

DESIGUALDADES de Gênero:

Este artigo analisa, de uma perspectiva feminista, as questões de diferença, igualdade e identidade sexual suscitadas em alegações de discriminação feitas por lésbicas e gays. Após a decisão da Suprema Corte no caso *Bowers v. Hardwick*³, rejeitando a tese de que a aplicação das leis de sodomia viola o direito do indivíduo à sua intimidade⁴, estudiosos progressistas analisaram várias teses que apóiam a reivindicação de igualdade de direitos da comunidade gay e lésbica dentro da legislação⁵. Nessa pesquisa, os estudiosos reconheceram que o caso *Bowers* deixou uma janela aberta para uma decisão judicial baseada na igualdade⁶. Essa janela apresenta uma oportunidade de afirmar que, para alguns indivíduos, os preconceitos antigay afetam o âmago de sua identidade pessoal⁷. O desafio teórico mais difícil para elaborar um argumento como esse é mostrar que o preconceito antigay não difere de nenhuma outra forma de discriminação tida como incompatível com a garantia constitucional de igualdade perante a lei.

Minha pesquisa sobre questões de diferença e identidade, suscitadas pela reivindicação de direitos iguais para lésbicas e gays, faz parte de um trabalho mais amplo para examinar novos meios de fortalecer o papel da lei na redução da incidência de injustiça e violência social ligadas a preconceitos que oprimem hoje nossa cultura. Essa pesquisa inclui, necessariamente, um exame minucioso da categorização arbitrária e da maneira como alguns estudiosos defendem certas perspectivas de minoria na teoria legal. Interessa-me o fato de que certas suposições feitas segundo métodos estabelecidos de análise de discriminação criam espaços limitados de realidade no processo de julgamento. Para combater essas limitações, são necessários novos paradigmas de análise que possam satisfazer com flexibilidade as necessidades de identidades sociais específicas.

De um modo mais geral, porém, esse pedido de novas perspectivas na análise da discriminação resulta da crença em que a recente busca de diversidade na teoria e nos estudos legais⁸ faz parte de uma nascente política americana de identidade sexual, étnica e racial que os acadêmicos e juízes não podem conscientemente ignorar.

Embora este artigo critique os modelos convencionais de análise da discriminação, veja a lei como um poderoso instrumento de transformação cultural. Nesse sentido, incentivo feministas, lésbicas e gays, assim como os teóricos legais tradicionais, a avaliar criticamente os paradigmas dominantes.

lésbicas, gays e teoria legal feminista²

Este artigo demonstra como falhas importantes embutidas nos métodos estabelecidos da lei e da teoria da discriminação contribuem para que estudiosos feministas e progressistas não consigam erger modelos adequados de análise em apoio a vítimas gays e lésbicas de discriminação. Esse malogro levou alguns estudiosos gays e lésbicas a fazerem a acusação de que o sistema americano de império da lei é um fórum de justiça indigno de confiança para litigante lésbica, gay ou bissexual.

Essas acusações tornaram-se parte integrante de um crescente discurso teórico e político sobre a incapacidade de os métodos tradicionais de análise tratarem suficientemente de padrões de preconceito duradouros. Esse discurso questiona a capacidade dos tribunais americanos de cumprirem seu papel de garantes da "igualdade perante a lei". Dele surgiu uma crescente demanda de formas divididas e diversificadas de tratar dos problemas da igualdade de direitos de várias minorias sociais. Uma dessas demandas foi expressa pelas teóricas legais lésbicas, que afirmam a necessidade de perspectivas constantemente centradas no lesbianismo⁹. Essa demanda não apenas rejeita métodos tradicionais de análise, mas também ignora o valor de perspectivas feminista, gay ou qualquer outra que não reconheça a maior vulnerabilidade das lésbicas.

Este artigo sustenta que dois dos modelos convencionais para analisar a discriminação - o modelo baseado no grupo, ou discreto e insular, e o modelo relacionado ao indivíduo, ou de irrelevância - impedem os tribunais de apreender todo o espectro de preconceitos que afetam a pessoa cuja identidade não se encaixa facilmente em nenhuma categoria de análise tradicional individual. Esses esquemas desmontam falsamente - e obscurecem, caracteristicamente - as várias fontes de preconceito que têm como alvos indivíduos identificados com múltiplas comunidades ou identidades sociais. Assim fazendo, esses esquemas tradicionais ignoram a realidade social dos litigantes que entram com queixas de discriminação. Ao desautorizar formas mais complexas de discriminação, a lei nega a complexidade da identidade humana e a diversidade dos indivíduos, e reforça involuntariamente padrões de desigualdade social.

Neste artigo, eu me concentro nas mesmas armadilhas dos esquemas analíticos tradicionais que as levantadas pelas teóricas

N. E.: Por serem demasiado extensas, as notas foram extraordinariamente postas ao final do texto.

feministas no “debate da diferença”¹⁰. Este abrange em termos gerais as críticas feministas ao uso do termo **gênero** pela Suprema Corte em casos de discriminação sexual¹¹. Por exemplo, as feministas criticaram o não reconhecimento pela Corte de que atitudes históricas sobre os papéis dos gêneros de homens e mulheres são um elemento decisivo nas alegações de discriminação sexual¹². Mais recentemente, teóricas feministas têm afirmado que os esquemas convencionais (e o uso que fazem de categorias como **raça** e **sexo**) definem ofensa de um modo que nega as experiências de mulheres de cor prejudicadas pelo “sexismo racista” ou o “racismo sexista”¹³. As duas críticas se referem aos riscos do uso de categorias que supõem que a ofensa a um indivíduo pode e deve ser desmembrada em elementos simples e não relacionados - elementos em última análise definidos segundo um padrão de igualdade do homem branco de classe média.

Este artigo sustenta ainda que a teoria legal lésbica, que também tem criticado os esquemas tradicionais de análise, aceita o processo de categorização arbitrária que buscou desmontar. A teoria legal lésbica é politicamente forte, mas teoricamente fraca. A força política está na avaliação de que a comunidade feminista visivelmente deixou de incluir a perspectiva lésbica em sua teorização¹⁴. A não articulação de uma teoria feminista holística, ligando consistentemente o modo como a ideologia de gênero não apenas opõe as mulheres, mas também alimenta o preconceito antigay, explica a demanda para separar as lésbicas do domínio de ativismo e teoria feministas¹⁵. Contudo, a fragilidade teórica da teoria legal lésbica é que eterniza a problemática idéia de que a invisibilidade lésbica deve ser remediada simplesmente criando-se teorias em torno de traços singulares pelos quais a pessoa poderia identificar-se.

Em minha opinião, qualquer teoria legal abrigada num traço singular como o lesbianismo naufraga por dois motivos. Primeiro, as políticas públicas de não-discriminação e tolerância com a diversidade que estelam os esquemas de análise tradicionais devem continuar a orientar qualquer teorização progressista sobre discriminação. As teorias de discriminação baseadas em categorias arbitrárias que não apreendem inteiramente toda a identidade de uma pessoa não apresentam um princípio significativo de igualdade. Os princípios igualitários devem basear-se numa garantia constitucional de respeito aos indivíduos, independentemente de seu gênero, ideologia, raça, orientação sexual etc. Segundo, a teoria legal lésbica ignora a relação crítica entre a estereotipagem do papel do gênero para mulheres e as atitudes homofóbicas que prejudicam lésbicas e homens gays. Portanto, a teoria legal lésbica não apenas essencializa as experiências das lésbicas, mas também deixa de reconhecer que a homofobia é um problema feminista.

Minha análise aplica críticas feministas do processo de categorização tradicional a situações em que nem os paradigmas dominantes nem o que se tem chamado de perspectiva de “interseccionalidade”¹⁶ de categorias duais (como raça e sexo) apreendem inteiramente a extensão de preconceitos que podem afetar uma vítima da discriminação. Sugiro uma perspectiva de múltipla interseccionalidade alternativa - uma teoria de **holístico/irrelevância**. Essa perspectiva rejeita qualquer tentativa de analisar a discriminação forçando os fatos a se enquadrar num modelo

que supõe que as categorias devem ser analisadas separadamente. Também revela atitudes inconscientes que desempenham um papel em casos envolvendo complexos padrões de identidade social e preconceitos.

A segunda parte deste artigo examina as premissas e armadilhas dos paradigmas reinantes da teoria de igualdade, e demonstra porque suas condições paradigmáticas não são aplicadas naturalmente à população gay.

A terceira parte responde à teoria legal lésbica destacando a maneira como o processo de categorização arbitrária que separou **sexo de gênero** também divorciou deles a **orientação sexual**. Portanto, Inconscientemente, a teoria legal lésbica resulta do processo de categorização arbitrária criticado neste artigo - e reforça-o. Fazendo isso, deixa de reconhecer a relação decisiva entre a homofobia e a estereotipagem do papel do gênero que tradicionalmente opõe as mulheres.

A quarta parte apresenta meu paradigma de holístico/irrelevância para a análise de casos de discriminação. Esse paradigma incorpora a política pública por trás de paradigmas tradicionais nas intuições feministas que surgem do debate da diferença. Ilustro a necessidade de uma perspectiva reformulada pelo uso de várias hipóteses.

Diferença, identidade, preconceito e a busca de modelos realistas de igualdade

1. Os Paradigmas Reinantes da Teoria da Igualdade

A **igualdade** está inextricavelmente ligada ao fenômeno social que chamamos de **discriminação**. No nível mais simples, ocorre discriminação sempre que as interações entre pessoas se baseiam em suas diferenças pessoais. O estabelecimento de diferenças entre pessoas é muitas vezes encarado como nossa reação natural à vasta diversidade de experiência humana.

A teoria da discriminação trata do papel da lei para determinar se indivíduos ou governos discriminaram injustamente. Assim, no contexto legal, a lei impõe restrições à maneira como se fazem determinadas classificações de indivíduos, proibindo, por exemplo, a segregação de crianças negras ou brancas em escolas públicas¹⁷. Por outro lado, então, a lei da discriminação e a teoria da igualdade falam de indivíduos que se tratam uns aos outros como iguais ou diferentes. Por outro lado ainda, esses conceitos também se referem à opressão geral de grupos sociais inteiros¹⁸. Por exemplo, um patrão pode ser responsabilizado por usar políticas que excluem não apenas uma pessoa, mas também membros de todo um grupo de pessoas, de um certo emprego ou atividade¹⁹. A lei de discriminação moderna está cheia de referências a esses dois modos de compreender a discriminação. Contudo, a relação de um com o outro e a tensão que tem gerado nos que teorizam sobre discriminação e igualdade nem sempre ficam claras²⁰.

A maioria dos americanos quer acreditar que os EUA aprenderam lições históricas importantes sobre o dano da discriminação injusta, e que essas lições fortalecem nosso sistema de justiça e lei constitucional. Nossa retórica política apela consistentemente para o valor de nos termos livres da discriminação e do tratamento arbitrário baseado em

traços fundamentais da identidade pessoal. Esses fenômenos fortalecem o sistema americano de justiça, e a continuada aprovação social deles permite que os tribunais continuem sendo poderosos instrumentos para mudar atitudes sociais sobre diferenças.

Por exemplo, o caso *Brown v. Conselho de Educação*²¹ afetou a mudança social com sua duradoura mensagem sobre atitudes raciais. Essa mensagem soa claro toda vez que um tribunal rejeita tentativas de impor valores discriminatórios, como as distorções supremacistas brancas embutidas em padrões de segregação racial²². Contudo, como também faz parte da condição social e humana formar comunidades em torno de características como religião ou raça, os acadêmicos e juízes continuam divergindo sobre até onde o governo deve interferir nesse processo de formação comunitária²³. A tensão sobre a correta extensão de interferência governamental ou judicial na formação de comunidade ou identidade social surge da interação entre as duas estruturas básicas que os tribunais usam tradicionalmente para resolver alegações de discriminação. Essas estruturas são discutidas abaixo.

1.1. O Modelo de Igualdade Com Base no Grupo

No final do século XIX - particularmente na era de republicanismo radical em que se redigiu a Quarta Emenda - a sociedade americana mudou drasticamente. Naquela época, a Corte declarou inconstitucional o ato aceito e comum de distinguir pessoas com base em raça. Uma simples mensagem emergiu desse período: determinados tipos de classificações pessoais e governamentais de pessoas seriam considerados ilegais²⁴. Além disso, os tribunais federais iriam desempenhar um papel especial assegurando que determinadas classificações, como as distinções com base em raça, jamais seriam restabelecidas²⁵. Ao estender “igual proteção” às pessoas independentemente da cor de sua pele, o princípio de igualdade confirmava um conceito frágil, embora claro, do inerente valor moral do indivíduo.

Apesar dessa nova ênfase em igual proteção, uma série de decisões da Suprema Corte da era da Reconstrução refletiu a continuada tolerância à classificações raciais²⁶. Essa tolerância foi epitomizada pela opinião de que uma classificação racial é constitucional enquanto cada classe for tratada “igualmente” - uma opinião que persistiu por mais de 50 anos. O infame caso *Plessy v. Ferguson* articulou essa opinião de igualdade com base em grupo²⁷.

Outra versão de igualdade com base em grupo surgiu várias décadas depois, na hoje famosa nota de rodapé quatro do caso *Estados Unidos v. Carolene Products Co.*²⁸. Embora a Corte no caso *Carolene* mantivesse uma parte “razoável” da legislação do Estado, advertiu que os tribunais poderiam, ocasionalmente, ter de exercer uma contenção antimajoritária sobre os poderes legislativos, quando uma lei discriminasse “minorias discretas e insulares”²⁹.

O pano de fundo histórico de escravidão racial e os objetivos articulados para as várias Emendas da Reconstrução³⁰ encorajaram muitos advogados nas décadas pós-*Carolene* a supor que os conceitos “discreta” e “insular” se aplicam sobretudo a grupos que podem ser visivelmente identificados. Além disso, *Carolene* sugeriu que a proteção contra o preconceito estava nos tribunais. Essa contenção judicial,

concebida como um dever especial, era justificada pela proibição constitucional do preconceito arbitrário contra minorias. Essas minorias, oprimidas por um histórico de discriminação social, tinham pouca esperança de proteção contra processos políticos suspeitos. O modelo de “minoria discreta e insular” evoca portanto imagens de vitimização, para provocar proteção judicial, ou “estrito escrutínio”, contra atos públicos e privados de impacto negativo sobre uma minoria social politicamente impotente³¹. Esse modelo é a base de sentenças em casos como *Griggs v. Duke Power Co.*³², envolvendo uma acusação de discriminação trabalhista com base em raça, segundo o Título VII da Lei de Direitos Civis de 1962. O tribunal no caso *Griggs* articula a ilegalidade das consequências de grupos desiguais resultantes de critérios de emprego sem qualquer relevância para o trabalho em questão³³.

A maioria dos estudiosos contemporâneos concorda que a Cláusula de Igual Proteção da Quarta Emenda, originalmente destinada a remediar as condições sociais e políticas dos escravos negros libertos, evoluiu através da interpretação judicial até tornar-se uma fonte de proteção constitucional distinta contra a discriminação pessoal e arbitrária³⁴. A atual lei de discriminação raramente enfrenta as formas explícitas de discriminação com base em grupo tão freqüentemente tratadas e legitimadas pelos tribunais na era de Jim Crow³⁵. Em vez disso, os tribunais hoje tratam com mais freqüência apenas dos vestígios de discriminação explícita, como suposições e estereótipos inconscientes. Finalmente, embora os estudiosos discordem quanto à amplitude pretendida do princípio de “igual proteção da lei”³⁶, está claro que a garantia de “igualdade” implica uma certa idéia de que todos possuímos um valor moral inerente independente de nossas diferenças³⁷.

1.2. O Modelo de Igualdade Envolvendo o Indivíduo

A retórica em torno do modelo com base no grupo muitas vezes obscurece a política pública que estabelece seu parente próximo, o modelo de igualdade relacionado ao indivíduo, ou de “irrelevância”. O modelo de “irrelevância” lembra a indivíduos e governos que, de acordo com a Constituição, certas características pessoais não são critérios de classificação legítimos. Com essa finalidade, a retórica da irrelevância argumenta que igualdade significa jamais levar em conta raça, sexo, religião ou origem nacional da pessoa para fins classificatórios. Esse modelo, portanto, contém duas considerações. Primeiro, enquanto seres humanos, identificados por várias características pessoais, como idade e raça, somos também membros de um grupo maior de “todas as pessoas” ou indivíduos. Segundo, em vista da qualidade de membro do grupo de todas as pessoas, a lei exige que todos os membros do grupo sejam tratados consequentemente como iguais. A segunda consideração contém uma noção idealizada de igualdade pessoal e declara que certos traços pessoais, como a cor da pele, são irrelevantes para o processo de decidir se se concede ou nega um direito, privilégio ou benefício.

Na última parte do século XX, as idéias de igualdade relacionadas ao indivíduo alimentaram intensas críticas ao modelo baseado no grupo. Isso se aplica sobretudo no contexto das contestações legais a qualquer esforço apoiado pelo governo, através de programas de

ação positiva, para atenuar os vestígios de discriminação racial e sexual. As críticas do modelo de igualdade com base em grupo ressurgiram no não acatamento de alegações de discriminação como no caso *Regentes da Universidade da Califórnia v. Bakke*³⁸. Baseado na retórica da irrelevância, ou proibição do uso de determinadas características pessoais como critérios de classificação, um queixoso branco do sexo masculino contestou a política de admissão de uma faculdade de Medicina, que destinava dezesseis vagas para candidatos hispânicos e negros. Bakke achava que sua condição de membro da raça branca era a base de uma política injusta, que presumivelmente classificava quem estava qualificado para entrar na faculdade mais com base na raça que no potencial acadêmico³⁹.

