

**CEM ANOS DE NEGAÇÃO: UM OLHAR  
DIACRÔNICO SOBRE A DOCTRINA  
ESTADUNIDENSE DENOMINADA DE *SUSPECT  
CLASSIFICATION (1868-1968)***

**ONE HUNDRED YEARS OF DENIAL: A  
DIACHRONIC PERSPECTIVE REGARDING  
THE UNITED STATES OF AMERICA DOCTRINE  
*SUSPECT CLASSIFICATION (1868-1968)***

Lucas Reckziegel Weschenfelder  
Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

**SUMARIO:** I. A RELAÇÃO ENTRE A CONSTRUÇÃO DA DOCTRINA *SUSPECT CLASSIFICATION* E A HISTÓRICA RESTRIÇÃO NORMATIVA À 14<sup>a</sup> EMENDA DA CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS .- II. A “REVITALIZAÇÃO” DA 14<sup>a</sup> EMENDA COM A ESTRUTURAÇÃO INCONSTANTE DA *SUSPECT CLASSIFICATION*.- III. A NEUTRALIDADE DA *SUSPECT CLASSIFICATION* NOS *FOURTEENTH AMENDMENT CASES* (1954-1967)

**Resumen:** Realiza-se uma abordagem diacrônica sobre a doutrina constitucional estadunidense denominada de *Suspect Classification*, em seu centenário desenvolvimento, entre os anos de 1868 e 1968. Baliza-se suas nuances sociais, políticas e jurídicas, com casos centrais, julgados na Suprema Corte dos Estados Unidos, referentes ao posto normativo da 14<sup>a</sup> Emenda. Coloca-se que, há, em tais elucidações dogmático-constitucionais, um processo ambíguo, restritivo, e, simultaneamente, com uma linguagem neutralizadora do pano de fundo social que subjaz à própria concepção teleológica da *Suspect Classification*. Conclui-se que, tal ambiguidade perpetua-se no tempo, inclusive manifestando-se no recente caso *Students for Fair Admission, INC. v. President and fellows of Harvard College* e outros, definido em 2023.

**Abstract:** The main objective of this article is to adopt a diachronic approach to the U.S. *Suspect Classification* constitutional doctrine within the historical development period from 1868 to 1968. The article revisits the social, political, and juridical nuances, especially in cases adjudicated by the Supreme Court of the United States. Here, the normative aspects of the 14th Amendment take center stage. We assert that a neutral, restrictive, and ambiguous interpretation of the aforementioned

constitutional doctrine exists. This interpretation is closely tied to the socio-historical background that provides the necessary conditions and possibilities for its existence within teleological perspectives. The conclusion drawn is that the ambiguous interpretation and construction of the Suspect Classification doctrine persist over time, as evidenced by recent manifestations in the case of *Students for Fair Admission, INC. v. President and Fellows of Harvard College* and others, which was adjudicated in 2023.

**Palabras clave:** Abordagem Diacrônica, Direito Constitucional dos Estados Unidos, Suspect Classification, 14<sup>a</sup> Emenda Constitucional.

**Key Words:** Diachronic Approach, United States Constitutional Law, Suspect Classification, 14th Amendment.

### CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O texto insere-se com a pretensão, no que diz às classificações de direito comparado, em ser uma comparação diacrônica, com a qual estuda-se um “mesmo sistema”, e suas distinções e desenvolvimentos no tempo, talhando-se em uma microcomparação, considerando que, o objeto limita-se ao instituto dogmático denominado de *Suspect Classification*, estando como matéria o Direito Constitucional, em técnicas de controle de constitucionalidade, na tradição estadunidense, no período de 1868 a 1968, na história de maturação normativa envolta à 14<sup>a</sup> Emenda.

No pano de fundo do trabalho há uma observação atinente à uma necessária compreensão, ainda que restrita (dado os limites espaciais e temporais do texto) do instituto estudado, nos contornos comparativos propostos, tendo em vista recentes importações (ou tentativas de), por exemplo, para Brasil, com o Supremo Tribunal Federal (STF – união homoafetiva), no Chile<sup>1</sup>, e para o sistema americano de proteção aos direitos humanos, em sede de julgamento na Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) (o primeiro caso no qual a CIDH apreciou a questão com um horizonte advindo da dogmática relacionada a classificação suspeita – *Atala Riffo e Crianças vs. Chile*<sup>2</sup>; caso em que o Estado brasileiro foi condenado CIDH – Caso *Empregados da Fábrica de Fogos de Santo*

---

<sup>1</sup> INIGUEZ MANSO, Andrea Rosario. La noción de “categoria sospechosa” y el derecho a la igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. n. 43, p. 495-516, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n43/a13.pdf>. Acesso em: 12 out. 2022.

<sup>2</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile: Sentença de 24 de fevereiro de 2012*. San Jose da Costa Rica, 2012. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_239\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_por.pdf). Acesso em: 24 out. 2022.

Antônio de Jesus e seus Familiares vs. Brasil<sup>34</sup>).

O teor relacionado à classificação suspeita, ou *Suspect Classification* (S.C.) ordena-se como uma camada normativa envolta ao controle de constitucionalidade das leis ou políticas, realizado pelo Poder Judiciário dos Estados Unidos. Em vezes, busca-se avaliar se determinado diploma legal, ou política, encontra-se amparado pela Constituição, na classificação realizada (raça, etnia, gênero, idade, *inter alia*), e em consideração aos objetivos/interesses que visa atingir, com um olhar oriundo da normatividade da 14<sup>a</sup> Emenda, e de sua *Equal Protection Clause* (E.P.C.).

Se estudará, eminentemente, os casos julgados pela Suprema Corte dos Estados Unidos, os quais, nos critérios acima aduzidos, possuem o seu cerne na construção normativa da 14<sup>a</sup> Emenda da Constituição, entre os anos de 1868 e 1968, interstício centenário de vigência da dita emenda, e que suscitam a formatação jurisprudencial da *Suspect Classification*, principalmente sobre o fator “raça”, o qual, contemporaneamente, é tido como uma classificação suspeita<sup>5</sup>, que demanda, dentre os três tipos de controle<sup>6</sup>, o mais rigoroso, denominado de *strict scrutiny*.

O eixo estabelecido poderá proporcionar uma compreensão sobre as inconstantes posturas da Suprema Corte dos Estados Unidos, na formação da criteriologia relacionada à *Suspect Classifications*, que, até hoje, apresenta resultados incoerentes. Além disso, conhecer, ainda que minimamente, um instituto jurídico, imprime uma responsabilidade em seu desenvolvimento, em um cenário para o qual não foi desenhado.

## **I. A RELAÇÃO ENTRE A CONSTRUÇÃO DA DOCTRINA SUSPECT CLASSIFICATION E A HISTÓRICA RESTRIÇÃO NORMATIVA À 14<sup>a</sup> EMENDA DA CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS**

Muito embora seja impossível traçar cada elemento histórico, ato legislativo, pronunciamento judicial, e difusão de sentidos que, com o

<sup>3</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares vs. Brasil: Sentença de 21 de junho de 2021*. San Jose da Costa Rica, 2021. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_407\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_407_por.pdf). Acesso em: 21 out. 2022.

<sup>4</sup> LEAL, Mônia Clarissa Hennig.; DE VARGAS, Eliziane Fardin. A doutrina das categorias suspeitas na corte interamericana de direitos humanos: caso “empregados da fábrica de fogos de santo Antônio de Jesus e seus familiares vs. Brasil. *Rev. Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, vol. 15, n. 1, 2022, p. 1-30.

<sup>5</sup> Atualmente é possível aduzir, no geral, a existência de três classificações suspeitas: i) *suspect classification*; ii) *quasi-suspect classes*; iii) *non-suspect classes*. v. *Quasi-Suspect classes and proof of discriminatory intent: a new model. The Yale Law Journal*, vol. 90, n. 4, 1981, p. 912-31. JSTOR. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/795905>. Acesso em: 24 out. 2022.

<sup>6</sup> *Strict scrutiny, intermediate or heightened scrutiny – and rational basis review*. Tal nivelamento, entretanto, não é resultado de condições jurisprudenciais e doutrinárias consensuais, pelo contrário.

correr do tempo, obtiveram êxito em maturar-se para a construção (originariamente e, majoritariamente) jurisprudencial (ainda em andamento) da percepção constitucional relacionada a *Suspect Classification* (S.C.), pode-se registrar que, o seu “ponto arquimediano” encontra-se com a 14<sup>a</sup> Emenda à Constituição dos Estados Unidos, passada no Congresso em 1866, e ratificada em 1868, no período pós-Guerra Civil, fazendo parte do programa de Reconstrução.

O contexto sociojurídico, que transcende, e é transcendido pelo texto normativo da referida emenda, mostra-se premente, para a construção dogmático-jurisprudencial da S.C. Os elementos federativos, a estrutura escravagista, a cultura norte-americana, os desejos de uns atendidos, e de outros frustrados, com o fim da Guerra Civil (1861-1865), impregnam a 14<sup>a</sup> Emenda, e, em especial, a Seção 1, que inaugura o sentido envolto à *equal protection of the laws* (E.P.L.), também conhecida como *Equal Protection Clause* (E.P.C.).

*Section 1: All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws<sup>7, 8</sup>.*

O diálogo entre a emenda retrocitada, e sua antecessora, a 13<sup>a</sup> Emenda, de 1865 (*Neither slavery nor involuntary servitude [...] shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction.*) forma os indícios normativos da dogmática em apreço, quando antepõe, em suas subjacências e adjacências, a questão da escravização de africanos e de afro-americanos (“grupo de pessoas”-“raça”) e a sua extinção, ao menos virtual, verificando-se as relações federativas entre União e Estados, em que alguns destes, mesmo após a Emancipação (1863) e 13<sup>a</sup> Emenda (1865), instituíram - e foram endossados pela política da Reconstrução - “*Black*

---

<sup>7</sup> THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES OF AMERICA. 1787-1788-1789. Washington: Senate. Disponível em: [https://www.senate.gov/civics/resources/pdf/US\\_Constitution-Senate\\_Publication\\_103-21.pdf](https://www.senate.gov/civics/resources/pdf/US_Constitution-Senate_Publication_103-21.pdf). Acesso em: 25 out. 2022. p. 34-35.

