar

⁴DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 34.

⁵*Ibidem*, p. 56.

⁶*Ibidem*, p. 56.

⁷MARINONI, Luiz Guilherme. "Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil." *Revista da Faculdade de Direito UFPR* 49, 2009, p. 17.

que as decisões exerciam papel fundamental na construção do direito). A fim de que os juízes não ficassem presos às decisões do passado, a *House of Lords*, por meio do *Practice Statement of Judicial Precedent*, em 1966, outorgou poder aos tribunais ingleses para superar os próprios precedentes.

Devido ao fato da Inglaterra ter sido uma grande potência capaz de dominar territórios além-mar, a influência do ordenamento jurídico vigente na ilha foi espalhado pelo mundo, de modo que muitas nações hoje em dia possuem influência direta do *Common Law*. Com os Estados Unidos não foi diferente, tendo sido colônia inglesa por muitos anos, o *Common Law* naturalmente se tornou o sistema vigente do país, sobrepondo as diferentes influências trazidas por imigrantes de outras culturas, como holandeses, espanhóis e alemães. Contudo, a presença desses imigrantes fez com que o *Common Law* do país norte-americano apresentasse contornos característicos, diferenciando-o do *Common Law* inglês⁸.

Ademais, com a independência do país, em 1776, houve a necessidade de desenvolver um direito afeito à uma sociedade que pregava mais igualdade entre os seus, de maneira que as Treze Colônias, que passaram a constituir treze estados, tinham como intuito se distanciar da tradição monárquica inglesa e, ao terem adotado o federalismo, precisavam desenvolver o *Common Law* para que esse estivesse de acordo com as exigências do sistema adotado. Dadas as circunstâncias, o *stare decisis* foi recebido nos Estados Unidos em decorrência da influência que o direito inglês exerceu durante o período de colonização, contudo a intensidade de vinculação dos precedentes no direito do país tomou outra proporção, uma vez que a Suprema Corte, desde o início, gozava de maior liberdade para superar suas decisões⁹.

2.2 Superação dos precedentes

Conforme observado, dentro do *Common Law*, os precedentes possuem grande relevância na solução de casos concretos, por vezes, entretanto, refletem noções e posicionamentos ultrapassados, que quando aplicados em casos similares resultam em injustiças, esse foi o motivo, por exemplo, da *House of Lords* publicar o

⁸MEHREN, Arthur von. MURRAY, Peter L. *Law in The United States*. New York: Cambridge University Press, 2007, 2ª ed, p. 33.

⁹*Ibidem*, p. 10.

Practice Statement of Judicial Precedent, garantindo aos juízes mais liberdade para que encontrassem o julgamento mais justo, dando fim à vinculação absoluta. Nesse sentido, quando em face de um caso que guarda uma proximidade com algum precedente, mas que esse não dá uma resposta satisfatória, o precedente pode não ser aplicado, como também pode ser superado.

Nessas ocasiões, os juízes possuem alguns instrumentos que podem fazer uso para driblar os precedentes que perderam suporte social, sendo eles o *overruling*, o *distinguishing*, a *transformation* e a *technique of signaling*. Esses instrumentos, obviamente, não podem ser usados indiscriminadamente, pois embora a obrigação do uso do precedente não seja absoluta, a recusa deve ser seguida de uma justificativa plausível¹⁰.

A *transformation* é uma modificação no conteúdo de um precedente sem que haja uma manifestação de que o precedente esteja sendo revogado, tratando o precedente apenas como uma formalidade, enquanto atribui um significado que até então não possuía. A *technique of signaling* é utilizada nos casos em que um precedente que continua sendo seguido pelas cortes, contudo, por motivos de ter se tornado socialmente infundado ou sistematicamente inconsistente, não é mais confiável, sendo mantido pela corte por motivos de segurança jurídica, embora indique que no futuro será superado¹¹.

O *distinguishing*, por sua vez, é utilizado quando o juiz busca distinguir um precedente do caso concreto, de maneira que ele deve demonstrar que a *ratio decidendi*, ou seja, a essência da decisão, não deve ser aplicada a um determinado caso, porque, por mais que o caso seja similar, apresentando pequenas diferenças, essas diferenças são suficientes para que a aplicação do precedente incorra em uma injustiça. Dessa forma, a corte deve optar por não utilizar o precedente, o que não significa a sua superação ou que o precedente é ruim, mas sim que é inaplicável, mantendo o precedente imperturbável¹².

Por fim, diante de fatos materialmente idênticos, o *overruling* é o ato judicial pelo qual a regra de um precedente é rejeitada, sendo superada. Em face do conteúdo material ser idêntico, o precedente exige sua consideração, contudo na

¹⁰DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 113.

¹¹MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 112-113.

¹² DUXBURY, op. cit., p. 114.

hipótese da sua aplicação resultar em uma resposta insatisfatória para solução do caso, a regra não deve ser seguida. Os juízes, ao anularem um precedente, estão declarando que, ao menos onde os fatos materiais são idênticos ao caso em análise, é necessário uma nova regra, sendo utilizado, portanto, onde há uma mudança de entendimento acerca de um assunto, corrigindo, assim, decisões inapropriadas¹³.

Entretanto, por ser um mecanismo judicial bastante radical, deve ser encarado como o último recurso. As cortes, ao empregarem o *overruling*, devem apresentar justificativas razoáveis para tanto, visto que, do contrário, poderia se estar descaracterizando o *stare decisis*. Nesse sentido, o instrumento deve ser entendido como um método utilizado pelas cortes, no qual ao se negar o uso de um precedente, estaria se fazendo cumprir a lei¹⁴.

¹³DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 117.

¹⁴*Ibidem*, p. 122.

3. A BUSCA PELA IGUALDADE ENTRE OS SEXOS NOS ESTADOS UNIDOS

Assim como dito anteriormente, apesar do trabalho de Ruth Bader Ginsburg ter atravessado as barreiras nacionais, tendo influenciado diferentes juristas em todo o mundo, as mudanças promovidas pelo seu legado se deram principalmente dentro do seu país. Assim, é imprescindível contextualizar a história da luta pelos direitos das mulheres, observando as medidas tomadas pelo governo, passando pela proposta de emenda da Constituição dos Estados Unidos, com a *Equal Rights Amendment*, bem como discorrendo acerca da via indireta pela qual se buscou alcançar a igualdade de proteção da lei, apresentando a *Equal Protection Law*.

3.1 Contextualização do período

Desde a formação dos Estados Unidos as mulheres foram colocadas em segundo plano, seja através da sua exclusão do debate público, cabendo ressaltar a opinião de Thomas Jefferson, ex-presidente americano, que havia declarado que as mulheres não deveriam ser levadas em consideração dentro dos conselhos deliberativos, inferindo que a presença delas deprecia a moral e traria ambiguidade para as questões¹⁵, seja através das diversas leis estaduais que, sob o pretexto de protegê-las (tendo em vista que as mulheres eram consideradas o sexo frágil), estabeleciam tratamentos diferentes em relação às mulheres, por vezes garantindo uma posição privilegiada aos homens, ou a partir de decisões judiciais que mantinham o *status quo*.

É importante ter em mente que os precedentes criados pelas cortes dos Estados Unidos, que adota o *Common Law* como ordenamento jurídico, tem um efeito vinculativo para as futuras decisões, conforme visto no capítulo anterior. Essa característica, em relação ao direito aplicado às mulheres, teve importante papel para a manutenção da sua condição de inferioridade, que era inferida, muitas vezes, de deturpações religiosas sobre a natureza dos sexos. Em 1873, por exemplo, a Suprema Corte do estado de Illinois barrou uma mulher de exercer a advocacia, pois, segundo a Corte, Deus havia designado que os sexos tivessem ocupações em

¹⁵MILLER, John Chester. *The Wolf by the Ears: Thomas Jefferson and Slavery*, Charlottesville: University Press of Virginia, 1995, p 184.

esferas distintas, sendo papel do homem fazer, aplicar e executar a lei¹⁶. Essa decisão foi mantida pela Suprema Corte, que na sua fundamentação sustentou que diante da timidez e da delicadeza natural das mulheres, muitas das ocupações da vida civil não são adequadas a elas.

Os exemplos existem em abundância, e muitos deles serão tratados no decorrer do trabalho. Cabe aqui, contudo, informar que o padrão de discriminação sexual permeava a vida social, econômica e cultural, de maneira que os tratamentos diferentes para homens e mulheres estava mais para a regra do que para a exceção¹⁷, estando presente não apenas na opinião popular, mas também haviam sido institucionalizados. Contudo, com o passar do tempo e através de muita luta, essas noções estereotipadas começaram a ser expurgadas da mentalidade do coletivo, dando força aos movimentos sociais pela maior igualdade entre os sexos.

Nesse cenário é que a *Equal Rights Amendment*, a emenda pela igualdade de tratamento entre os sexos, foi proposta em 1923. A essência da emenda era simples: que o governo federal, estadual e local tratasse todas as pessoas, homens e mulheres, como indivíduos, proibindo a discriminação das pessoas com base no seu gênero. Colocando em termos práticos, por exemplo, muitos estados teriam de rever suas leis que restringissem ou limitassem a ocupação ou condição de emprego das mulheres, mas que não se aplicavam aos homens¹⁸.

Em 1964, o Congresso adotou medidas em direção à igualdade de direitos, ao aprovar o Título VII da Lei de Direitos Civis (*Civil Rights Act*). A legislação federal tornou-se um marco nos direitos civis e trabalhistas norte-americano, proibindo a discriminação com base no sexo do indivíduo, o que muito contribuiu para que as mulheres alcançassem condições mais justas de emprego. Todavia, muitas constituições estaduais mantiveram em suas constituições leis discriminatórias, privando muitas mulheres capazes e qualificadas de serem contratadas em empregos mais desejáveis¹⁹, significando que apesar dos avanços, a emenda proposta em 1923 seria muito útil.

A emenda, embora tenha sido adotada pelo Congresso em 1972, não preencheu o requisito presente no Artigo V, da Constituição dos Estados Unidos, que exigia a ratificação da proposta de emenda por três quartos dos estados.

¹⁶83 U.S. 130 (1872).

¹⁷BAYH, Brich. The equal rights amendment. Indiana Law Review, Vol. 6, 1972, p. 6.

¹⁸*Ibidem*, p. 14.

¹⁹*Ibidem*, p. 13.

Quando findou o prazo para ratificação pelos estados, faltando a ratificação de apenas três, a emenda não foi aceita²⁰.

3.2 *Equal Protection Clause*: igualdade através de decisão judicial

Ainda havia, contudo, uma maneira indireta de se alcançar a igualdade pretendida: persuadir a Suprema Corte para alterar a interpretação da *Equal Protection Clause*, a fim de que sexo fosse considerada uma classificação suspeita, quando disposta em leis, merecendo um exame minucioso, o “*strict scrutiny test*”. A *Equal Protection Clause*, presente na Décima Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos, que diz que nenhum Estado deve privar qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal, bem como não deve negar a qualquer pessoa a igual proteção das leis²¹, tem como objetivo suspeitar das classificações governamentais, especialmente quando há uma classificação legal que prejudica uma “classe suspeita” ou infringe um “direito fundamental”²², conceituando-se uma classe suspeita como uma classe ou grupo de pessoas identificadas por uma série de critérios, os quais sugerem que podem ser sujeitos a alguma forma de discriminação.

Historicamente, a *Equal Protection Clause* estava ligada à proteção dos escravos libertos, mas a partir da decisão exarada em *United States v. Carolene Products Company*²³ (1938), a Suprema Corte, revisando uma lei federal que banuiu a distribuição de leite que tenha sido reconstituído com gorduras de outras fontes que não as vacas leiteiras, passou a analisar judicialmente com mais atenção às legislações que se dirigissem contra minorias²⁴. A Corte manifestou entendimento, portanto, que uma lei hostil direcionada a uma determinada classe ou grupo de pessoas, incorre numa “classificação de suspeito”, tendo de enfrentar um exame constitucional mais severo.

Anos mais tarde, em *Brown v. Board of Education*²⁵ (1954), a Suprema Corte, dando cabo à política de segregação racial, entendeu que o objetivo da segregação

²⁰SUK, Julie C. The Constitution of Mothers: Gender Equality and Social Reproduction in the United States and the World. *ConLawNOW*, Vol. 9, 2017-2018, p. 23.

²¹United States. CONSTITUTIONAL AMENDMENT XIV, § 1.

²²VÁZQUEZ, Selene C. The Equal Protection Clause & Suspect Classifications: Children of Undocumented. *The University of Miami Inter-American Law Review*, Vol. 51, p. 68

²³304 U.S. 144 (1938).

²⁴VÁZQUEZ, op. cit., p. 70.