Uma retórica de irrelevância semelhante apoiou a alegação do queixoso em *Johnson v. Santa Clara*⁴⁰. Nesse processo, um queixoso descontente, mas no final vencido, argumentou que lhe fora negada uma promoção por causa da ilegal ação afirmativa da política trabalhista do Departamento, que preferia mulheres a homens. Aí, contudo, o Departamento provou que o critério baseado no sexo era apenas um entre vários quesitos usados para empregar ou promover candidatos ao emprego⁴¹. Tanto em *Johnson* quanto em *Bakke*, os queixosos defendiam um modelo de igualdade, segundo o qual nem a Constituição nem o governo toleram política pública inconsistente. Segundo os queixosos, uma política pública que proíbe discriminação contra membros de minorias raciais, permitindo ao mesmo tempo a discriminação contra membros da maioria masculina branca, é inherentemente inconsistente.

A igualdade relacionada ao Indivíduo, ou igualdade de irrelevância, não é anti-ética em relação à igualdade com base em grupo. Ao contrário, esses dois modelos expõem uma versão diferente do sentido de igualdade. Defensores do modelo com base em grupo muitas vezes apóiam suas opiniões não apenas no conceito de irrelevância, mas também no reconhecimento cultural de que os EUA carregam o fardo de uma história de racismo e sexismo legalizados. Além disso, argumentam freqüentemente que a promessa de igualdade constitucional significa não apenas desmontar barreiras discriminatórias, mas também impedir, através de esforços afirmativos, a perpetuação da discriminação residual⁴². Portanto, é o legado de abuso e o receio de que, sem medidas preventivas, o abuso possa voltar, que aliviam o desconforto resultante de medidas motivadas por consciência racial destinadas a atenuar os efeitos sociais e econômicos do racismo e/ou sexismo residuais.

O modelo com base no grupo abarca o princípio do modelo relacionado ao Indivíduo ao reconhecer que, embora o Indivíduo possa sofrer discriminação pessoal, a origem do dano muitas vezes é uma generalização a ele aplicada mas baseada no grupo. Contudo, apesar da relação entre os dois modelos de igualdade, desenvolveu-se uma retórica dicotômica que opõe o modelo relacionado ao indivíduo ao baseado no grupo. Essa retórica incorretamente sugere que só pode haver uma versão verdadeira da realidade⁴³.

Mas esses dois modelos não são mutuamente excludentes. A força do modelo de irrelevância é que traz para o primeiro plano uma suposição subjacente do modelo com base no grupo: nossa condição de pessoa - ou o respeito pelo indivíduo total - é importante. Rótulos e

categorias arbitrárias não devem definir nossa identidade nem oferecer a base para negar (ou dar) um emprego ou qualquer outro benefício. Em sua expressão mais idealista, o modelo relacionado ao indivíduo reflete a discordância do Juiz Harlan no caso *Plessy v. Ferguson*⁴⁴, afirmando que a Constituição é daltônica⁴⁵.

Apesar dessa força, o modelo com base no indivíduo não pode ser o único critério para uma igualdade significativa, porque, embora a Constituição seja daltônica, as pessoas não são. Em outras palavras: em algumas situações, a justiça social é inatingível sem um exame de atitudes sociais inconscientes - os resíduos de sistemas que encobrem a discriminação - que eternizam a desigualdade.

2. A Relevância dos Paradigmas Reinantes Para Lésbicas e Gays

Lésbicas e gays merecem a igual proteção da lei. Quer se analogize a experiência de discriminação deles com uma experiência de "minoria", ou com a das mulheres, baseada em atitudes arbitrárias sobre gênero, nem por isso eles têm menos direitos que outros grupos como "classe suspeita" que precisa de proteção judicial contra discriminação invejosa. Mas as interpretações aceitas, tanto pelo modelo com base no grupo quanto no com base no indivíduo, se revelaram problemáticas para as vítimas de discriminação antilésbicas ou antigays.

As estruturas analíticas oriundas da sentença do Juiz Blackmun (nota nº 6) em *Carolene Products Co*⁴⁶ criam dificuldades na construção de reivindicações de igual proteção para lésbicas e gays. A promessa do caso *Carolene* de contenção judicial antimajoritária para proteger "minorias discretas e insulares"⁴⁷ durou por todo este século como o paradigma da análise de igualdade. Como, segundo as interpretações tradicionais, o objetivo do modelo de igualdade com base no grupo é erradicar a opressão a minorias sociais identificáveis, seus vários conceitos têm sido difíceis de aplicar à categoria de características pessoais que chamamos de **orientação sexual**.

Algumas dessas dificuldades analíticas surgem de suposições sobre o sentido de "discreto e insular". Por exemplo, a retórica de igualdade existente enfatiza que a garantia de tratamento igual se baseia em preceitos políticos contidos no âmago da democracia republicana, como a fé no processo político. Nesse sentido, estudiosos como Paul Brest argumentaram que um princípio antidiscriminação (oriundo da garantia constitucional de igualdade) protege contra alguns defeitos no processo político a partir dos quais se tomam as decisões, e também contra resultados danosos a grupos particulares⁴⁸. A estudiosa feminista Ruth Colker defende um contexto de igualdade social e acredita que o objetivo fundamental do princípio de antidiscriminação é assegurar que determinados grupos não tenham um *status inferior* por causa de sua falta de poder na sociedade⁴⁹.

Como inúmeros estudiosos hoje reconhecem, o modelo com base no grupo não se aplica com facilidade à população gay. Primeiro, os gays e lésbicas não são necessariamente impotentes políticos⁵⁰. Segundo, a orientação homossexual não é uma característica visível. Além disso, não existe nenhum consenso sobre se o homossexualismo é ou não determinado biologicamente. A possibilidade de "escolha" e

preferência sexual contradiz a exigência paradigmática da “imutabilidade” de uma característica pessoal⁵¹.

O modelo baseado no indivíduo não se aplica mais facilmente à população gay. É improvável que litigantes gays ou lésbicas se imponham argumentando que a orientação sexual é uma característica irrelevante para a atribuição de direitos e deveres⁵². Raramente se distingue a questão da orientação sexual, como característica pessoal, da questão da conduta homossexual. Assim, mesmo que a característica seja “irrelevante”, a conduta, para alguns, não é.

Essa não separação de conduta e característica fundamenta a decisão da Suprema Corte de manter a constitucionalidade da lei de sodomia que criminaliza a conduta homossexual⁵³. Também explica a recém-negociada política militar de “Não pergunte, Não responda”, segundo a qual lésbicas e gays podem fazer o serviço militar, mas não abertamente. Não apenas os membros lésbicas e gays das forças armadas têm de esconder que têm um comportamento homossexual, como a conduta homossexual (dentro ou fora da base) continua sendo uma ofensa criminal, de acordo com o Código Uniforme de Justiça Militar⁵⁴.

A divisão conduta/identidade predominante também explica como alguns juízes, em disputas sobre custódia, ignoram a característica **irrelevante** da identidade lésbica da mãe, com isso abandonando o uso de maior escrutínio na tentativa de cortar os direitos maternos dela. Os juízes buscam em vez disso a **relevância** da conduta sexual, que fornece uma base para privar as lésbicas de seus direitos maternos, segundo o padrão mais leniente do “melhor interesse da criança”⁵⁵.

A divisão arbitrária do ânimo discriminatório em dois domínios de valores aparentemente opostos tem sido chamada de “dilema conduta/status”⁵⁶. Esse dilema, que surge no contexto de litígio de gays e lésbicas, está correlacionado à crítica do debate da diferença no uso do gênero pela Suprema Corte como uma categoria de análise legal⁵⁷. Examinado de perto, o debate da diferença reflete um problema na compreensão da discriminação encorajado pela metodologia tradicional⁵⁸. Essa compreensão supõe que a discriminação se caracteriza por determinadas categorias nitidamente definidas. Também supõe que essas categorias existam como experiências discretas, separadas.

Essas suposições criam restrições especiais que influenciam profundamente nosso modo de pensar sobre a lei de discriminação. Uma das limitações criadas pela retórica de discriminação tradicional é a colocação de categorias em oposição uma à outra (como homem versus mulher, branco versus negro). No contexto do debate da diferença, esse relacionamento oposicional resultou em análises que caracterizam as **diferenças** das mulheres como desviantes do padrão de igualdade estabelecido pelos homens⁵⁹. Nesse contexto, portanto, uma diferença como a gravidez se torna inteiramente incompatível com a suposta semelhança exigida por uma análise baseada na igualdade⁶⁰.

Tensão semelhante ocorre nos casos de discriminação de gays e lésbicas. A sexualidade gay é tipicamente mostrada em oposição à norma de uma cultura heterossexual dominante⁶¹. Em consequência, o homossexualismo pode ser convenientemente mostrado como ficando fora do paradigma que encoraja um tribunal a decidir, por exemplo, que o antilebianismo ataca injustamente o cerne da identidade de gênero da mulher⁶².

A sociedade americana contemporânea continua a questionar se o homossexualismo é “normal” ou um problema em busca de uma cura. Esse questionamento ocorre num momento em que, segundo o teórico Jeffrey Weeks, membros da sociedade têm cada vez mais consciência de que a sexualidade é dinâmica e fluida. O que reconhecemos como **o sexual** é um produto de mudança, cultura e linguagem⁶³. Na medida em que o homossexualismo é caracterizado em oposição ao padrão de heterossexualidade, e dele divergente, continua sendo uma **diferença** que não merece nem recebe uma análise baseada na igualdade.

2.1. *A Lei e a Política de Identidade Sexual*

A política de identidade sexual contemporânea surgiu da revolução sexual de meados do século XX, que culminou no movimento em favor dos direitos civis dos gays em 1970, e suspendeu a barreira cultural contra a discussão e a identificação com a diferença sexual. Esse revolucionário desafio ao conformismo sexual possibilitou a mulheres e homens reivindicarem uma identidade sexual própria, fosse gay, lésbica, bissexual, heterossexual ou transexual⁶⁴. Para os membros de minorias sexuais perseguidas, a adoção de uma identidade sexual tornou-se um grito de liberdade, além de motivo de exigência de justiça nos tribunais. A recente explosão de teoria legal “bicha”, “gay” ou “lésbica” pode portanto caracterizar-se como uma rejeição dos valores homofóbicos internalizados que têm tradicionalmente obrigado lésbicas e gays a mascarar sua diferença sexual e esconder seus relacionamentos privados.

Os esquemas tradicionais de análise legal não têm lidado facilmente com a questão de diferença sexual, e claramente não aceitam o conceito de identidade homossexual, que se baseia na rejeição de conceitos tradicionais de comportamento sexual e sócio-sexual. Assim, as grandes falhas inerentes aos paradigmas reinantes, e a categorização arbitrária que induzem, tornam esses métodos de análise não confiáveis como esquemas para resolver reivindicações de tratamento igual. Além disso, esses paradigmas têm impactos desiguais e prestam um desserviço a litigantes gays e lésbicas.

2.2. *A Falsa Separação de “Sexo” e “Gênero” de “Homossexualismo”*

Os modelos tradicionais de análise não reconhecem as alegações de sexismo antigays ou antilésbicas. Essa ausência de reconhecimento resulta da manobra como a análise tradicional define e arruma categorias, separando arbitrariamente **sexo** e **gênero** de **sexualidade** ou **orientação sexual**. A Suprema Corte, em parte devido à influência da teoria feminista, transformou a doutrina legal nos casos envolvendo direitos das mulheres⁶⁵. Em contraste, a teoria e a jurisprudência feministas deixaram de investigar a relação entre discriminação de gênero e anti-homossexualismo. Consequentemente, a maioria dos tribunais supõe que o gênero tem pouco a ver com a discriminação aos gays ou lésbicas.

Na lei de empregos, por exemplo, os litigantes gays ou lésbicas não se beneficiaram com a proibição da discriminação com base no sexo do Título VII da Lei de Direitos Civis de 1964⁶⁶, por causa de um precedente inalterado, de final de 1970, sustentando que o termo **sexo** só se aplica às idéias tradicionais de gênero⁶⁷. Para aquele tribunal, **gênero** significa mulheres⁶⁸.

2.2.1. *De Santis v. Pacific Tel. & Tel. Co., Inc.*

Em *De Santis*⁶⁹, dois gays e uma lésbica processaram seu empregador privado, segundo a cláusula do Título VII, que proíbe discriminação “por causa de sexo”⁷⁰. Tanto o tribunal de acusação quanto o de apelação recusaram a queixa com base em que o Congresso pretendia limitar o termo **sexo** no Título VII ao “seu sentido tradicional”⁷¹. Esse sentido tradicional, afirmaram, significava mulheres em pé de igualdade com os homens. O tribunal declarou que ampliar o sentido de sexo, para incluir orientação sexual, iria extrapolar a intenção legislativa. Também rejeitou uma alegação de impacto desigual apresentada por gays dentro de uma teoria de discriminação baseada na idéia de que, como o homossexualismo masculino gay era mais fácil de identificar, os gays sofriam mais discriminação que as lésbicas⁷².

A preocupação por trás de *De Santis*, claro, era até onde um queixoso masculino podia levar a proposição de que sexo é um conceito que vai além de libertar as mulheres da opressão masculina. A resposta, segundo a corte judicial de *De Santis*, é: não muito longe. Os queixosos gays argumentaram que a discriminação a eles se apoiava em crenças estereotipadas sobre a virilidade masculina, já que um dos queixosos fora julgado “efeminado” por usar um brinco de ouro numa orelha. Apesar disso, o tribunal sustentou que a “efeminação” (e a discriminação por causa dela) não tinha nada a ver com gênero. Por isso, o significado de sexo não se estendia além do “sentido tradicional de gênero”⁷³. *De Santis* confirmava, portanto, que as suposições transgenéricas sobre mulheres e homens têm muito pouco a ver com discriminação baseada em sexo.

2.2.2. *Price Waterhouse v. Hopkins*

Surpreendentemente, as interpretações mais recentes do Título VII feitas pela Suprema Corte indicam de modo claro que as suposições transgenéricas danosas criam de fato uma alegação viável segundo aquele texto. Mas, de acordo com *De Santis*, essa alegação não está ao alcance dos homens. Em *Price Waterhouse v. Hopkins*⁷⁴, a queixosa provou que lhe negaram sociedade numa grande empresa de contabilidade porque ela fora estereotipada como “machona demais”, uma mulher que precisava “andar e falar como uma dama, usar maquilagem e ingressar numa escola de elegância”⁷⁵. Sugere *Hopkins* então que o termo sexo no Título VII proíbe o empregador de usar suposições transgenéricas para avaliar o mérito de qualquer empregado ou candidato? Lidos juntos, *De Santis* e *Hopkins* são inconsistentes. No entanto, está claro que o tribunal não consideraria orientação sexual abrangida no termo sexo no Título VII.

Embora a lógica de *Hopkins* devesse se aplicar com a mesma força à alegação levantada em *De Santis*, um tribunal hoje poderia convenientemente evitar essa conclusão. E decidir, como em *De Santis*, que “orientação sexual” não trata de sexo ou gênero. Podia também evocar a força simbólica de *Bowers v. Hardwick*⁷⁶, que manteve as leis freqüentemente usadas para justificar a discriminação contra lésbicas e gays. Em outras palavras, os tribunais podem recorrer a velhos paradigmas baseados em natureza/biologia para separar comportamento de identidade, afirmando convenientemente o poder do Estado para regulamentar comportamento “anormal” anti-social.

Segundo essas decisões, advogados de queixosos gays e lésbicas que contam com a lei para efetuar mudança social enfrentam no mínimo dois problemas. Primeiro, a metodologia legal exige que as situações de fato se encaixem em categorias rigidamente definidas. Segundo, uma vez que a justiça define categorias como inherentemente diferentes ou incoerentes umas com as outras, torna-se difícil contestar a idéia de que alguns conceitos algum dia foram relacionados. Uma falsa caracterização do problema, assim, exclui uma investigação sobre como se originaram esses conceitos.

A arbitrária divisão entre sexo e gênero, de um lado, e sexualidade e identidade sexual, do outro, nunca foi corrigida. Em vez disso, o que tem surgido é um reflexo dessa divisão por todo um corpo de erudição feminista que raras vezes trata do homossexualismo⁷⁷, assim como o recente aparecimento de um movimento lésbico de teoria legal⁷⁸.

A ilusória disjunção entre gênero e homossexualismo foi revelada pelo menos por uma crítica a *Bowers v. Hardwick*⁷⁹, que afirma que o anti-homossexualismo permitido pelas leis de sodomia se refere tanto a discriminação sexual e misoginia quanto à recusa a estender direitos de privacidade à população gay⁸⁰. Lésbicas e gays adotam a reivindicação de "direitos iguais" na esperança de que irão ser julgados não por seu comportamento sexual, mas por sua condição de pessoa, seus sentimentos ou seu valor moral. Contudo, o preconceito anti-homossexual condiciona o valor do indivíduo a ter a orientação sexual "correta" - heterossexual. A continuação da criminalização do homossexualismo perpetua essa discriminação.