<sup>8</sup> Tradução livre: Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde residem. Nenhum Estado fará ou aplicará qualquer lei que restrinja os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem qualquer Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; nem negar a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção das leis.

*Codes*<sup>9</sup><sup>10</sup>, com a finalidade de limitar as liberdades constitucionalmente conquistadas, no intento de conservar a dinâmica social do período da escravidão.

Com o contexto sociopolítico da Reconstrução, e demais ações, omisivas e comissivas, da União, e da própria Suprema Corte, a 14<sup>a</sup> Emenda resultou por ser esvaziada por um longo período, em principal, nos seus elementos textuais-normativos, que, em tese, abarcariam a *the equal protection of the laws*, indiscriminadamente, independentemente de considerações vinculadas à classe e raça, por exemplo, e com aplicação tanto na União, quanto em todos os entes federados.

Refere-se, inclusive, que, a Suprema Corte, e sua postura frente à 14<sup>a</sup> Emenda, é traduzida em cinquenta anos de uma proteção insuficiente às liberdades que, muito embora garantidas no texto constitucional, eram, factualmente, desprotegidas. Baer aduz que, os cinquenta primeiros anos de vigência da 14<sup>a</sup> Emenda, na verdade, foram constituídos de proteções às grandes corporações<sup>11</sup>, e isso pode ser corroborado, por exemplo, com os *Slaughterhouse Cases*<sup>12</sup>, de 1872, nos quais, em suma, relacionavam-se com demandas de açougueiros que estavam sendo, a princípio, violentados em seus direitos, em razão de um monopólio instalado por lei, em New Orleans, na Luisiana, o qual, a propósito, foi mantido.

Sem adentrar nas minúcias do caso, a Corte ajustou-se com *Primary Holdings* no sentido de que, “*The privileges or immunities Clause of the Fourteenth Amendment is limited to federal citizenship rather than extending to state citizenship*”, além de se ter pontuado, com o pronunciamento do Justice Miller, no que diz à 14<sup>a</sup> Emenda, que, às discriminações injustas perpetradas pelos Estados, em face de ex-escravos, “[...] *was the evil to remedied by this clause*”.<sup>13</sup>

---

<sup>9</sup> MISSISSIPPI'S BLACK CODES. *An act to confer civil rights on freedmen, and for other purposes*. 1865. Disponível em: <https://sharetn.gov.tnsosfiles.com/tsla/exhibits/blackhistory/pdfs2/1865%20Mississippi%27s%20Black%20Codes.pdf>. Acesso em: 18 out. 2022.

<sup>10</sup> Discurso de Frederick Douglass. DOUGLASS, Frederick. *Annual meeting of the massachusetts anti-slavery society*. Disponível em: <https://www.blackpast.org/african-american-history/1865-frederick-douglass-what-black-man-wants/>. Acesso em: 18 out. 2022.

<sup>11</sup> BAER, Judith A. *Equality under the constitution: reclaiming the fourteenth amendment. From equal protection to suspect classification*. New York: Cornell University Press, 2018, p. 105.

<sup>12</sup> UNITED STATES SUPREME COURT. *Slaughterhouse cases 1872*. Justia, vol. 83, 2022. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/83/36/>. Acesso em: 21 out. 2022. p. 82-83 e seguintes.

<sup>13</sup> UNITED STATES SUPREME COURT. *Slaughterhouse cases 1872*. op. cit. p. 83 U.S. 81. “*in the light of the history of these amendments, and the pervading purpose of them [...] it is not difficult to give a meaning to this clause. The existence of laws in the States where the newly emancipated negroes resided, which discriminated with gross injustice and hardship against them as a class, was the evil to remedied by this clause*”.

Importa sublinhar que, a Suprema Corte teve a oportunidade de decidir o caso *Bradwell v. The State*<sup>14</sup>, também em 1872, tecendo considerações no que diz à 14<sup>a</sup> Emenda, mas, antes, como nos *Slaughterhouse Cases*, com o sentido de restringir a sua normatividade, aos seus “desígnios originários”, relacionados às “*racial preoccupations*<sup>15</sup>” do pós-Guerra. Na hipótese, tratou-se da solicitação de uma licença para “*practice law*” realizada pela *Mrs. Myra Bradwell*, a qual foi rejeitada, tendo como pressuposto dita interpretação restritiva realizada pela Suprema Corte, no tocante à 14<sup>a</sup> Emenda, sem falar de “razões de decidir” discriminatórias, em um caldo teórico que se encontra, até, “*That God designed the sexes to occupy different spheres of action, and that it belonged to men to make, apply, and execute the laws, was regarded as an almost axiomatic truth*”<sup>16</sup>.

Ambos os casos, de 1872 (*Slaughterhouse* e *Bradwell*), são tidos como os primeiros a chegarem na Suprema Corte, envolvendo o tema em questão, momento em que esta incorpora uma postura de limitação do alcance normativo da 14<sup>a</sup> Emenda, tendo em vista que, em nenhuma linha de seu texto normativo, e, também, da 13<sup>a</sup>, explicita-se que, os seus contornos aplicar-se-iam tão somente para “proteger” africanos e afro-americanos (escravizados, libertos ou nascidos após a Emancipação), tampouco não incidindo nos espaços de competência estaduais.

Na verdade, - sendo impraticável trazer os pormenores de cada caso comentado - a Suprema Corte realiza dois recortes centrais e estratégicos frente à *the equal protection of the laws*. Aduz, primeiramente, a sua inaplicabilidade em contextos atinentes aos Estados, nulificando-se a redação “*No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States [...]*” e, simultaneamente, como dito, restringindo-se, normativamente, o sentido de proteção, da “*equal protection of the laws*”, para situações envoltas à africanos e afro-americanos (escravizados, libertos ou nascidos após a Emancipação e vigência das emendas<sup>17</sup>).

---

<sup>14</sup> UNITED STATES SUPREME COURT. *Bradwell v. The State*, 1872. Justia, vol. 83, 2022. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/83/130/>. Acesso em: 24 out. 2022.

<sup>15</sup> BAER, Judith A. *Equality under the constitution*. op. cit. p. 107.

<sup>16</sup> UNITED STATES SUPREME COURT. *Bradwell v. The State*, 1872. op. cit. p. 83, U.S. 132.

<sup>17</sup> Apesar de ter-se essa manifestação explícita, encontra-se, no mesmo julgamento, a seguinte dicta: *Slaughterhouse cases*, 1872. op. cit. p. 83 U.S. 72. We do not say that no one else but the negro can share in this protection. Both the language and spirit of these articles are to have their fair and just weight in any question of construction. Undoubtedly while negro slavery alone was in the mind of the Congress which proposed the thirteenth article, it forbids any other kind of slavery, now or hereafter. If Mexican peonage or the Chinese coolie labor system shall develop slavery of the Mexican or Chinese race within our territory, this amendment may safely be trusted to make it void. And so, if other rights are assailed by the States which properly and necessarily

Quando se remete ao termo restrição, há de se considerar que, ambos os casos, muito embora capazes de reivindicarem uma apreciação coadunada com aspectos de “*equality*”, possuem os seus elementos excluídos da proteção normativa da 14<sup>a</sup> Emenda (Slaughterhouse: proteção à liberdade e à vida; sentido subjetivo e coletivo, atinente à comunidade afetada pelo monopólio legal - Bradwell: gênero – sexo feminino), com o sentido que lhe é dado.

A interpretação comentada aflora no caso *Strauder v. West Virginia*, de 1880, no qual se definiu incidente a 14<sup>a</sup> Emenda. Particularmente, estabeleceu-se que, a legislação de West Virginia, ao vedar a participação de africanos ou afro-americanos, na composição de juris (*grand and petit*) do Estado, confectionaria uma afronta à 14<sup>a</sup> Emenda, pois denotaria diferentes *legal status* entre pessoas, pautada em uma discriminação e inferiorização racial. A Suprema Corte, no caso, amplia a incidência da cláusula constitucional, para as esferas estaduais – superando-se, portanto, as prévias limitações, no ponto – sem embargo, ratificando as restrições raciais, acima relatadas (Slaughterhouse cases), no que diz à normatividade da *equal protection of the laws*. Ressalta-se que, no exame realizado pela Suprema Corte, exsurge o indício da doutrina “*equal, but separate*”, particularmente, com a ênfase maléfica que é dada à uma suposta distinção normativa que se realiza, entre “mesmo status legal” e “mesmo status social” (*Pace v. Alabama, 1883; Plessy v. Ferguson, 1896*).<sup>18 19 20</sup>

---

fall within the protection of these articles, that protection will apply, though the party interested may not be of African descent. But what we do say, and what we wish to be understood, is that, in any fair and just construction of any section or phrase of these amendments, it is necessary to look to the purpose which we have said was the pervading spirit of them all, the evil which they were designed to remedy, and the process of continued addition to the Constitution, until that purpose was supposed to be accomplished as far as constitutional law can accomplish it.

<sup>18</sup> UNITED STATES SUPREME COURT. *Strauder v. West Virginia, 1880*. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/100/303/>. Acesso em: 27 out. 2022. The very idea of a jury is that it is a body of men composed of the peers or equals of the person whose rights it is selected or summoned to determine; that is, of persons having the same legal status in society as that which he holds. p. 100, U.S. 303.

<sup>19</sup> UNITED STATES SUPREME COURT. *Strauder v. West Virginia, 1880*. op. cit. 100, U.S. 307. The words of the amendment, it is true, are prohibitory, but they contain a necessary implication of a positive immunity, or right, most valuable to the colored race -- the right to exemption from unfriendly legislation against them distinctively as colored -- exemption from legal discriminations, implying inferiority in civil society, lessening the security of their enjoyment of the rights which others enjoy, and discriminations which are steps towards reducing them to the condition of a subject race.