²⁵347 U.S. 483 (1954).

era a subordinação e a criação de um sistema de castas que elevava um grupo acima do outro²⁶. Portanto, as mulheres passaram a alegar que as discriminações sofridas por elas violavam a Décima Quarta Emenda, uma vez que as políticas que as colocavam em um status inferior ao dos homens ia na contramão do que estava disposto no *Equal Protection Clause*, devendo, por consequência, a Suprema Corte conceder ao sexo a qualidade de “classificação de suspeito”, para que, através do escrutínio judicial, pudesse extirpar de vez a constitucionalidade de dispositivos discriminatórios.

²⁶VÁZQUEZ, Selene C. The Equal Protection Clause & Suspect Classifications: Children of Undocumented. The University of Miami Inter-American Law Review, Vol. 51, p. 94.

4. AS CONTRIBUIÇÕES DE RUTH BADER GINSBURG

4.1 Apresentando Ruth Bader Ginsburg

Nascida em 15 de março de 1933, na cidade de Nova Iorque, Ruth Bader Ginsburg foi uma advogada e juíza da Suprema Corte norte-americana, onde serviu como juíza associada de 1993 até sua morte em 2020. Quando jovem sempre demonstrou aptidão aos estudos, sendo uma das melhores alunas das turmas por onde estudou. Em 1956, matriculou-se no curso de direito na Universidade Harvard, que há pouco tempo havia permitido o ingresso de mulheres, sendo ela uma das nove estudantes mulheres em um universo de mais de 500 homens.

Ruth permaneceu dois anos estudando em Harvard, contudo teve de se mudar para Nova Iorque após seu marido aceitar uma oferta de emprego em uma firma de advocacia. Em Nova Iorque, terminou sua formação acadêmica na Universidade Columbia em 1959, não sem antes ter sido nomeada para participar como editora da *Columbia Law Review*²⁷ (revista jurídica editada pelos estudantes da faculdade).

Após formada, Ginsburg que, por ser mulher, fora rejeitada por alguns juízes, assessorou o juiz da Corte Distrital do Sul de Nova Iorque, Edmund L. Palmieri, oportunidade em que, através do seu trabalho bem feito, chamou a atenção de diversos escritórios de advocacia que tiveram o interesse de contratá-la, contudo acabou aceitando a proposta de voltar à Universidade de Columbia, participando, entre 1961 e 1963, de um projeto sobre processo civil internacional. Durante esse período, assumiu o cargo de professora assistente na Universidade Rutgers, onde dedicou seus primeiros anos lecionando matérias relacionadas à área civil, com especial atenção ao direito comparado, matéria que foi centro de suas publicações até o fim da década de 60.²⁸

No início da década seguinte, Ruth mudou o foco dos seus estudos para a posição legal das mulheres na sociedade norte-americana. Impulsionada por outras estudantes, decidiu realizar um seminário sobre a relação das leis e as mulheres.

²⁷Columbia Law Review Masthead, (1959). Disponível em: <https://live-columbia-law-review.pantheonsite.io/wp-content/uploads/2016/04/1959-CLR-MASTHEAD.pdf>

²⁸ELLINGTON, Toni J., HIGASHI, Sylvia K., KIM, Jayna K. Kim & MURAKAMI, Mark M. Justice Ruth Bader Ginsburg and Gender Discrimination, *University of Hawai'i Law Review*, Vol. 20 (1998), p. 707.

Na sua preparação, afirma ter levado em torno de um mês para ler todas as decisões federais que envolvessem o status legal das mulheres já publicadas até o momento, bem como os comentários a respeito das decisões, o que não era grande feito, como disse, pois havia pouco material.²⁹ Enquanto se preparava para o seminário, conheceu Mel Wulf, então diretor da *American Civil Liberties Union* (ACLU), e juntos trabalharam na apelação do caso *Reed v. Reed*, em 1971,³⁰ primeiro caso paradigmático que teve envolvimento.

4.2 *Reed v. Reed*: a busca por escrutínio judicial estrito se inicia

No desenvolvimento da legislação dos Estados Unidos, as mulheres sempre recebiam classificações especiais baseadas em suposições vagas em respeito a sua condição física, psicológica e social, bem como eram influenciadas pela opinião pública sobre moralidade. Essas classificações que relegavam as mulheres a uma classe separada eram tidas como corretas e naturais. Contudo, com o passar do tempo, as visões de outrora não mais representavam o pensamento de uma sociedade que havia amadurecido, de modo que a superação de certos preconceitos era uma urgência para que as mulheres pudessem ver seus direitos atendidos e terem a possibilidade de participar de forma plena da vida social.

Seja através da promoção de políticas inclusivas pelo poder Executivo, alterações e criações de novas leis ou de decisões judiciais, parte do corpo social havia despertado para as discriminações perpetradas contra as mulheres. Ruth Ginsburg teve a oportunidade de iniciar sua luta contra esses preconceitos em *Reed v. Reed* (1971).

Ao participar da construção do relatório, teve a sensibilidade de reconhecer a importância do trabalho pioneiro desempenhado pelas ativistas Pauli Murray e Dorothy Kenyon na luta contra a discriminação de gênero, colocando seus nomes como coautoras da apelação. A sustentação oral perante a Suprema Corte ficou a cargo de Allan Derr, advogado de Sally Reed que acompanhou as fases iniciais do processo.

²⁹GINSBURG, Ruth B. Remarks on Women's Progress in the Legal Profession in the United States, Vol. 33, Tulsa Law Journal, (2013), p. 16.

³⁰404 U.S. 71 (1971).

O caso gira em torno de Sally Reed e Cecil Reed, um casal separado, que estavam disputando a administração dos bens do falecido filho, tendo os dois peticionado por seu inventário. A Corte de Sucessões garantiu a Cecil Reed a administração do inventário, baseando sua decisão nos estatutos 15-312 e 15-314.³¹ A Seção 15-312, previa uma série de possíveis titulares, que seguiam uma hierarquia de acordo com o grau de parentesco com o morto, como, por exemplo: o cônjuge sobrevivente ou qualquer pessoa que possa ter sido apontada pelo falecido; os filhos; o pai ou a mãe; o irmão; a irmã. Contudo, tendo em vista os inúmeros casos de pessoas igualmente intituladas que reivindicavam a administração dos bens deixados, o Código de Idaho discorria que, nesses casos, se as duas pessoas que estivessem disputando a titularidade fossem de sexos diferentes, deveria ser aplicado o disposto na Seção 15-314, a qual garantia preferência aos homens ante as mulheres.

Frente à decisão fundamentada em um dispositivo sexista, Sally Reed apelou para a Corte Distrital, alegando a inconstitucionalidade do estatuto 15-314, pois estaria violando a Lei dos Direitos Civis de Idaho, a 14ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos e o Art. 1, §1 da Constituição de Idaho, que asseguravam a igualdade de tratamento e proteção perante a lei, respeitando o direito ao devido processo legal, independente da raça, credo, cor, sexo ou nacionalidade. A Corte Distrital reverteu a decisão anterior, apontando a violação da 14ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos, momento em que Cecil Reed apelou para a Suprema Corte de Idaho, que acolheu seu pedido, mantendo a constitucionalidade do dispositivo.

Ruth Ginsburg viu no caso a possibilidade de pleitear pela aplicação do estrito escrutínio judicial (*strict judicial scrutiny*)³² nos casos de discriminação sexual.

³¹IDAHO CODE § 15-312 (Michie 1970) provided: Administration of the estate of a person dying intestate must be granted to some one or more of the persons hereinafter mentioned, and they are respectively entitled thereto in the following order: 1. The surviving husband or wife or some competent person whom he or she may request to have appointed. 2. The children. 3. The father or mother. 4. The brothers. 5. The sisters. 6. The grandchildren. 7. The next of kin entitled to share in the distribution of the estate. 8. Any of the kindred. 9. The public administrator. 10. The creditors of such person at the time of death. 11. Any person legally competent. If the decedent was a member of a partnership at the time of his decease, the surviving partner must in no case be appointed administrator of his estate. Section 15-314 provided: Of several persons claiming and equally entitled to administer, males must be preferred to females, and relatives of the whole to those of the half blood.

³²O escrutínio judicial é um teste utilizado pelas cortes dos Estados Unidos para averiguar a constitucionalidade de uma lei que esteja infringindo um direito fundamental expresso na Constituição, no qual o governo tem de demonstrar a necessidade da lei para promover um interesse

Os argumentos que fundamentaram a apelação buscaram demonstrar à Suprema Corte dos Estados que o estatuto 15-314, do Código de Idaho, arbitrariamente classifica as mulheres como inferiores aos homens, o que induzia as decisões da Corte de Sucessões a não levar em consideração as qualificações individuais, de modo que apenas se reproduzia aquilo que era conveniente administrativamente. Entretanto, a apelação não se restringiu a apontar a inconstitucionalidade do estatuto, foi além: denunciou, de modo a dar robustez à defesa da apelante, a discriminação vivida pelas mulheres ao longo da história do país norte-americano.

Das 57 páginas que compunham a apelação, apenas oito discorreram sobre a inconstitucionalidade do estatuto 15-314. A então advogada cria ser necessário mais do que estatísticas e precedentes para que os juizes da Suprema Corte tomassem suas decisões sem se pautar nos julgamentos anteriores que perpetuavam a discriminação legal,³³ por esse motivo deviam ser municiados com informações gerais e não apenas material judicial. Para tanto, buscou referências em trabalhos de diversos autores, com a finalidade de ratificar seus argumentos com as ideias que circulavam na sociedade da época.

Seguindo a lógica de que a distinção de tratamento disposta em leis, com base no sexo do indivíduo deva ser tratada como uma classificação suspeita, a apelação traça uma comparação entre a discriminação sexual e racial, apontando a relação de proximidade das duas classificações. Com o intuito de ilustrar a proximidade, traz à baila os trabalhos como “*Sex Discrimination and Equal Protection: Do We Need a Constitutional Amendment?*”³⁴, de Andrew Schepard, e “*The Negro Woman's Stake in the Equal Rights Amendment*”³⁵, de Pauli Murray, os quais expõem que o status de submissão das mulheres, que estavam sob a jurisdição do poder paternal, e que, por serem consideradas inferiores aos homens, necessitavam de proteção, foi utilizado analogamente como justificativa legal para a escravidão, bem como serviu de modelo para a opressão de outros grupos.

Ainda apontando para a similaridade entre a discriminação de negros e mulheres, dá força a sua defesa citando a decisão da Suprema Corte dos Estado da

estatal convincente. FALLON, Richard Jr. Strict Judicial Scrutiny, *UCLA Law Review*, Vol. 54, 2007, p. 1269.

³³GINSBURG, Ruth Bader & FLAGG, Barbara. Some Reflections on the Feminist Legal Thought of the 1970s, *The University of Chicago Legal Forum*, Vol. 1989: Iss. 1, Article 3, (1989), p. 18.

³⁴*Harvard Law Review*, Vol. 84 (1971), p. 1499.

³⁵*Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review*, Vol. 6, (1971), p. 253.

California, em *Sail'er Inn, Inc. v. Kirby* (1971),³⁶ que concluiu que sexo deve ser considerada uma classificação suspeita, merecendo exame minucioso por parte das cortes, tal como ocorreu com a raça, pois tanto raça quanto sexo são classificações definidas por características físicas, fixadas no nascimento, de modo que não guardam relação com a capacidade do indivíduo de contribuir para a sociedade. Assim, quando dispostas em leis, promovem desvantagens sociais, segregando esses grupos da vida pública, privando-os da participação na tomada de decisões e de oportunidades de trabalho sob o falso pretexto de proteção.

Com o intuito de convencer a Corte de que sexo deveria ser considerada uma classificação suspeita, a estratégia utilizada foi de construir um cenário onde os juízes tomassem conta de que suas decisões, em relação à proteção dos direitos das mulheres, estavam descompassadas com a realidade, coadunando com decisões de cortes inferiores que tinham consequências negativas para as mulheres.

Para evidenciar a situação, foram citados alguns exemplos de discriminação que tiveram o aval da legislação ou de decisões judiciais: *Bacon v. Boston Elevated Ry.*, 256 Mass. 30, 152 N.E. 35 (1926), uma mulher casada que mantinha o registro do carro em seu nome de solteira foi declarada como um “incômodo na rodovia”, de maneira que não pode acionar a justiça pelos danos sofridos quando seu carro foi atingido por um trem; *Rago v. Lipsky*, 327 Ill. App. 63, 63 N.E.2d 642 (1945), uma mulher casada que praticava advocacia sob o seu nome de solteira foi impedida de registrar esse nome para votar. Quanto às leis: no mercado de trabalho, as leis de impostos desencorajavam mulheres a manterem uma carreira e construir família, de modo que, caso a esposa tivesse um salário maior que seu marido, teriam ganhos menores do que um casal que vivesse sem o benefício da licença de casamento;³⁷ deduções nos valores das creches podiam ser requisitadas pelo pai ou pela mãe divorciados, independentemente da renda, enquanto para o casal que trabalhava, as deduções eram acessíveis apenas para aqueles que tivessem sua renda bruta conjunta próxima ao nível de subsistência;³⁸ apesar do crescente número de mulheres acima dos 16 anos que estavam trabalhando, a disparidade entre os

³⁶485 P. 2d 529 (Cal. 1971).