Casos recentes como o *Cidade de Dallas v. England*⁸¹ ilustram como a discriminação contra lésbicas e gays está enraizada em suposições inconscientes sobre sexualidade "normal" versus "anormal", e em reações à continuação da criminalização do homossexualismo em alguns estados⁸². Mica England candidatou-se a um emprego no Departamento de Polícia de Dallas e admitiu numa entrevista ser lésbica. Foi considerada desqualificada para o emprego com base em que sua sexualidade lésbica era ilegal sob o Código Penal do Texas⁸³. Embora a lei de sodomia do Texas não seja aplicada⁸⁴, os patrões continuam apoiando-se nela para justificar discriminação contra lésbicas e gays.

Assim, a aplicação de fato de leis de sodomia não é o modo primário de discriminação contra as pessoas gays. Essas leis, contudo, autorizam o preconceito. Combinadas com percepções errôneas e estereótipos, servem a dois objetivos básicos: relegam as pessoas gays a um status social degradante e perpetuam estereótipos sobre o que significa ser mulher ou homem.

A ligação teórica entre gênero e homossexualismo impõe-se no cenário cultural americano bem recentemente com o furor em relação à tentativa do presidente Clinton de anular a proibição do homossexualismo entre os militares⁸⁵. Durante o debate, homens heterossexuais manifestaram o temor de que o soldado abertamente gay seja um predador sexual, e de que os gays os transformem em objetos sexuais e os tratem do mesmo modo como "os homens heterossexuais vêm objetizando e tratando as mulheres... Os homens heterossexuais acham que serão efeminados pelos gays"⁸⁶.

Essa citação do historiador sexual da Universidade de Chicago George Chauncey destaca pelo menos dois elementos do relacionamento entre gênero e homossexualismo. O primeiro é a idéia de que a condição de gay se refere a cruzar as estritas fronteiras sexuais entre homens e mulheres. O segundo, que todos os relacionamentos homossexuais parodiam o modelo heterossexual de relacionamento - que um dos parceiros num relacionamento do mesmo sexo tem de ser "efeminado" ou "masculinizado". A aversão heterossexual à sexualidade do mesmo sexo baseia-se assim, em grande parte, na percepção de que qualquer atividade sexual exige papéis dominantes e passivos. Para os heterossexuais, o sexo masculino gay ameaça opiniões tradicionais de supremacia masculina, porque o **sexo gay** impõe uma inversão de papel inaceitável, e a "subordinação" de um homem a outro⁸⁷.

Como foi ilustrado acima, analisar anti-homossexualismo é ao mesmo tempo mais simples e mais complexo do que se supõe sob esquemas antidiscriminatórios tradicionais. Uma perspectiva reformulada que trate da discriminação antilésbica e antigay tem de levar em conta os valores culturais que mantêm as leis de sodomia nos códigos penais, priva lésbicas e gays do direito de casar-se ou encoraja tentativas políticas de interferir na luta contra o anti-homossexualismo, como testemunhado nas recentes iniciativas eleitorais no Colorado, Oregon e Flórida⁸⁸.

Pelo menos um tribunal reconheceu recentemente que gays e lésbicas são relegados a um *status social* aviltante sob a lei existente. Em *Baehr v. Lewin*, a Suprema Corte do Havaí baseou sua sentença numa compreensão do anti-homossexualismo como uma forma de discriminação baseada no sexo⁸⁹. O tribunal de *Baehr* sustentou que a recusa do Estado a reconhecer casamentos do mesmo sexo condiciona o acesso a múltiplos direitos e obrigações para os residentes no Havaí com base no sexo⁹⁰. O tribunal de *Baehr* rejeitou o argumento de que as leis de matrimônio aplicadas pelo Departamento de Saúde do Havaí (DSH) não discriminavam casais homossexuais devido à sua "incapacidade biológica como casal para satisfazer a definição do *status* a que aspiram"⁹¹. Apoando-se na análise da Suprema Corte em *Loving v. Virginia*⁹², em que uma lei de antimiscigenação estadual foi considerada inválida segundo a Cláusula de Igual Proteção, apesar de idéias tradicionais ou consuetudinárias de segregação racial no Sul, o tribunal de *Baehr* rejeitou do mesmo modo o argumento do DSH de que "casamento válido" significava idéias consuetudinárias de união entre um homem e uma mulher⁹³.

Enquanto continuarmos aceitando as estruturas tradicionais de análise, a maioria dos tribunais usará categorias que forçam (ou excluem) os fatos e o litigante a encaixar-se dentro de categorias prescritas, ou excluirá integralmente suas alegações. Gays e lésbicas continuarão privados dos instrumentos necessários às resoluções equitativas e não terão nenhuma via de acesso para investigar como e por que as categorias definidoras se tornaram rígidas e estreitas.

3. Lições da Crítica Feminista aos Paradigmas Dominantes

Algumas das falhas nos paradigmas de igualdade governamentais surgiram pela primeira vez no contexto de casos de gênero decididos

pela Suprema Corte nas últimas duas décadas⁹⁴. Estimulada pelas políticas de gênero da década de 1970, a Corte iniciou uma passagem doutrinária da manutenção do protecionismo legal de mulheres⁹⁵ para invocar um maior escrutínio de classificações baseadas no sexo⁹⁶. Apoiando-se na teoria assimilacionista de não-discriminação⁹⁷, a Corte, nos primeiros casos de discriminação de sexo, recorreu à retórica do modelo de igualdade com base no grupo⁹⁸. Ao fazê-lo, observou que, embora as mulheres não fossem uma minoria oprimida, seu *status* sócio-econômico em relação aos homens assemelhava-se a uma experiência de minoria⁹⁹.

Posteriormente, a Corte não se mostrou disposta a aplicar às mulheres o modelo baseado no grupo. Em vez disso, articulou um padrão diferente de exame judicial para discriminação com base no sexo, declarando que classificações como essas teriam apenas o escrutínio judicial intermediário¹⁰⁰. Em consequência, a atual geração de advogados e juízes foi doutrinada com um modelo de igualdade sugerindo que a maioria das formas de preconceito e discriminação não baseadas em raça é menos danosa que as que o são. Isso, por sua vez, encorajou uma série de alegações de injustiças maiores e menores e seus concomitantes níveis de escrutínio judicial¹⁰¹. Esse é apenas um dos exemplos de como a retórica antidiscriminação aceita obstrui a compreensão de intersecção potencial de várias categorias analíticas, como raça e sexo.

O modelo assimilacionista de igualdade funcionou apenas nos casos em que mulheres e homens tinham situações semelhantes. A Suprema Corte enfrentou um dilema conceitual recorrente, apresentado pela primeira vez em *Geduldig v. Aiello*¹⁰², que levantou a questão de saber se a concessão de pagamentos por incapacidade de gravidez constituiu tratamento especial a funcionárias. Segundo a versão purista do modelo de irrelevância articulado em casos de gênero como o modelo indiferente ao sexo, o padrão de igualdade era masculino. Usando esse modelo, em casos como o *Geduldig*, a Corte quis saber se seria ilegal o fato de pagar licença de gravidez às funcionárias, mas não aos funcionários, segundo um plano de incapacidade. Em vista dos mandatos do paradigma, a resposta óbvia era sim¹⁰³. Essa lógica também explica uma decisão posterior de que a exclusão da gravidez da lista de incapacidades seguradas não era discriminação baseada no sexo. Como “pessoas grávidas e não grávidas” haviam sido tratadas igualmente pelo segurador, não houve nenhum dano¹⁰⁴.

Do ponto de vista feminista, esses e casos posteriores¹⁰⁵ reforçaram a crença em que os esquemas de não-discriminação geram mais desigualdade do que a combatem. O programa feminista para erradicar a estereotipagem sexual tem consistentemente exortado à reformulação de perspectivas na teoria da discriminação que se concentrem não apenas na irrelevância do sexo como um critério classificatório, mas expliquem as origens mais ocultas da discriminação danosa¹⁰⁶.

As percepções de diferença têm de ser colocadas num contexto que explique como mesmo um único estereótipo pode perpetuar a opressão de um grupo social, independentemente do poder político ou social que ele possa alcançar. A Suprema Corte, contudo, nunca examinou nem utilizou os instrumentos com os quais criar uma relação

mais realista entre conceitos como sexo biológico e papéis de gênero. Privada dessa perspectiva, a Corte tendeu a adotar padrões de igualdade estabelecidos por homens.

A força da crítica feminista é que as modernas teorias de igualdade constitucional não se concentram na relação única entre sexo biológico e papéis de gênero. Falsamente igualando os termos **sexo** e **gênero**, a jurisprudência da Corte cria, na melhor das hipóteses, um instrumento doutrinário ambíguo; na pior, ergue uma barreira contra a igualdade total entre homens e mulheres¹⁰⁷. A crítica feminista também destaca as perigosas implicações da estrita dependência do modelo de igualdade com base no indivíduo. No contexto de um debate articulado nas diferenças clássicas entre a capacidade reprodutiva de homens e mulheres, as feministas defendem um modelo de igualdade que permita aos tribunais levar em conta o gênero.

Essa crítica abriu assim a porta para as problemáticas questões suscitadas sempre que as características usadas para assinalar alguém como parte de um grupo social são também a base para diferenciais sociais, econômicos e de poder político. A resolução dessas questões implica um exame das atitudes inconscientes, ou da história do preconceito, que potencialmente afetam diversos grupos inseridos em categorias fixas hipotéticas usadas para resolver casos de discriminação. Nenhum dos paradigmas dominantes, na interpretação tradicional, promove esse exame. Enquanto os paradigmas mantiverem expectativas rígidas do modelo com base no grupo ou exigirem interpretações puristas do modelo baseado no indivíduo, os homens ou os brancos poderão colocar-se na posição de vítimas de discriminação ao contrário¹⁰⁸.

Outra lição da crítica feminista aos modelos de igualdade rehantes ilustra que o debate da diferença se apóia numa compreensão errônea da amplitude e sutileza de atitudes com base no gênero nesta cultura. Algumas teóricas¹⁰⁹, buscando desencavar atitudes ocultas em relação a mulheres, propõem **gênero** como uma categoria substituta de análise. Essa categoria pode mostrar-se útil, ilustrando a maneira sutil como os esquemas tradicionais de pensamento e análise não apenas excluem a voz feminina¹¹⁰, mas também codificam comportamentos sociais, valores, e conceitos legais. A análise com base no gênero sugere a necessidade de descobrir padrões de discriminação no tecido social, às vezes identificados por suposições inconscientes baseadas nos papéis de gênero tradicionais, ou por estereótipos gritantes.

Como tal, o debate da diferença oferece um contexto no qual é possível avaliar o impacto da estereotipagem com base no gênero. Tomemos por exemplo a decisão da Corte de que a exclusão da gravidez de um plano de incapacidade representa uma distinção entre pessoas “grávidas e não grávidas”. Ao ignorar as formas mais sutis da discriminação com base no gênero, a jurisprudência de igualdade da Suprema Corte cria categorias falsas, como “escrutínio intermediário” ou relações falsas entre categorias, como homem *versus* mulher.

Juntas, essas lições da crítica feminista à teoria da igualdade sugerem que precisamos avaliar as forças e fraquezas das perspectivas tradicionais. Sua força está na afirmação dos valores constitucionais de ausência de discriminação e de respeito pelo valor moral individual. Sua fraqueza deriva dos esquemas de análise obsoletos e rígidos que não

Impedem a perpetuação de danos a indivíduos devido à percepção de que pertencem a um ou mais grupos sociais rejeitados. Além disso, as estruturas existentes desestimulam a investigação da complexa teia de discriminações que afetam grupos étnicos, sexuais, raciais e outros.

3.1. Identificando a Complexidade da Discriminação

Num ensaio crítico tratando dos problemas de discriminação de mulheres negras¹¹¹, Kimberlé Crenshaw afirma que os métodos de análise tradicionais não tratam dos problemas de litigantes negras, porque pressupõem que a discriminação se encaixa em conjuntos de categorias identificáveis. Cada categoria traz em si um conjunto identificável de suposições, que pode entrar em jogo contra uma suposta vítima de discriminação¹¹². Como observa Crenshaw, os homens brancos estabelecem o padrão pelo qual se julga a igualdade. Consequentemente, a definição de discriminação e a análise que engendra tendem a operar segundo a hipótese de que um caso puro de discriminação racial envolve homens negros, e um caso puro de discriminação sexual envolve mulheres brancas¹¹³.

Essas suposições deixam pouco espaço para a análise completa das queixas de discriminação feitas por mulheres negras, que enfrentam um conjunto de estereótipos diferente tanto do dos homens negros quanto do das mulheres brancas. A identidade social das negras não é apenas um compósito de negros e de mulheres (brancas)¹¹⁴. Assim, argumenta Crenshaw, sem reconhecer o fenômeno da **interseccionalidade** entre categorias, os tribunais não podem nunca tratar das ofensas únicas sofridas por negras¹¹⁵. O reconhecimento dessa interseccionalidade nos casos envolvendo uma litigante mulher e negra possibilitará ao tribunal identificar e corrigir situações em que a discriminação foi sentida como negra, como mulher, como mulher e negra, e também como mulher negra¹¹⁶.

A discussão por Crenshaw da interseccionalidade é uma contribuição extremamente valiosa para a crítica feminista dos métodos tradicionais de análise da discriminação. Contudo, não trata da pessoa que sofre discriminação baseada em múltiplos aspectos de sua personalidade. Os métodos tradicionais de análise não tratam dessa pessoa, e a teoria de Crenshaw corrige apenas as situações em que categorias reconhecidas, como raça e sexo, se interseccionam numa identidade social particular.

Sob os paradigmas dominantes, o dano da discriminação está enraizado no uso de categorias separadas, como raça, sexo, idade ou incapacidade, e portanto só pode ser corrigido por aí. Os modelos tradicionais com base no grupo e no indivíduo exigem que o litigante insira sua queixa numa categoria independente. Contudo, nenhum dos paradigmas dominantes encoraja a identificação de outros fatores que diversifiquem qualquer uma das categorias tradicionais criadas segundo o padrão de igualdade branco masculino. Por conseguinte, as diferenças entre os membros de uma categoria tradicionalmente aceita, como raça, são inteiramente ignoradas. Contudo, essas diferenças existem e confirmam as múltiplas maneiras pelas quais um indivíduo pode sofrer discriminação. Vários traços da identidade de uma pessoa não podem e não devem ser separados uns dos outros, estejam ou não inseridos nas categorias tradicionais de análise.

Como mostrei, Crenshaw admite que isso é verdade em situações em que ocorre discriminação paralela a intersecções das categorias tradicionalmente reconhecidas de raça e sexo. Entretanto, sua teoria não chega à discriminação que ocorre segundo intersecções de categorias não reconhecidas tradicionalmente, como homossexualismo. A questão da sexualidade e gênero não pode ser encarada da maneira como pensamos tradicionalmente em discriminação por raça e mesmo por gênero. Por exemplo: em teoria, a categoria de raça supõe a existência de um grupo social que inclui ao mesmo tempo homens e mulheres. Na prática, porém, como Crenshaw argumenta, algumas questões raciais necessitam de análise de gênero mais completa, a fim de reduzir o impacto discriminatório sobre mulheres negras.

Tradicionalmente, a categoria de sexo também recebe interpretações limitadas. Embora em teoria a categoria **sexo** possa aplicar-se a homens, a teoria da discriminação tradicional tende a estreitar seu sentido apenas à contestação clássica das mulheres ao privilégio masculino. Essa mesma tendência a dar ao termo sexo, segundo leis como a do Título VII, interpretações extremamente limitadas, explica os casos em que os tribunais se recusaram a reconhecer a discriminação contra gays como baseada em sexo, mesmo quando o dano alegado resulta de estereotipagem da função de gênero.

Com uma perspectiva de **holístico/irrelevância**, pretendo questionar o processo de categorização na análise tradicional e insistir na perspectiva de Crenshaw de que algumas dessas categorias às vezes se intersectam e afetam identidades sociais únicas.

Discriminação não é nem uma simples questão de categorias independentes, com estreitas interpretações estabelecidas por padrões de igualdades dos homens brancos, nem a simples intersecção de categorias tradicionalmente aceitas. Contudo, os paradigmas dominantes afetaram com tanto vigor as maneiras como identificamos a discriminação que mesmo as feministas e outras teóricas progressistas não vêem a forma como traços pessoais evocam o potencial de múltipla interseccionalidade, e que todas as categorias são potencialmente essencialistas.

Como nenhum esquema existente reconhece que uma vítima de discriminação poderia ser não só negra, mas também latina, idosa, incapacitada, pobre, ou lésbica, e como tudo isso junto pode informar um único ato de discriminação, temos de desmontar radicalmente a categorização e as análises arbitrárias induzidas pelos esquemas tradicionais. Portanto, quero questionar esse processo de categorização, examinar suas implicações e insistir na crítica feminista de que essas categorias se intersectam e afetam identidades sociais únicas. Também vou incorporar a política pública por trás de tradicionais paradigmas de igualdade a um novo modelo de igualdade de holístico/irrelevância.

