
DISCRIMINAÇÃO RACIAL E AÇÕES AFIRMATIVAS NO ACESSO À EDUCAÇÃO: BREVE DESCRIÇÃO DE CASOS EMBLEMÁTICOS APRECIADOS PELA SUPREMA CORTE AMERICANA

*RACIAL DISCRIMINATION AND AFFIRMATIVE ACTION IN THE
ACCESS TO EDUCATION: A BRIEF PRESENTATION OF U.S. SUPREME
COURT DECISIONS IN SOME EMBLEMATIC CASES*

*Gustavo Caldas Guimarães de Campos
Procurador da Fazenda Nacional
Mestre pela Universidade de Coimbra*

SUMÁRIO: Introdução; PARTE I – DISCRIMINAÇÃO RACIAL E SEGREGAÇÃO; 1 Plessy v. Ferguson (163 U.S. 537) - 1896; 1.1 Os fundamentos utilizados pela Suprema Corte; 1.2 O caso Plessy e a doutrina Jim Crow; 2 Brown v. Board of Education of Topeka (347 U.S. 483) - 1954; 2.1 A importância do caso Brown; PARTE II – AÇÕES AFIRMATIVAS NO ACESSO À EDUCAÇÃO; 3.1 Os fundamentos utilizados pela Suprema Corte; 3 Regents of the University of California v. Bakke (438 U.S. 265) – 1978; 3.2 Os parâmetros estabelecidos no caso Bakke; 4. Grutter v. Bollinger et al. (539 U.S. 306, 328) - 2003; 4.1 Os fundamentos utilizados

pela Suprema Corte; 5 Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District (n.º 05-908) – 2007; e Meredith, Custodial Parent and Next Friend of McDonald v. Jefferson County Board of Education et al (n.º 05-915); 5.1 Os fundamentos utilizados pela Suprema Corte; 6 Ações afirmativas como medidas compensatórias; 7 Conclusão; Referências

RESUMO: O artigo descreve algumas decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos da América a respeito de discriminação racial e ações afirmativas no acesso à educação. Foram analisados os seguintes casos emblemáticos: Plessy v. Ferguson, de 1896; Brown v. Board of Education of Topeka, de 1954; Regents of the University of California v. Bakke, de 1978; Grutter v. Bollinger et al., de 2003; e Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District, de 2007. A apresentação dos precedentes em ordem cronológica permite a análise da evolução do pensamento da Suprema Corte, que inicia com a consagração da doutrina “separados, mas iguais”, em Plessy, passa pela consciência de que a segregação, em si, tinha um efeito nocivo sobre as crianças negras, sendo interpretada como inferioridade racial, em *Brown*, até estabelecer os limites da utilização da raça como critério para admissão ou transferência de alunos em escolas e universidades.

ABSTRACT: The article describes some of the U.S Supreme Court decisions regarding affirmative action and racial discrimination in the access to education. The following emblematic cases were analyzed: Plessy v. Ferguson, 1896; Brown v. Board of Education of Topeka, 1954; Regents of the University of California v. Bakke, 1978; Grutter v. Bollinger et al. 2003; and Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District, 2007. The chronological presentation of precedents allows the analysis of the evolution of thought of the Supreme Court, which begins with the statement of the doctrine of “separate but equal” in Plessy; passes through the awareness that segregation itself had harmful effects on black children, being interpreted as racially inferior, in Brown; and finally sets the limits on the use of race as a criterion for admission or transfer students in schools and universities.

PALAVRAS-CHAVE: Discriminação Racial. Ações Afirmativas. Precedentes. Suprema Corte. Estados Unidos.

KEYWORDS: Racial Discrimination. Affirmative Action. U.S. Supreme Court decisions.

INTRODUÇÃO

Esse artigo descreve alguns julgamentos emblemáticos da Suprema Corte Americana sobre discriminação racial e ações afirmativas. A escolha dos precedentes levou em consideração a relevância e a possibilidade de, a partir deles, entender a jurisprudência americana sobre o tema.