³⁷BRITT, Richards. *Single v. Married Income Tax Returns under the Tax Reform Act of 1969*. The Tax Magazine, Vol. 48, Issue 5, (1970), p. 301.

³⁸A Matter of Simple Justice: Report of the President's Task Force on Women's Rights and Responsibilities 15 (1970), p. 13.

ganhos salariais entre homens e mulheres aumentou entre 1956 a 1968, mesmo trabalhando nos mesmos cargos.³⁹

Esses casos somados aos sucessivos ataques à opinião pública, com reportagens e argumentos de cunho machista, que defendiam ser da natureza das mulheres a submissão, dificultavam o movimento social que buscava uma condição de vida digna dentro de uma sociedade moderna e que já vinha demonstrando outro entendimento referente ao status ocupado pelas mulheres. Estando desperta para esses problemas sociais, Ginsburg opina que já era passado do momento da Corte, que até o momento da decisão do caso *Reed v. Reed* não havia reconhecido nenhuma lei que contivesse conteúdo com discriminação de gênero como inconstitucional, manifestar uma posição que condizesse com as novas correntes da época, enfrentando noções equivocadas, que estavam enraizadas desde o surgimento do país, e que não condiziam com as direções para as quais as outras potências estavam caminhando.

Com o intuito de demonstrar o atraso da Suprema Corte quanto ao tema, Ruth fez uso do seu conhecimento em direito internacional. Segundo ela, para que a Constituição não passasse de um documento congelado no tempo, a observação das inovações e dos avanços legais nos outros países desenvolvidos era essencial, de modo que seriam enriquecidas as decisões das Cortes dos Estados Unidos e garantida ao país uma posição de influência no debate internacional.⁴⁰ Nesse sentido, a atuação da advogada evocou decisões exaradas na Alemanha para reforçar sua tese.

Na Alemanha Ocidental pós Segunda Guerra Mundial, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha Ocidental acabou com a distinção legal baseada na suposição de que homens eram melhor qualificados para gerenciar propriedade.⁴¹ Em outro caso, as mulheres denunciaram, com base no princípio de igualdade de proteção previsto na Constituição da Alemanha Ocidental, duas provisões do Código Civil Alemão, as quais declaravam que na hipótese de discordância entre os genitores, o pai é quem tem o poder decisório acerca dos

³⁹Dept. of Labor, Women's Bureau: Fact Sheet on the Earnings Gap 1 (Feb. 1970).

⁴⁰GINSBURG, Ruth Bader. "A decent Respect to the Opinions of [Human]kind": The Value of a Comparative Perspective in Constitutional Adjudication International Academy of Comparative Law American University. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/publicinfo/speeches/viewspeech/sp_08-02-10>.

⁴¹BVerfGE 15, 337 (March 20, 1963).

filhos, bem como era o pai das crianças quem possuía preferência obrigatória quanto as suas representações.

De modo diferente da Suprema Corte de Idaho, que decidiu sobrepor o direito à igual proteção garantido na constituição norte-americana pela conveniência administrativa, baseando-se na concepção errada de que homens são mais qualificados para administrar bens que as mulheres, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha Ocidental decidiu levar em consideração a norma constitucional, declarando as duas provisões inconstitucionais.⁴²

Através da apresentação dos casos mencionados, a defesa não apenas utilizou-se de argumentos convenientes, mas sim apontou para a Suprema Corte que era viável um novo entendimento sobre as discriminações sexuais e que esta poderia ter um papel central nessa mudança na sociedade.

Para tanto, Ginsburg tinha em mente que a Suprema Corte tinha de superar os precedentes que estagnavam esse movimento sob o pretexto de que a distinção de tratamento servia para proteger as mulheres. No apelo, trabalhou com três casos que mereciam atenção da Corte: *Muller v. Oregon*,⁴³ *Goesaert v. Cleary*⁴⁴ e *Hoyt v. Florida*.⁴⁵

Em *Muller v. Oregon* (1908), Muller, dono de uma lavanderia, foi condenado por ter violado um estatuto do Estado de Oregon que proibia o emprego de mulheres em lavanderias por mais de 10 horas por dia. Na decisão, a Corte fundamentou sua decisão afirmando ser do interesse do Estado regular as horas trabalhadas pelas mulheres, uma vez que era do interesse público o bem-estar delas, para que essas pudessem dar à luz proles vigorosas, de maneira que a proteção estatal, através da incorporação de classificações diferenciando os sexos, seria benigna para as mulheres.

Embora o mérito da questão em *Muller* tenha sido superado com as mudanças econômicas e sociais promovidas ao longo do tempo, a ideia por trás da constitucionalidade do estatuto de Oregon persistiu. Os outros casos citados por Ginsburg evidenciavam que a justificativa de que as leis que “protegiam” as mulheres eram benignas foi empregada em eventos posteriores. Em *Goesaert v. Cleary* foi mantida a constitucionalidade de uma lei do estado de Michigan que

⁴²BVerfGE 10, 59 (July 29, 1959).

⁴³208 U.S. 412 (1908).

⁴⁴335 U.S. 464 (1948).

⁴⁵368 U.S. 57 (1961).

proibia as mulheres de trabalharem como bartender, pois, segundo a opinião seguida pela maioria da Suprema Corte, protegia as mulheres de perigos morais e sociais nos bares e, em *Hoyt v. Florida*, Gwendolyn Hoyt apelou contra uma decisão que a declarou culpada de homicídio, alegando que o júri composto por 6 homens tomou medidas injustas e discriminatórias. A Suprema Corte, por entender que as mulheres permaneciam sendo mais importantes nos seus lares com suas famílias, manteve a lei da Flórida que limitava o serviço de júri apenas às mulheres que haviam registrado o desejo de estarem presentes na lista de júri perante a Corte.

Conforme evidenciado por Ruth, os argumentos utilizados nessas decisões apresentaram divergência com argumentos utilizados em outros casos pela própria Suprema Corte. Em *Goesaert*, por exemplo, o juiz associado Frankfurter reconheceu que a sociedade havia avançado em certas noções, porém afirmou que as perspectivas sociológicas ou mudanças nos padrões sociais não são prerrogativas constitucionais que as legislações devem refletir. Contudo, foi em cima dessas noções que anos mais tarde, em *Brown v. Board of Education*,⁴⁶ a Suprema Corte declarou a segregação racial como inconstitucional.

Portanto, ao utilizar conhecimentos variados para encorpar sua defesa como história, biologia, filosofia, apresentava-se à Suprema Corte um cenário maior, indicando que o caso em apreço ia muito além do que a inconstitucionalidade de um estatuto. Enquanto se defendiam os interesses da apelante, foi agarrada a oportunidade para pleitear a condição de “classificação de suspeito” para todas leis do país que contivessem distinções com base no gênero das pessoas e que estas tivessem de passar pelo escrutínio judicial, alcançando mais igualdade e fazendo com que as demais Cortes se adaptassem. Ademais, em caso de o pedido não ser atendido pela Corte, requereu-se, ainda, que fosse revertida a presunção de racionalidade quanto ao estatuto que dá preferência aos homens na administração do inventário dos falecidos.

Em resposta às demandas apresentadas, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu, unanimemente, que o estatuto 15-314, do Código de Idaho, violou a *Equal Protection Clause*, declarando que dar preferência obrigatória a um sexo em detrimento do outro era fazer uma escolha legislativa arbitrária, indo na contramão daquilo que era previsto na cláusula de igual proteção, da Décima Quarta Emenda.

⁴⁶347 U.S. 483 (1954)

Os juízes empregaram o “*rational relation test*”,⁴⁷ sob o qual se declarou a inconstitucionalidade do estatuto mencionado, sendo a primeira vez que a Corte entendeu que um Estado violou a igualdade de proteção em caso de discriminação sexual.

Contudo, a Corte não se posicionou quanto ao pedido principal da apelante, a elevação de sexo como uma classificação suspeita, passível de escrutínio judicial estrito. Apesar de ser um passo importante na luta contra as discriminações, a decisão não considerou a igualdade entre homens e mulheres devido à condição de igualdade entre pessoas da mesma espécie, que possuem as mesmas capacidades para administração de inventário, mas sim porque o estatuto em discussão colocava homens e mulheres, no caso pais e mães, em pé de igualdade. Nesse sentido, caso a legislação primeiro estipulasse o pai do falecido como administrador dos bens deixados em posição hierarquicamente superior à mãe, a decisão, por esses motivos, poderia ter sido diferente, e o estatuto mantido. Ao não se posicionar quanto ao pedido de inclusão de sexo como classificação suspeita, deixou de analisar qualquer conceito aplicável as mulheres da emenda de igual proteção, de modo que sob a vigência dessa emenda, sexo continuou sendo uma possível classificação legítima, tendo seus limites determinados caso a caso.⁴⁸

O caso *Reed v. Reed*, portanto, não alcançou todo seu potencial, mas serviu de importante base para futuras decisões. A partir da decisão unânime, a relação das classificações que promovessem tratamento distinto com os objetivos que a lei se propõe a alcançar, deveriam guardar relação substancial e necessária, não apenas uma relação racional com um propósito público. Ainda, conforme será abordado no decorrer do trabalho, o processo teve peso significativo na consideração de parte dos juízes da Suprema Corte quando no julgamento de *Frontiero v. Richardson* (1973),⁴⁹ sendo que quatro deles manifestaram concordância com a ideia de que sexo deveria ser considerado uma classificação

⁴⁷Teste de nível inferior ao escrutínio judicial estrito, no qual se averigua se um determinado estatuto possui um interesse estatal legítimo, e se há uma conexão racional entre o estatuto e os motivos e objetivos que se espera alcançar com ele.

⁴⁸NOONAN, Catherine G. *Reed v. Reed*. *Texas Southern University Law Review*, Vol. 2, Issues 2 & 3 (1973), p. 336.

⁴⁹411 U.S. 677 (1973).

suspeita. Ademais, deu fundamento para a criação do “*heightened scrutiny*”⁵⁰, no caso *Craig v. Boren* (1976).⁵¹

4.3 *Frontiero v. Richardson*: as mulheres como provedoras

Após sua participação em *Reed*, Ruth Ginsburg foi contratada pelos diretores da ACLU para que fundasse e dirigisse o projeto *Women’s Right Project* (WRP), em 1972, momento em que passou a trabalhar com o objetivo de que os direitos das mulheres fossem abrigados pela Constituição. Para tanto, escolhia os casos em que iria atuar com bastante cautela, a fim de demonstrar que as noções antigas sobre as diferenças de gênero que estavam refletidas nas leis eram prejudiciais tanto para os homens quanto para as mulheres. A defesa de casos que para alguns eram reivindicações modestas, fazia parte da estratégia da então advogada de que era necessário criar um acervo de decisões para dar base a decisões futuras.

Enquanto na coordenação do WRP, a advogada seguia a linha de que a igualdade entre os sexos seria alcançada de maneira mais eficaz através de litígios sistemáticos nas cortes do que através da correção das discriminações contra as mulheres pela lei. A defesa dessa direção fazia com que o projeto não contasse apenas com as diretrizes do Congresso e Governo Federal, que já vinham tomando medidas para diminuir a discriminação em empregos, uma vez que essas diretrizes não abrangiam todas áreas fora do mercado de trabalho, onde também era necessário erradicar a discriminação.

Nesse sentido, se fazia necessário educar os integrantes do judiciário do país, que eram predominantemente brancos e composto por homens, de que as mudanças sociais poderiam se tornar os novos padrões nas leis. Trabalhar nesses casos era importante para alcançar seu objetivo, visto que, segundo Ginsburg, trabalhar com a constituição era difícil porque o seu texto era um como um armário vazio para aqueles que buscassem promover igualdade entre homens e mulheres

⁵⁰Teste intermediário que as cortes usam para determinar a constitucionalidade de um estatuto, sendo invocado quando um Estado ou o Governo Federal aprova um estatuto que afeta negativamente alguma classe protegida. Para superar o escrutínio intermediário, a lei deve ter um importante interesse governamental e deve fazê-lo por meios que estejam substancialmente relacionados a esse interesse.

⁵¹429 U.S. 190 (1976).

perante a lei,⁵² de forma que sua estratégia para que a Suprema Corte desviasse dos precedentes calcados em noções equivocadas tomou outro caminho.

Na sequência de *Reed*, Ginsburg arguiu seu primeiro caso diante da Suprema Corte, juntamente com Melvin Wulf, Brenda Feigen Fasteau e Marc Feigen Fasteau, representou a organização *American Civil Liberties Union* (ACLU), participando da construção do relatório do *amicus curiae*, em favor de Frontiero, no caso *Frontiero v. Richardson* (1973). A argumentação oral também contou com a presença de Joseph J. Levin, Jr., da organização de advocacia sem fins lucrativos *Southern Poverty Law Center* (SPLC), advogado que acompanhou as fases iniciais do processo e representou a apelante.