<sup>20</sup> UNITED STATES SUPREME COURT. *Strauder v. West Virginia, 1880*. op. cit. 100, U.S. 306; 308. This is one of a series of constitutional provisions having a common purpose -- namely, securing to a race recently emancipated, a race that, through many generations, had been held in slavery, all the civil rights that the superior race enjoy. The true spirit and meaning of the amendments, as we said in the *Slaughterhouse Cases*, 16 Wall. 36, cannot be understood without keeping in view the history of the times when they were adopted and the general objects they plainly sought to accomplish. At the time when they were incorporated into the Constitution, it required little knowledge of

O referido na parte final do parágrafo anterior exsurge no caso *Pace v. Alabama*<sup>21</sup>, de 1883. O objeto em questão revela-se na previsão estabelecida, no *Code of Alabama, Section 4189*, em que se proibia “[...] *a white person and a negro from living with each other in adultery or fornication* [...]”, sendo Tony Pace, afro-americano, e Mary J. Cox, uma mulher branca, denunciados e condenados cada qual, em dois anos de prisão. Postulou-se a violação à 14<sup>a</sup> Emenda, em razão do ângulo anteposto no aludido *Code*, no qual, com a Seção 4184<sup>22</sup>, realiza-se uma proibição e sanção geral, não adentrando-se em pormenores raciais, enquanto que, na Seção 4189<sup>23</sup>, resguarda-se uma locução proibitiva e sancionatória destinada à normatizar aspectos sociais de fundo, racializados: “*if any white person and any negro, or the descendant of any negro to the third generation, inclusive, though one ancestor of each generations was a white person [...]*”. A Suprema Corte, em sua apreciação, na lavra do Justice Field, entendeu não existir violação à cláusula “*equal protection of the laws*”, pois, compreendeu que, nas seções copiadas, o *Code* tratou, legalmente, ambas as raças, de modo equânime, uma vez que sofreriam punições (apesar de,

---

human nature to anticipate that those who had long been regarded as an inferior and subject race would, when suddenly raised to the rank of citizenship, be looked upon with jealousy and positive dislike, and that State laws might be enacted or enforced to perpetuate the distinctions that had before existed. discriminations against them had been habitual. P. 100, U.S. 306. That the West Virginia statute respecting juries -- the statute that controlled the selection of the grand and petit jury in the case of the plaintiff in error -- is such a discrimination ought not to be doubted. Nor would it be if the persons excluded by it were white men. If, in those States where the colored people constitute a majority of the entire population, a law should be enacted excluding all white men from jury service, thus denying to them the privilege of participating fully with the blacks in the administration of justice, we apprehend no one would be heard to claim that it would not be a denial to white men of the equal protection of the laws. Nor, if a law should be passed excluding all naturalized Celtic Irishmen, would there be any doubt of its inconsistency with the spirit of the amendment. The very fact that colored people are singled out and expressly denied by a statute all right to participate in the administration of the law as jurors because of their color, though they are citizens and may be in other respects fully qualified, is practically a brand upon them affixed by the law, an assertion of their inferiority, and a stimulant to that race prejudice which is an impediment to securing to individuals of the race that equal justice which the law aims to secure to all others.

<sup>21</sup> UNITED STATES SUPREME COURT. *Pace v. Alabama.*, 1883. Justia, vol. 106, 2022. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/106/583/>. Acesso em: 25 out. 2022.

<sup>22</sup> UNITED STATES SUPREME COURT. *Pace v. Alabama.*, 1883. op. cit. p. 106, U.S. 583. If any man and woman live together in adultery or fornication, each of them must, on the first conviction of the offense, be fined not less than one hundred dollars, and may also be imprisoned in the county jail or sentenced to hard labor for the county for not more than six months. [...].

<sup>23</sup> UNITED STATES SUPREME COURT. *Pace v. Alabama.*, 1883. op. cit. p. 106, U.S. 583. If any white person and any negro, or the descendant of any negro to the third generation, inclusive, though one ancestor of each generation was a white person, intermarry or live in adultery or fornication with each other, each of them must, on conviction, be imprisoned in the penitentiary or sentenced to hard labor for the county for not less than two nor more than seven years.



na Seção 4189, prever-se punição mais grave), independentemente de discriminação particular à “*color or race*”<sup>24</sup>.

*Pace v. Alabama* pavimenta uma abertura normativa para o subseqüente caso *Plessy v. Ferguson* (*equal, but separate*), ao afirmar que leis antimiscigenação eram compatíveis com a *equal-protection clause*, desde que houvesse a aplicação para ambas as raças, estando a 14<sup>a</sup> Emenda, em sua interpretação deturpada, prevenindo que estados realizassem discriminação racial, em um sentido de “[...] *treating one race as inferior to the other, but it allowed the states to separate the races from each other*”<sup>25</sup>.

Com *Plessy v. Ferguson*<sup>26</sup>, julgado em 1896, há uma “consolidação” hermenêutica que, iniciada com *Slaughterhouse* (1872), cria momentos normativos que sedimentam orientações racialmente discriminatórias, pintadas com um verniz extraído da 14<sup>a</sup> Emenda, e de sua *equal-protection clause*. No conhecido caso, em razão de sua perfidez substancial, julgou-se pela constitucionalidade “[...] *of an act of the General Assembly of the State of Louisiana*” de 1890, o qual previa, em sua primeira seção, que, “[...] *all railways companies carrying passengers in their coaches in this State shall provide equal but separate accommodations for the white and colored races [...]*”<sup>27</sup>, ao passo de conduzir, na segunda seção, autorização para os oficiais utilizarem de poder de polícia, tanto para redesignar passageiros, quanto para expulsá-los dos vagões, cominando sanções negativas para os infratores, inclusive, em terceira seção, destinando-as para os oficiais que se negassem à cumprir as determinações legais. A Suprema Corte desbaratou os fundamentos alegados por *Plessy*, referindo inexistir violação à 13<sup>a</sup> e 14<sup>a</sup> Emenda da Constituição, com a dissensão histórica perfectibilizada por Justice Harlan.

---

<sup>24</sup> UNITED STATES SUPREME COURT. *Pace v. Alabama.*, 1883. op. cit. p. 106, U.S. 585. There is in neither section any discrimination against either race. Section 4184 equally includes the offense when the persons of the two sexes are both white and when they are both black. [...] Whatever discrimination is made in the punishment prescribed in the two sections is directed against the offense designated, and not against the person of any particular color or race. The punishment of each offending person, whether white or black, is the same.

<sup>25</sup> BAER, Judith A. *Equality under the constitution: reclaiming the fourteenth amendment. From equal protection to suspect classification.* op. cit. p. 109.

<sup>26</sup> UNITED STATES SUPREME COURT. *Plessy v. Ferguson*, 1896. Justia, vol. 163, 2022. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/163/537/>. Acesso em: 23 out. 2022.

<sup>27</sup> Redação integral: that all railway companies carrying passengers in their coaches in this State shall provide equal but separate accommodations for the white and colored races by providing two or more passenger coaches for each passenger train, or by dividing the passenger coaches by a partition so as to secure separate accommodations: *Provided*, That this section shall not be construed to apply to street railroads. No person or persons, shall be admitted to occupy seats in coaches other than the ones assigned to them on account of the race they belong to.

O voto vencedor, pronunciado pelo Justice Brown, endossa o texto normativo estadual, “*equal, but separate accommodations [...]*” criando ressonâncias jurisprudenciais e doutrinárias históricas, aliás, pretendendo validar as suas razões com o caso *Robert v. City of Boston*<sup>28</sup>, julgado em 1848, pela Corte de Massachusetts, que fixou como válida a existência de segregação racial em escolas públicas no Estado. Justice Brown alude ser falaciosa a asserção de que a separação forçada, entre as raças, impõe à “[...] *colored race with a badge of inferiority*”, não encontrando-se isso no ato impugnado, “[...] *but solely because the colored race chooses to put that construction upon it*”<sup>29</sup>. Outro elemento histórico do julgamento refere-se ao fundamento sobre a impossibilidade de a lei superar preconceitos sociais, criando-se a distinção entre *legal* e *political equality*, com uma *social equality*, e, se esta última deve ser alcançada entre “as duas raças”, “[...] *it must be the result of natural affinities, a mutual appreciation of each other’s merits, and a voluntary consent of individuals*”<sup>30</sup> [...].

Na dissidência apresentada por Justice Halan, tem-se como inconstitucionais as disposições impugnadas. No pronunciamento<sup>31</sup>, além de uma fundamentação profunda sobre os ditames constitucionais, sociais e políticos da Constituição dos Estados Unidos, principalmente, com e no pós-Guerra Civil, destina-se uma crítica para a própria Suprema Corte, e, também, ao seu ângulo limitador à 14<sup>a</sup> Emenda, no sentido de, “*It is therefore to be regretted that this high tribunal, the final expositor of the fundamental law of the land, has reached the conclusion that it is competent for a State to regulate the enjoyment by citizens of their civil rights solely upon the basis of race*”<sup>32</sup>. Complementa-se, demais, observando-se que, a decisão produzida pela Corte, na hipótese, “[...] *will, in time, prove to be as pernicious as the decision made by this tribunal in the Dred Scott*

---

<sup>28</sup> “O prelúdio para *Brown v. Board of Education*”.

<sup>29</sup> UNITED STATES SUPREME COURT. *Plessy v. Ferguson*, 1896. § 551.

<sup>30</sup> UNITED STATES SUPREME COURT. *Plessy v. Ferguson*, 1896. op. cit. § 551.

<sup>31</sup> UNITED STATES SUPREME COURT. *Plessy v. Ferguson*, 1896. op. cit. § 560. The present decision, it may well be apprehended, will not only stimulate aggressions, more or less brutal and irritating, upon the admitted rights of colored citizens, but will encourage the belief that it is possible, by means of state enactments, to defeat the beneficent purposes which the people of the United States had in view when they adopted the recent amendments of the Constitution, by one of which the blacks of this country were made citizens of the United States and of the States in which they respectively reside, and whose privileges and immunities, as citizens, the States are forbidden to abridge. Sixty millions of whites are in no danger from the presence here of eight millions of blacks. The destinies of the two races in this country are indissolubly linked together, and the interests of both require that the common government of all shall not permit the seeds of race hate to be planted under the sanction of law. What can more certainly arouse race hate, what more certainly create and perpetuate a feeling of distrust between these races, than state enactments which, in fact, proceed on the ground that colored citizens are so inferior and degraded that they cannot be allowed to sit in public coaches occupied by white citizens. That, as all will admit, is the real meaning of such legislation as was enacted in Louisiana.

<sup>32</sup> UNITED STATES SUPREME COURT. *Plessy v. Ferguson*, 1896. op. cit. § 553.

*Case*<sup>33</sup> e, adicionalmente, que, “*The thin disguise of “equal” accommodations for passengers in railroad coaches will not mislead anyone, nor atone for the wrong this day done*”<sup>34</sup>.