Por questões metodológicas ou opção do autor, deixaram de ser abordados diversos outros julgamento relevantes em matéria de discriminação racial. Os casos selecionados, contudo, permitem a análise da evolução da jurisprudência da Suprema Corte nas questões raciais, especialmente quando envolvem acesso à educação pública.

O artigo inicia pelo célebre caso *Plessy v. Ferguson* (de 1896), passa pelo não menos famoso *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954), continua com *Regents of the University of California v. Bakke* (1978), em seguida passa por *Grutter v. Bollinger et al.* (2003); e termina com *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District* (2007).

A apresentação dos precedentes em ordem cronológica permite a análise da evolução jurisprudencial, desde a consagração da doutrina “separados, mas iguais” até a discussão sobre a legitimidade das ações afirmativas e os limites da utilização da raça como critério para admissão ou transferência de alunos em escolas e universidades.

PARTE I – DISCRIMINAÇÃO RACIAL E SEGREGAÇÃO

PLESSY V. FERGUSON (163 U.S. 537) - 1896

Em *Plessy v. Ferguson*, julgado em 1896, a Suprema Corte analisou a validade de lei do Estado da Louisiana, de 1890, que exigia que as empresas ferroviárias de transporte de passageiros provesses acomodações iguais, mas separadas, para brancos e não-brancos. A lei previa a imposição de multa e de pena de prisão, por até 20 dias, aos passageiros que insistissem em permanecer em vagão ou compartimento diverso daquele destinado à sua raça.

O autor da ação, *Plessy*, era cidadão americano de ascendência mista (branca e negra) e, por ocupar assento em vagão reservado a brancos, foi expulso do trem e conduzido à prisão.

Ao ser processado, *Plessy* alegou a inconstitucionalidade da lei estadual que impunha acomodações separadas para brancos e

não-brancos, por ofensa à 13^a Emenda, que veda a escravidão¹, e à 14^a, que reconhece os direitos à igual proteção da lei e ao devido processo legal².

1.1 OS FUNDAMENTOS UTILIZADOS PELA SUPREMA CORTE

O Juiz Henry Billings Brown afastou a alegação de afronta à 13^a Emenda, pois, no caso em debate, não se tratava de escravidão, ou seja, de servidão involuntária a um senhor, de um direito de propriedade exercido por uma pessoa sobre outra. De acordo com Brown, uma lei que estabelecesse uma distinção entre brancos e não-brancos (*colored races*) não destruiria a igualdade entre as duas raças, nem restabeleceria um estado de escravidão.

Em relação à 14^a Emenda, o Juiz Brown, apesar de ter reconhecido que ela impunha a igualdade entre as raças, afirmou que não teria sido abolida a distinção baseada na cor. Segundo Brown, as leis que instituíam a separação das raças não implicariam necessariamente a inferioridade de uma em relação a outra. Citou como exemplo as leis que estabeleciam escolas separadas para crianças brancas e não-brancas, que à época eram consideradas válidas inclusive pelas Cortes de estados que mais reconheciam os direitos dos negros.

Trecho do voto proferido pelo Juiz Brown denota a ideologia predominante na Suprema Corte da época, que conferia enorme peso à liberdade contratual, ao passo que demonstrava pouca preocupação com a igualdade racial. De fato, o juiz afirmou que se poderia considerar que as leis que proibiam o casamento inter-racial³ interferiam na liberdade de contratar, mas, ainda assim, essas normas estavam sendo

1 "Amendment XIII - Section 1. Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction."

2 "Amendment XIV- Section 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws."

3 Roberta Fragoso Kaufmann transcreve ementa de lei do Estado da Florida que proibia o casamento inter-racial: "Casamentos entre Raças – Todos os casamentos entre uma pessoa branca e um negro ou então entre uma pessoa branca e um negro descendente até a quarta geração, inclusive, são por meio desta lei para sempre proibidos" (*Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 138).

universalmente reconhecidas como válidas, por estarem dentro da autonomia legislativa dos estados⁴.