Embora Ruth e Levin concordassem quanto às circunstâncias específicas do caso, tendo os dois defendido que os dispositivos apelados violavam a Quinta Emenda da Constituição, bem como pleitearam que ao invés de acabar com os benefícios garantidos aos homens das forças armadas, esses fossem estendidos às mulheres que serviam a instituição, os dois trabalharam com linhas de raciocínio diferentes. Enquanto Levin focou no mérito da ação, Ginsburg, assim como em *Reed*, elevou o caso para uma discussão acerca da igualdade das mulheres e a necessidade de que sexo fosse considerada classificação suspeita.

No caso em questão, Sharron Frontiero, tenente do exército, alegando que seu marido era seu dependente, solicitou os benefícios médicos e de moradia, previstos no Código dos Estados Unidos, que eram oferecidos pelo exército dos Estados Unidos da América a todos aqueles membros que tivessem dependentes em suas famílias. Seu pedido, contudo, foi negado tendo em vista que seu marido não cumpria um requisito: ter metade dos seus gastos supridos pela esposa.

Esses requisitos eram exigidos apenas se o requerente do auxílio fosse uma mulher, não se aplicando a mesma regra aos homens do serviço militar que requisitassem os mesmos benefícios para suas esposas. Esses eram contemplados automaticamente após a requisição, mesmo que suas esposas não fossem inteiramente dependentes.

Sharron e seu marido Joseph Frontiero ajuizaram a ação, na qual alegaram que esse sistema de bonificações violava o devido processo legal disposto na Quinta Emenda da Constituição dos Estados Unidos. O caso foi primeiramente

⁵²GINSBURG, Ruth Bader & FLAGG, Barbara. Some Reflections on the Feminist Legal Thought of the 1970s, *The University of Chicago Legal Forum*, Vol. 1989: Iss. 1, Article 3, (1989), pg 13.

apreciado pelo Tribunal Distrital dos Estados Unidos para o Distrito Médio do Alabama, instância que decidiu por negar o pleito sob o argumento de que a legislação não diferenciava os indivíduos por causa do seu sexo, e sim por conveniência administrativa. Segundo a Corte, a justificativa racional encontrada para manter o estatuto discriminatório vinha do fato de que o Congresso, ao criar a regra, julgava ser mais econômico requisitar a comprovação de dependência dos maridos das mulheres alistadas, pois essas eram menor número nas forças armadas.⁵³ Por conseguinte, o caso foi levado à Suprema Corte.

Em seu relatório, o *amicus curiae* defendeu que os títulos 37, seção 401 e 403 e 10, seção 1072 e 1076, ambos do Código dos Estados Unidos, motivo da lide, perpetuavam a discriminação sexual, pois promoviam a noção equivocada ao assumir que os homens tinham o papel de provedores do lar, de maneira que eram a parte dominante de um casamento, cabendo às mulheres se contentarem com os cuidados dos filhos e das tarefas de casa. Os títulos faziam crer que, em termos de benefícios que as garantias traziam para as famílias, o trabalho desempenhado por Sharon Frontiero valia menos para o sustento da sua casa do que o trabalho dos homens que ocupavam posição similar.

Entretanto, a discriminação produzida pelos dispositivos não levava em consideração as estatísticas da sociedade da época, que apontavam que ano após ano o número de mulheres no mercado de trabalho apenas aumentava. Ginsburg cita “*Indicators of Trends in the Status of American Women*” (1971), de Abbott L. Ferriss, que indicava que as esposas de maridos com empregos eram aquelas que mais buscavam ingressar no mercado de trabalho, em relação àquelas que tinham seus maridos desempregados, de modo que contribuíam diretamente para o sustento do lar, desbancando mitos de que apenas prestavam assistência a seus maridos.

Ainda, em 1971, de todas as mulheres que estavam empregadas, cerca de 60% delas eram casadas e viviam com seus maridos, implicando que boa parte dessas mulheres não se encaixavam no critério de dependência (pessoa cujos ganhos não suprem metade de suas despesas). Ginsburg denuncia que a corte inferior não se atentou a esses dados quando exarou sua decisão, pois caso tivesse conhecimento dessas informações, não manteria a constitucionalidade dos títulos

⁵³341 F. Supp. 201 (M.D. Ala. 1972).

sob o argumento de conveniência administrativa ao presumir que a comprovação de dependência apenas dos maridos das mulheres que trabalhavam nas forças armadas gerava mais economia aos cofres públicos, porque essas eram menor número na instituição.

O *amicus curiae* ressaltou que a suposta economia gerada pela distinção de tratamento não era o objetivo que se queria alcançar quando a lei fora promulgada. Frente às melhores condições oferecidas pelos empregos da área civil, as forças armadas vinham perdendo pessoal, de maneira que a criação dos subsídios de moradia e de benefícios médicos buscavam manter pessoas capacitadas na instituição. Ademais, os interessados na manutenção do sistema de concessão das benesses não comprovaram que os métodos empregados geravam economia, do que se conclui que a real motivação do privilégio concedido aos militares não era conveniência administrativa, mas sim a consideração dos homens como os membros principais de suas famílias, e as esposas suas dependentes, não assumindo a possibilidade do contrário.

Esse estereótipo vinha sendo combatido pelo Congresso, dado os últimos movimentos que havia tomado quanto ao assunto. Entre eles, a casa havia aprovado a *Equal Rights Amendment*, bem como, em 1971, foi alterado o Título 5 do Código dos Estados Unidos, acrescentando-se um subparágrafo ao título que estipulava que qualquer benefício concedido a um funcionário federal ou para sua esposa ou família, deveria ser fornecido para as funcionárias federais ou para seu marido ou família. Antes dessa alteração, os benefícios disponibilizados seguiam a mesma lógica do benefício desafiado por Sharron Frontiero, sendo exigida a comprovação da dependência apenas dos maridos das funcionárias federais. Esses argumentos tinham o intuito de induzir a Corte a espelhar seu julgamento na atitude vanguardista do Congresso, com a finalidade de promover a igualdade de tratamento em relação aos incentivos fornecidos pelas forças armadas a seus integrantes.

Um passo importante para atingir esse objetivo seria o reconhecimento de que os estatutos desafiados constituíam uma classificação suspeita, para qual não havia uma justificativa convincente, sendo oportuno à Suprema Corte manifestar-se a respeito do uso do escrutínio judicial estrito, até mesmo para sanar as dissonâncias geradas pelo caso *Reed v. Reed*. Após *Reed*, as cortes inferiores tiveram interpretações diferentes de como deveriam agir frente aos casos com

discriminações sexuais, sendo que algumas entenderam haver uma nova direção na revisão judicial de leis que continham esse tipo de conteúdo, passando a refutar as discriminações legais que não sobrevivessem a revisão constitucional, enquanto outras eram partidárias da perspectiva de que sexo não é uma classificação inerentemente suspeita, de modo que estatutos em discussão deveriam ser mantidos caso as justificativas racionais fossem demonstradas ou percebidas pelas Cortes.

A atuação de Ginsburg visava combater a perpetuação dessa segunda corrente. A fim de que fosse ouvida, trouxe novamente para a discussão os casos *Muller v. Oregon*, *Goesaert v. Cleary* e *Hoyt v. Florida*, sob os quais a Corte não havia tecido comentários quando citados pela primeira vez em *Reed* e que ainda pesavam nos julgamentos das cortes inferiores. As decisões desses casos, aos olhos da época em que se litigava *Frontiero*, sinalizaram erros grotescos que precisavam ser reparados, e o remédio para essas feridas presentes nos precedentes da Corte era a adoção do escrutínio judicial estrito.

Caso não fosse esse o entendimento do colegiado, pleiteava-se pela aplicação de um teste intermediário, acreditando-se que as mulheres mereciam um exame minucioso dos regulamentos que lhes desfavoreciam, de forma que os proponentes desses regulamentos tivessem o ônus de comprovar sua necessidade para alcançar objetivos legítimos. Quanto ao mérito, foi aferido que a constitucionalidade dos títulos 37, seção 401 e 403 e 10, seção 1072 e 1076 não era mais tolerável, visto que, além da discriminação que promoviam, não havia nenhuma base racional para sua manutenção.

O desfecho do caso foi favorável à parte autora, sendo que os benefícios em litígio foram estendidos, abrangendo também outras mulheres militares que pleiteassem o abono. Das razões da decisão, oito juízes entenderam que os estatutos federais eram inconstitucionais por discriminarem homens e mulheres, contudo a fundamentação de suas conclusões divergiu. Ainda, houve um voto dissidente concordando com o método de revisão racional utilizado pela corte inferior para resolver o caso.

Dos oito votos em favor da causa da apelante, três juízes aderiram à opinião do juiz William J. Brennan Jr., que manifestou que a inclusão de gênero no rol de classificações suspeitas tinha suporte na decisão do caso *Reed v. Reed* (1971). Segundo a opinião do juiz, o histórico de discriminação sexual nos Estados Unidos

foi racionalizado e implementado na legislação do país com um caráter paternal, que ao invés de proteger as mulheres, acabou por aprisioná-las, negando-lhes direitos civis e políticos básicos para que pudessem exercer sua cidadania.⁵⁴

Sua decisão também levou em consideração as novas diretrizes do Congresso, que vinha demonstrando maior atenção às classificações baseadas em gênero, tendo como norte que essas classificações eram inerentemente ofensivas, ou seja, quando dispostas em lei, não possuíam relação justa e razoável com o objetivo da lei. Diante dessa perspectiva, afirmou que o caso em questão deveria ser submetido ao escrutínio judicial estrito e, quando submetido, não manteria sua constitucionalidade, pois os títulos 37, seção 401 e 403 e 10, seção 1072 e 1076 implicavam uma distinção entre pessoas que ocupavam posições similares, bem como ressaltou que não foram apresentadas evidências de que os estatutos gerassem economia, inexistindo relação de razoabilidade para a manutenção dos títulos. Ao final, concluiu que impor desvantagens ao sexo feminino, que assim como raça e nacionalidade de origem é uma característica imutável, relega toda uma classe a um status legal inferior, sem levar em consideração as capacidades individuais dos pertencentes de contribuir para a sociedade.

Os outros juízes que votaram a favor da inconstitucionalidade dos estatutos em discussão, no entanto, fizeram uso de outras razões, uma vez que não criam na necessidade da caracterização de gênero como classificação suspeita. O juiz Stewart, em sua opinião concorrente, reconheceu que os dispositivos em debate geram um tratamento desigual a uma classe, no caso as mulheres, violando a Constituição, contudo não discorreu acerca das leis com classificações pautadas em gênero.

Na opinião concorrente do juiz Powell, seguida pelo juiz Blackmun e pelo juiz-chefe Burger, sustentou-se que em *Reed v. Reed*, precedente que embasou a opinião, gênero não foi adicionado à lista de classificações suspeitas, não sendo oportuno, naquele momento, expandir o rol de classificações suspeitas, pois a emenda ainda carecia de ratificação pelos Estados, sendo oportuno esperar pelo veredicto dos representantes eleitos pelo povo.

Essa visão deixou em aberto algumas questões sobre a constitucionalidade das classificações baseadas em gênero. Ao concordar que o motivo da violação da

⁵⁴411 U.S. 677 (1973).

Quinta Emenda pelos títulos 37, seção 401 e 403 e 10, seção 1072 e 1076 foi a discriminação que esses dispositivos perpetravam, pressupõe-se que a inclusão de gênero como uma classificação suspeita seria a medida mais acertada, pois a ratificação ou não da *Equal Rights Amendment* pelos Estados, não alteraria a constitucionalidade do dispositivo. Ao não incluir sexo como classificação suspeita, os juízes ignoraram a possibilidade de outras formas de discriminação sexual violarem garantias constitucionais já existentes. Ademais, essa divergência manteve as cortes inferiores sem uma orientação clara de como responder aos casos que envolvessem discriminação sexual.⁵⁵

Apesar da falta de unanimidade, é inquestionável a importância do caso no combate às discriminações sexuais, tendo em vista que a igualdade de direitos proposta pela emenda não foi ratificada pelos Estados após a decisão. Ainda, ao estender os benefícios já existentes aos homens às mulheres, a Suprema Corte compreendeu que, no caminho para acabar com as injustiças geradas pelos dispositivos, a exclusão dos benefícios em litígio não se traduz, na prática, em maior igualdade, até porque a luta travada pelas mulheres não é pelo fim das garantias, mas apenas que elas sejam oferecidas a toda sociedade de maneira justa.