*Plessy v. Ferguson*, em 1896, aglutina e solidifica as razões iniciadas em 1872, com *Slaughterhouse* e *Bradwell*. A interpretação dada à 14<sup>a</sup> Emenda, a restrição à *equal-protection clause*, possuiu efeitos concretos e transcendentais, para a história do país norte-americano e, pontualmente, para o que, contemporaneamente, compreende-se a respeito da *Suspect Classification* (S.C.). Com efeito, e acompanhando-se de Strauss<sup>35</sup>, nota-se que, é tão somente com o período da *Warren Court*, que postulações relacionadas à *equal protection*, recebem uma atenção revitalizada, mesmo que seja comum verificar-se a “transmutação interna” da *equal protection*, para a S.C., com o *United States v. Carolene Products Co.*, de 1938 (lapso temporal que precede a *Warren Court*). A Suprema Corte, nos primeiros cinquenta anos de vigência da E.P.L., obtém sucesso em construir uma interpretação, primeiramente, restritiva e geral à 14<sup>a</sup> Emenda, focalizando-se em determinações de classe, e racializadas, atinentes a africanos e afro-americanos, deturpando-a logo em seguida, de modo a instituir uma diferença de *equality*, legal e política, de uma social, configurando-se, subsequentemente, a perniciosa doutrina *equal, but separate*, de modo a validar um efetivo *apartheid* em alguns estados do país.

Apesar de não ter sido explicitamente manifestado, em todos os casos sucintamente comentados, constitutivos do histórico normativo da S.C. e da E.P.L., encontra-se um eixo que, em vezes, deixa-se de ser considerado, em sua importância. Fala-se da estrutura jurídica-constitucional que se busca validar-legitimar, a partir de um olhar oriundo da 14<sup>a</sup> Emenda, com a *equal protection* ou, com a S.C., envolta aos “objetivos” que determinado ato ou *policy*, tem, em seu horizonte, a pretensão de atingir. A avaliação constitucional, ainda que deturpada, nos casos exemplificados, sucede por firmar a abertura de um espaço para a Suprema Corte “controlar” não apenas os textos normativos, e eventuais violações à dimensão subjetiva de direitos, mas, os próprios (e supostos) desígnios daqueles atos, em andares adequados à organização federativa do país, tendo como norte os patamares normativos resguardados na Constituição. Essa abertura ao controle de constitucionalidade, e relação entre poderes do Estado, com os entes federados, e com a União, reverbera-se nas estruturas da S.C., em seus níveis de *scrutiny, strict, intermediate or heightened, and rational basis review*<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> UNITED STATES SUPREME COURT. *Plessy v. Ferguson*, 1896. op. cit. § 559.

<sup>34</sup> UNITED STATES SUPREME COURT. *Plessy v. Ferguson*, 1896. op. cit. § 562.

<sup>35</sup> STRAUSS, Marcy. *Reevaluating suspect classifications*. Seattle University Law Review, vol. 35, p. 135-174, 2011, p. 143.

<sup>36</sup> UNITED STATES SUPREME COURT. *Plyler v. Doe*, 1982. Justia, vol. 457, 2022. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/457/202/>. Acesso em: 27 out. 2022.

## II. A “REVITALIZAÇÃO” DA 14ª EMENDA COM A ESTRUTURAÇÃO INCONSTANTE DA *SUSPECT CLASSIFICATION*

Com a primeira seção, pôde-se observar uma atuação, pela Suprema Corte dos Estados Unidos, de limitação à E.P.L., no sentido de restringir, normativamente, a noção constitucional de *equality*, para teores racializados, destinando-os para contextos envoltos à africanos e afro-americanos, em “preocupações” do pós-Guerra Civil.

No entanto, mesmo que consolidada essa postura, inclusive, até o segundo quartel do século XX, visualiza-se, nesse histórico jurisprudencial-constitucional, decisões que, se arrazoaram distintamente, tal como no caso *Yick Wo v. Hopkins*, de 1886, no qual se disse que, as proteções contidas na 14ª Emenda “[...] *extend to all persons within the territorial jurisdiction of the United States, without regard to differences of race, of color, or of nationality*”<sup>37</sup>.<sup>38</sup> Outro elemento normativo, relevante na apreciação do objeto, vincula-se à indagação se, eventuais atos ou políticas, “privadas”, se sujeitariam ao controle constitucional, pautado na E.P.L. Nos *Civil Rights Cases*, a Suprema Corte “[...] *restricted the scope of the amendment to discriminations imposed by state authority*”<sup>39</sup>, o que, posteriormente, mostrou-se parcialmente superado, com a doutrina “*state action*”<sup>40</sup>.

A *Suspect Classification*, aduz-se, possui o seu desenvolvimento explícito, no século XX, inicializado com a nota de rodapé de nº 4, de autoria do *Justice Stone*, no julgamento *United States v. Carolene Products Co.*<sup>41</sup>, realizado em 1938. Na referida nota de rodapé, que é tida como a mais famosa “[...] *footnote in constitutional law*”<sup>42</sup> assevera-se no sentido de que, legislações “[...] *that appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution [...] is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment*

---

<sup>37</sup> UNITED STATES SUPREME COURT. *Yick Wo v. Hopkins*, 1886. Justia, vol. 118, 2022. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/118/356/>. Acesso em: 27 out. 2022. p. 118, U.S. 369.

<sup>38</sup> Como referenciado na nota de rodapé de nº 14, recorda-se que, no próprio *Slaughterhouse cases*, de 1872, há fundamentação nesse sentido, a qual, todavia, deixou de ser “aproveitada”, à exceção do caso comentado.

<sup>39</sup> BAER, Judith A. *Equality under the constitution: reclaiming the fourteenth amendment. From equal protection to suspect classification*. op. cit. p. 109.

<sup>40</sup> Ver, de modo exemplificativo, a construção normativa da *state action*, e suas discordâncias internas. UNITED STATES SUPREME COURT. *Edmonson v. Leesville Concrete Co.*, 1991. Justia, vol. 500, 2022. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/500/614/>. Acesso em: 27 out. 2022.

<sup>41</sup> UNITED STATES SUPREME COURT. *United States v. Carolene Products Co.*, 1938. Justia, vol. 304, 2022. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/304/144/>. Acesso em: 27 out. 2022. p. 304, U.S. 155.

<sup>42</sup> LINZER, Peter. *The carolene products footnote and the preferred position of individual rights: Louis Lusky and John Hart Ely vs. Harlan Fiske Stone*. Constitutional Commentary, vol. 12, 1995. Disponível em: [https://conservancy.umn.edu/bitstream/handle/11299/167163/12\\_02\\_Linzer.pdf;jsessionid=113DCB7ACB14659CEF6102B83C17B06C?sequence=1](https://conservancy.umn.edu/bitstream/handle/11299/167163/12_02_Linzer.pdf;jsessionid=113DCB7ACB14659CEF6102B83C17B06C?sequence=1). Acesso em: 26 out. 2022. p. 277. “*Its only competitors seem to be footnote 11 to Brown v. Board of Education, and footnote 10 to Katzenbach v. Morgan*”.

*than are most other types of legislations*”, tendo em consideração, ainda, grupos, classificados em “*discrete and insular minority*”, que tendem a sofrer discriminações, em razão de suas condições especiais, e que não conseguem, efetivamente, participar do processo político de produção das leis, tornando-o inconfiável [...] *and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry*”.

Na manifestação em nota, não se realiza uma digressão sobre o que, e quais seriam os grupos classificáveis em “*discrete and insular minority*”, e essa ausência de definição de contornos dogmáticos-conceituais, ainda é permanente<sup>43</sup>, na doutrina da *Suspect Classifications*, mesmo havendo uma miríade de decisões históricas que assim tenta(ram)m fazê-lo. Há, no olhar de Baer<sup>44</sup>, uma estranha ligação entre a locução “*discrete and insular minority*”, na também estranha construção jurisprudencial e doutrinária da S.C., quanto a sua fonte normativa, atrelada à 14<sup>a</sup> Emenda, e a autora corrobora a sua afirmação, quando refere inexistir qualquer menção, à “*discrete and insular minority*”, no *Frontiero case*, em cujas razões de decidir mostram-se “[...] *very different*”.

Outra particularidade que promove discordâncias, encontra-se em espaços de ação, ou omissão, potencialmente traduzíveis em tratamentos discriminatórios, que demandariam uma *searching judicial inquiry* mais atenta.

A oportunidade de citar o caso *United States v. Carolene Products Co.*, é utilizada, para além de apresentar o aspecto “originário e divergente” da S.C. Intenta-se, igualmente, relevar a sua ausência coerencial, de sentidos normativos, bem como, pontuar uma proteção insuficiente e desconforme às percepções racializadas que, supostamente e, em alguns casos, concretamente, forjaram as suas condições e possibilidades, mesmo com casos importantíssimos para a definição histórica do escopo da 14<sup>a</sup> Emenda, tal como no *Brown v. Board of Education case*.

Realiza-se isso tendo como observação os casos julgados na Suprema Corte, no período, que se inicializam com os *Japanese relocation cases*, durante a II Guerra, aqueles destinados e envoltos à segregação na educação, e finalizando-se com os classificados em *antimiscigenação cases*, e como a narrativa normativa, de cada qual, sugere contornos inconstantes e incoerentes, relacionados à S.C.

No julgamento *Hirabayashi v. United States*<sup>45</sup>, em 1943, e no *Korematsu v. United States*<sup>46</sup>, de 1944, a Suprema Corte dos Estados Unidos

<sup>43</sup> STRAUSS, Marcy. *Reevaluating suspect classifications*. op. cit. p. 147.

<sup>44</sup> BAER, Judith A. *Equality under the constitution*. op. cit. p. 120.

<sup>45</sup> UNITED STATES SUPREME COURT. *Hirabayashi v. United States*, 1943. Justia, vol. 320, 2022. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/320/81/>. Acesso em: 30 out. 2022.

<sup>46</sup> UNITED STATES SUPREME COURT. *Korematsu v. United States*, 1944. Justia, vol. 323, 2022. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/323/214/>. Acesso em: 30 out. 2022.

apreciou duas situações distintas, atinentes a supostas violações à *Executive Order* n. 9066, que, no contexto da II Guerra, em especial, no pacífico, nas relações entre Estados Unidos e Japão, restringia direitos de “[...] *all persons of Japanese ancestry within a designated military área* [...]”.