A proteção conferida pela Suprema Corte à liberdade contratual, em detrimento de outros valores, ficaria ainda mais clara em 1905, quando o Juiz Brown acompanhou a maioria no emblemático caso *Lochner v. New York*, em que se decidiu que a liberdade contratual impediria que um estado (no caso, Nova Iorque) editasse leis limitando a jornada de trabalho⁵.

Por outro lado, deve ser destacada a manifestação do Juiz John Marshall Harlan, que partia de premissas absolutamente distintas das de seu colega Brown. O voto divergente, com base na 13^a, na 14^a e na 15^a Emendas⁶, afirmava que a Constituição Americana não reconhecia nenhuma raça como superior ou dominante e que impunha a igualdade de todos os cidadãos perante a lei⁷.

Prevaleceu o entendimento do Juiz Brown, que consagraria a doutrina “separados, mas iguais”. A essa altura (1896), portanto, a Suprema Corte reconhecia a igual proteção da lei a brancos e não-brancos, mas entendia que a Constituição não teria abolido a distinção baseada na cor da pele⁸. Assim, declarou constitucional a lei da Louisiana,

4 Transcrevo a passagem do voto: “Laws forbidding the intermarriage of the two races may be said in a technical sense to interfere with the freedom of contract, and yet have been universally recognized as within the police power of the State. *State v. Gibson*, 36 Indiana 389.”

5 198 U.S 45. Extrai-se da decisão: “Section 110 of the labor law of the State of New York, providing that no employes shall be required or permitted to work in bakeries more than sixty hours in a week, or ten hours a day, is not a legitimate exercise of the police power of the State, but an unreasonable, unnecessary and arbitrary interference with the right and liberty of the individual to contract in relation to labor, and, as such, it is in conflict with, and void under, the Federal Constitution.”

6 A 15^a Emenda garantia o direito de voto, independentemente de raça, cor ou anterior estado de servidão.

7 Confira-se trecho do voto divergente: “The white race deems itself to be the dominant race in this country. And so it is in prestige, in achievements, in education, in wealth and in power. So, I doubt not, it will continue to be for all time if it remains true to its great heritage and holds fast to the principles of constitutional liberty. But in view of the Constitution, in the eye of the law, there is in this country no superior, dominant, ruling class of citizens. There is no caste here. Our Constitution is color-blind, and neither knows nor tolerates classes among citizens. In respect of civil rights, all citizens are equal before the law. The humblest is the peer of the most powerful. The law regards man as man, and takes no account of his surroundings or of his color when his civil rights as guaranteed by the supreme law of the land are involved. It is therefore to be regretted that this high tribunal, the final expositor of the fundamental law of the land, has reached the conclusion that it is competent for a State to regulate the enjoyment by citizens of their civil rights solely upon the basis of race.”

8 De acordo com Brown, “The object of the amendment was undoubtedly to enforce the absolute equality of the two races before the law, but, in the nature of things, it could not have been intended to abolish distinctions based upon color, or to enforce social, as distinguished from political, equality, or a commingling of the two races upon terms unsatisfactory to either. Laws permitting, and even requiring,

por entender que brancos e negros tinham acesso ao mesmo tipo de acomodação nos trens (às mesmas “facilidades”), ainda que tivessem que utilizá-las separadamente.

1.2 O CASO PLESSY E A DOCTRINA JIM CROW

À época do julgamento do caso Plessy, 1896, a segregação entre negros e brancos estava institucionalizada em diversos estados americanos, notadamente os do sul. Os negros eram impedidos de votar, de ter propriedades, de testemunhar, de frequentar as mesmas escolas e restaurantes dos brancos⁹. De acordo com Burnham¹⁰:

Especially in the Southern states, laws and a multitude of customary practices that accompanied them operated to perpetuate an entire separate system of inferior schools, housing, churches, business, transportation, and hotels. A black person seeking to find a place to eat would have to find a “black” eating place. Public restrooms were divided into “Men”, “Women”, and “Colored”.

Essa política segregacionista recebeu o nome de “sistema Jim Crow”, numa referência a um personagem criado por um artista branco, pintado de preto, que imitava, de forma caricatural e depreciativa, os negros do sul¹¹.