4. A Política Pública Por Trás dos Tradicionais Paradigmas de Igualdades

O princípio de igualdade reflete uma importante política pública em nossa cultura social, política e legal: a garantia de proteção contra o preconceito arbitrário. Os esquemas tradicionais de análise não enfatizam essa política por trás da lei de discriminação. Se essa política

fosse mais enfatizada, os esquemas de análise na lei de discriminação seriam, necessariamente, diferentes. Em vez de usar a abordagem atual e seu concomitante processo de categorização, os tribunais teriam de reconhecer uma realidade social em que a identidade individual transcende rótulos estreitamente definidos. Esse reconhecimento ajudaria os litigantes não cobertos por paradigmas dominantes, como as lésbicas e os gays.

A discriminação não vem em quadros ou categorias nítidos. A categoria **raça** não se aplica a homens e mulheres definidos singularmente, mas abrange pessoas de várias nacionalidades ou diversas cores de pele, e diferentes sexos. A identidade social **latino-americana**, por exemplo, pode incluir mexicanos, porto-riquenhos, cubanos, espanhóis e sul-americanos. Neste único rótulo, portanto, há uma rica diversidade de manelras como as pessoas se identificam.

A política pública por trás dos modelos de igualdade com base no grupo e no relacionado ao indivíduo é a proteção contra o preconceito arbitrário. Atos nocivos, embora muitas vezes praticados contra indivíduos, resultam de crenças estereotipadas sobre o grupo social ao qual o indivíduo pertence. Os estereótipos, como representações simples e cruas do mundo, eternizam um sentido necessário de diferença entre nós e o outro¹¹⁷. A lei de discriminação existente não proíbe a estereotipagem *per se*, mas o ato danoso que ela promove.

Presumivelmente, deter o comportamento intolerante (pela aplicação da lei) é um objetivo social adequado em si e por si, e contribui para a tarefa do governo de manter a ordem social e diminuir o conflito. O preconceito prejudica mais que apenas o indivíduo ou membro do grupo contra o qual é dirigido. Prejudica toda a sociedade, ao pôr em questão a capacidade de uma sociedade ordenada de promover respeito e justiça pelo império da lei. O império da lei pode promover a repressão intencional de um grupo social quando, por exemplo, legislaturas e tribunais sabem e ignoram o fato de que algumas leis podem estimular atos preconceituosos violentos. Um exemplo é a ligação entre as leis de sodomia e a perseguição aos gays. Aqui, o império da lei e o princípio de igualdade entraram simplesmente em colapso como fundação para qualquer ordem social ou constitucional.

Nenhuma das várias articulações do princípio de igualdade enfatiza suficientemente o fato de que toda a sociedade (incluindo a habitual não-vítima masculina, branca) se beneficia da luta de princípios contra o preconceito e a violência que ele gera. A retórica de igualdade contemporânea enfatiza uma visão de cabeça para baixo; em vez de concentrar-se na natureza do dano - preconceito - como indigna de uma democracia livre, limita a diversidade de pessoas e situações que exigem escrutínio, supondo que os contornos do paradigma original controlam casos futuros. Assim, essa retórica concentra-se em chegar a processos políticos justos, como a chave para a justiça, igualdade e ordem social. Dão-se remédios aos que merecem proteção judicial porque satisfizeram condições paradigmáticas como a de pertencer a um grupo discreto e insular. Como já foi observado antes, se alguém não se encaixa nos critérios, não há alegação, dano nem reparação, e os padrões de desigualdade continuam.

Embora o modelo com base no grupo proporcione uma sensibili-

dade judicial especial - maior escrutínio - as perspectivas tradicionais do modelo desestimulam esse escrutínio, a não ser que um queixoso seja integrante de uma minoria discreta e insular¹¹⁸. As premissas por trás do modelo discreto e insular moldaram a teoria da discriminação. Um inquérito típico pergunta à pessoa se ela é membro de um grupo protegido, em vez de se sofreu preconceito por causa de uma característica irrelevante para seu valor moral.

Os modelos tradicionais de igualdade sugerem que a única base para invocar maior escrutínio é descobrir alguma característica fixa, imutável, que identifique o grupo social¹¹⁹. Como têm argumentado vários estudiosos, esses modelos, sobretudo como aplicados à população gay, são inherentemente falhos¹²⁰. Colocar a questão dessa maneira enfatiza as origens históricas do modelo de minoria discreta e insular sobre as finalidades de pedir escrutínio judicial especial. Mas, quer se evoque ou não o conceito de minorias discretas e insulares, o objetivo do modelo - contestar atos de preconceito - permanece o mesmo. O reconhecimento desse objetivo abre a porta para identificar as origens do preconceito. Usar a lei para combater o preconceito implica recorrer à força de ideais, ideais baseados em idéias de igualdade. Embora a igualdade seja um conceito fugidio, sua evocação, por sua vez, evoca as forças dos dois paradigmas dominantes descritos acima. As alegações de discriminação têm de ser fundamentadas na convicção de que o governo não pode, legitimamente, aprovar ou manter leis que sabidamente permitem atos irracionais de violência, ódio e preconceito. Têm também de reconhecer que a discriminação não é facilmente desmembrável em categorias nítidas nascidas dos interesses e poder dos homens brancos.

A metodologia e a retórica de igualdade atuais se beneficiariam de um retorno às políticas públicas fundamentais por trás dos dois paradigmas dominantes. As justificativas históricas¹²¹ ou filosóficas¹²² dos instrumentos convencionais, como o modelo de grupo suspeito, não devem impedir o reexame de seu papel na teoria de igualdade e na lei antidiscriminação. Temos de perguntar: Essa metodologia cumpre suas finalidades pretendidas? É assim que queremos pensar no sentido de igualdade¹²³? Conceitos como imutabilidade serviram ao importante propósito histórico de demonstrar que o preconceito contra indivíduos baseado em traços irrelevantes ao seu valor básico é ilegal. Significativamente, porém, a Suprema Corte jamais restringiu o sentido de discreto e insular aos grupos que compartilham uma característica imutável. Em vez disso, advertiu contra o preconceito em relação a indivíduos para os quais o conceito de imutabilidade é irrelevante, como os membros de cultos e seitas religiosos¹²⁴. A imutabilidade, portanto, não pode ser usada na identificação de grupos que merecem maior escrutínio. Assim, mesmo se fosse verdade que o homossexualismo é uma característica mutável, isso não justificaria a recusa da Corte a usar maior escrutínio no exame de leis que categorizam com base no homossexualismo e fomentam desrespeito, violência e discriminação injusta contra lésbicas e gays.

A igualdade segundo a lei contém outras premissas inarticuladas que a análise da discriminação deve integrar. Primeiro, o preconceito solapa um princípio de fundação básico de nosso governo democrático: tolerância com a diversidade. Segundo, as interpretações de igualdade devem ser norteadas pela consciência do papel desempenhado pela

lei na mediação de conflitos gerados por diferenças entre pessoas. Atualmente, nossos tribunais nem integram essas premissas nem promovem sua política pública subjacente. Essas falhas acrescentam-se à continuação dos padrões de desigualdade, reforçados por relações de poder desiguais entre grupos sociais.

Uma crítica feminista à teoria legal lésbica

Como resultado do movimento lésbico-feminista, o separatismo lésbico é tanto um conceito quanto um modo de vida. Desenvolveu-se como uma reação de feministas lésbicas frustradas com a liderança heterossexual da corrente dominante do movimento feminista¹²⁵. Esse separatismo é a base da teoria legal lésbica, que rejeita o heterossexismo implícito no tradicional “império da lei” e a metodologia por ele gerada, como equivalentes ao domínio dos homens¹²⁶. A teoria legal lésbica legitimiza uma experiência minoritária completamente encoberta pelas análises tradicionais - a de litigantes lésbicas que não se enquadram nas categorias arbitrárias usadas pelos tribunais para fazer justiça¹²⁷. Elas afirmam a “teoria legal centrada nas lésbicas” e “só de lésbicas” como um remédio para esse problema¹²⁸.

A teoria legal lésbica tenta eliminar as categorias legais e constitucionais existentes criadas na tradição do **domínio dos homens**. Isso inclui a eliminação de todos os argumentos feministas que relacionam a discriminação a lesbianismo e orientação sexual com o conceito de gênero. Segundo a teoria legal lésbica, essa relação submete o lesbianismo ao feminismo e as mulheres (lésbicas) aos homens (gays)¹²⁹. As teóricas legais lésbicas criticam as feministas por se apoiarem em conceitos estabelecidos de **igualdade, justiça, ou eqüidade** que vêm do sistema tradicional de império da lei e, no fim das contas, apenas perpetuam os valores masculinos¹³⁰. Pode-se argumentar, porém, que o domínio dos homens também afetou a cultura lésbica. Também ela se define, eterniza e protege com conceitos criados por homens que inherentemente negam o valor das mulheres como pessoas¹³¹.

1. Os Problemas da Categorização

A crítica da teoria legal lésbica ao tradicional sistema de governo legal e seu processo de categorização arbitrário é bem fundamentada¹³². Também é verdade que o império da lei, assim como sua aplicação e interpretação, tem sido em geral “integralmente masculino”¹³³. Resta, contudo, um aspecto problemático para a teoria legal lésbica: propõe compromissos dificultados pelas armadilhas da análise tradicional e cria uma relação antagônica entre a teoria legal lésbica e a teoria legal feminista¹³⁴.

A teoria legal feminista, que contesta os estereótipos que mantêm as mulheres oprimidas, não é inconsistente com a luta pelos direitos de lésbicas. A teoria legal lésbica é portanto desconcertante, pois basela-se numa opinião estreita, essencialista, que ignora a diversidade da experiência feminina. Ao negar essa diversidade, reforça a categorização arbitrária que fundamenta os paradigmas dominantes. As mulheres são oprimidas de muitas formas, e a sexualidade é uma delas.

Outros teóricos e historiadores, em contraste, colocam a questão da conduta sexual no contexto da evolução histórica de atitudes americanas em relação ao sexo¹⁴⁵. Essa visão histórica da identidade homossexual postula que, embora a conduta homossexual tenha ocorrido pelos tempos em fora, uma identidade homossexual e uma cultura posterior surgiram de um grupo específico de circunstâncias sociais, políticas e econômicas. Portanto, uma **identidade gay** consciente, social, política e cultural, surgiu de um momento histórico em que indivíduos se juntaram em torno de sua orientação (homo)sexual¹⁴⁶. Essa base histórica para o surgimento da consciência gay fundamenta alegações de que gays, lésbicas e bissexuais sofrem discriminação com base em sua identidade sexual porque são oprimidos por uma cultura heterossexualmente suprematista¹⁴⁷.

O argumento de que a Cláusula de Igual Proteção abrange identidade sexual apóla-se na construção de analogias entre gays e lésbicas e outros grupos minoritários. Contudo, como se observou antes, a não ser que a análise tradicional se torne mais flexível, a maioria dos tribunais rejeitará esse argumento, pelo motivo de que a população gay não pode ser identificada como minoria, na medida em que a identidade sexual é uma questão de opção ou preferência¹⁴⁸. Além disso, qualquer tentativa de refutar a afirmação de que a identidade é uma opção ou preferência tem de necessariamente basear-se em alegações “científicas” não confiáveis de que o homossexualismo se baseia na biologia¹⁴⁹. Essa tensão identidade/conduta, portanto, tenta defender que gays e lésbicas entrem na obsessão heterossexual com a descoberta das origens biológicas do homossexualismo.

Diante dessas limitações, os teóricos começaram a examinar um argumento mais abrangente, sutil, ligando a discriminação anti-homossexual a opiniões históricas e culturais sobre papéis de gênero e sexuais. Por exemplo, um artigo recente do professor Marc Fajer contesta os estereótipos genéricos que explicam grande parte da discriminação antigay¹⁵⁰. De fato, muitos estereótipos de lésbicas como pseudo-homens ou gays como fracos e efeminados originam-se da imposição de idéias do século XIX sobre sexo, romance e comportamento sexual. A ideologia das esferas separadas daquele período tem paralelos nas continuadas crenças da sociedade em que “biologia é destino”, e homens e mulheres são inherentemente diferentes e incapazes de compartilhar quaisquer características físicas, emocionais e psicológicas¹⁵¹.

Como feminista, eu rejeito a idéia de diferenças biológicas inerentes entre homens e mulheres. A homofobia é um problema feminista porque lésbicas e gays são discriminados por libertar-se dos rígidos papéis sexuais masculinos e femininos. Como argumentou o teórico cultural Warren Blumenfeld, a sociedade conta com a homofobia para confinar homens e mulheres dentro de “Invólucros de gênero”¹⁵². O não desempenho correto de papéis de gênero socialmente construídos, por exemplo, faz com que mulheres sejam rotuladas de “masculinas” ou homens de “efeminados”. Esses rótulos são um dos exemplos do que chamo de “homofobia cultural”, que não é apenas o temor de ser identificado com homossexualismo, mas também uma crença em que ser gay ou lésbica significa perda da identidade de gênero socialmente construída.

A homofobia cultural é um instrumento eficaz para silenciar mulheres e mantê-las distantes do questionamento de sua desvalorização social e *status* econômico. Identificar-se como feminista deixa a pessoa vulnerável a ser chamada de lésbica. Por isso, muitas mulheres rejeitam a identidade de feminista por temerem ser rotuladas, na melhor das hipóteses, de “masculinas”, e na pior, de “lésbicas”¹⁵³.

A homofobia cultural tranca as pessoas em papéis baseados no gênero que inibem sua criatividade e auto-expressão naturais. Tentativas de livrar-se desses papéis baseados no gênero originam casos como Price Waterhouse¹⁵⁴ e Rabidue v. Osceola Refining Co.¹⁵⁵. No último, a primeira mulher a chegar a gerente na empresa, ao manifestar sua oposição ao molestamento sexual, foi descrita como um indivíduo “irascível” que não se ajustava. Em Price Waterhouse, uma funcionária foi aconselhada a usar maquiagem e perfume, flertar com os colegas, ser gentil com clientes, e andar e falar “como uma dama”. Ao mesmo tempo, tinha de ser tão durona quanto “os rapazes” ou ser discriminada nas promoções¹⁵⁶. Os homens que saem de seus papéis genéricos também pagam um preço. Não se espera que tenham vozes maviosas nem usem brincos. Se o fazem, podem enfrentar discriminação no emprego semelhante à sentida pelas mulheres que não se enquadram em papéis de gênero¹⁵⁷. Os homens são socializados para não revelar seus sentimentos nem demonstrar afeto um pelo outro. Como escreve Fajer, homens de verdade não “comem quiche (nem choram) juntos”¹⁵⁸.

Portanto, está claro que o preconceito antigay resulta de papéis genéricos e os perpetuam. Os processos sociais e históricos que criaram a identidade homossexual e legitimizaram a homofobia continuam a preservar uma ideologia de gênero com valores e crenças específicas sobre comportamentos sexuais corretos¹⁵⁹. Conseqüentemente, lésbicas e gays podem e devem caracterizar suas alegações como discriminação baseada no sexo.

Construindo um modelo de igualdade de irrelevância/holística

Os paradigmas dominantes encorajam analistas legais a elaborar várias suposições problemáticas. Primeira, as várias características da identidade da pessoa, como orientação sexual, gênero e raça, são sempre dissociadas. Segunda, essas características trazem em si sentidos fixos e claros. Terceira, os vários aspectos da identidade da pessoa são classificados de modo a que, por exemplo, raça possa ser priorizada sobre gênero. Quarta, algumas características, como classe social, não oferecem uma base relevante para alegações de discriminação. Finalmente, esses paradigmas criam falsas dicotomias e falsas relações, promovendo visões limitadas de igualdade. Obscurecem se existe e como ocorre a discriminação, que recurso usar, ou por que o conflito foi gerado.

Segundo um modelo de holístico/irrelevância, os tribunais reconheceriam que a identidade de uma pessoa raramente se limita a características singulares. Em vez disso, representa a confluência de um número infinito de fatores. Estes incluem raça, religião, orientação sexual, nacionalidade, filiação étnica, idade, classe social, ideologia e profissão¹⁶⁰. Os fatores contidos numa identidade individual mudam constantemente, alguns tornando-se mais destacados em determinados

ambientes que outros. Chego a essa conclusão pela compreensão de que nenhum aspecto isolado define minha própria identidade. Ao contrário, ser mexicana, católica, mulher de identificação lésbica, advogada feminista, professora e praticante de ioga são, todos estes, aspectos importantes da minha identidade.

1. Tratando da Categorização

Embora inúmeros fatores compreendam uma identidade individual, outros podem identificar esse indivíduo com base num único aspecto. A característica que se torna destacada, ou até relevante legalmente, raras vezes é previsível. Embora um único aspecto se torne proeminente e legalmente relevante, a discriminação na verdade origina-se de estereótipos sobre toda a identidade de uma pessoa. Por isso, os modelos que não admitem que pessoas entram e saem de comunidades, e que essas categorias nunca se igualam à realidade, não podem revelar corretamente a que ponto múltiplas atitudes inconscientes motivam atos de discriminação. Meu modelo de holístico/irrelevância rejeita a tendência do indivíduo e da lei a escolher suas categorias preferidas e aceitas, ou vê-las como necessariamente separadas e não relacionadas. Os tribunais devem reconhecer as múltiplas formas de opressão, muitas vezes facilitadas por estereótipos de várias identidades sociais. Isso revelaria a complexidade de identidades sociais atualmente tornadas invisíveis sob esquemas tradicionais. Ao mesmo tempo, impediria a categorização promovida e eternizada por outras respostas a essa invisibilidade, como a teoria legal lésbica. Com essa finalidade em mente, estimulo o (a) leitor(a) a refletir sobre as hipóteses seguintes, que exemplificam a complexidade de identidades e discriminação pessoais.