Em ambos os casos, a 14<sup>a</sup> Emenda não exsurge como um elemento central, muito embora, o aspecto raça esteja vinculado à histórica construção jurisprudencial da S.C., e é, explicitamente, enfrentado nos julgamentos. Por exemplo, em *Hirabayashi*, O *Chief Stone* assim se pronunciou: “*distinctions between citizens solely because of their ancestry are, by their very, nature odious to a free people whose institutions are founded upon the doctrine of equality. For that reason, legislative classification or discrimination based on race alone has often been held to be a denial of equal protection*”<sup>47</sup>, enquanto que, no *Korematsu*, resguardou-se que, “[...] *all legal restrictions which curtail the civil rights of a single racial group are immediately suspect. That is not to say that all such restrictions are unconstitutional. It is to say that courts must subject them to the most rigid scrutiny*”<sup>48</sup>.

Nos dois casos, as decisões foram mantidas (*upheld*), e, no ponto, decidiu-se pela constitucionalidade das medidas executivo-militares de restrição aos direitos, nos termos aduzidos, tendo em vista o contexto de guerra, urgência, e operacionalização militar contra “[...] *the twin dangers of espionage and sabotage*”.

A curiosidade de tais casos encontra-se na absoluta ausência de citação de jurisprudência histórica relacionada à 14<sup>a</sup> Emenda, racializada ao encontro de africanos e afro-americanos, ao passo de se veicular, estritamente, razões atinentes à E.P.L, e à S.C., quando observada a constitucionalidade das restrições aos direitos, em consideração à raça e à ancestralidade japonesa. Adicionalmente, e tendo em vista esse “vácuo”, principalmente as razões de *Korematsu*<sup>49</sup> transformam-se, subsequentemente, em *binding precedents*, ao serem utilizadas como fundamentos

---

<sup>47</sup> UNITED STATES SUPREME COURT. *Hirabayashi v. United States*, 1943. op. cit. p. 320, U.S. 100.

<sup>48</sup> UNITED STATES SUPREME COURT. *Korematsu v. United States*, 1944. op. cit. p. 323, U.S. 216.

<sup>49</sup> Há de se recordar da divergência do Justice Roberts: [...] This is not a case of keeping people of the streets at night, as was *Hirabayashi* [...] nor a case of temporary exclusion of a citizen from a area for his own safety or that of the community [...]. On the contrary, it is the case of convicting a citizen as a punishment for not submitting to imprisonment in a concentration camp, based on his ancestry, and solely because of his ancestry, without evidence or inquiry concerning his loyalty and good disposition towards the United States. If this be a correct statement of the facts disclosed by this record, and facts of which we take judicial notice, I need hardly labor the conclusion that Constitutional rights have been violated. Contudo, ressalta-se que, os fundamentos da divergência não se situam preocupados com horizontes advindos da 14<sup>a</sup> Emenda. Ver UNITED STATES SUPREME COURT. *Korematsu v. United States*, 1944. op. cit. p. 323 U.S. 233.

nos chamados *landmark Fourteenth Amendment Cases*, observando-se que, “*Ironically, is this racist decision that introduced the suspect-classification rule*”<sup>50</sup>.

Além de tal panorama, que, em vezes, passa despercebido, no que diz à história da S.C., encontra-se também no julgamento *Korematsu* três distinções normativas realizadas pelo *Justice Stone*, as quais são lançadas ao “esquecimento e desuso”, em casos futuros. Trata-se, a saber, do eixo específico com a qual a decisão se forma: limitando-se a “discriminações raciais”; discriminações contra um grupo racial”; e, discriminações que reduzam os *civil rights* de determinado grupo racial<sup>51</sup>. Tal tríade apresenta parâmetros normativos que, posteriormente, deixam de ser observados, tais como a ausência de diferença entre “[...] *invidious and neutral discriminations*”, obnubilando-se, também, as necessárias distinções entre “[...] *civil rights and less vital interest*”, dando-se à S.C., uma abertura normativa que “[...] *goes beyond race discrimination*”. Sem embargo, mesmo que seja possível verificar essas inconsistências, é inegável que “[...] *these decision have in effect put suspect classification and strict scrutiny into the Constitution itself*”<sup>52</sup>.

Com os próximos casos será possível extrair os resultados de tais julgamentos para a tradição da E.P.L., com a 14<sup>a</sup> Emenda, e como a interpretação dada à *Hirabayashi* e *Korematsu* – ignorando-se as três distinções realizadas por *Stone* – foi capaz de suscitar um problemático princípio, neutralizado, cujo verniz, até hoje, insere-se na dogmática da S.C., e é causa de brechas normativas a práticas discriminatórias<sup>53</sup>.

### III. A “REVITALIZAÇÃO” DA 14<sup>a</sup> EMENDA COM A ESTRUTURAÇÃO INCONSTANTE DA SUSPECT CLASSIFICATION

Quando se faz alusão ao teor neutral, que impregna o histórico normativo durante, e no pós-II Guerra, relativamente à doutrina S.C., está-se realizando uma observação a partir da tradição racializada que envolve à 14<sup>a</sup> Emenda, a qual, a contar de uma interpretação limitada de *Hirabayashi* e *Korematsu*, como indicado na seção anterior, é “esquecida” e obscurecida. *Brown v. Board of Education*<sup>54</sup>(1954) e *Bolling v. Sharpe*<sup>55</sup>

<sup>50</sup> BAER, Judith A. *Equality under the constitution*. op. cit. p. 113.

<sup>51</sup> SUPREME COURT. *Korematsu v. United States*, 1944. op. cit. p. 323 U.S. 216.

<sup>52</sup> BAER, Judith A. *Equality under the constitution*. op. cit. p. 113.

<sup>53</sup> Disponível em: <https://www.nytimes.com/2022/10/30/us/supreme-court-affirmative-action-brown-board-education.html>.

<sup>54</sup> UNITED STATES SUPREME COURT. *Brown v. Board of Education of Topeka*, 1954. Justia, vol. 347, 2022. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>. Acesso em: 30 out. 2022.

<sup>55</sup> UNITED STATES SUPREME COURT. *Bolling v. Sharpe*, 1954. Justia, vol. 347, 2022. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/497/>. Acesso em: 30 out. 2022.

(1954), dois casos essenciais para o assunto debatido, são exemplos do que se está a falar, principalmente, com as suas conexões com os casos *McLaughlin v. Florida*<sup>56</sup> (1964) e *Loving v. Virginia*<sup>57</sup> (1967).

Com um olhar em *Brown* e *Bolling*, há de se afirmar que, ambos os casos simbolizam um fim ao acatamento da doutrina *equal, but separate* (desenvolvida, de certa forma, com *Strauder*, *Pace* e consolidada com *Plessy*), significando-se, portanto, uma superação da segregação racial de crianças negras “*in public education*”, e determinando-se a sua incompatibilidade com a Constituição, particularmente, com a *Fourteenth Amendment*<sup>58</sup>. Sem embargo, nos dois casos, em que se chega a conclusões semelhantes, os caminhos percorridos se apresentam distintos, provocando estruturas normativas com particularidades determinantes para a construção da S.C.

No julgamento *Brown*, o *Chief Justice Warren* se ocupa, primeiramente, em tecer considerações sobre as circunstâncias da adoção da 14<sup>a</sup> Emenda, referindo, todavia, que, “[...] *This discussion and our own investigation convince us that, although these sources cast some light, it is not enough to resolve the problem with which we are faced. At best, they are inconclusive*”<sup>59</sup>. Mas, ao avançar sobre a questão, determina que, “[...] *Separate educational facilities are inherently unequal*”<sup>60</sup>, ponderando que, separar crianças negras, forçadamente, “[...] *solely because of their race generates a feeling of inferiority as to their status in the community that may affect their hearts and minds in a way unlikely ever to be undone*”, pois “[...] *Segregation of white and colored children in public school has a detrimental effect upon the colored children [...] for the policy of separating the races is usually interpreted as denoting the inferior of the negro group*”<sup>61</sup>. Nesse recorte normativo, recupera-se *Strauder* para dizer-se que, segregação, como na hipótese de impedimento de participar de júri, em razão da raça, representa uma simbolização que insinua inferioridade.

A pedra angular de *Brown* está no ponto de que, a separação forçada de escolas, “[...] *because a racial classification that on its face applies equally*

---

<sup>56</sup> UNITED STATES SUPREME COURT. *McLaughlin v. Florida*, 1964. Justia, vol. 379, 2022. Disponível: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/379/184/>. Acesso em: 02 nov. 2022.

<sup>57</sup> UNITED STATES SUPREME COURT. *Loving v. Virginia*, 1967. Justia, vol. 388, 2022. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/388/1/>. Acesso em: 02 nov. 2022.

<sup>58</sup> UNITED STATES SUPREME COURT. *Brown v. Board of Education of Topeka*, 1954. op. cit. § 495 “We conclude that, in the field of public education, the doctrine of “separate but equal” has no place. Separate educational facilities are inherently unequal”.

<sup>59</sup> UNITED STATES SUPREME COURT. *Brown v. Board of Education of Topeka*, 1954. op. cit. § 489.

<sup>60</sup> UNITED STATES SUPREME COURT. *Brown v. Board of Education of Topeka*, 1954. op. cit. § 495.

<sup>61</sup> UNITED STATES SUPREME COURT. *Brown v. Board of Education of Topeka*, 1954. op. cit. § 494.



*to any group affected by it is in fact inseparable from the social context that produced it and reinforces the assumed inferiority of the subject group*<sup>62</sup>. As asserções acima destacadas, considerando, ainda, o complemento de Baer, representam a substancial discrepância de *Brown* e *Bolling*.

Além de se notar, em *Bolling*, elementos constitucionais de ângulos não apreciados em *Brown*, tais como a construção da E.P.L., para o distrito de Columbia (*Federal Government*), onde inexistia espaço para a incidência da 14<sup>a</sup> Emenda, mas, tão somente, uma necessária aplicação da quinta (*due process*)<sup>63</sup>, pode-se apreender colocações que escapam de um exame racializado, recuperando-se *Korematsu* e, também, a divergência de Justice Harlan, em *Plessy*, dando-lhes uma difusão de sentidos “neutrais” (“*Our Constitution is color-blind, and neither knows nor tolerate classes among citizens [...]*”<sup>64</sup>).