Frontiero v. Richardson representa um dos primeiros passos em direção à igualdade social, e também assinala uma posição mais contundente por parte do colegiado. A linha de raciocínio seguida no voto plural foi uma novidade na Corte e um avanço para a causa feminina, sendo aquela que mais se aproximou da ideia de que as leis com classificações baseadas em gênero deveriam superar o escrutínio judicial para satisfazer o princípio da igualdade de proteção perante a lei.⁵⁶ A opinião indicou uma nova perspectiva que seria seguida em futuras decisões, como em *Craig v. Boren* (1976), ocasião em que mais da metade dos membros da Suprema Corte assentiram que as leis com classificações de gênero, a fim de serem mantidas, precisavam ter objetivos governamentais importantes e que essas classificações deveriam estar rigorosamente ligadas à concretização desses objetivos.

Entretanto, segundo Ruth Ginsburg, ao tecer comentários a respeito de *Frontiero v. Richardson*, a decisão não substituiu a necessidade da implementação

⁵⁵MCKENNY, Betsy B. *Frontiero v. Richardson: Characterization of Sex-Based Classifications*. *Columbia Human Rights Law Review*, Vol. 6 (1974), p. 247.

⁵⁶BASIC, Christine. *Strict Scrutiny and the Sexual Revolution: Frontiero v. Richardson*. *Journal of Contemporary Legal Issues*, Vol. 14, Issue 1 (2004), p. 122.

da emenda de igualdade de proteção perante a lei. De acordo com ela, o caso encorajaria positivamente que surgissem mais casos contra as diferenciações de tratamento promovidas pelas regulamentações federais e estaduais, com força na Quinta e Décima Quarta emendas, contudo a imprescindível revisão legislativa, efeito que poderia ser alcançado através da ratificação da *Equal Rights Amendment* ou das decisões judiciais, seria a única maneira de dar uma resposta significativa para o tema, controlando o crescente número de processos que versavam sobre o assunto.⁵⁷

A decisão também serviu de precedente para que outras minorias buscassem abrigo da Constituição, sendo ponto importante na defesa dos direitos das pessoas gays, por exemplo. No estado do Hawaii, após interpretar, à luz da emenda estadual de igual proteção, que os votos plural e concorrentes de Brennan e Powell requeriam o uso do escrutínio judicial estrito para as classificações de gênero, a Suprema Corte do estado, em *Baehr v. Lewin* (1993),⁵⁸ derrubou o veto ao casamento de indivíduos do mesmo sexo, sob a alegação de que se tratava de uma discriminação de gênero. *Frontiero*, portanto, se tornou fonte importante para juízes e advogados simpáticos às causas das minorias, devido ao seu reconhecimento legislativo em favor da proteção constitucional.

4.4 *Kahn v. Shevin*: a discriminação afeta os dois gêneros

Seguindo na linha de frente da guerra declarada contra as discriminações de gênero, Ruth Ginsburg atuou no caso *Kahn v. Shevin* (1974).⁵⁹ No caso, Mel Kahn, um viúvo, requisitou, com base no §196.191(7),⁶⁰ do Estatuto da Flórida, uma isenção de imposto sobre a propriedade garantido às viúvas no valor de \$500. Devido ao pedido negado, Kahn buscou a declaração de que o estatuto era inconstitucional, pois negava a igualdade de proteção das leis a ele e aos outros viúvos. Após ter seu pedido atendido pela *Circuit Court*, o caso foi para a Suprema Corte da Flórida, onde a constitucionalidade do estatuto foi mantida, sob o argumento de que apresentava uma relação justa e substancial entre o objetivo do

⁵⁷Women's Rights Law Reporter, Vol. 1, Issue 5 (Summer 1973), p. 4.

⁵⁸852 P.2d 44 (Haw. 1993).

⁵⁹416 U.S. 351(1974).

⁶⁰§196.191(7), Florida Statute: A widow is entitled to exempt \$500 yearly from her property tax. Other persons entitled to exempt \$500 include: those who have lost a limb or become disabled in war, by military hostilities or by misfortune and are residents of the state.

estado em reduzir a disparidade das capacidades econômicas dos homens e mulheres e o benefício econômico concedido às viúvas. Kahn apelou da decisão da corte e o caso foi levado à Suprema Corte.

Na construção da defesa de Kahn, sustentou-se que o estatuto desafiado discriminava os homens ao assumir a condição de dependência das mulheres. A linha de raciocínio seguida pela advogada era que a provisão apresentava os mesmos problemas já discutidos em *Reed* e *Frontiero*, de que a lei que se propõe a proteger as mulheres acabava por colocá-las em um status inferior ao dos homens, reforçando os estereótipos combatidos. O Código, portanto, além de dividir a população viúva, apontava que as mulheres, ao perderem seus maridos, enfrentariam problemas financeiros, enquanto os homens não seriam afetados.

De forma característica a seu método de argumentação, Ginsburg colacionou estatísticas que aferiam o contrário do que o estatuto buscava fazer crer. Como já havia referido nos casos anteriores, até mesmo para ratificar seu posicionamento, apontou que de todas as mulheres que estavam empregadas, cerca de 60% delas eram casadas e viviam com seus maridos. Assim, não seria correto presumir que eram dependentes enquanto os dados apontavam o contrário, acreditando-se que a generalização de todas as viúvas como pertencentes a uma classe desfavorecida caracterizava uma “classificação ofensiva”, ou seja, que o regramento usava uma classificação sem relação razoável com o objetivo que se busca atingir.

Ainda, foi lembrado à Corte que esta já havia discorrido sobre o tema em *Reed* e em *Frontiero*. Em *Reed*, o juiz Warren E. Burger havia declarado que tratar alguma pessoa de maneira diferente com base no sexo seria motivo de escrutínio, de modo que bastaria uma análise do caso para que as pretensões de Kahn fossem atendidas. Afirmou também que o estatuto desafiado em *Kahn* evidenciava mais o tratamento desigual entre os gêneros do que aquele declarado inconstitucional em *Frontiero*, pois no caso presente a lei desqualificava os homens de requererem a isenção fiscal única e exclusivamente por serem homens, enquanto no segundo havia um requisito a ser preenchido. Além disso, foi também rememorado que o estereótipo carregado nos títulos combatidos em *Frontiero*, de que o homem é o provedor do lar, foi declarado inadmissível na ocasião, sendo lógico, portanto, que o §196.191(7), do Estatuto da Flórida, também deveria ter o mesmo destino, já que carregava o mesmo estereótipo.

Por *Kahn v. Shevin* tratar de uma discriminação contra os homens, vislumbrou-se a oportunidade de demonstrar que as leis que continham classificações de gênero eram prejudiciais tanto para eles quanto para as mulheres, advogando para que se reconhecesse que as discriminações de gênero iam além dos direitos das mulheres, tendo relação direta com questões de direitos humanos. Nesse sentido, foi referido o caso *Stanley v. Illinois* (1972),⁶¹ julgado pela Suprema Corte, demonstrando que já havia um posicionamento a respeito das discriminações praticadas por legislações pautadas em estereótipos. Na oportunidade foi decidido pela inconstitucionalidade da lei que, sob o manto da conveniência administrativa, declarava que os pais solteiros eram negligentes e inadequados, negando-lhes direitos de guarda em caso de que a mãe, por algum motivo, não tivesse meios de cuidar da criança, de maneira que esses pais passaram a ter os mesmos direitos que os casados ou divorciados.

Ademais, Ginsburg embasou a defesa citando *Moritz v. Commissioner of Internal Revenue* (1972),⁶² precedente em que defendeu Charles Moritz diante da Corte de Apelos dos Estados Unidos pelo Décimo Circuito. Na ocasião, Moritz apelou contra a negativa de dedução fiscal no custo de uma cuidadora para sua mãe, que apresentava condição de invalidez, previsto na Seção 214, do Código Interno da Receita (*Internal Revenue Code*). No julgamento, o órgão manifestou entendimento de que permitir a dedução apenas para mulheres, viúvas e homens cujas mulheres fossem incapacitadas ia contra os preceitos da *Equal Protection Clause*, e que caracterizava uma discriminação ofensiva, estendendo, em vista disso, o benefício aos homens não casados.

No entanto, ao contrário do esperado pela defesa, a Suprema Corte interpretou o caso de maneira diferente, levando Ginsburg a sua primeira e única derrota em casos de que participou da sustentação oral perante a Corte. A opinião do juiz Douglas,⁶³ seguida pelos juízes Stewart, Blackmun, Powell, Rehnquist e Burger, consistiu em afirmar que as dificuldades enfrentadas pelas mulheres no mercado de trabalho não podiam ser comparadas com as dificuldades com que os homens se deparavam. Douglas mencionou que, apesar dos esforços para minimizar o desequilíbrio promovido pelo ambiente de trabalho dominado por

⁶¹404 U.S. 645 (1972).

⁶²469 F.2d 466 (1972).

⁶³416 U.S. 351(1974).

homens, como a promulgação do *Equal Pay Act* que visava abolir a disparidade salarial entre homens e mulheres, as mulheres não apenas ocupavam os empregos com as piores condições, como também tinham uma menor média salarial. Ainda, levou em consideração, de acordo com o estudo de Abbott L. Ferriss *Indicators of Trends in the Status of American Women 95* (1971), o fato de que era comum em muitas famílias as mulheres não trabalharem, de modo que havia mais chances de uma viúva ser exposta a um mundo desconhecido, sem ter, possivelmente, a mesma quantidade de habilidades para oferecer, do que um viúvo.

Referindo ser entendimento da Corte que a discriminação em favor de uma determinada classe, quando dotada de razoabilidade, não é arbitrária, concluiu que a diferença de tratamento debatida no caso estava dentro dos limites legais, pois apresentava uma relação justa e substancial com o objeto da legislação debatida, qual seja, amortecer o impacto financeiro que significava para as mulheres perderem seus maridos, mantendo, assim, a constitucionalidade do estatuto.

Nesses termos, a decisão da maioria foi embasada, mesmo que não refira expressamente, na ideia de que a classificação por sexo presente no estatuto em discussão era benigna, entendendo que o estatuto não promovia a discriminação daqueles excluídos pela lei de serem agraciados com o auxílio, no caso os viúvos, pois eles não eram afetados pela mesma herança de discriminação. Essa fundamentação foi de encontro com o que a Corte determinou em *Reed* e em *Frontiero*, decisões que combateram a noção do homem como provedor, de forma que a validação de regra que contivesse esse tipo de pensamento se mostrava contraditória com os precedentes tidos até então sobre proteção igual das leis, porque mesmo que o propósito da lei seja uma melhor condição de vida, continua decorrendo de um estereótipo.⁶⁴

Em opinião dissidente, Brennan, seguido pelo juiz Marshall, discordou da opinião dos colegas. Alinhado com sua posição em *Frontiero v. Richardson*, defendeu que as leis que distinguem potenciais beneficiários unicamente em razão do seu gênero deveriam ser submetidas ao escrutínio judicial. Em seu entendimento, o interesse que se buscava proteger, de amortecimento do impacto financeiro na perda do marido, poderia ser alcançado de outra maneira que não a

⁶⁴DORSEY, Harriet Dickinson. *Kahn v. Shevin and the Heightened Rationality Test: Is the Supreme Court Promoting a Double Standard in Sex Discrimination Cases*. *Washington and Lee Law Review*, Vol. 32, Issue 1, (1975), p. 295.

discriminação praticada pela lei. Escorou sua opinião em *Reed v. Reed*, lembrando que o tratamento dissimilar entre homens e mulheres em posição similar era prática arbitrária e contrária ao que pregava a Constituição.

Apesar de concordar com a existência de um legado de discriminação econômica e que era necessário remediar os danos causados às mulheres, o juiz Brennan refere que a inclusão de viúvos como beneficiários não afetaria o interesse do estado de mitigar os efeitos das discriminações sexuais. Por fim, diante da ausência de provas que atestassem que o estado não poderia atingir seus objetivos por outros meios, afirmou que a lei não satisfazia os requisitos da igualdade de proteção.

O juiz White, ao exarar sua opinião dissidente, sustentou que a lei violava a *Equal Protection Clause*, uma vez que não levava em consideração a carência de muitos viúvos que precisavam de auxílio, porém não se enquadravam nos requisitos, enquanto muitas viúvas ricas ou com qualidades que lhes garantiam posições lucrativas preenchiam as exigências. Ademais, afirmou que, se a justificativa do Estado em fazer uma preferência pelas viúvas em detrimento dos viúvos é a discriminação econômica promovida ao longo da história contra as mulheres, o Estado não deveria limitar o benefício apenas para as viúvas. Ao final, na mesma linha desse argumento, ressaltou que o uso do contexto histórico como forma de conceder benefícios a pessoas que sofreram discriminações não foi empregado para remediar injustiças cometidas contra viúvos membros de outras minorias.

A decisão da maioria representou um recuo da Suprema Corte em relação ao uso do escrutínio judicial intermediário, que vinha sendo desenvolvido através das decisões de *Reed* e *Frontiero*, uma vez que sinalizou que sexo não seria declarado uma classificação suspeita, bem como apontou que a Corte seria mais permissiva caso a discriminação desafiada servisse a um propósito considerado justo e razoável. Como consequência, abriu-se ainda mais a margem para diferentes interpretações de como as Cortes inferiores deveriam proceder, restando confuso até que grau as discriminações baseadas em gênero seriam permitidas e qual método de análise deveria ser empregado para solucionar esses problemas.⁶⁵

⁶⁵MILLER, Patricia G. Kahn v. Shevin - Sex: A Less-Than-Suspect Classification. University of Pittsburgh Law Review, Vol. 36, Issue 2, (1974), p. 600.