Suponha, por exemplo, que um patrão pague a todas as mulheres o mesmo salário. Contudo, põe as brancas em funções no escritório da frente, porque a maioria da clientela é branca, e relega negras e hispânicas à sala dos fundos. Enquanto isso, molesta sexualmente as brancas. Teria a negra a quem foi negado um emprego na parte da frente do escritório algum direito de contestar o patrão com base em racismo, sexism, ou os dois? E quanto à branca? Um problema é mais importante que o outro?

Numa outra hipótese, um patrão asiático prefere empregar hispânicas e asiáticas a brancas ou pretas. Como avaliamos esse tipo de tratamento preferencial, quando nossas análises de paradigmas-padrão vêem, em geral, os brancos como opressores e todas as minorias como vítimas? Seria um caso do chamado problema de discriminação ao contrário? E quando um patrão emprega mexicanas nativas em vez de mexicanas americanas, porque as últimas têm mais probabilidade de questionar salários e condições de trabalho?

Por fim, suponha que um patrão branco despeça uma preta lésbica depois que ela rechaça seus avanços sexuais. Trata-se de uma discriminação baseada em raça, gênero ou identidade sexual, ou numa combinação das três? A discussão seguinte do meu modelo de holístico/irrelevância concentra-se nesta última hipótese para esclarecer a relevância particular do modelo para litigantes lésbicas e gays.

2. Em busca de Análises Mais Realísticas

Queixas de discriminação feitas por lésbicas de cor enfrentam dois obstáculos, segundo a análise de discriminação vigente. Primeiro, as categorias de raça e gênero podem ser julgadas distintas e separadas. Segundo, a categoria de identidade sexual nem sempre é reconhecida como uma base de discriminação legalmente remediável. Diante de uma alegação feita por uma mulher de cor, um tribunal pode determinar que, embora se apliquem as categorias de raça e sexo, essas categorias não mostraram ter nenhuma relação clara entre si¹⁶¹. Esse tipo de determinação foi feito em *Munford v. James T. Barnes, Inc.*¹⁶², um processo envolvendo uma negra cujo supervisor branco exigia que ela fizesse sexo com ele. Ela se recusou repetidas vezes. O molestamento sexual apresentava nuances raciais¹⁶³. Limitado pelo arrazoado legal convencional, o tribunal em *Munford* não viu a Interseccionalidade de racismo e sexismo apresentada nesse caso. Sustentou, em vez disso, que a alegação de discriminação racial estava “muito distante” da alegação de molestamento sexual¹⁶⁴.

Para uma lésbica de cor, a mesma metodologia que não reconhece uma alegação de molestamento sexual racializado, ou molestamento racial de gênero, também nega suas alegações de sexismo homofóbico¹⁶⁵. A demissão de uma lésbica negra, como ilustrado na hipótese acima, apresenta um quadro complexo de identidade e discriminação. Contudo, a origem do problema não é complexa; é simples, embora sutil - ela está sendo despedida porque desafiou a supremacia masculina branca, e é uma vítima de sexismo antilésbico.

O modelo de holístico/irrelevância reconhece o papel das atitudes inconscientes e a maneira como os fatores interrelacionados criam padrões de discriminação compostos únicos, e afetam identidades sociais especiais. Ao fazer isso, rejeita a ideia de separar arbitrariamente categorias para tratar da discriminação em nossa sociedade. Em vez disso, o modelo entende discriminação como um problema que surge quando características múltiplas e os estereótipos construídos em torno delas convergem num ato prejudicial específico. As categorias tradicionais tornam-se então pontos de partida para uma análise mais sutil e profunda, que examina as relações históricas entre determinados grupos sociais, e também uma experiência individual no seio de cada um desses grupos.

Esse modelo é holístico porque olha toda a ofensa, toda a identidade. É uma perspectiva de irrelevância porque supõe que um ou vários aspectos funcionando juntos criam bases de tratamento irrelevantes e injustas. Por conseguinte, segundo o modelo de irrelevância/holística, a teoria e a prática da lei de não-discriminação tornam-se instrumentos de mediação de conflito social contestando o poder de atitudes culturais profundamente enraizadas, que perpetuam ciclos de opressão a determinados grupos sociais.

Conclusão

Este artigo identifica a maneira como a cultura legal contemporânea trata os problemas de discriminação e preconceito, e afirma que os dois modelos vigentes de análise negam a identidade multifacetada

de todos os indivíduos¹⁶⁶. Dois paradigmas de teoria da igualdade dominantes - o baseado no grupo, ou modelo **discreto e insular**, e o relacionado ao indivíduo, ou **modelo da irrelevância** - refletem de modo incorreto a realidade social dos litigantes que apresentam queixas de discriminação. Esses paradigmas encorajam teóricos legais a ver a discriminação através de categorias arbitrárias e estreitas dentro das quais o queixoso tem de encaixar sua identidade ou experiência.

Esses paradigmas dão ensejo a respostas teóricas igualmente estreitas de grupos sociais que se queixam com razão de que os paradigmas dominantes não tratam de suas necessidades legais. Em particular, a teoria legal lésbica emerge e perpetua as perspectivas dominantes da teoria de igualdade. Essas perspectivas criam categorias arbitrárias para indivíduos, exigem que as categorias sejam tratadas separadamente, e até mesmo as classificam em relação umas com as outras. Usando a crítica feminista às estreitas interpretações judiciais de gênero, nos casos de discriminação com base no sexo, afirmo que a teoria legal lésbica também ignora a interrelação de gênero e identidade sexual. Por isso, não reconhece que a homofobia é um problema feminista.

As políticas de identidade, sejam sexuais ou raciais, influenciaram o pensamento e o comportamento do final do século XX. Essa influência pode ser vista no desenvolvimento da teoria legal lésbica. Rejeito essa teoria porque define a mulher com base num único aspecto de sua identidade. Vejo isso como louvável, mas inexcusável, na medida em que perpetua a categorização arbitrária criticada neste artigo.

Precisamos de novos modelos que aceitem a realidade da identidade e condição de pessoa, apesar do fato de um indivíduo poder não se encaixar em categorias rígidas, dicotomizadas, como masculino e feminino. Os paradigmas dominantes estimulam os tribunais a ignorar a realidade social e recusar-se a estender as proteções legais existentes e relevantes a litigantes lésbicas e gays. Os tribunais têm se recusado a estender essas proteções a litigantes lésbicas e gays porque a discriminação antigay mistura questões de conduta com identidade. A recusa dos tribunais reflete a insistência da cultura legal em que a discriminação se dá dentro de categorias distintas e separadas. Essa categorização nega a complexidade da identidade de um indivíduo, com isso impedindo a sociedade de absorver a riqueza de sua diversidade cultural.

A discriminação fere não apenas o indivíduo, mas a sociedade como um todo. Portanto, concluo com a esperança de que este artigo, e meu modelo de holístico/irrelevância - que incorpora as críticas feministas aos paradigmas dominantes, levando ao mesmo tempo essas críticas a áreas que elas não levam em conta - fomentem um discurso inclusivo sobre igualdade. Os teóricos da igualdade devem reconhecer a política pública por trás dos paradigmas existentes: o respeito pela identidade total de alguém. Essa política pública exige respeito por características como gênero, sexualidade, raça, classe social, idade e filiação étnica. Cada característica é importante para o nosso valor moral, mas nenhuma justifica a negação de direitos iguais segundo a lei.

NOTAS

¹ Quero agradecer às seguintes pessoas que leram ou comentaram versões anteriores deste artigo: Douglas Laycock, Jack Balkin, Michael Tigar, John Robertson, Cindy Estlund, Sam Issacharoff, Zipporah Wiseman, Alex Albright, William Nelson e Richard Bernstein. Agradeço também a meus pesquisadores assistentes, Nika Kabiri e Stuart Colburn. Agradecimentos especiais a Alexa E. King e Nicole G. Berner por suas visões críticas e assistência editorial.

² A presente publicação deste artigo foi gentilmente autorizada pela autora e pela California University Press, que detém os direitos exclusivos. O original, *Gendered Inequality: lesbians, gays, and feminist legal theory*, foi publicado no volume 9 (1994) do *Berkeley Women's Law Journal*, p. 103-143.

³ Processo nº. 478 U S. 186 (1986)

⁴ Até a Suprema Corte decidir sobre o caso *Bowers v. Hardwick*, os defensores dos direitos civis dos gays e lésbicas apoavam-se sobretudo na teoria do "direito à privacidade" para questionar o poder do Estado de incriminar certas formas de conduta sexual praticadas na intimidade do lar. A teoria da privacidade alega que a sexualidade de alguém é de fundamental importância para sua individualidade e identidade, enquanto o interesse do Estado na regulamentação da lei é relativamente insignificante. Essa teoria baseia-se no princípio democrático liberal do "direito de ser deixado em paz", expresso pela primeira vez em *Olmstead v. United States*, 277 U S. 438, 478 (1928).

O tribunal do caso *Bowers* decidiu que a lei de sodomia, usada por um agente policial para perseguir Michael Hardwick, era constitucional. O juiz White alegou que o homossexualismo tinha uma longa história, que datava do direito comum inglês e do período colonial americano 478 U S. p. 192-93. Ver de modo geral D'EMILIO, John e FREEDMAN, Estelle B. *Intimate Matters: a history of sexuality in America 1930-1931* (1988) (discutem como a punição do homossexualismo na América Colonial servia ao mesmo tempo a fins legais e morais, normatizando qualquer forma de comportamento sexual não relacionado às necessidades reprodutivas da comunidade). No caso *Bowers*, o Juiz Blackmun criticou veementemente esse argumento histórico, declarando-o "revoltante" e irrelevante para a questão constitucional a ser decidida pela Corte. 478 U S. p. 199 (Blackmun, J., discordando).

O caso *Bowers* não chegou à questão de se as leis de sodomia efetuam punições "cruéis e desumanas", segundo a Oitava Emenda, ou a discriminação hostil, da Cláusula de Igual Proteção da Quarta Emenda. Ver HALLEY, Janet E.. *The Politics of the Closet. Towards Equal Protection for Gay, Lesbian, and Bisexual Identity* 36 U C L A L. Review 915 (1989) (afirmando que a questão da identidade homossexual não é apenas um problema da legitimidade da conduta homossexual, mas antes fruto de um complexo discurso político que é ameaçado em certos casos pelas formulações do *Carlene Products*, que os proíbem como discriminação anti-homossexual). Ver também ARRIOLA, Elvia R. *Sexual Identity and the Constitution: homosexual persons as a discrete and insular minority*, 14 Direitos das Mulheres L. Rel. 263 (1992) (afirmando que lésbicas e gays merecem igual proteção enquanto minoria social oprimida); GOLDSTEIN, Anne B. *History, Homosexuality, and Political Values: searching for the hidden determinants of Bowers v. Hardwick*, 97 Yale L.J. 1073 (1988).

⁵ Os defensores dos direitos gay salientam que cerca de 10% da população americana são de lésbicas ou gays. Esse algarismo seria maior se se incluíssem indivíduos que se identificam como bissexuais. O famoso estudo de 1948 sobre comportamento sexual humano, de Alfred Kinsey, continua sendo a fonte indiscutível de defesa desse algarismo. O dr. Kinsey descobriu que pelo menos 37% dos homens tinham algum nível de contato homossexual entre a adolescência e a velhice; 10% foram exclusivamente homossexuais durante pelo menos três anos, entre 16 e 55 anos; e 4% dos homens brancos exclusivamente homossexuais a vida inteira. KINSEY, Alfred C.. *Sexual Behavior in the Human Male* 650-51 (1948).

⁶ O Juiz Blackmun observou o potencial de uma alegação de acordo com as Oitava, Nona e Décima-Quarta Emendas. A apresentação de queixa baseada na igualdade acusaria o Estado da Geórgia de visar seletivamente só homossexuais, embora o estatuto proíba ostensivamente todas as formas de sodomia.

⁷ No discurso legal, gays e lésbicas exigem cada vez mais que a sociedade e os tribunais reconheçam e protejam indivíduos que consideram seus relacionamentos íntimos com pessoas do mesmo sexo como essenciais à sua identidade pessoal. Contudo, algumas facções nessa comunidade sexual socialmente construída resistem com violência a caracterizações mais

amplas. Por exemplo, algumas lésbicas ressentem-se de ser agrupadas junto com gays. Ver, p. ex., ROBSON, Ruthann. *Lesbian (Out) Law, survival under the rule of law* 21-22 (1992). Ver tbém, Fighting Words gay, lesbian groups seek to expunge bias they see in language, *Wall St. Journal*, 3/05/1993, nº. 1.

Uso o termo "população gay" para designar uma comunidade de mulheres e homens que se identificam como gays, lésbicas, bissexuais, ou que, de algum outro modo, não se adaptam aos conceitos de sexualidade majoritários da maioria dominante. Uso este termo bem abrangente para indicar que a opção consciente de amar e viver com outros indivíduos do mesmo sexo é condição suficiente (mas não necessária) para argumentar perante a lei que uma comunidade de indivíduos sofre discriminação social com base apenas em sua identidade sexual. Não pretendo, com esse termo, negar a diversidade da comunidade gay e lésbica.

Outros julgam esse conflito em torno de "quem somos e como preferimos ser rotulados" como críticos do processo mediante o qual o homossexualismo era estruturado por uma sociedade específica segundo circunstâncias históricas únicas num artefato, uma subcultura ou uma comunidade fechada. Ver de modo geral D'EMILIO, John e FREEDMAN, Estelle B., op. cit.; Ver tbém HAYES, Joseph H. *Lesbians, Gay Men, and Their "Language"*. In: CHESEBRO, James W. (ed.), *Gayspeak: gay male and lesbian communication*, p. 28-42, 1981; WEEKS, Jeffrey. *Sexuality and its Discontents. meanings, myths and modern sexualities*, p. 191-95, 1985. Finalmente, alguns argumentam que a dicotomia entre formação biológica e social (ou natureza/educação) é um meio muito limitado para se entender o homossexualismo. Ver p. ex., DE CECCO, John P. e ELIA, John P.. *A Critique and Synthesis of Biological Essentialism and Social Constructionist Views of Sexuality and Gender*, 24 3/4 J. Homosexuality, p. 1-26, 1993 (afirmando que a manifestação de gênero e sexual se origina de influências biológicas, pessoais e culturais).

⁸ Ver, p. ex., DELGADO, Richard. *The Imperial Scholar: Reflections on a Review of Civil Rights Literature*, 132 U. PA. L. REV. 561 (1984), e *The Imperial Scholar Revisited: How to Marginalize Outsider Writing, Ten Years Later*, 140 U. PA. L. REV. 1349 (1992). Encorajados pelo que Delgado chamou de "círculo-interno" dos estudos legais progressistas, os estudiosos oficiais minoritários - todos eles homens e brancos - desenvolveram uma erudição que aclamava o valor dos pontos de vista críticos minoritários (teoria racial crítica) e o uso de técnicas narrativas ou de contar histórias. Ver, p. ex., WILLIAMS, Patricia J. *The Alchemy of Race and Rights*, p. 1-14, 1991, MATSUDA, Mari J.. *Looking to the Bottom: critical legal studies and reparations* 22 Harv. Cr.-Ci. L. Review 323 (1987), ESPINOZA, Leslie G.. *Masks and Other Disguises: exposing legal academia*, 103 Harv. L. Review 1878 (1990), LAWRENCE III, Charles R. *The Word and the River: pedagogy as scholarship as struggle*, 65 S. CAL. L. Review 2231 (1992); ABRAMS, Kathryn. *Hearing the Call of Stories*, 79 CAL. L. Review 971 (1991), FAJER, Marc. *Can Two Real Men Eat Quiche Together? Storytelling, gender-role stereotypes, and legal protection for lesbians and gay men*. Miami L. Review 511 (1992); Ver tbém, FARBER, Daniel A. e SHERRY, Suzanna. *Telling Stories Out of School: an essay on legal narratives*, 45 STAN. L. Review 807 (1993) (criticando a definição, gêneros e usos da narrativa legal).

Mesmo antes de o artigo polêmico de Delgado ter aberto a porta para a teoria racial crítica, em 1984, as feministas já contestavam o conceito de "objetividade" ou "neutralidade" na lei e na teoria. Ver MACKINNON, Catherine A. *The Sexual Harassment of Working Women*, p. 126-27, 130-32, 145-46, 1979 (daí em diante Sexual Harassment); MACKINNON, Catherine A.. *Feminism Unmodified*, p. 65, 164-68, 1987, MACKINNON, Catherine A.. *Feminism, Marxism, Method and the State: toward feminist Jurisprudence*, 7 Signs Journal of Women in Culture and Society, p. 515, 1982 (daí em diante, Feminism, Marxism, Method); WEST, Robin. *The Difference in Women Hedonic Lives: a phenomenological critique of feminist legal theory*, 3 Wis. Women's L. Journal 81, 1987; MINOW, Martha. *Justice Engendered*, 101 Harv. L. Review, p. 10, 1987.