A saber, na fundamentação de Warren, encontra-se que, discriminação “*may be so unjustifiable as to be violative of due process*” complementando-se, ainda, que, “*Classifications based solely upon race must be scrutinized with particular care, since they are contrary to our traditions, and hence constitutionally suspect*<sup>65</sup>, fazendo-se referência à *Korematsu*, na nota de rodapé de n<sup>o</sup> três.

O exame do caso, por outro ângulo, daquele parcialmente acostado em *Brown*, apresenta que qualquer discriminação racial é suspeita, independentemente do propósito ou efeito, que, a princípio, visa-se atingir, enquanto, neste último, o subsídio social de fundo, que induz a uma paragem complexificada à inferiorização “do outro”, é o que predica a normatividade da decisão (e é, porquanto, não somente utilizada como fundamento para o julgamento, mas, reconhecida e incorporada pela Suprema Corte, uma das mais importantes instituições do país).

Tais inconstâncias parecem não representar a relevância à que está lhe sendo dada. No entanto, registra-se que, o cariz neutral da S.C., construído em *Bolling* – ignorando-se seções normativas de decisões anteriores, como descrito – é não somente determinante para o decorrer histórico de tal modalidade de controle de constitucionalidade, que chega, no século XXI, com caracteres problemáticos.

<sup>62</sup> BAER, Judith A. *Equality under the constitution*. op. cit. p. 113. p. 114.

<sup>63</sup> UNITED STATES SUPREME COURT. *Bolling v. Sharpe*, 1954. op. cit. p. 346-347 U.S. 500: “Segregation in public education is not a reasonable related to any proper government objective [...]. In view that our decision that the Constitution prohibits the states from maintaining racially segregated public schools, it would be unthinkable that the same Constitution would impose a lesser duty on the Federal Government. We hold that racial segregation in the public schools of the District of Columbia is a denial of the due process of law guaranteed by the Fifth Amendment to the Constitution.

<sup>64</sup> UNITED STATES SUPREME COURT. *Plessy v. Ferguson*, 1896. op. cit. p. 163 U.S. 559.

<sup>65</sup> UNITED STATES SUPREME COURT. *Bolling v. Sharpe*, 1954. op. cit. p. 347 U.S. 499.

Em verdade, para os casos que abarcam o recorte realizado para a feitura do trabalho, antes do que *Brown, Bolling* é o precedente que determina os sentidos dos classificados julgamentos antimiscigenação, que são definidos sem tocar-se no assunto de fundo, de teor racista e eugênico, perante africanos e afro-americanos, a propósito, no centenário de vigência da 13<sup>a</sup> e 14<sup>a</sup> Emendas.

*McLaughlin v. Florida* é julgado em 1964, ou seja, dez anos após *Brown* e *Bolling*. No particular, declara-se a inconstitucionalidade da criminalização da coabitação entre homens negros e mulheres brancas, ou homens brancos e mulheres negras, “*who are not married to each other*” (§ 798.05 of the Florida statutes). No seu voto, o Justice White recupera *Pace*, e reforça o centro gravitacional do caso, alhures comentado, no sentido de “[...] *each of the Alabama laws applied equally to those to whom it was applicable, the different treatment accorded interracial and interracial couples was irrelevant*”<sup>66</sup>.<sup>67</sup> Essa declaração, nos prolegômenos do voto, imprime o tom que o seu desenvolvimento, e conclusão, acaba por consubstanciar (material neutral).

Sucessivamente, reporta-se no sentido de que, “*that question is what Pace ignored, and what must be faced here*”<sup>68</sup>. A apreciação judicial, no que diz à E.P.L., necessita ampliar o seu ângulo para além da “[...] *equal application among members of the class defined by the legislation*”<sup>69</sup>, considerando-se, também, se a classificação antevista em um estatuto é “[...] *reasonable in light of its purpose [...] whether there is an arbitrary or invidious discrimination [...]*”<sup>70</sup>. Apesar de tal manifestação, restringe-se o exame do caso à indagação de se, ao ponderar os materiais legais, exsurge algum propósito primordial, que exige, justificadamente, a proibição da específica conduta que criminaliza, quando praticada por uma pessoa branca e uma pessoa negra, mas não de outra forma. Inexistindo tal justificativa, a classificação racial prevista no § 798.05 representa uma discriminação odiosa, incompatível com a *Equal Protection Clause*<sup>71</sup>.

---

<sup>66</sup> UNITED STATES SUPREME COURT. *McLaughlin v. Florida*, 1964. op. cit. p. 379 U.S. 190. Mais: Under *Pace*, the Alabama law regulating the conduct of both Negroes and whites satisfied the Equal Protection Clause, since it applied equally to the among the members of the class which it reached, without regard to the fact that the statute did not reach other types of couples performing the identical conduct and without any necessity to justify the difference in penalty established for the two offenses.

<sup>67</sup> Reminiscência normativa de *Pace*: “*such laws had an equal impact on both races*”.

<sup>68</sup> UNITED STATES SUPREME COURT. *McLaughlin v. Florida*, 1964. op. cit. p. 379 U.S. 191.

<sup>69</sup> UNITED STATES SUPREME COURT. *McLaughlin v. Florida*, 1964. op. cit. p. 379 U.S. 191.

<sup>70</sup> UNITED STATES SUPREME COURT. *McLaughlin v. Florida*, 1964. op. cit. p. 379 U.S. 191.

<sup>71</sup> UNITED STATES SUPREME COURT. *McLaughlin v. Florida*, 1964. op. cit. p. 379. U.S. 193.

Veja-se que, ao discorrer sobre a questão, considera-se as razões indicadas pelo Estado de Flórida, no sentido de que, a proibição aventada estaria correlacionada à complementar a proibição ao casamento interracial, contudo, “[...] *it has not been shown that § 798.05 is a necessary adjunct [...] por consequência, [...] We accordingly invalidate § 798.05 without expressing any views about the State’s prohibition of interracial marriage [...]*”<sup>72</sup>.

Fica patente a omissão, transvestida na neutralidade dada ao pronunciamento realizado pelo *Justice White*, ao se desconsiderar, de todo, a intenção discriminatória, em inferiorizar africanos e afro-americanos, que fundamenta e é fundamentada, pelo pano de fundo antimiscigenação e racista, do arcabouço legal impugnado. Aliás, de certa forma, o que se está aludindo é retratado na *concurring opinion* prolatada pelo *Justice Stewart e Justice Douglas*. Apesar de acompanharem o voto de *White*, há uma divergência parcial, no sentido de que, “[...] *the Court implies that a criminal law of the kind here involved might be constitutionally valid if a State could show “some overriding statutory purpose”*”<sup>73</sup>. Nesse ponto, “[...] *this is an implication in which I cannot join, because I cannot conceive of a valid legislative purpose under our Constitution for a state law which makes the color of a person’s skin the test of whether his conduct is a criminal offense*”<sup>74</sup>. Muito embora não se adentre em questões de fundo racializadas a africanos e afro-americanos, como dito, amplia-se, com algum indício, a preocupação que o caso suscita, sem embargo, insuficientemente refletida, em sua conclusão.

Com *Loving v. Virginia* (1967), o perfil normativo da S.C. encontra uma nova oportunidade de invocar percepções mais profundas sobre as realidades subjacentes ao diploma legal impugnado, a qual, todavia, não é aproveitada. Na altura, em suma, um casal heterossexual, composto por uma mulher negra, Mildred Jeter, e um homem branco, Richard Loving, contraíram matrimônio no distrito de Columbia, retornando para Virginia, local em que a o casamento interracial era considerado ilícito, mediante um “esquema” legal composto de 3 seções específicas<sup>75</sup>, tri-

---

<sup>72</sup> UNITED STATES SUPREME COURT. *McLaughlin v. Florida*, 1964. op. cit. p. 379. U.S. 196.

<sup>73</sup> UNITED STATES SUPREME COURT. *McLaughlin v. Florida*, 1964. op. cit. p. 379. U.S. 196.

<sup>74</sup> UNITED STATES SUPREME COURT. *McLaughlin v. Florida*, 1964. op. cit. p. 379. U.S. 198.

<sup>75</sup> § 258: “*Leaving State to evade law.* -- If any white person and colored person shall go out of this State, for the purpose of being married, and with the intention of returning, and be married out of it, and afterwards return to and reside in it, cohabiting as man and wife, they shall be punished as provided in § 20-59, and the marriage shall be governed by the same law as if it had been solemnized in this State. The fact of their cohabitation here as man and wife shall be evidence of their marriage.” Seção 259: *Punishment for marriage.* -- If any white person intermarry with a colored person, or any colored person intermarry with a white person, he shall be guilty of a felony and shall be punished by confinement in the penitentiary for not less than one nor more than five years.”

butárias do *Racial Integrity Act*, de 1924. O Estado de Virginia, em suas razões, aludiu que, o estatuto antimiscigenação pune, igualmente, tanto brancos, quanto negros, participantes em casamentos interraciais, significando que, apesar de dependerem de classificações raciais, não remon- tam por constituírem “*an invidious discrimination based on race*”<sup>76</sup>.

Na *opinion* pronunciada por *Chief Warren*, mostra-se que, a referi- da racionalização apresenta-se superada, principalmente, desde o caso *Mclaughlin (1964)*, e, que, com a E.P.L., “[...] *requires the consideration of wheter the classifications drawn by any statue constitute an arbitrary and invidious discrimination. The clear and central purpose of the Fourteenth Amend was to eliminate all oficial state sources of invidious racial discrimination in the States*”.

Apesar de Warren não enfrentar, detidamente, o propósito da lei antimiscigenação, do mesmo modo realizado por White, em *Mclaughlin*, ocorre por existir, *en passant*, um recado sobre o tema. Isso pode ser no- tado, a saber, quando Warren indica inexistir nenhum propósito legítimo e independente na discriminação racial realizada pela lei, que justifique a classificação que propõe. O fato de o Estado da Virgínia proibir so- mente casamentos interraciais, envolvendo pessoas brancas, demonstra que, “[...] *the racial classifications must stand on their own justification, as measures designed to maintain White Supremacy*”<sup>77</sup>. Não há dúvida de que, restringir a liberdade de casar-se, somente em razão de classifica- ções raciais, termina por violar o significado *of the Equal Protection Clau- se*<sup>78</sup>. No julgamento há um exame do caso a partir da *due process clause*, todavia, para o propósito do texto, dita consideração é despicienda, uma vez, demais, atentando-se a existência do mesmo vácuo de sentidos<sup>79</sup>, quando do arrazoado em vista da 14<sup>a</sup> Emenda.