4.5 A luta pelo fim das discriminações legais contra as mulheres grávidas

Enquanto co-dirigiu o *Women's Rights Project*, Ruth Bader Ginsburg havia identificado diferentes áreas nas quais deveria atuar por mudanças para alcançar igualdade entre homens e mulheres, sendo uma delas a discriminação sexual promovida pelas leis que permitiam tratamento diferente para mulheres grávidas. Ela trabalhou em diversos casos que abordavam o assunto, sendo *Struck v. Secretary of Defense* (1972)⁶⁶ um dos primeiros e, embora não tenha sido analisado pela Suprema Corte, foi o ponto de partida para que Ruth se debruçasse sobre a questão,⁶⁷ desenvolvendo argumentos que seriam importantes para a construção de casos futuros.

Na oportunidade, a oficial de carreira da Força Aérea dos Estados Unidos Susan Struck engravidou enquanto estava servindo no Vietnã, sendo informada de que teria de optar por realizar um aborto ou sair do serviço militar, apesar da sua intenção de entregar a criança para adoção. Levando em conta os dogmas da sua religião, Susan estava decidida a não realizar o procedimento, porém não tinha intenção de acabar com sua carreira, de modo que processou o Departamento de Defesa pela sua política de exclusão. Apesar de conseguir uma suspensão da sua dispensa, a Corte distrital e a Corte de Apelos dos Estados Unidos pelo Nono Circuito negaram provimento ao mérito da questão, sendo o caso levado, portanto, à Suprema Corte.

No relatório, Ginsburg sustentou que a exclusão de uma mulher da Força Aérea, enquanto estava grávida, constituía uma discriminação sexual, pois aos homens, quando incapacitados de trabalhar, eram concedidos atestados médicos, denunciando que essas práticas refletiam noções arbitrárias do lugar da mulher, reforçando estereótipos presentes na sociedade, de forma que deveriam ser declaradas inconstitucionais, pois restringiam oportunidades e contribuía para um status de subordinação das mulheres. Seu apelo contestou a medida tomada pela Força Aérea, afirmando que violava a proteção igual perante a lei; o direito à privacidade para condução da vida pessoal de Susan; e, o livre exercício de sua religião.

⁶⁶409 U.S. 947 (1972).

⁶⁷Nomination of Ruth Bader Ginsburg to Be Associate Justice of the Supreme Court of the United States: Hearing Before the S. Comm. on the Judiciary, 103d Cong. 206 (1993) p. 206.

Dessa forma, através da política da Força Aérea de dispensar as mulheres grávidas, ficava claro que a instituição levava em consideração uma visão distorcida da gravidez de que as mulheres grávidas não tinham condições de trabalhar. Tendo sido apontado que, ao barrar todas as gestantes sob o pretexto de estarem protegendo-as, não era levado em consideração que muitas mulheres conseguem desempenhar suas atividades durante a gravidez, necessitando apenas um período de ausência antes e depois de dar à luz, alcançando, portanto, um objetivo contrário ao esperado, de insegurança, uma vez que retiravam o direito da mulher de trabalhar e garantir seu sustento.

Além do impedimento de permanência para mulheres grávidas, a instituição também possuía uma política de não contratar mulheres que se tornaram mães. A não individualização dos casos de gravidez, uma vez que cada mulher responde de uma determinada maneira aos desafios da gestação, corresponde a ideia de que as mulheres tinham um compromisso com a maternidade diferente daquele que os pais tinham com a paternidade, visto que as responsabilidades dos homens como pais não influenciavam na sua permanência na Força Aérea, nem na sua eventual contratação, pelo contrário, aos homens da Força Aérea que se tornassem pais era providenciado um benefício adicional para que continuassem servindo.

Essas diferenças demonstram que a política exercida se pautava em classificações estereotipadas, que reforçavam os papéis separados que os homens e as mulheres desempenham na sociedade, colocando as mulheres na condição de cuidar da família e do lar, dependendo dos homens para o seu sustento.⁶⁸ Ao apontar para essas discriminações, Ginsburg sugeria que a desigualdade de tratamento para com as mulheres acabava por limitar sua liberdade, uma vez que as práticas discriminatórias da Força Aérea com as gestantes interferiam nas decisões de suas vidas particulares, que tinham de optar, por vezes, em seguir na carreira militar ou ser mãe, sendo que uma atividade não exclui a possibilidade da outra ser realizada.

Anos mais tarde, a advogada voltaria sua atenção para casos similares, obtendo, no entanto, resultados diferentes. Em *Cohen v. Chesterfield County School*

⁶⁸SIEGEL, Neil S., SIEGEL, Reva B. Struck by Stereotype: Ruth Bader Ginsburg on Pregnancy Discrimination as Sex Discrimination, *Duke Law Journal*. *Duke Law Journal*, Vol. 59, Issue 4 (2010), p. 780.

Board (1973)⁶⁹ e em *Cleveland Board of Education v. LaFleur* (1974),⁷⁰ ela participaria da construção do relatório do *amicus curiae*. Os dois casos teriam suas decisões exaradas após o julgamento do caso *Roe v. Wade* (1973),⁷¹ que possibilitou uma revolução na interpretação das leis sobre aborto no país. Em *Roe*, a Suprema Corte decidiu que as mulheres teriam a liberdade de escolher realizar ou não um aborto, visto que as leis contra o procedimento violavam o direito à privacidade, bem como o conceito de liberdade garantido na primeira seção da Décima Quarta Emenda. Na decisão, a Corte conferiu ao direito de abortar a qualidade de fundamental, assim exigindo que os estados avaliassem suas leis que versassem sobre o tema sob o crivo do escrutínio judicial estrito. Mesmo a qualidade sendo revogada em decisão futura, o termo impulsionou o uso da doutrina dos direitos fundamentais nas pautas que desafiavam as políticas de despedimento de mulheres grávidas,⁷² estratégia que já havia sido utilizada em *Struck*.

Em *Cohen e LaFleur*, foi argumentado que a discriminação com base na gravidez é uma discriminação sexual, mesmo que a gravidez não ocorra nos homens, pois a discriminação sexual consiste numa prática em que um determinado grupo está sujeito a um tratamento diferente por motivos baseados em suposições estereotipadas que visam excluir oportunidades que devem antes ser determinadas por méritos individuais. Nos casos em apreço, as professoras Jo Carol LaFleur e Susan Cohen, ambas grávidas, foram requisitadas a apresentar notificação de suas condições de gestantes e a tirar a licença maternidade em um momento específico da gestação. A justificativa das escolas era que com a medida poderiam se preparar com antecedência para suas ausências, evitando a interrupção das aulas, uma vez que assumiam que as mulheres não teriam condições de desempenhar seus cargos devidamente. Ginsburg, atenta para o julgamento da corte inferior em *Cleveland Board of Education v. LaFleur*, pontuou, conforme a decisão, que a fundamentação não se sustentava, visto que as escolas não tinham uma política de precaução para o caso de os professores sofrerem com alguma enfermidade ou incapacidade que os ausentassem do emprego. Por mais que a medida tomada pelas escolas estivesse revestida de uma ideia de proteção, favorável às gestantes, na prática as

⁶⁹326 F. Supp. 1159 (E.D. Va. 1971).

⁷⁰414 U.S. 632 (1974).

⁷¹410 U.S. 113 (1973).

⁷²DINNER, Deborah. Recovering the LaFleur Doctrine. *Yale Journal of Law and Feminism*, Vol. 22, (2010), p. 347.

consequências demonstravam o contrário, já que restringiam as oportunidades econômicas das mulheres.⁷³

Utilizando-se da decisão de *Roe* para embasar o relatório do *amicus curiae* em *Cohen*, arguiu-se que para a concretização do direito constitucional da mulher de decidir se iria interromper uma gravidez ou não, esta deveria se ver livre da ameaça de perder seu emprego. Apesar do avanço importante que *Roe* significou, não relacionou o aborto com a luta pela igualdade de tratamento entre os sexos, tendo sido apontado por Ginsburg o fato contraditório de que enquanto as mulheres passaram a ter o direito de abortar, sem enfrentar consequências na carreira, aquelas que decidissem ir em frente com a gravidez estavam condicionadas, muitas vezes, a desistir da carreira profissional. Por conseguinte, pleiteou que as mulheres se vissem livres das condições inconstitucionais impostas em relação à permanência no seu emprego, tendo em vista que a regra privava as professoras da igual proteção das leis.

Em 1974, a Suprema Corte julgou *Cleveland Board of Education v. LaFleur*. A opinião da maioria foi escrita pelo juiz Stewart, e foi acompanhada por outros quatro juízes. Os juízes Powell e Douglas manifestaram opiniões concorrentes com a majoritária, utilizando-se, porém, de fundamentação diversa em seus votos, tendo havido, ainda, dois votos dissidentes, de Rehnquist e Burger.

Na opinião majoritária, Stewart aferiu que as escolhas pessoais no tocante a assuntos como vida familiar e casamento são liberdades protegidas pela cláusula do devido processo legal, de modo que a disposição das escolas, ao penalizar indevidamente as professoras que decidissem ter um filho, feria a Décima Quarta Emenda. A decisão também levou em consideração a opinião de médicos que apontaram que a capacidade de as mulheres trabalharem depois de um determinado período da gravidez é uma questão individual de cada uma delas.⁷⁴ A decisão, embora favorável ao pedido de LaFleur, ignorou o argumento de proteção igual perante as leis, prorrogando uma posição da Corte quanto ao tema.

A inserção de sexo como uma “classificação de suspeito” que mereceria atenção da cláusula de igual proteção perante a lei foi debatida em caso posterior à decisão de *LaFleur*, em *Geduldig v. Aiello* (1974).⁷⁵ O caso versava sobre a

⁷³CAMPBELL, Amy L. Raising the Bar: Ruth Bader Ginsburg and the ACLU Women’s Rights Project. *Texas Journal of Women and the Law*, Vol. 11, (2002), p. 210.

⁷⁴414 U.S. 632 (1974).

⁷⁵417 U.S. 484 (1974).

exclusão de incapacidades ocasionadas a partir de uma gravidez e de um parto normal do programa de incapacidades temporárias do estado da Califórnia. A fim de aproveitar o embalo criado pelas decisões de *Roe* e *LaFleur*, a defesa de Jacqueline Jaramillo, assim como Ginsburg em seu relatório pelo *amicus curiae*, argumentou que a exclusão dessas deficiências do programa sobrecarregava e privava o direito fundamental das mulheres de decidirem terem um filho, constituindo, portanto, uma classificação de gênero, devendo o caso ser avaliado sob o crivo da *Equal Protection Clause*.

A Corte, no entanto, levou em consideração os argumentos da apelante de que a inclusão do benefício para as mulheres grávidas iria falir o plano de seguro do estado. Dessa forma, a decisão discorreu que o estado não era obrigado a sacrificar seu programa para garantir a inclusão das incapacidades ocasionadas pela gravidez. O juiz Stewart, que escreveu a opinião da maioria, ainda afirmou que as classificações baseadas em gravidez não constituem necessariamente discriminação sexual sob o critério da cláusula de igualdade de proteção. O juiz Brennan, em opinião dissidente, caracterizou a decisão como um recuo em relação à direção que a Corte estava tomando no enfrentamento de classificações baseadas em gênero. O julgamento, portanto, a fim de proteger os recursos do estado, serviu para ratificar uma série de estereótipos, tendo como consequência o afastamento da regulamentação da gravidez dos limites constitucionais da igualdade entre os sexos.

Ginsburg trabalhou ainda em outros casos envolvendo discriminações contra grávidas, alcançando alguns resultados positivos. Em *Nashville Gas Company v. Satty* (1977)⁷⁶, por exemplo, a Corte entendeu que a política da empresa de negar aos empregados o bônus de antiguidade durante a maternidade, violava o disposto no Título VII da Lei dos Direitos Civis de 1964, uma vez que a discriminação baseada em sexo, incluindo gravidez, era ilegal. Entretanto, a Corte manteve seu entendimento de que a exclusão de incapacidades geradas pela gravidez dos sistemas de benefícios não caracterizava discriminação de gênero. Diante da inconsistência das decisões exaradas pela Corte, a advogada, em análise dos avanços e recuos no entendimento dos juízes, referiu que eles não conseguiram ver

⁷⁶434 U.S. 136 (1977).

os casos envolvendo gravidez como parte de algo maior, integrando a luta pela igualdade⁷⁷.