A busca de diversidade nos estudos legais criou seu próprio ramo de não-tradicionalismo. Ver, p. ex., KENNEDY, Randall L.. *Racial Critiques of Legal Academia*, 102 Harv. L. Review 1745 (1989), CARTER, Stephen L.. *Academic Tenure and "White Male" Standards, some lessons from the patent Law*, 100 Yale L. Journal 2065, 1991. Ver tbém, COOMBS, Mary L.. *Outsider Scholarship: the law review stories*, 63 U. Colo. L. Review 683, 1992.

⁹ ROBSON, op. cit., p. 23.

¹⁰ MINOW, op. cit., p. 46

¹¹ Ibidem.

¹² Ver SCOTT, Joan Wallach. *Gender and the Politics of History*, p. 28-50, 1988; Ver tbém Deconstructing Equality-Versus-Difference or, the uses of poststructuralist theory for feminism. In:

HIRSCH, Marianne e KELLER, Evelyn Fox (ed.), *Conflicts in Feminism*, p. 134-48, 1990 (a partir daqui, *Deconstructing Equality*)

A professora Scott discorre sobre as teorias do construcionismo de Michel Foucault para demonstrar dois aspectos importantes de sua metodologia desestruturativa para gênero como instrumento de análise histórica: (1) gênero é conhecimento sobre diferença sexual, e (2) conhecimento significa "a compreensão gerada pelas culturas e sociedades das relações humanas, neste caso entre homens e mulheres". O conhecimento, no último caso, nunca é absoluto; mas relativo, produzido de maneiras complexas e dentro de estruturas epistemológicas que poderiam elas próprias ter uma história quase autônoma. Ver também RHODE, Deborah L., *Justice and Gender*, p. 1-14, 305-21, 1989; LAW, Sylvia A., *Rethinking Sex and the Constitution*, 132 *U Pa L Review* 955, 1984; LITTLETON, Christine *Reconstructing Sexual Equality*, 75 *Cal L Review* 1279, 1987; MINOW, op. cit., p. 12-13; JAGGAR, Alison M. *Sexual Difference and Sexual Equality*. In: RHODE, Deborah (ed.), *Theoretical Perspectives on Sexual Difference*, p. 239-54, 1990.

¹³ CRENSHAW, Kimberlé *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex. a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics*. 1989 *U. Chi Legal F.*, p. 139, 139-67.

¹⁴ Minhas reservas pessoais sobre as tentativas de desenvolver uma teoria legal lésbica são semelhantes às dos teóricos não legais que acham que tentar definir uma "cultura lésbica" cheira a "imperialismo" (definir lesbianismo segundo o conceito industrializado ocidental do que quer dizer "lésbico") "Lésbica" pode significar um ato político, uma existência emocional, uma filosofia, uma identidade, ou simplesmente viver com mulheres. Ver FERGUSON, Ann. *Sexual Democracy: women, oppression, and revolution*, p. 133-58, 1991.

¹⁵ ROBSON, op. cit., p. 21-23.

¹⁶ CRENSHAW, op. cit.

¹⁷ *Brown et al. v. Board of Education of Topeka et al.*, 347 U S 483 (1954).

¹⁸ YOUNG, Iris Marion. *The Five Faces of Oppression*, XIX *The Philosophical Forum*, p. 273-76, 1988.

¹⁹ Ibidem, p. 272 (dando um significado social à discriminação como "políticas e ações conscientes pelas quais os membros de um grupo são excluídos de instituições e confinados a posições inferiores")

A definição legal de "discriminação" é muito mais restrita. A pessoa não pode receber compensação monetária ou equitativa do suposto infrator de um ato discriminatório, a não ser que possa satisfazer o ônus legal da prova. Esse ônus implica a comprovação de tratamento ilegal baseado num conjunto irrelevante de critérios, como raça, sexo, ou religião, para decisões trabalhistas, promocionais ou demissórias. Por exemplo, o Título VII provê remediações estruturais na forma de alegações de impacto desigual, mas, claro, só pode oferecer reparações na área limitada de emprego. Além disso, até as recentes alterações no Título VII, prescritas no parágrafo 105 da Lei de Direitos Civis de 1991, a Suprema Corte articulava princípios que tornavam mais difícil estabelecer impactos desiguais, segundo o Título VII, a não ser que o queixoso conseguisse isolar a política específica que infligiu o suposto dano. Ver, p. ex., *Wards Cove Packing Co. v. Atonio*, 490 U.S. 642, 657, 659 (1989); *Watson v. Fort Worth Bank & Trust*, 487 U.S. 977, 991, 997 (1988) (alegações de impacto desigual podem ser feitas contra práticas trabalhistas, mas o empregado fica com o ônus da prova, de mostrar que não há nenhuma necessidade comercial para o exercício do emprego)

A lei não tem definição única de "discriminação". Alguns estudiosos acham que essa omissão é a origem do problema. Ver PERRY, Pamela L., *Two Faces of Disparate Impact Discrimination*, 59 *Fordham L Review* 523, 1991. Além disso, o padrão de intenção imposto pela Suprema Corte para queixas de discriminação trabalhista não se mostrou eficaz na erradicação da discriminação racial. Ver EISENBERG, Theodore e JOHNSON, Sheri Lynn. *The Effects of Intents: do we know how legal standards work?* 76 *Cornell L Review* 1151 (1990). São necessários recursos estruturais mais eficazes e novos métodos de análise para orientar os juízes na avaliação de alegações de discriminação. Ver, p. ex., BECKER, Mary E., *Needed in the Nineties: improved individual and structural remedies for racial and sexual disadvantages in employment*, 79 *Geo L Journal* 1959 (1991).

²⁰ Essa tensão remonta aos nossos casos mais antigos relacionados a raça. Em *Plessy v. Ferguson*, a Suprema Corte defendeu o conceito de igualdade baseada no grupo, sustentando que as distinções feita pelo estado não violam a Cláusula de Igual Proteção, se as dependências para brancos e negros forem separadas mas iguais. 163 U S 537, 540-41 (1986). Quase vinte

anos depois de *Plessy*, a análise racional da doutrina do separado mas igual foi revestida de retórica relativa ao indivíduo. Ver, p.ex., *McCabe v. Atchison, Topeka & Santa Fe Railroad Company*, 235 U.S. 151 (1914). Em *McCabe*, o estado de Oklahoma foi proibido de autorizar vagões-restaurantes e de passageiros racialmente segregados da linha férrea. O Tribunal declarou: “É o indivíduo que tem direito à proteção igual das leis, e se um transporte comum lhe nega, agindo no caso de acordo com a autoridade de uma lei estadual, uma instalação de conforto durante seu trajeto que, substancialmente de acordo com as mesmas circunstâncias, é fornecida a outro viajante, ele pode corretamente queixar-se que seu privilégio constitucional foi invadido”. 235 U.S. p. 161-62

Mais recentemente, *Regents of the University of California v. Bakke* examinou mais a tensão entre os conceitos de igualdade baseada no indivíduo e no grupo. 438 U.S. p. 265 (1978).

²¹ 349 U.S. 294 (1955)

²² *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*, 402 U.S. 1 (1971). Numa decisão unânime, a Corte reconheceu a tendência das pessoas da mesma raça a congregar e reconheceu o perigo dos padrões de segregação racial sancionados pelo estado. 402 U.S. p. 11. A Corte declarou que os tribunais comuns podiam impor reparações relativas a raça (p.ex., a integração nos ônibus) para desfazer os efeitos do passado de segregação de jure. A Corte só se referiu à igualdade em relação ao indivíduo, reconhecendo que um indivíduo poderia querer transferir-se de uma escola em que era membro de uma maioria racial para uma em que seria membro de uma minoria racial. 402 U.S. p 26

²³ Essa discussão provocou uma importante investigação no âmbito potencial de exame judicial, enunciada na nota de rodapé quatro, em *United States v. Carolene Products Co.* 304 U.S., 144, 152 (1938). Ver, p.ex., ACKERMAN, Bruce A. *Beyond Carolene Products*, 98 *Harv. L. Review* 713 (1985); COVER, Robert M. *The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities*, 91 *Yale L. Journal* 1287 (1982); SOIFER, Aviram. *On Being Overly Discrete and Insular: involuntary groups and the anglo-american judicial tradition*, 48 *Wash. L. Review* 381 (1991). Ver em geral POST, Robert C. *Free Speech and Religious, Racial, and Sexual Harassment: racist speech, democracy and the first amendment*, 32 *WM & Mary L. Review* 267, p. 285-88 (1991).

²⁴ Hoje reconhecemos a lei e a teoria da discriminação como intimamente ligadas à linguagem de “suspeição” e “classes suspeitas” que se originou no contexto do antagonismo racial com respeito a nipo-americanos. Ver *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944). Mas a justificativa histórica tradicional de proibir determinados tipos de maltrato por causa da raça, religião ou identidade de uma pessoa surgiu no contexto das relações raciais entre brancos e negros, após a Guerra Civil. O princípio de igualdade da Quarta Emenda, respondendo à nossa história de escravidão negra, inspirou várias leis de direitos civis. Entre elas, as que proibem discriminação com base em raça, religião, origem nacional, sexo, invalidez, idade, orientação sexual, estado matrimonial e filiação étnica. Ver em geral EISENBERG, Theodore. *Civil Rights Legislation*, p. 3-56, 1991; JACKSON, Donald W.. *Even the Children of Strangers: equality under the constitution*, p. 28-45, 1992; BAER, Judith A.. *Equality Under the Constitution: reclaiming the fourteenth amendment*, p. 57-87, 1993.

²⁵ EISENBERG, op. cit.. Ver também FARBER, Daniel A. e SHERRY, Suzanna. *A History of the American Constitution*, p. 51-75, 1990; Ver em geral FISHER, Louis e DEVINS, Neal. *Political Dynamics of Constitutional Law*, 1992; BREST, Paul e LEVINSON, Sandy. *Processes of Constitutional Decisionmaking*, p. 71-97, 1992.

²⁶ Ver as duas notas acima.

²⁷ 163 U.S. 537 (1896).

²⁸ 304 U.S. 144, p. 152-53 (1938)

²⁹ *Ibidem*, p. 152-53

³⁰ Ver em geral WOODWARD, C. Vann. *The Strange Career of Jim Crow*, 1977; KLUGER, Richard. *Simple Justice*, p. 27-50, 1977. Ver também LITWACK, Leon. *North of Slavery*, p. 214-46, 1961 (documentando os padrões de discriminação e segregação raciais que exibiam a profunda ambivalência dos abolicionistas do Norte em relação à igualdade e à liberdade do negro).

³¹ ACKERMAN, op cit

³² 401 U.S. 424, (1971)

³³ Ibidem, p. 429-33.

³⁴ *Norwood v. Harrison*, 413 U.S. 455, 469 (1973) ("a Constituição . não atribui nenhum valor à discriminação...")

³⁵ Ver, p. ex., *Gong Lum v. Rice*, 275 U.S. 78, (1927) (sustentando que a doutrina do separado mas igual permitiria a um Estado colocar uma menina asiática numa escola racialmente separada para negros); *Corrigan v. Buckley*, 271 U.S. 323, (1926) (sustentando que acordos racialmente restritivos que regulamentam a transferência de bens imóveis não são da alçada do Estado), e *Grovey v. Townsend*, 295 U.S. 45, (1935) (sustentando que as primárias eleitorais só de brancos não são competência do Estado). Ver tbém, *WOODWARD*, op. cit.; *KLUGER*, op. cit.

³⁶ Ver BREST, Paul. Forward in defense of the antidiscrimination principle, 90 *Harv. L. Review* 1, 1976; COLKER, Ruth. Antisubordination Above All: sex, race, and equal protection, 61 *NYU L. Review* 1003 (1986). BAER, op. cit.

³⁷ "Igualdade" não tem um sentido político, social ou filosófico fixo. Em vez disso, determinadas idéias ou princípios que surgem como parte de contextos político/sociais específicos são profundamente influenciadas pelas mudanças de atitudes sociais e circunstâncias políticas emergentes. Ver BALKIN, J. M. Ideological Drift and the Struggle Over Meaning, 25 *Conn. L. Review* 869, p. 870-71, 1993.

Em meio a essa disputa retórica, contudo, alguns filósofos legais tentaram articular uma justificação de princípios para o direito a respeito igual pelo valor moral inerente a uma pessoa. Ver, p. ex., DWORTKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*, p. 180-83, 272-78, 1978

"Valor moral inerente" refere-se aos direitos fundamentais e autonomia pessoal Ver, p ex., *Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson*, 316 U.S. 535 (1942)

³⁸ 438 U.S. 265 (1977)

³⁹ Ibidem, p. 275-278.

⁴⁰ *Johnson v. Transportation Santa Clara County*, Cal., 480 U.S. 616 (1987) (uma mulher com menos dois pontos que o queixoso, numa entrevista, foi promovida em vez dele).

⁴¹ Ibidem, p. 622.

⁴² *Bakke*, 438 U.S. p. 327-28 (Brennan, White, Marshall, Blackmun, JJ., concordando em parte e divergindo); Ver também, HIGGINBOTHAM, JR., Leon. *In the Matter of Color race in the american legal process, the colonial period*, p. 3-16, 1978.

⁴³ Ver, p. ex., GRAGLIA, Lino A. Racial Preferences, Quotas and the Civil Rights Act of 1991, 41 *L. Review* 1117 (1992). Ver em geral EPSTEIN, Richard A. *Forbidden Grounds the case against employment discrimination laws*, 1992 (invocando uma crítica libertária de toda forma de intrusão regulatória - como a legislação anti-emprego discriminatório - afirmando que o livre mercado é a melhor garantia da liberdade, oportunidade e prosperidade individuais). Sobre uma análise crítica de Epstein, ver ISSACHAROFF, Samuel. *Contractual Liberties in Discriminatory Markets*, 70 *Tex. L. Review* 1219, 1259 (1992).

⁴⁴ 163 U.S. 537 (1896)

⁴⁵ Ibidem, p. 559 (J. Harlan divergindo)

⁴⁶ 304 U.S. 144 (1938).

⁴⁷ Ibidem, p. 153, nº 4

⁴⁸ BREST, op. cit

⁴⁹ COLKER, op. cit.

⁵⁰ ACKERMAN, op. cit., p. 723-24 (debatendo as hipóteses da ciência política pluralista desenvolvidas no conceito de "minorias discretas e insulares"). Os juízes, que aplicam mecanicamente os testes do modelo de classe suspeita, podem concluir que as queixas gay não merecem maior escrutínio, pois a população gay não é uma minoria politicamente impotente Ver *Evans v. Romer*, 1993 WL 518586, em *11 (D. Colo. 14/12/1992).

⁵¹ Ver WEEKS, op. cit.; ver tbém BURR, Chandler. *Genes v. Hormones*, e HUBBARD, Ruth. *False Genetic Markers*, (Op Ed Dialogue: The Search for Sexual Identity) *NY Times*, 2/08/1993, em A15

⁵² Ver *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186, 203-04 (1986) (J. Blackmun discordando). Ver tbém SUNSTEIN, Cass. Sexual Orientation and the Constitution: a note on the relationship between due process and equal protection , 55 U. CHI. L. Review 1161, 1176-77 (1988), LAW, Sylvia. Homosexuality and the Social Meaning of Gender, 1988 WIS. Review 187; ARRIOLA, op. cit..

Infelizmente, vários tribunais fêm a decisão judicial de *Bowers*, que se baseou na doutrina da privacidade, para rejeitar a plausibilidade de uma contestação de igual proteção para lésbicas e gays. Ver, p. ex., *Padula v. Webster*, 8222 F.2d 97 (D.C. Cir. 1987) (sustentando que *status*, definido pela conduta que os estados têm autorização para criminalizar, não merece estrito escrutínio, segundo a Cláusula de igual proteção); *Ben-Shalom v. Marsh*, 881 F.2d 563, 571 (7a. Cir. 1989) (sustentando que *Bowers* afeta o nível de escrutínio em análise de igual proteção); *High Tech Gay v. Defence Industrial Security Clearance Office*, 895 F.2d 563, 571 (9a. Cir. 1990) ("[P]ela maioria de *Hardwick* decidindo que a Constituição não confere nenhum direito fundamental aos homossexuais para praticar sodomia, e como a conduta homossexual pode, por isso, ser criminalizada, os homossexuais não podem constituir um grupo suspeito ou quase-suspeito, com direito a exame judicial básico maior que o racional, para fins de igual proteção") Cf. *Watkins v. U.S. Army*, 875 F.2d 699 (9a. Cir. 1989) (en banc) cert. neg. 498 U.S. 957 (1990) (anulando decisão anterior de uma junta de três membros de que a proibição dos militares a lésbicas e gays era inconstitucional) Ver *Watkins v. U.S. Army*, 847 F.2d 1329 (9a. Cir. 1988) (concedendo reh'g en banc).

⁵³ *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

⁵⁴ Ver nota 85.