Avaliando-se os antimiscigenação *cases* (coabitação e casamento), averígua-se que, as leis e *statues* são validadas por premissas que in- sinuam a inferiorização de africanos e afro-americanos, em um mesmo pano de fundo no qual as políticas de segregação faziam coincidir. Sem embargo, a Suprema Corte deixa de se manifestar a respeito da questão, limitando-se a criar uma normatividade neutral, com a qual “[...] *the*

<sup>76</sup> UNITED STATES SUPREME COURT. *Loving v. Virginia*, 1967. op. cit. p. 388 U.S. 8.

<sup>77</sup> UNITED STATES SUPREME COURT. *Loving v. Virginia*, 1967. op. cit. p. 388 U.S. 11.

<sup>78</sup> UNITED STATES SUPREME COURT. *Loving v. Virginia*, 1967. op. cit. p. 388 U.S. 12.

<sup>79</sup> UNITED STATES SUPREME COURT. *Loving v. Virginia*, 1967. op. cit. p. 388 U.S. 12. [...] To deny this fundamental freedom on so unsupportable a basis as the racial classifications embodied in these statues, classifications so directly subversive of the principle of equality at the heart of the Fourteenth Amendment, is surely to deprive all the State’s Citizen of liberty without due process of law. Faz-se menção, também, ao *Perez v. Sharp*, julgado na *Supreme Court of California*, em 1948, primeira ocasião em que uma corte estadual reconheceu a inconstitucionalidade de leis antimiscigenação, pela violação à E.P.C.

Equal Protection Clause demands that racial classifications .... be subject to the ‘most rigid scrutiny’ [...] if they are ever to be upheld, they must be shown to be necessary to the accomplishment of some permissible state objective, independent of the racial discrimination which it was the object of the Fourteenth Amendment to eliminate”<sup>80</sup>.

Acredita-se que, as opções realizadas pela Suprema Corte, no julgamento dos casos em comento, não se encontram de maneira aleatória. O contexto sociopolítico, a eventual “facilidade” em nulificar legislações racializadas, mediante o emprego de uma fundamentação-princípio neutral – “*all racial classifications are suspect*” – condensam dificuldades históricas, que permeiam toda e qualquer conquista de direitos. A questão, entretanto, que não pode deixar de ser observada, está relacionada a uma postura institucional de negação do que tais casos acabam por refletir, tanto no que diz às percepções históricas da 14<sup>a</sup> Emenda, no século XIX, tanto aos elementos sociais que, contemporaneamente, ainda atravessavam as delicadezas simbólicas que, de modo perverso, validavam-se, ao encontrar ressonância e recepção, em tais textos normativos, e nas “normatividades” que deles se extraía.

Com os julgamentos em 64 e 67, estrutura-se que, qualquer classificação racial é suspeita, reivindicando-se, porquanto, um *strict scrutiny*. A “neutralidade” é, estrategicamente, utilizada como uma abertura para outras “classificações suspeitas” que, atualmente, apesar de apresentarem incongruências em sua(s) criteriologia(s), não deixam de postular por uma camada de proteção envolta às minorias, e, também, a um espaço de controle dos objetivos de determinadas leis, ou políticas, considerando o quadro constitucional que as vinculam<sup>81</sup>.

Importante ressaltar, mesmo que não seja objeto do presente, que, a Suprema Corte dos Estados Unidos, nas décadas finais do século XX, bem como, nas primeiras do século XXI, pôde construir outros fatores que resguardam indícios de que, determinada classificação seja suspeita, ora recuperando-se *Carolene* (sua nota de rodapé), ora esquivando-se de seu centro normativo. Em *San Antonio Independent School District v. Rodriguez* (1973)<sup>82</sup>, por exemplo, decidiu-se que, o sistema texano não operava

<sup>80</sup> BAER, Judith A. *Equality under the constitution*. op. cit. p. 115.

<sup>81</sup> Em julgamentos realizados no século XXI, e, também, com subsídios doutrinários, defende-se uma superação das razões em *Carolene* (*discrete and insular*) a partir da presunção de que “*all racial classifications are invalid*”, no que se refere a “Latinos”. RODRIGUEZ, Cristina. Latino: discrete and insular no more. *Harvard Latino Law Review*, vol. 12, 2009. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1626443](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1626443). Acesso em: 27 out. 2022. p. 44.

<sup>82</sup> O caso relaciona-se ao financiamento de escolas públicas de ensino fundamental e médio no Texas, que, à época, era produto de participação estadual e local. Quase metade das receitas eram derivadas de um programa amplamente financiado pelo estado, de modo a ofertar uma estrutura educacional mínima em todas as escolas. Cada distrito complementava os auxílios através de um imposto calculado *ad valorem* sobre as propriedades da respectiva jurisdição. Fora ajuizada a ação coletiva, representando

a partir de uma peculiar desvantagem de determinada classe suspeita, pois “[...] *the class is not saddled with such disabilities, or subjected to such a history of purposeful unequal treatment, or relegated to such a position of political powerlessness as to command extraordinary protection [...]*”<sup>83</sup>.

Dita ambiguidade na análise e construção histórica da E.P.L produz, invariavelmente, resultados incoerentes. Pode-se dizer que, muitas pessoas concordariam que os pobres, ou pessoas com deficiência mental, consubstanciam grupos que sofreram com a “*political powerlessness and a history of discrimination*”, e muitos, igualmente, chegariam a um consenso que homens brancos (unicamente o uso do ‘critério’ raça e sexo/gênero, nesse ponto), *a priori*, não equivaleriam a uma classe com semelhante característica. Contudo, casos em que há brancos e homens como objeto, sucede por acontecer um “*heightened scrutiny*”, uma vez que, raça insere-se em uma “*suspect class*”, e gênero remonta por estar vinculada a uma “*quasi-suspect class*”, enquanto que, pobres, e pessoas com deficiência mental, não<sup>84,85</sup>.

Recortando-se o texto para o seu ocaso, refere-se que, a ausência de reconhecimento dos teores normativos da 14<sup>a</sup> Emenda, neutralizados por uma noção de que, “*all racial classification are suspect*”, proporciona, atualmente, um espaço para o uso estratégico de razões baseadas em um sentido de *equality*, no mote de contestar ações afirmativas que empregam raça como critério para a sua estruturação, no caso, na admissão em universidades. Nos casos *Student for Fair Admission v. Harvard* (n. 20-1199)<sup>86</sup>, e *Students for Fair Admission v. University of North Carolina* (n. 21-707)<sup>87</sup>, que possuem suas distinções, *Brown v. Board of Education*

---

as crianças em idade escolar, referindo que eram membros de famílias pobres e que residiam em distritos escolares com baixa base de imposto predial, alegando, por isso, que, a dependência do sistema texano, ao imposto predial local, favorecia as crianças de famílias ricas, violando-se a E.P.L, devido às substanciais disparidades interdistritais nas despesas por aluno, resultantes, principalmente, das diferenças nos valores dos bens tributáveis entre os distritos (e suas regiões).

<sup>83</sup> UNITED STATES SUPREME COURT. *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*, 1973. Justia, vol. 411, 2022. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/411/1/>. Acesso em: 02 nov. 2022. p. 411, U.S. 28. “However described, it is clear that appellees’ suit asks this Court to extend its most exacting scrutiny to review a system that allegedly discriminates against a large, diverse, and amorphous class, unified only by the common factor of residence in districts that happen to have less taxable wealth than other districts”.

<sup>84</sup> STRAUSS, Marcy. *Reevaluating suspect classifications*. op. cit. p. 140.

<sup>85</sup> Na condenação do Brasil, em sede de CIDH, no caso Caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares vs. Brasil, a pobreza é considerada como uma “classificação suspeita”.

<sup>86</sup> Na ação ajuizada em face da Universidade de Harvard, há um complemento normativo: alega-se a existência de discriminação contra asiáticos.

<sup>87</sup> LIPTAK, Adam. Supreme Court Seems Ready to Throw Out Race-Based College Admissions. *The New York Times*. 31 out. 2022. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2022/10/31/us/supreme-court-harvard-unc-affirmative-action.html>. Acesso em: 03 nov. 2022.

é utilizado por ambos os lados da contenda. A falta de uma construção normativa atenta ao pano de fundo social, gerou não apenas mais uma deturpação – e prolongamento de tal prática – da formação estrutural da 14a Emenda, mas, ainda, em uma “ressignificação”, que suscitou a nulificação de ações afirmativas, no julgamento de 29 de junho de 2023<sup>88</sup>, recuperando-se o caso *Grutter v. Bollinger*, julgado em 2003, (que não será imprimido nesse texto), em que se traçou três critérios passíveis de validarem medidas afirmativas baseadas em raça, no setor da educação, no sentido de i) evitar o risco de que o uso do critério para admissão ‘raça’ possa criar um processo de estereotipização ilegítimo, no sentido de pressupor que estudantes que integram minorias, sempre (ou consistentemente) expressam pontos de vista minoritários em todos os assuntos; ii) de evitar o risco de que o critério ‘raça’ possa ser usado não como um adicional, mas, como uma pontuação negativa – para discriminar contra aqueles grupos raciais que não sejam beneficiários da ‘preferência racial’ instrumentalizada na questão; iii) e, ainda, que não haja um limite temporal para a conjugação e aplicação dessas ações afirmativas, “*At some point, they must end*”.