4.6 A isenção das mulheres na composição de júri

Outra frente de batalha em prol da igualdade na qual Ruth Ginsburg lutou foi pelo fim da isenção das mulheres em fazer parte da composição dos júris. O direito a um julgamento por júri está presente na Constituição dos Estados Unidos no seu Artigo III, sendo expandido através da Sexta Emenda, a qual discorria que em todos os processos criminais, o acusado teria direito a um julgamento realizado por um júri imparcial do estado e do distrito em que o crime fora cometido. Apesar desta garantia constitucional, em uma análise da história da composição dos júris, nota-se que muitos setores da sociedade foram barrados da participação em tribunais por motivos discriminatórios, o que terminava por implicar uma negação aos réus de um julgamento justo por seus pares.

Grupos que buscavam ter seus direitos constitucionais atendidos, pleitearam em diversas ocasiões o fim dessa política discriminatória. O resultado dos pleitos resultou em uma maior participação desses grupos nas decisões da sociedade, uma vez que, com o passar do tempo, entendeu-se a necessidade de um júri composto por diferentes segmentos da sociedade, tornando-se um requisito a presença de grupos representativos no quadro de onde os integrantes do júri seriam escolhidos.

O caminho até este novo entendimento teve início com o caso *Strauder v. West Virginia* (1879),⁷⁸ no qual o réu, um homem negro, teria ter sua vida julgada por um júri composto apenas por pessoas brancas, devido a um estatuto estadual que excluía a participação de pessoas negras do serviço do júri. Na ocasião, a Corte derrubou o estatuto, afirmando que a composição do júri era essencial para promover a proteção que o instituto jurídico se propunha a defender. Após a decisão, tanto a comunidade negra quanto outros segmentos da sociedade que não se viam representados na composição dos júris buscaram ou solidificar sua posição ou ser integrados nos tribunais e, com o passar do tempo, após diferentes conquistas por diferentes grupos, os júris, apesar de não precisarem

⁷⁷CAMPBELL., Amy L. Raising the Bar: Ruth Bader Ginsburg and the ACLU Women's Rights Project. *Texas Journal of Women and the Law*, Vol. 11, (2002), p. 216.

⁷⁸100 U.S. 303 (1879).

necessariamente ser integrados por representantes de todas religiões, de todas visões políticas, de todas raças, deveriam se atentar para não excluir sistematicamente e intencionalmente algum grupo.

Em relação às mulheres, em 1946 a Suprema Corte julgou o caso *Ballard v. United States* (1946),⁷⁹ discorrendo que sua exclusão, assim como a exclusão de um grupo racial, de uma classe econômica ou social, privava o sistema de composição do júri de uma ampla base da sociedade democrática. Apesar do avanço na esfera federal, a decisão não vinculava os tribunais estaduais, onde a batalha travada pela inclusão das mulheres tinha outro entendimento. Em *Fay v. New York* (1947),⁸⁰ por exemplo, a Suprema Corte manteve incólume a permissão que deixava a critério do juiz do tribunal de primeira instância em casos criminais a substituição do júri regular por um júri apontado a dedo. Na decisão, a Corte referendou o método, alegando que não havia comprovação de que os grupos citados pelo réu, trabalhadores diários e as mulheres, eram excluídos sistematicamente, e que o réu não comprovou ter sido prejudicado pelo sistema de seleção do júri.

A fim de explicar os entendimentos conflitantes, a Suprema Corte referiu que nos casos federais possuía maior liberdade para exercer um poder de supervisão que melhor refletiria as noções da Corte do que seria uma boa política do que em relação aos casos estaduais. Nesse sentido, o fato de a presença das mulheres nos júris não estar presente nas práticas legais do país não implicaria nulidade do julgamento, ou seja, uma pessoa condenada por crime não deveria ser liberta pela Corte apenas pelo fato de o estado não ter acompanhado o entendimento federal.

Essa posição da Suprema Corte foi reafirmada com a decisão de *Hoyt v. Florida* (1961).⁸¹ Na oportunidade, Gwendolyn Hoyt, condenada por homicídio, teve de enfrentar um júri composto apenas por homens, motivo pelo qual apelou com base na cláusula de igualdade de proteção. A Corte manteve sua condenação, alegando que, embora a Décima Quarta emenda alcance não apenas a exclusão arbitrária de classes baseadas na raça ou na cor do serviço de júri, mas também qualquer classe de pessoa através de um tratamento diferente não baseado em uma classificação razoável, o estado da Flórida tinha um interesse legítimo em

⁷⁹329 U.S. 187 (1946).

⁸⁰332 U.S. 261 (1947).

⁸¹368 U.S. 57 (1961).

querer preservar o lar e a família, assumindo, portanto, que esse era o lugar da mulher.

Diante desse cenário, Ginsburg tomou frente em casos que buscavam superar os precedentes que relegavam um status secundário às mulheres, como em *Hoyt*, julgado que, por mais que tenha sido abordado por Ruth em *Reed v. Reed* e *Frontiero v. Richardson*, passou batido pelas fundamentações dos juízes. A década de 70 marcou um período de avanço quanto à isenção das mulheres nos júris, visto que a Corte teve de se manifestar quanto ao assunto quando se deparou com casos como o de *Edwards v. Healy* (1975),⁸² *Taylor v. Louisiana* (1975)⁸³ e *Duren v. Missouri* (1979),⁸⁴ dando, finalmente, um passo à frente.

Em *Healy*, foi desafiada uma classificação do estado da Luisiana que excluía sistematicamente as mulheres do processo de seleção de júri, forçando-as a submeter seus casos perante júris constituídos predominantemente de homens. O caso foi trazido à Corte por três classes de apelantes, sendo eles: mulheres elegíveis para comporem o júri cuja exclusão as caracterizava como cidadãs de segunda classe; homens elegíveis para compor o júri, cujo requerimento de comporem o júri constituía um fardo por causa da exclusão das mulheres; e, as mulheres litigantes em casos civis nos quais tenha sido negada a possibilidade de terem um júri representativo.

O fato de as mulheres terem de notificar sua intenção de participar da composição de júris, bem como a sobrecarga de trabalho de júri em cima dos ombros dos homens pela isenção de participação das mulheres, constituía um dano prejudicial não apenas para essas classes, mas para todo o corpo político, sendo legítima a busca de correção do sistema pela via judicial. Além disso, a defesa afirmou ser evidente o dano ocasionado às mulheres que não tiveram júris representativos, uma vez que a ausência na composição dos júris violava o devido processo legal.

Trazendo à tona as decisões em *Reed* e *Frontiero*, Ginsburg demonstrou ser imprescindível a superação de *Hoyt*, visto que desses precedentes se tem que a diferença de tratamento com base no gênero dos indivíduos estabelece uma classificação sujeita ao escrutínio, sendo vedado, de acordo com a cláusula de igual

⁸²421 U.S. 772 (1975).

⁸³419 U.S. 522 (1975).

⁸⁴439 U.S. 357 (1979).

proteção, aos Estados o poder de legislar com base em diferença de tratamento quando esse critério não tem relação com o objetivo da lei.⁸⁵ Ela também lembrou a Corte, citando *Ballard v. United States* (1946),⁸⁶ a respeito da sua opinião de que uma qualidade distinta é perdida quando um sexo é excluído, tornando o júri menos representativo do que seria se um grupo racial ou econômico fosse excluído. Ademais, tendo em vista que os inúmeros casos de diferentes segmentos da sociedade que exigiam sua participação na elaboração da justiça do país estabeleceu o princípio de que excluir esses segmentos caracterizava uma negação ao princípio da igualdade de proteção, Ginsburg concluiu que a exclusão das mulheres na composição do júri nada mais era que uma discriminação ofensiva, ou seja, que não possuía relação justa e razoável com o objetivo da lei, uma vez que as mulheres representavam mais de 50% da população do estado.

Focando nas mulheres que estavam sendo privadas de participar do júri por causa de uma noção equivocada do estado da Luisiana que tinha para si que as mulheres não apenas preferiam trabalhar de casa, como não teriam interesse em participar de um tribunal, a apelante chamou a atenção da Corte para a situação, apontando que esse *modus operandi* já havia sido enfrentado em casos anteriores, sendo que em *Frontiero*, a Corte estipulou que era ilegal a prática de relegar as mulheres a uma posição inferior sem levar em consideração as suas capacidades individuais. A presunção do estado da Luisiana não apenas feria o direito das mulheres, como também as impedia de exercer plenamente sua cidadania.⁸⁷

Ao mesmo tempo em que a Corte apreciava a questão em *Healy*, outro caso apresentando assunto similar estava em julgamento. Mesmo não tendo participado da defesa do caso, Ruth aconselhou a defesa de Billy Taylor em *Taylor v. Louisiana* (1975). Na ocasião, a Corte reverteu a condenação de Billy Taylor, que havia sido condenada por sequestro por um júri composto exclusivamente por homens. A decisão foi no sentido de que a composição do júri violou o direito a um julgamento justo, estando em desacordo com a Sexta Emenda, que prevê um julgamento rápido e justo por um júri imparcial, uma vez que o sistema de composição do júri do estado da Luisiana impactava de maneira a diminuir o número de mulheres aptas para servir, indo contra o componente essencial da emenda, que guardava relação

⁸⁵404 U.S. 71 (1971).

⁸⁶329 U.S. 187 (1946).

⁸⁷411 U.S. 677 (1973).

com a função primária dos júris, qual seja: disponibilizar um julgamento que representa o senso comum da comunidade, de modo a proteger o réu contra o exercício de um poder arbitrário, contra uma decisão tendenciosa ou condicionada de um juiz.⁸⁸ Por esses motivos é que a participação de grupos que representassem parcela importante da sociedade permanece sendo essencial.

Em face dessa decisão, os legisladores de Luisiana alteraram a Constituição do estado, anteriormente à solução do caso em *Healy*, revogando a disposição que permitia apenas a participação das mulheres voluntárias. Diante da manobra, a Suprema Corte entendeu que a continuação do caso *Edwards v. Healy* não teria mais efeito, encerrando o caso sem exarar opinião.

Ginsburg viria a se debruçar sobre o assunto anos mais tarde, quando junto de Lee Nation trabalhou no caso *Duren v. Missouri* (1979) em defesa de Billy Duren, condenado pela Corte de Missouri por assassinato de primeiro grau. Na ocasião, Duren se levantou contra o painel de composição de onde seu júri seria escolhido, visto que às mulheres foi dada a opção de não participarem, alegando que essa isenção violava seu direito constitucional de um júri imparcial ao excluir sistematicamente um grupo distinto da sociedade. O tribunal de julgamento negou a moção de anulação, afirmando que não houve violação ao direito das mulheres de integrar o júri, pois elas eram consideradas para participar a menos que manifestassem desejo contrário. Nesses termos, o caso chegou à Suprema Corte.

Capitalizando a vitória alcançada em *Taylor*, o relatório produzido por Ginsburg e Lee Nation foi no sentido de que a Corte de Missouri violou o preceito da Sexta Emenda de selecionar o júri levando em consideração grupos representativos da comunidade, no caso as mulheres. Para Ginsburg, o direito a um júri composto por partes representativas da sociedade só era garantido quando a obrigação de servir cabia a todos os cidadãos, sem a exclusão com base em raça, origem, ou sexo, de maneira que, a prática prevista na constituição⁸⁹ do estado de Missouri não apenas violava a Constituição Federal do país, visto que a isenção não apresentava um interesse contundente do estado para ser protegida, como também, ao permitir essa prática, desencorajava-se a participação feminina nos júris.

A Suprema Corte, em opinião entregue pelo juiz White, entendeu que o estado de Missouri interpretou mal certos aspectos relacionados à exigência da

⁸⁸391 U.S. 145 (1968).

⁸⁹MO Const art I § 22(b): Female jurors — optional exemption.

composição de um quadro representativo da sociedade de onde o júri seria formado, proposto pela Corte em *Taylor*. Nesse sentido, desenvolveu o tema, de modo a criar um teste sob o qual o réu poderia denunciar uma violação a essa representatividade. O teste consiste em três pontos: primeiramente, deveria demonstrar que o grupo supostamente excluído é um grupo distinto na comunidade; em segundo lugar, deveria demonstrar que a representação desse grupo na lista de possíveis componentes do júri não é justa e razoável em relação ao número de integrantes desse grupo na comunidade; e, por fim, que a falta de representação decorre de uma exclusão sistemática do grupo em processos de seleção de júri.