⁵⁵ Os padrões factuais nas disputas de lésbicas pela custódia dos filhos variam. A maioria envolve uma contestação de um pai/ex-marido com base em que o lesbianismo da mãe prejudicará a criança. Por isso, alguns juízes têm sustentado que a orientação homossexual de um dos pais **não** é do melhor interesse da criança Ver, p. ex., *S.E.G. v. R.A.G.*, 735 S.W. 2d 164 (Mo. app. 1987); *Jacobson v. Jacobson*, 314 N.W. 2d 78 (N.D. 1981); *Roe v. Roe*, 228 Va. 722, 727 (1985). Sobre contestações de terceiros, ver *Chaffin v. Frye*, 45 Cal. App. 3d, 39 (1975) (Concedeu-se a custódia aos pais da mãe lésbica); *Roberts v. Roberts*, 25 N.C. App. 198 (1975) (Concedeu-se a custódia ao tio e tia da mãe lésbica)

⁵⁶ Ver, p. ex., CAIN, Patricia A., *Litigating for Lesbian and Gay Rights: a legal history*, 79 Va. L. Review 1551, 1621-27, 1993.

⁵⁷ Ver nota 12

⁵⁸ Ver nota 19.

⁵⁹ Ver, p. ex., *California Federal Savings & Loan v. Guerra*, 479 U.S. 272 (1981) Ver também nota 12 e texto respectivo.

⁶⁰ *Geduldig v. Aiello*, 417 U.S. 484 Ver tbém WILLIAMS, Joan. Dissolving the Sameness/Difference Debate: a post-modern path beyond essentialism in feminist and critical race theory, 1991 Duke L. Journal 296 (1991). SCALES, Ann C. Feminist Legal Method. not so scary, 2 U.C.L.A. L. Journal 1, p. 5-10, 1992.

⁶¹ Ver RICH, Adrienne. Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence in; SNITOW, Ann et al. (ed.), *Powers of Desire: the politics of sexuality*, 1983 (a partir daqui *Powers of Desire*).

⁶² STOLTENBERG, John. You Can't Fight Homophobia and Protect the Pornographers at the Same Time: an analysis of what went wrong in hardwick In: LEIDHOLDT, D. e RAYMOND, J. (ed.), *The Sexual Liberals and the Attack on Feminism*, p. 184-90, 1990 (argumentando que a homofobia e a opressão com base no sexo estão inextricavelmente ligadas) Ver também BUTLER, Judith. Subversive Bodily Acts. In: FRUG, Mary Jo (ed.), *Women and the Law*, p. 75-80, 1992 (argumentando que sexo é uma fabricação e uma "fantasia" instituída e inscrita "na superfície dos corpos"; por conseguinte, o travestismo é um exemplo da qualidade imitativa de gênero e sua contingência).

Os historiadores John d'Emilio e Estelle Freedman argumentam que a sexualidade é uma força organizacional na sociedade influenciada pela política, economia e valores culturais variáveis. As idéias de comportamento sexual e social "feminino" e "masculino" impostos tradicionalmente de acordo com o sexo têm mudado através da história. Isso explica o surgimento de atitudes específicas dirigidas aos "inconformistas sexuais", cuja identidade diverge das noções tradicionalmente aceitas de masculinidade e feminilidade D'EMILIO e FREEDMAN, op. cit.

⁶³ WEEKS, op. cit.

⁶⁴ Segundo Weeks, "Essa preocupação com identidade não pode ser explicada como resultado de uma obsessão pessoal peculiar com sexo. Tem de ser vista mais corretamente como uma forte resistência ao princípio organizacional das atitudes sexuais tradicionais codificadas na suposição heterossexual, dominante e difundida, da tradição sexual. Foram os radicais sexuais que com mais insistência politizaram a questão da identidade sexual. Mas a agenda tem sido amplamente moldada pela importância atribuída por nossa cultura à sexualidade 'correta', e sobretudo a sexualidade correta de homens". Ibidem, p. 189.

⁶⁵ Ver *Harris v. Forklift Systems, Inc.*, 114 U.S. (1993) (aliviando o ônus do queixoso nos casos de molesta-mento sexual); *UAW v. Johnson Controls, Inc.*, 499 U.S. 187 (1991) (a política da empresa impedindo mulheres férteis, mas não homens férteis, de alguns trabalhos arriscados foi considerada não permissível e não baseada numa qualificação ocupacional autêntica). *Price Waterhouse v. Hopkins*, 490 U.S. 228 (1988) (aliviando o ônus da prova do queixoso em alegações de discriminação sexual)

⁶⁶ 42 U.S.C. § 2000e-2 (1988)

⁶⁷ *De Santis v. Pacific Tel & Tel Co Inc.*, 608 F 2d 327, 329 (9a. Cir. 1979)

⁶⁸ Ibidem. Ver também, *Dillon v. Frank*, 58 Empl. Prac. Dec. (CCH) P. 41332 (6a. Cir. 1992), e *Carreno v. IBEW Local No. 226*, 54 Fair Empl. Prac. Cas. (BNA) 81 (D. Kan. 1990). Para uma análise mais detalhada das dificuldades enfrentadas pelos queixosos nas alegações no Título VII feitas por homossexuais, ver MARCOSSON, Samuel A.. Harassment on the Basis of Sexual Orientation a claim of sex discrimination under title VII, 81 *Geo. L. Journal* 1 (1992).

⁶⁹ 608 F.2d 327 (9a. Cir. 1979).

⁷⁰ 42 U.S.C. § 2000e-17 (1988).

⁷¹ 608 F 2d em 329.

⁷² Ibidem

⁷³ Ib

⁷⁴ 490 U.S. 228 (1989)

⁷⁵ Ibidem, p. 235

⁷⁶ 478 U.S. 186 (1986).

⁷⁷ Ver notas 8 e 12. Encontrei uma ilustração mais ou menos vívida de como as estudiosas feministas ignoraram a ligação crítica entre "direitos gays" e "direitos de mulheres", numa bibliografia sobre mulheres e estudos legais preparada pela *Iowa Law Review*. Os tópicos são arrumados nesse exemplar de modo a nunca mencionar uma subcategoria para a questão do homossexualismo como uma questão específica de "gênero". Só quatro dos aproximadamente 1 000 títulos tratavam de temas lésbicos e/ou gays, dando a impressão de que "gênero" e "homossexualismo" pouco têm a ver entre si. Ver GEORGE, Paul M. e MCGLAMERY, Susan. Women and Legal Scholarship, a bibliography, 77 *Iowa L. Review* 87, p. 87-177, 1991. Mas tratados legais feministas antigos reconhecem a crítica ligação entre homossexualismo e igualdade das mulheres. Ver MACKINNON. *Sexual Harassment*, op. cit., p. 200-06. Uma das poucas estudiosas que se referem a questões que tocam lésbicas e gays é Deborah Rhode, mas não discute diretamente a relação entre homossexualismo e teoria de gênero. Ver RHODE, op. cit..

⁷⁸ Ver notas 14 e 15

⁷⁹ 478 U.S. 186 (1986)

⁸⁰ STOLTENBERG, op. cit.

⁸¹ 846 S.W.2d 957 (Tex. Ct. App. 1993) (decisão revogada) (o departamento de polícia de Dallas não pode se apoiar numa lei de sodomia inconstitucional para impedir a contratação de uma candidata ostensivamente lésbica)

⁸² Cerca de 25 estados e o Distrito de Columbia criminalizam o homossexualismo sob vários termos, entre eles sodomia, conduta sexual imprópria, relação sexual diferente dos padrões,

crime contra a natureza, atos não naturais e lascivos, pederastia, lascívia e indecência grosseira. ROBSON, op. cit., p. 47, 58. Os estados do Texas, Montana, Missouri, Arkansas, Kansas e Tennessee aplicam suas leis de sodomia só a homossexuais, não heterossexuais. *Texas Human Rights Foundation, Morales et al v. the State of Texas Penal Code* (n.d.) (folha factual no arquivo com *Berkeley Women's Law Journal*). Tribunais em Michigan e Kentucky recentemente sustentaram ser inconstitucionais as leis de sodomia segundo as constituições estaduais. Essas decisões refutam o raciocínio da Suprema Corte em *Bowers v. Hardwick*, que decidiu assim porque, como a proibição do homossexualismo tinha "raízes antigas", não existe nenhum direito fundamental à sodomia homossexual. *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 192 (1986).

Dois tribunais comuns invalidaram o estatuto de sodomia do Texas, segundo a Constituição do Estado do Texas. Ver *Morales v. Texas*, 826 S.W. 2d 201 (Tex. Ct. Aem 1992) (petição para revisão discricionária negada). *Cidade de Dallas v. England*, 846 S.W.2d 957 (Tex. Ct. Aem 1993) (decisão revogada). A Suprema Corte de Kentucky sustentou que sua lei de sodomia viola o direito à privacidade e nega igual proteção segundo a Constituição Estadual de Kentucky. Ver *Kentucky v. Wasson*, 842 S.W.2d 487 (Ky. 1992); ver tbém. *Michigan Org. for Human Rights v. Kelley*, No. 88-815820 (Wayne County Cir. Ct., 9 de julho, 1990) (não se tomaram apontamentos).

⁸³ An. do Código Penal do Texas, § 21.06 (West 1994).

⁸⁴ Ver nota 82

⁸⁵ A política do Pentágono que resultou recentemente das negociações entre defensores dos direitos gays e os Chefes do Estado-Maior Conjunto, a 19 de julho de 1993, foi um compromisso. Depois que o Presidente Clinton anunciou, em fins de janeiro de 1993, que pretendia cumprir sua controvertida promessa de campanha, de acabar com todas as proibições ao serviço militar de gays e lésbicas, os vários clamores dos militares, governo e o público foram opressivos. Ver, p ex., Chefe do Pentágono Adverte Clinton sobre a Política Gay *N. Y. Times*, 25/01/1993, SCHMITT, Eric. Chefes do Estado-Maior Conjunto Combatem o Plano de Clinton de Permitir Homossexuais nas Forças Armadas *N. Y. Times*, 23/01/1993; BALZAR, John Por Que Os Americanos Temem os Gays? *L. A. Times*, 4/02/1993; SCHMITT, Eric. Meses Depois da Ordem Sobre a Proibição Gay, os Militares Ainda Resistem a Clinton. *N. Y. Times*, 23/03/1993; TRAINOR, Bernard E. e CHASE, Eric L. Mantenha Os Gays Fora. *N. Y. Times*, 29/03/1993

A velha política tornou amplamente o "homossexualismo". Incompatível com o serviço militar" e definiu o homossexual como "uma pessoa, independente de sexo, que pratica, deseja praticar, ou tem intenção de praticar atos homossexuais" 32 C.F.R., app. A, P.H (1992). A nova política diferencia intencionalmente a identidade homossexual da conduta homossexual, e assegura que os candidatos ao serviço militar não mais sejam indagados sobre sua orientação sexual. Mas serão informados de que a conduta homossexual, dentro ou fora da base, continua proibida pelas forças armadas. Há inúmeros duplos sentidos na nova política; as investigações estritamente com a finalidade de determinar a orientação sexual não são mais permitidas, e esta não é mais uma base de separação a não ser que haja prova de conduta homossexual. Enquanto isso, o ato homossexual é definido para incluir uma declaração de que o membro é homossexual ou bissexual. Ver As Novas Diretrizes do Pentágono sobre os Homossexuais nas Forças Armadas *N. Y. Times*, 20/07/1993. Para um resumo excelente das implicações absurdas sobre as justificativas das forças armadas para a política antiga, ver STIEHM, Judith Hicks. Managing the Military's Homosexual Exclusion Policy, text and subtext, 46 *U. Miami L. Review* 685 (1992).

⁸⁶ BALZAR, op. cit., p. A14.

⁸⁷ Ver STOLTENBERG, op. cit.. Ver tbém BOSWELL, John Eastburn. Jews, Bicycle Riders and Gay People: the determination of social consensus and its impact on minorities, 1 *Yale Journal of L. & Human*, p. 205-224-25, 1989

⁸⁸ Em novembro de 1992, 53% dos eleitores no estado do Colorado aprovaram a Emenda 2, que proibia medidas antidiscriminatórias promovendo direitos iguais para lésbicas, gays e bissexuais. A 15 de janeiro de 1993, dia em que o Governador Romer ia assinar a Emenda, o Juiz do Distrito Federal, Jeff Bayless, editou uma ordem impedindo que ela entrasse em vigor. O Juiz Bayless identificou dois argumentos em favor da ordem, (1) A Emenda 2 afeta em termos inadmissivelmente inconstitucionais uma classe identificável visando mais o status que à conduta; e, (2) a Emenda 2 é inconstitucional porque exercerá poder governamental para sancionar preconceitos individuais contra a população gay e interferir em seu direito fundamental de buscar reparação para os efeitos do fanatismo sobre a discriminação.

habitacional, trabalhista e crimes odiosos. Ver LESBIAN AND GAY LAW ASSOCIATION OF GREATER N.Y., *Lesbian and Gay Law Notes*, p. 1 (02/1993). Emendas semelhantes apareceram no Oregon. Embora uma medida de âmbito estadual tenha fracassado no Oregon, duas cidades e quatro condados aprovaram proibições locais. A legislação do estado respondeu decretando uma proibição contra essas medidas locais. Legisladores do Oregon Proibem Votos Locais sobre Preconceito Gay *N. Y. Times*, 30/07/1993

⁸⁹ 852 P.2d 44, p. 60-62 (How 1993).

⁹⁰ *Ibidem*, p. 60-61

⁹¹ *Ib* , P. 61.

⁹² 388 U S. 1 (1967).

⁹³ 852 P 2d, p. 62.

⁹⁴ Ver LITTLETON, Christine, op. cit ; MINOW, op. cit., JAGGAR, op. cit , p 239-54, SCOTT, op. cit , p 167-77 (discutindo o caso *Sears*).

⁹⁵ Ver p ex , *Goesaert v. Cleary*, 335 U S. 464 (1948). *Radice v. Nova Iorque*, 264 U S. 292 (1924); *Muller v. Oregon*, 208 U S. 412 (1908).

⁹⁶ Ver p ex , *Craig v. Boren*, 429 U S 190 (1924).

Uma história padrão da lei de discriminação descreve como a Corte esboçara um padrão intermedio de escrutínio anterior rejeitando a idéia clássica de "suspeição" e escrutínio judicial restrito por causa de uma luta política contemporânea sobre a aprovação de uma Emenda de Iguals Direitos. Ver, p. ex., *Frontiero v. Richardson*, 411 U S 677 (1973) (Juiz Powell concordando) (afirmando que uma categorização judicial como essa seria prematura à luz da ERA - Emenda de Iguals Direitos - pendente) Mas em *Frontiero* os Juízes Brennan, Marshall, Douglas e White iriam julgar sexo como uma categoria inherentemente suspeita, ordenando escrutínio judicial estrito. A justificação mais restrita prevaleceu pela década de 80 adentro. Ver *Universidade para Mulheres do Mississippi v. Hogan*, 458 U S 718 (1982)

⁹⁷ A teórica legal feminista Herma Hill Kay observa que o conceito de "minoria" se desenvolveu no litígio de discriminação com base no sexo como um fruto da teoria assimilaçãoista da não-discriminação. A teoria assimilaçãoista supõe que as partes que são diferenciadas (e injustamente tratadas) estão em situação semelhante. O modelo funcionou a princípio nos casos de discriminação em que homens e mulheres estavam claramente em "situação semelhante" Ver p ex , *Reed v. Reed*, 404 U S 71, 1971 (abordando o direito de atuar como executor de uma propriedade) Mas, como observa corretamente Kay, é muito difícil acomodar o princípio de antidiscriminação baseado no conceito da minoria nos casos em que as diferenças baseadas em sexo simplesmente não podem ser ignoradas. KAY, Herma Hill. *Sex-Based Discrimination: cases and materials*, p 566-67 (3^a ed , 1988).

Nesta década, as teóricas feministas e outros progressistas precisam contestar os paradigmas existentes para garantir igualdade, de modo a que as estruturas antigas não reforcem, mas antes eliminem, os entrincheirados padrões de discriminação. A retórica da antidiscriminação tem de ser ampliada e tornar-se compatível com as idéias tradicionais de discriminação que ingenuamente insistem numa teoria de igualdade, que vê as vítimas hipotéticas como em "situação semelhante". Essas perspectivas zombam da realidade social das complexas relações de poder que têm beneficiado homens brancos da classe média, e que são sutilmente perpetuadas através de inconfundíveis padrões de exclusão e discriminação sexuais, raciais, étnicos e culturais. No mínimo, a teoria legal feminista tem de enfatizar: (1) a política pública subjacente em toda a lei antidiscriminação, (2) a relevância de atitudes históricas na desconstrução de padrões de racismo e sexism; e (3) o direito dos indivíduos de fortalecer-se social e politicamente, por meios não violentos e não prejudiciais, e de viver livres do medo da violência ligada ao preconceito e da discriminação desnecessária.

⁹⁸ Reed, 404 U.S., p. 75.

⁹⁹ Ver nota 96.

¹⁰⁰ *Ibidem* .

¹⁰¹ A teoria feminista afirma que a tendência a classificar tudo, em nossa tradição legal, manifesta uma necessidade social e cultural de hierarquizar. Recentemente, algumas teóricas feministas afirmaram que mesmo os padrões de pensamento no discurso acadêmico estão

infundidos de uma força (masculina) "androcrática". Ver p. ex., EISLER, Riane. *The Chalice and the Blade*, p. 104-06, 1987 (argumentando que a maneira como os teóricos de todos os tipos, incluindo os estudiosos legais, vêem a "diferença" é em grande parte produto de dois modelos de análise para entender a diversidade humana. A "androcracia" enaltece características e valores "masculinos", como competição, agressão e poder, enquanto a "gilania" valoriza qualidades "femininas" como cuidar, partilhar, relacionamentos e paz).