Veja-se que, o comentário conclusivo, acima delimitado, não está aliado com a concordância ou com a discordância do resultado do julgamento (e de suas nuances, que merecem atenção), mas, visa enfatizar o ‘pano de fundo’ social e dogmático-constitucional que se perpetua – resumidamente exposto no decorrer do texto -, vendo-se a prevalência da utilização do precedente comentado (*Brown v. Board of Education*), em sua interpretação ‘neutral’ (excluindo-se a outra alternativa, como salientado, que reconhece o contexto histórico-social). No voto concorrente, de lavra do Justice Thomas, essa questão explicita-se: “[...] *This vision of meeting social racism with government-imposed racism is thus self-defeating, resulting in a never-ending cycle of victimization. There is no reason to continue down that path. Universities’ recent experiences confirm the efficacy of a colorblind rule [...]*”.<sup>89</sup>

Essas razões resultam em um enfoque curioso: uma fundamentação adversa, heterogênea, ambígua e neutral, de um precedente essencial para o histórico constitucional do país norte-americano, na luta em face de regimes jurídicos discriminatórios, para a própria nulificação de ações que, em um primeiro momento, visam articular barreiras progressistas e com a finalidade de combater discriminações raciais estruturais e densificadas nas relações sociais, intersubjetivas e subjetivas.

<sup>88</sup> UNITED STATES SUPREME COURT. *Students for fair admission, INC. v. President and fellows of Harvard College*, Jun. 29, 2023. Disponível em: [https://www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/20-1199\\_hgdj.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/20-1199_hgdj.pdf). Acesso em: 02 ago. 2023.

<sup>89</sup> UNITED STATES SUPREME COURT. *Students for fair admission, INC. v. President and fellows of Harvard College*. op. cit. p. 55.

## CONCLUSÃO

Os contornos normativos da história da 14<sup>a</sup> Emenda, ao lado da formatação da doutrina *Suspect Classification*, na Suprema Corte dos Estados Unidos, antes de apresentarem uma percepção coerente, mostram-se traduzidos em reduções estratégicas que suscitam inconstâncias e dificuldades.

As condições sociohistóricas racializadas, do período pré e pós-Guerra Civil, são, inicialmente, empregadas como razões de redução ao escopo normativo da 14<sup>a</sup> Emenda. Subsequentemente, arroja-se uma estruturação constitucional de *equality*, na qual as subjacências racistas, em face, eminentemente, de africanos e afro-americanos, são “ignoradas”, na via de permitir um *status quo* social escravagista, que se consubstancia pela doutrina *equal, but separate*.

Apesar dos avanços sociais realizados na década de trinta e quarenta dos 1900, pouco se mostrou em relação a superação de uma organização social pautada pela segregação, em especial, nos estados do sul. Na década de quarenta, com os casos envolvendo japoneses, a Suprema Corte pôde incorporar que, discriminações realizadas com base em “raça”, apresentam-se suspeitas, muito embora consolidando uma redução normativa das situações em apreço, com um verniz neutral que, tão somente, em 1954, em *Brown*, é retirado.

Entretanto, o escopo social e multifacetado, reconhecido em *Brown*, não se mostrou ratificado em decisões subsequentes, inclusive isto sendo visto nos antimiscigenação *cases*, *McLaughlin* (1964) e *Loving* (1967), em que legislações estaduais são declaradas, pela Suprema Corte, incompatíveis com a Constituição, e com a E.P.L., sem haver um enfrentamento amplo e explícito de suas “finalidades racistas”.

Não é implausível notar que, as opções e escolhas de fundamentos, confeccionadas pela Suprema Corte, podem ser vistas como às que se “adequavam”, historicamente, para a resolução das questões, e seus desafios em serem acatadas pela sociedade, e Estado, no período.

Sem embargo, ao se avaliar a matéria, com o privilégio do distanciamento promovido pelo tempo, mostra-se evidente que, os sentidos pontuados nos casos decididos pela Suprema Corte ressoam uma negação, de um histórico de discriminação racial, em face de africanos e afro-americanos, que, antes de ser enfrentado, seriamente, pelo Estado e sociedade, é tergiversado, posto de lado, o qual, como um cupim, permanece corroendo a sociedade americana, e suas instituições.

## BIBLIOGRAFIA

BAER, Judith A. *Equality under the constitution: reclaiming the fourteenth amendment. From equal protection to suspect classification*. New York: Cornell University Press, 2018.



CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile: Sentença de 24 de fevereiro de 2012*. San Jose da Costa Rica, 2012. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_239\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_por.pdf). Acesso em: 24 out. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares vs. Brasil: Sentença de 21 de junho de 2021*. San Jose da Costa Rica, 2021. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_407\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_407_por.pdf). Acesso em: 21 out. 2022.

DOUGLASS, Frederick. *Annual meeting of the massachusetts anti-slavery society*. Disponível em: <https://www.blackpast.org/african-american-history/1865-frederick-douglass-what-black-man-wants/>. Acesso em: 18 out. 2022

INIGUEZ MANSO, Andrea Rosario. La noción de “categoria sospechosa” y el derecho a la igualdad ante la ley en la jurisprudência del Tribunal Constitucional. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. n. 43, p. 495-516, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n43/a13.pdf>. Acesso em: 12 out. 2022.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig.; DE VARGAS, Eliziane Fardin. A doutrina das categorias suspeitas na corte interamericana de direitos humanos: caso “empregados da fábrica de fogos de santo Antônio de Jesus e seus familiares vs. Brasil. *Rev. Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, vol. 15, n. 1, 2022, p. 1-30.

LINZER, Peter. *The carolene products footnote and the preferred position of individual rights: Louis luskys and John Hart Ely vs. Harlan FISke Stone*. Constitutional Commentary, vol. 12, 1995. Disponível em: [https://conservancy.umn.edu/bitstream/handle/11299/167163/12\\_02\\_Linzer.pdf;jsessionid=113DCB7ACB14659CEF6102B83C17B06C?sequence=1](https://conservancy.umn.edu/bitstream/handle/11299/167163/12_02_Linzer.pdf;jsessionid=113DCB7ACB14659CEF6102B83C17B06C?sequence=1). Acesso em: 26 out. 2022.

LIPTAK, Adam. Supreme Court Seems Ready to Throw Out Race-Based College Admissions. *The New York Times*. 31 out. 2022. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2022/10/31/us/supreme-court-harvard-unc-affirmative-action.html>. Acesso em: 03 nov. 2022.

MISSISSIPPI'S BLACK CODES. *An act to confer civil rights on freedmen, and for other purposes. 1865*. Disponível em: <https://sharetn.gov.tnsosfiles.com/tsla/exhibits/blackhistory/pdfs2/1865%20Mississippi%27s%20Black%20Codes.pdf>. Acesso em: 18 out. 2022.

Quasi-Suspect classes and proof of discriminatory intent: a new model. *The Yale Law Journal*, vol. 90, n. 4, 1981, p. 912-31. JSTOR. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/795905>. Acesso em: 24 out. 2022.

RODRIGUEZ, Cristina. Latino: discrete and insular no more. *Harvard Latino Law Review*, vol. 12, 2009. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1626443](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1626443). Acesso em: 27 out. 2022.

STRAUSS, Marcy. Reevaluating suspect classifications. *Seattle University Law Review*, vol. 35, p. 135-174, 2011.

THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES OF AMERICA. 1787-1788-1789. Washington: Senate. Disponível em: [https://www.senate.gov/civics/resources/pdf/US\\_Constitution-Senate\\_Publication\\_103-21.pdf](https://www.senate.gov/civics/resources/pdf/US_Constitution-Senate_Publication_103-21.pdf). Acesso em: 25 out. 2022. p. 34-35.

UNITED STATES SUPREME COURT. *Slaughterhouse cases* 1872. Justia, vol. 83, 2022. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/83/36/>. Acesso em: 21 out. 2022.

UNITED STATES SUPREME COURT. *Bradwell v. The State*, 1872. Justia, vol. 83, 2022. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/83/130/>. Acesso em: 24 out. 2022.

UNITED STATES SUPREME COURT. *Strauder v. West Virginia*, 1880. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/100/303/>. Acesso em: 27 out. 2022.

UNITED STATES SUPREME COURT. *Pace v. Alabama*, 1883. Justia, vol. 106, 2022. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/106/583/>. Acesso em: 25 out. 2022.

UNITED STATES SUPREME COURT. *Plessy v. Ferguson*, 1896. Justia, vol. 163, 2022. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/163/537/>. Acesso em: 23 out. 2022.

UNITED STATES SUPREME COURT. *Plyler v. Doe*, 1982. Justia, vol. 457, 2022. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/457/202/>. Acesso em: 27 out. 2022.

UNITED STATES SUPREME COURT. *Yick Wo v. Hopkins*, 1886. Justia, vol. 118, 2022. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/118/356/>. Acesso em: 27 out. 2022.

UNITED STATES SUPREME COURT. *Edmonson v. Leesville Concrete Co.*, 1991. Justia, vol. 500, 2022. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/500/614/>. Acesso em: 27 out. 2022.

UNITED STATES SUPREME COURT. *United States v. Carolene Products Co.*, 1938. Justia, vol. 304, 2022. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/304/144/>. Acesso em: 27 out. 2022. p. 304, U.S. 155.

UNITED STATES SUPREME COURT. *Hirabayashi v. United States*, 1943. Justia, vol. 320, 2022. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/320/81/>. Acesso em: 30 out. 2022.

UNITED STATES SUPREME COURT. *Korematsu v. United States*, 1944. Justia, vol. 323, 2022. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/323/214/>. Acesso em: 30 out. 2022.

UNITED STATES SUPREME COURT. *Brown v. Board of Education of Topeka*, 1954. Justia, vol. 347, 2022. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>. Acesso em: 30 out. 2022.

UNITED STATES SUPREME COURT. *Bolling v. Sharpe*, 1954. Justia, vol. 347 , 2022. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/497/>. Acesso em: 30 out. 2022.

UNITED STATES SUPREME COURT. *McLaughlin v. Florida*, 1964. Justia, vol. 379, 2022. Disponível: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/379/184/>. Acesso em: 02 nov. 2022.

UNITED STATES SUPREME COURT. *Loving v. Virginia*, 1967. Justia, vol. 388, 2022. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/388/1/>. Acesso em: 02 nov. 2022.

UNITED STATES SUPREME COURT. *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*, 1973. Justia, vol. 411, 2022. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/411/1/>. Acesso em: 02 nov. 2022.

UNITED STATES SUPREME COURT. *Students for fair admission, INC. v. President and fellows of Harvard College*, Jun. 29, 2023. Disponível em: [https://www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/20-1199\\_hgdj.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/20-1199_hgdj.pdf). Acesso em: 02 ago. 2023.

Enviado el (Submission Date): 29/8/2023

Aceptado el (Acceptance Date): 26/9/2023