Em atenção ao teste, a Corte sustentou que, em relação às mulheres, o primeiro ponto já havia sido considerado em *Taylor*, quando restou estabelecido que elas compunham um grupo distinto na sociedade e sua exclusão feria a Sexta Emenda.⁹⁰ O segundo ponto teria sido satisfeito através das estatísticas apresentadas no relatório do peticionante, onde demonstrou que, de acordo com o censo de 1970, 54% dos adultos habitantes em *Jackson County*, condado do estado de Missouri, eram mulheres. Contudo, esses números não refletiam a realidade da composição dos júris estaduais, sendo que do período de Junho a Outubro de 1975 e Janeiro a Março de 1976, das mais de onze mil pessoas convocadas para servir ao júri, apenas 26% eram mulheres e, das pessoas que responderam à convocação, apenas 15% eram mulheres. O réu teve seu júri selecionado de um painel composto por 53 pessoas, das quais apenas 5 eram mulheres, e nenhuma delas foi escolhida. Todas essas estatísticas não foram refutadas pelo estado, de modo que a Corte, ao analisar as alegações, concluiu que as mulheres não estavam sendo representadas de maneira justa nos júris de *Jackson County*. Quanto ao preenchimento do terceiro e último ponto, a Corte entendeu que ele foi alcançado pela demonstração de que a exclusão das mulheres não era ocasional, mas sim recorrente, bem como decorria do sistema de seleção dos júris, que não apenas concedia às mulheres a oportunidade de reivindicar a isenção, como também presumia essa reivindicação diante da ausência de resposta aos chamados. Por fim, embora a maioria das isenções razoáveis não fugissem de incorrer em algum grau de falta de inclusão, a Suprema Corte frisou que a necessidade da representação de uma parte significativa da comunidade exigia dos estados um cuidado em

⁹⁰419 U.S. 522 (1975).

estabelecer categorias que pudessem ser isentas do serviço de júri, a fim de não incorrerem em generalizações indevidas, ferindo, por consequência, a Constituição.

Após a decisão, o modelo do teste foi implementado pelas cortes inferiores, contudo não deixou de evoluir e sofrer críticas. Ao longo dos anos, muitos réus encontraram dificuldades em vencer os desafios que propunham contra a formação de seus júris, uma vez que as cortes inferiores não apenas exigiam a comprovação de uma falha sistemática na formação de júris representativos, mas também a indicação de qual mecanismo do procedimento de seleção de júri causava a falta de representatividade. A despeito de *Duren*, que nada expõe sobre essa requisição, as cortes inferiores passaram a fazer um raciocínio estrito em relação ao terceiro ponto do teste, sem levar em consideração que outros fatores em potencial, como a não resposta dos cidadãos às convocações, poderiam fazer com que o réu não conseguisse estabelecer uma ligação de causa e consequência entre o procedimento de seleção do júri e a baixa representatividade. Dessa maneira, por mais que exista uma ferramenta para que se tenha um julgamento justo, a forma com que tem sido empregada endossa a seleção de júris sub-representativos, negando ao réu o direito que exatamente se pretende proteger⁹¹.

Ademais, muitos outros grupos continuaram batalhando para que fossem compreendidos como um grupo distinto da comunidade, a fim de serem considerados quando da formação de júri.⁹² Essas críticas demonstram que há espaço para melhoras tanto na interpretação do teste como na sua aplicação, cabendo à Suprema Corte, também, providenciar orientação adicional para que as cortes sejam capazes de garantir que os júris compostos atendam aos requisitos da Sexta Emenda.

Apesar das decisões em *Healy*, *Taylor* e *Duren* não terem sido grandes pronunciamentos sobre discriminação sexual, nem terem feito importantes contribuições para o avanço do uso do escrutínio judicial estrito quanto às classificações com base em gênero, os casos tiveram grande importância na superação do precedente *Hoyt*.

⁹¹CORIELLI, David M. An (Un)Fair Cross Section: How the Application of *Duren* Undermines the Jury. *Cornell Law Review*, Vol. 100, Issue 2 (2015), p. 490.

⁹²REIL, Stephen E. Who Gets Counted - Jury List Representativeness for Hispanics in Areas with Growing Hispanic Populations under *Duren v. Missouri*. *Brigham Young University Law Review*, Vol. 2007, Issue 1 (2007), p. 203.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como escopo analisar as contribuições de Ruth Bader Ginsburg por sua atuação como advogada em casos que versassem acerca de legislações que contivessem discriminação sexual. Para tanto, se fez necessário introduzir as noções que fundamentam o ordenamento jurídico no qual seus casos estavam inseridos, no caso o *Common Law*. A importância desse primeiro momento de contextualização histórica se faz presente no momento em que se passa para a análise da estratégia empregada pela advogada na fundamentação dos seus relatórios.

Tendo a clareza de que os precedentes são vinculativos no sistema do *Common Law*, se torna possível compreender que Ruth Ginsburg procurou, através de pequenas vitórias, construir o direito a partir de novos precedentes, superando aqueles que já não estavam em concordância com os ideais da época. A vitória conquistada em *Reed v. Reed*, por exemplo, teve repercussões em diversos casos futuros que tratavam de discriminação, o que se estabeleceu com a decisão do caso fica eternizado no direito norte-americano, sendo base fundamental para a construção de uma sociedade mais igualitária.

Ato contínuo, impôs-se uma breve análise sobre os instrumentos que os juízes podem fazer uso para superar precedentes, discorrendo quanto às características do *overruling*, do *distinguishing*, da *transformation* e da *technique of signaling*, concluindo as noções básicas que envolvem o *Common Law*. Assim, apontou-se que a superação dos precedentes não é algo comum e corriqueiro, de modo que as Cortes tendem a manter as razões de decidir de casos passado, com a finalidade de preservar a segurança jurídica. As decisões, portanto, precisam ser muito bem embasadas, demonstrando claramente os motivos pelo qual determinado precedente foi superado, para que não se descaracterize o *stare decisis*.

Antes de passar ao exame dos casos propriamente ditos, ilustrou-se o panorama no qual a sociedade norte-americana vivia. Os fatos narrados mostram que a situação vivenciada pelas mulheres era insustentável, principalmente pelo fato de se tratar da vida social das mulheres nos Estados Unidos, país símbolo das liberdades individuais, sendo deveras contraditória a manutenção de inúmeros desacatos contra as intenções, vontades e direitos constitucionais das mulheres.

Um país que em sua Constituição apregoa a igualdade dos seus perante as leis, mas que promoveu discriminações por anos não apenas contra as mulheres, mas também outras minorias e grupos sociais vulneráveis, construindo-se em cima de privilégios e desprivilegiados.

Nesse sentido, ressalta-se a participação negativa da Suprema Corte, ao se eximir do enfrentamento à essas noções estereotipadas do papel da mulher, tendo muitas vezes tomado o lado daqueles que buscavam manter o *status quo*. Aos olhos de hoje, muitas das opiniões exaradas pela Corte são atentados claros contra os direitos das mulheres, gerando uma certa incredulidade o tempo levado pela Corte para se manifestar pela primeira vez contra um caso de discriminação sexual (1971, *Reed v. Reed*), sendo que desde a fundação do país a prática é recorrente, não tendo faltando oportunidades para se opor aos desmandos no meio tempo.

De toda sorte, as decisões das cortes não são as únicas formas de construção do direito no *Common Law*, cabendo destaque às medidas tomadas pelo Congresso para diminuir as diferenças entre homens e mulheres. Embora o esforço pela aprovação da proposta de emenda do *Equal Protection Amendment* não tenha gerado os frutos que se esperava, as iniciativas do Congresso ajudaram tanto a melhorar as condições das mulheres frente ao mercado de trabalho, quanto influenciaram as decisões dos juízes da Suprema Corte.

Com efeito, passou-se ao exame de casos paradigmáticos que tiveram a atuação direta ou indireta de Ruth Bader Ginsburg. As suas contribuições tiveram grande valia ao direito do país, levando a sua nomeação para a Corte de Apelações dos Estados Unidos para o Circuito do Distrito de Colúmbia, bem como futuramente para a sua ascensão à Suprema Corte, onde deu continuidade a sua luta pela igualdade dos indivíduos perante a lei. O método empregado pela então advogada tinha o intuito de ser bastante detalhado, educando os juízes da Suprema Corte a respeito de assuntos que por vezes desconheciam. Com argumentos interligados, ligando diferentes matérias, suas argumentações eram utilizadas pelos próprios juízes, quando da manifestação de suas opiniões, o que leva a crer que seus posicionamentos cumpriam os requisitos necessários para a superação dos precedentes, o que, conforme visto, não é algo comum.

Desse modo, embora não tenha atingido o seu objetivo, de que a Suprema Corte eleva-se o sexo como uma “classificação de suspeito”, conseguiu garantir um escrutínio judicial de nível intermediário para as legislações que utilizassem a

classificação, de maneira que essas legislações seriam superadas diante de um exame de constitucionalidade.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A Matter of Simple Justice: Report of the President's Task Force on Women's Rights and Responsibilities 15 (1970).

BASIC, Christine, Strict Scrutiny and the Sexual Revolution: *Frontiero v. Richardson*, *Journal of Contemporary Legal Issues*, Vol. 14, Issue 1 (2004).

BAYH, Birch. The equal rights amendment. *Indiana Law Review*, Vol. 6, 1972

CAMPBELL, Amy L. Raising the Bar: Ruth Bader Ginsburg and the ACLU Women's Rights Project, *Texas Journal of Women and the Law*. Volume 11. 157 (2002).

Columbia Law Review Masthead, 59 *Colum. L. Rev.* 152 (1959)

CORIELL, David M., An (Un)Fair Cross Section: How the Application of Duren Undermines the Jury, *Cornell Law Review*, Vol. 100, Issue 2 (January 2015)

DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo, tradução Hermínio A. Carvalho. 4 Ed. São Paulo: Martins Fontes. 2002, p. 359.

Dept. of Labor, Women's Bureau: Fact Sheet on the Earnings Gap 1 (Feb. 1970)

DINNER, Deborah, Recovering the LaFleur Doctrine, 22 *Yale J.L. & Feminism* (2010).

DORSEY, Harriet Dickinson, *Kahn v. Shevin* and the Heightened Rationality Test: Is the Supreme Court Promoting a Double Standard in Sex Discrimination Cases, *Washington and Lee Law Review*, Vol. 32, Issue 1 (Winter 1975) (1975).

DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008,

GINSBURG, Ruth Bader and Flagg, Barbara (1989) Some Reflections on the Feminist Legal Thought of the 1970's, University of Chicago Legal Forum Vol. 1989 , Article 3

GINSBURG, Ruth Bader & FLAGG, Barbara, Some Reflections on the Feminist Legal Thought of the 1970s, 1 U. CHI. LEGAL F. 9, 18 (1989).

GINSBURG, Ruth Bader, "A Decent Respect to the Opinions of [Human]kind": The Value of a Comparative Perspective in Constitutional Adjudication, 1 FIU L. Rev. 27 (2006).

GINSBURG, Ruth B., Remarks on Women's Progress in the Legal Profession in the United States, 33 Tulsa L. J. 13 (2013).

GINSBURG, Ruth B., Special Findings and Jury Unanimity in the Federal Courts, 65 Colum. L. Rev. 256 (1965); Ruth B. Ginsburg, The Competent Court in Private International Law, 20 Rutgers L. Rev. 89 (1965).

MARINONI, Luiz Guilherme. "Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil." Revista da Faculdade de Direito UFPR 49, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MCKENNY, Betsy B., *Frontiero v. Richardson: Characterization of Sex-Based Classifications*, Columbia Human Rights Law Review 6 (Spring 1974).

MEHREN, Arthur von. MURRAY, Peter L. *Law in The United States*. New York: Cambridge University Press, 2007, 2^a ed.

MILLER, John Chester. *The Wolf by the Ears: Thomas Jefferson and Slavery*, Charlottesville: University Press of Virginia, 1995.

MILLER, Patricia G., Kahn v. Shevin - Sex: A Less-Than-Suspect Classification, University of Pittsburgh Law Review, Vol. 36, Issue 2 (Winter 1974).

Nomination of Ruth Bader Ginsburg to Be Associate Justice of the Supreme Court of the United States: Hearing Before the S. Comm. on the Judiciary, 103d Cong. 206 (1993).

NOONAN, Catherine G., "Reed v. Reed," Texas Southern University Law Review 2, no. Issues 2 & 3 (Winter 1973).

RAATZ, Igor. Considerações históricas sobre as diferenças entre Common Law e Civil Law – reflexões iniciais para o debate sobre a adoção de precedentes no direito brasileiro. Revista de Processo, v. 199, p. 159-191, Set 2011.

REIL, Stephen E., Who Gets Counted - Jury List Representativeness for Hispanics in Areas with Growing Hispanic Populations under Duren v. Missouri, Brigham Young University Law Review, Vol. 2007, Issue 1 (2007).

SIEGEL, Neil S., Siegel, Reva B., Struck by Stereotype: Ruth Bader Ginsburg on Pregnancy Discrimination as Sex Discrimination, Duke Law Journal, Vol. 59, Issue 4 (January 2010).

SUK, Julie C. The Constitution of Mothers: Gender Equality and Social Reproduction in the United States and the World. ConLawNOW, Vol. 9, 2017-2018.

VÁZQUEZ, Selene C. The Equal Protection Clause & Suspect Classifications: Children of Undocumented. The University of Miami Inter-American Law Review, Vol. 51.

Women's Rights Law Reporter, Vol. 1, Issue 5 (Summer 1973).