Nosso próprio sistema de valor dominante parece inserir-se no paradigma masculinizado de dominação. Esse sistema androcrático valoriza a competição, hierarquia e classe em praticamente todos os aspectos de como vemos o mundo, em nossas relações e na maneira que estruturamos nossas instituições. Em contraste, outras culturas, entre elas as americanas-nativas, têm sistemas de valor "gilânicos" de paz, relacionamento e nutrição.

Nesse sentido, as teóricas legais feministas têm questionado vigorosamente cada ângulo das tendências masculinizadas na análise legal. Ver p ex , SCALES, Ann C. *The Emergence of Feminist Jurisprudence: an essay*, 95 *Yale L Journal* 1373 (1986). Ver tbém. MOSSMAN, Mary Jane. *Feminism and legal Method: the difference it makes*. In: FINEMAN, Martha Albertson e THOMADSEN, Nancy Sweet (ed.), *At the Boundaries of law: feminism and Legal Theory*, p. 283-300, 1991 (daqui em diante, *At the Boundaries*); MINOW, Martha. *Making all the Difference: inclusion, exclusion and american law*, p. 1-11, 1990; CRENSHAW, op. cit., p 167.

¹⁰² 417 U S. 484 (1974)

¹⁰³ 417 U S. , p. 429-97 (1974).

¹⁰⁴ *General Electric v. Gilbert*, 429 U S. , p. 125, 145 (1976)

¹⁰⁵ Ver p. ex., *E E O C. v Sears, Roebuck & Co* , 648 F. Supp. 1264 (N.D. Ill. 1968), *aff'd*, 839 F.2d 302 (7^a. Cir. 1988); *California Fed Sav. & Loan v. Guerra*, 479 U S. 272 (1987)

¹⁰⁶ Ver nota 12.

¹⁰⁷ Ver nota 12.

¹⁰⁸ Ver notas 38-41.

¹⁰⁹ SCOTT, op. cit., p 1-11; JAGGAR, op. cit..

¹¹⁰ GILLIGAN, Carol. *In a Different Voice* 25, 1982. A teoria de Gilligan, de uma "voz diferente" ou "ética de solidariedade" no desenvolvimento moral, pode ser reformulada como a necessidade de reconhecer que o ponto de vista pessoal ("culpa moral") é adequado na tomada de decisões morais, e que as maiores dificuldades surgem para o ator moral (ou sociedade) quando alguém supõe que todas as escolhas podem ser feitas confiando-se estritamente em "princípios" abstratos, ou critérios de adequação moral. Ver ADLER, Jonathan E. *Moral Development and the Personal Point of View*. In: KITAY, Eva Feder e MEYERS, Diana T. (ed.), *Women and Moral Theory*, p. 205-28, 1987.

Na profissão legal, a teoria de uma voz diferente, de Gilligan, tem apoiado a convocação geral de que os problemas éticos dos advogados também precisavam ser inseridos no contexto social de "solidariedade". Ver, p ex , DUBOIS, Ellen C. et. al. *Conversations, Feminist Discourse, Moral Values, and the Law - a conversation*, 34 *Buff L. Review* 11, 1985, MENKEL-MEADOW, Carrie Portia in *A Different Voice: speculations on a women's lawyering process*, 1 *Berkeley Women's L. Journal* 39 (1985), CAHN, Naomi R. *A Preliminary Feminist Critique of Legal Ethics*, 4 *Geo. Journal of Legal Ethics* 23, 1990, NODDINGS, Nel. *Ethics from the Standpoint of Women*. In: *Theoretical Perspectives on Sexual Difference*, op. cit., p 160-73

¹¹¹ CRENSHAW, nota 13

¹¹² Ibidem, p 150-52.

¹¹³ Ib , p. 140.

¹¹⁴ Ib., p. 140-42.

¹¹⁵ Ib.

¹¹⁶ Ib., p. 149

¹¹⁷ Ver em geral, BAIRD, Robson M. et al (ed.), *Bigotry, Prejudice and Hatred. Definitions, Causes and Solutions*, p. 13, 1992; GILMAN, Sander I. *Difference and Pathology. stereotypes of sexuality, race and madness*, p 15-18, 1985.

¹¹⁸ Um exemplo disso está no Título VII da Lei dos Direitos Civis de 1964 42 U.S.C. § 2000-3 (1988)

¹¹⁹ HALLEY, op. cit.; ARRIOLA, op. cit..

¹²⁰ Ver notas 51-53

¹²¹ Ver nota 24.

¹²² Ronald Dworkin dá uma resposta filosófica concisa ao apelo bergeriano a uma interpretação historicista e literal da Quarta Emenda. Ver DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*, p. 360-63, 1986. Ver em geral NELSON, William E., *The Fourteenth Amendment: from political principle to judicial doctrine*, 1988.

¹²³ Ver nota 37.

¹²⁴ Ver Bakke 438 U.S., em 290 (1977). (J. Powell) ("Nem sustentou esta Corte que discrição e insularidade constituem condições para a defesa de que uma classificação particular é hostil").

¹²⁵ DAVIS, Flora. *Moving the Mountain: The women's movement in America since 1960*, 1990, p. 259-71.

¹²⁶ ROBSON, nota 7, p. 11.

¹²⁷ Ibidem, p. 47-57

¹²⁸ Ver p. ex., ROBSON, op. cit., ROBSON, Ruthann e VALENTINE, S. E., *Lov(H)ers Lesbians as Intimate Partners and Lesbian Legal Theory*, 63 *Temple L. Review* 511, p. 1990, ETTELBRICK, Paula. *Who Is a Parent? The need to develop a lesbian conscious family law*, 10 *N.Y. L. Sch. Journal of Human Rights*, 1993

¹²⁹ ROBSON, op. cit., p. 21-22.

¹³⁰ Ibidem, p. 20-21.

¹³¹ Ib.

¹³² Ver parte I deste trabalho

¹³³ Um quadro histórico mais complexo do papel das mulheres na legislação e política derruba esse último argumento. D'EMILIO e FREEDMAN, op. cit., p. 27-28.

¹³⁴ ROBSON, op. cit., p. 21-23; ver também nota 14.

¹³⁵ Ver FAJER, op. cit.; SCOTT, *Deconstructing Equality*, op. cit., p. 143-44.

¹³⁶ Vejo-me num aperto com essas afirmações. Embora veja grande parte da categorização na teoria legal como não de todo significativa, pois as construções que imaginamos e seus significados em geral complementam circunstâncias sociais, políticas e econômicas contemporâneas, não vejo todas as categorias como sem sentido. Algumas são placas indicadoras úteis para a teoria e análise legais. Essa utilidade permite que teóricas como Ruthann Robson sugiram uma teoria legal "só de lésbicas". Como "lésbica" é um subgrupo da categoria "mulher", e na linguagem da construção social a mulher é uma categoria totalmente inventada da existência humana, fixada no sexo "feminino" biológico, então a teoria para lésbicas vale tanto quanto uma teoria "feminista" para mulheres. Claro, para tudo isso funcionar, tem-se de admitir que (1) há um significado básico para o termo "lésbica" que não tem nenhuma relevância para mulheres; e (2) que o heterossexismo é totalmente irrelevante para a opressão das lésbicas. Neste ponto, discordo profundamente. Cf. HOAGLAND, Sara Lucia. *Why Lesbian Ethics?* 7 *Hypatia* 195, 1992.

Além disso, a experiência da opressão "lésbica" pode incidir sobre as que se vêem como lésbicas e as que não, i.e., as que por circunstâncias se descobrem "lésbicas espancadas" e discriminadas por ameaçarem o poder masculino heterossexista. Ver, p. ex., BENECKE, Michelle M. e DODGE, Kristin S., *Military Women in Nontraditional Job Fields: casualties of the armed forces' war on homosexuals*, 13 *Harv. Women's L. Journal* 215, 1990 (argumentando que as heterossexuais não escapam da discriminação baseada no lesbianismo, quando contestam o molestamento sexual por colegas homens e/ou ingressam em campos de trabalho de dominação tradicional masculina). Assim, retornando às origens da opressão, resta-nos o fato de que a identidade lésbica é menos importante para fins de reconhecer a opressão à lésbica do que é para a opressão e/ou sua origem: heterossexismo e o poder desenfreado dos homens sobre as mulheres.

¹³⁷ MINOW, Martha. *Beyond Universality*, 1989. *U. Chi. Legal F.* 115, p. 129-30.

¹³⁸ LORDE, Audre. The Master's Tools Will Never Dismantle the Master's House. In: MORAGA, Cherrie e ANZALDUA, Gloria (ed.), *This Bridge Called my Back*, p. 98-100, 1983

¹³⁹ RICH, nota 61.

¹⁴⁰ Ver nota 55.

¹⁴¹ Ver notas 96-112

¹⁴² Ver BENECKE e DODGE, op. cit., p. 234-35.

¹⁴³ Ver notas 4 e 6.

¹⁴⁴ BOSWELL, John. *Christianity, Social Tolerance and Homosexuality*, p. 42-46, 1980.

¹⁴⁵ O teórico social Jeffrey Weeks oferece uma das mais provocantes opiniões sobre a legitimização da sexologia e a crença persistente em que o debate de natureza/educação é uma investigação válida na "ciência do desejo". Alternativamente, alguém poderia ver essas investigações como resultado de atitudes sociais em mudança sobre sexo e reprodução, oscilando junto com a mudança de padrões econômicos e políticos. A Sexologia, e os conceitos e investigações a ela ligados (p. ex. tentar descobrir as origens genéticas do "desvio homossexual"), são realmente instáveis sob a rubrica "tecnologia de controle". No entanto, Weeks argumenta, a pesquisa genética é poderosa e fascinante. Ele acredita que sua atração está em ajudar pessoas a reassegurar-se de que são "normais." Também seu âmbito arrasador gera explicações fáceis para toda experiência humana que conhecemos e invejosamente aceitamos como imprevisível - tudo, da agressão e violência ao desejo inato de ser bom. A alegação de "natureza" no contexto sexual, assim, passa a ser ao mesmo tempo a verdade do nosso ser e um "corredor de espelhos", tornando o tema da "sexualidade moderna" um corpo de conhecimento veementemente contestado e explorado. O resultado final é um tópico ("natureza sexual humana") complexo, nobre, sombrio e histórico, tornando quase tudo o que "sabemos" sobre ele básica e absolutamente irrelevante para a natureza. Ver WEEKS, op. cit., p. 61-63. ver tbém. VANCE, Carol S.. *Gender Systems, Ideology and Sex Research*. In: *Powers of Desire*, op. cit., p. 371 (argumentando que os pesquisadores e educadores de sexo contemporâneos se preocupam tanto com o liberalismo sexual que ignoram como atitudes não históricas e míticas influenciam seus próprios modelos de pesquisa sexológica e perpetuam crenças questionáveis como a teoria da seleção natural, "normalidade", "desvio" homossexual, agressão masculina, passividade feminina, promiscuidade masculina gay e a ausência de paixão lésbica), cf DICKEMAN, Mildred. *Reproductive Strategies and Gender Construction: an evolutionary view of sexualities*, 24 *Journal of Homosexuality* 55, 1993 (teorias genéticas sobre os vários motivos e estilos de homossexualismo são biologicamente indefensáveis e historicamente inadequados, em vez disso, o comportamento homossexual é simplesmente um meio de controlar a reprodução).

¹⁴⁶ D'EMILIO, John. *Capitalism and Gay Identity*. In: *Powers of Desire*, op. cit.; ver tbém. WEEKS, op. cit., p. 185-95

¹⁴⁷ ARRIOLA, op. cit..

¹⁴⁸ Ver nota 51

¹⁴⁹ Ver nota 145.

¹⁵⁰ FAJER, op. cit.; ver tbém ARRIOLA, Elvia R. *Coming Out and Coming to Terms with Sexual Identity*, 68 *Tul L. Review* 238, 1993 (resenha de livro)

¹⁵¹ Para uma discussão dos papéis de homens e mulheres segundo a ideologia de "esferas separadas", ver DEGLER, Carl N. *At Odds, women and the family in America from the revolution to the present*, p. 26-85, 1980. BAKER, Paula. *The Domestication of Politics: women and american political society, 1780-1920*. In: DUBOIS, Ellen C. e RUIZ, Vicki L. (ed.), *Unequal Sisters: a multicultural reader in U.S. women's history*, p. 66-91, 1990. SMITH-ROSENBERG, Carroll. *Beauty, the Beast and the Militant Woman: a case study in sex roles and sexual structures in jacksonian America*, 23 *Am. Q.* 562, 1971. WELTER, Barbara. *The Cult of True Womanhood, 182-1860*, 18 *AM Q.* 151, 1966

¹⁵² BLUMENFELD, Warren J.. *Squeezed Into Gender Envelopes*. In: _____ (ed.), *Homofobia: how we all pay the price*, p. 23-28, 1992 (daqui em diante Homofobia)

¹⁵³ Em março de 1992, falei num simpósio sobre mulheres e violência patrocinado pelo *Texas Journal of Women and the Law* e defendi essa opinião em meus comentários finais. Minha opinião de que o “feminismo” se tornara uma palavra nojenta baseava-se em inúmeros comentários feitos nos últimos anos por moças, algumas de minhas alunas ou conhecidas sociais, que refletiam a confusão profunda sobre o que significa ser “feminista”. Eu sabia que meu comentário perante uma platéia de mais de 150 pessoas, a maioria mulheres, ensejaria uma resposta. Não me supreendi, portanto, quando uma jovem se levantou e declarou que viera àquela conferência para aprender como devia trabalhar com problemas de mulheres, mas não era “feminista” nem precisava desse rótulo para se sentir autorizada. Essa mudança social de atitudes prova a fragilidade de nossas lembranças culturais. As jovens esquecem que só têm autorização para falar, participar, e receber uma educação nos campos não convencionais porque o movimento feminista trabalhou para derrubar barreiras que essas jovens não enfrentam mais. Desde então, conclui que Susan Faludi tem razão, mas uma vez sofremos uma lavagem cerebral. Ver em geral FALUDI, Susan. *Backlash: the undeclared war against feminism*, 1991

¹⁵⁴ *Price Waterhouse v. Hopkins*, 490 U S 228 (1989).

¹⁵⁵ *Rabidue v. Osceola Ref. Co*, 805 F.2d 611 (6^a. Cir 1986)

¹⁵⁶ *Price Waterhouse v. Hopkins*, 490 U S, em 235

¹⁵⁷ *De Santis v. Pacific Tel & Tel Co.*, 608 F.2d 327 (9^a. Cir, 1979).

¹⁵⁸ Ver em geral FAJER, op. cit., Ver tbém. THOMPSON, Cooper *On Being Heterosexual in a Homophobic World*. In: *Homofobia*, op. cit., p. 235-48 (argumentando que a homofobia não “opõe” os heterossexuais, mas os fere, e que todos os homens, gays ou não gays, têm de ajustar seu comportamento público ou ver-se potencialmente atacados fisicamente por sair de seus papéis sexuais “corretos”)

¹⁵⁹ A homofobia cultural, portanto, desestimula o comportamento social que parece ameaçar a estabilidade dos papéis genéricos heterossexuais. Esses duplos padrões normativos de comportamento social e sexual constróem a imagem de um homem gay como anormal porque ele se desvia do papel genérico masculino, submetendo-se a um ato sexual com outro homem. As relações masculinas gays ameaçam ainda mais os papéis genéricos existentes, pois substituem as dinâmicas tradicionais de competição e agressão entre homens por atributos como amor, compartilhar, piedade e intimidade. Ver STOLTENBERG, op. cit.; Ver tbém ELZE, Diane. *If Has Nothing To Do With Me*. In: *Homofobia*, op. cit., p. 95-113.

¹⁶⁰ Em nossa cultura, qualquer coisa pode se tornar a origem de diferenciação entre indivíduos, originando sua inserção em grupos sociais arbitrários (p.ex., dieta, cor do cabelo, peso, inteligência, educação, faculdade, que tipo de diploma, ter um carro, ou dirigir motos, camionetas etc.) A lei desempenha um papel mínimo no apontar a gama de preconceitos, normalizando só aquele tipo de discriminação reconhecido como mais injusto e danoso. Às vezes, a origem da animosidade discriminatória recai em outras categorias amplamente definidas. Ver p ex., *Laffey v. Northwest Airlines, Inc.*, 567 F.2d 429 (D.C. Cir 1976) (restrições de peso impostas a mulheres mas não a homens)

¹⁶¹ Ver notas 111-16.

¹⁶² 441 F. Supp 459 (E.D. Mich.1977)

¹⁶³ Uma breve descrição dos fatos é mostrada na decisão do tribunal do distrito. 441 F. Supp. em 460. Uma discussão mais completa e obrigatória, baseada nas transcrições do tribunal está contida em MACKINNON. *Sexual Harassment*, op. cit., p. 73-74

¹⁶⁴ 441 F. Supp., p. 466-67

¹⁶⁵ Até onde sei, este é um termo novo. Simplesmente incorpora as idéias de outros teóricos e estudiosos, argumentando que o anti-homossexualismo repousa na estereotipagem. Ver FAJER, op. cit., p. 617; STOLTENBERG, op. cit.

¹⁶⁶ COLKER, Ruth. Feminismo, Sexuality and Authenticity. In: *At the Boundaries*, op. cit., p. 135-47.