Foi nesse contexto de verdadeiro *apartheid* que a Suprema Corte decidiu pela constitucionalidade da lei do Estado da Louisiana que impunha acomodações iguais, mas separadas, para brancos e negros nos transportes ferroviários de passageiros.

Na análise de Cass Sustein¹², a Suprema Corte teria interpretado que a igualdade de que trata a 14^a Emenda não atingiria a esfera social

their separation in places where they are liable to be brought into contact do not necessarily imply the inferiority of either race to the other, and have been generally, if not universally, recognized as within the competency of the state legislatures in the exercise of their police power. The most common instance of this is connected with the establishment of separate schools for white and colored children, which has been held to be a valid exercise of the legislative power even by courts of States where the political rights of the colored race have been longest and most earnestly enforced.”

9 Cfr. Kaufmann, Roberta Fragoso. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 136 e ss..

10 BURNHAM, William. *Introduction to the law and legal system of the United States*. Fourth Edition, Thomson/West, 2006. p. 347.

11 Cf. Sarmento, Daniel. *Livres e iguais*: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 157.

12 SUSTEIN, Cass R. *A Constituição parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 51 e ss.

(educação, transportes etc.), que seria autônoma ou imune à lei. A decisão, portanto, refletiria a ideia de que “a esfera social é a arena da interação voluntária e da livre escolha”¹³ e que a segregação racial seria neutra, não representando um agir estatal. No mesmo sentido, Bruce Ackerman destaca que o Juiz Brown “parece negar que a lei contribua para a construção da realidade social”¹⁴.

A decisão da Suprema Corte acabou por legitimar não só a segregação nos trens, como em todos os demais espaços públicos, consolidando o sistema Jim Crow.

2 BROWN V. BOARD OF EDUCATION OF TOPEKA (347 U.S. 483) - 1954

O caso chegou à Suprema Corte a partir de decisões dos Estados de Kansas, Carolina do Sul, Virginia e Delaware, que, apesar de suas peculiaridades, traziam um pleito comum: a minoria negra tentava ser admitida, de modo não-segregado, em escolas públicas de suas comunidades. Nas instâncias de origem, o acesso às escolas dirigidas às crianças brancas lhes foi negado, em virtude de leis estaduais que impunham ou permitiam a separação das crianças por raça.

Os autores alegavam que esse tipo de segregação violava o direito à igual proteção da lei, garantido pela 14^a Emenda. Todavia, os Tribunais locais aplicaram a doutrina “separados, mas iguais”, consolidada pela Suprema Corte em *Plessy v. Ferguson*. No caso de Delaware, a Corte Estadual, a despeito de aplicar essa doutrina, ordenou que os autores fossem admitidos em escolas para brancos, por constatar que essas tinham qualidade superior à das escolas para negros.

Em seu voto, o Juiz Earl Warren, Presidente da Suprema Corte, destacou que a doutrina “separados, mas iguais” vigorou por mais de meio século. De acordo com ele, a decisão não deveria levar em conta apenas uma comparação entre a qualidade das escolas oferecidas a brancos e negros, mas aos efeitos da segregação na educação pública.

Warren afastou a interpretação “originalista”¹⁵ e afirmou que, para resolver a controvérsia, não se deve voltar a 1868, quando a 14^a Emenda foi promulgada, ou a 1896, quando *Plessy v. Ferguson* foi

13 Sustain, op. cit., p. 52.

14 ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 205.

15 Como ensina Burnhan, “originalists argue that it is illegitimate to go beyond the ‘original intent’ of the Framers of the Constitution. Similar to originalists are ‘strict interpretivists’. Both argue that referring to the text and intente of the Framers is logical, since that is the approach courts use in interpreting statutes. Moreover, they assert, once text and original intent are abandoned, there are no limits to what

julgado. Segundo Warren, o caso deveria ser apreciado considerando o desenvolvimento da educação pública naquele momento (1954), pois só assim seria possível determinar se a segregação retirava dos autores o direito à igual proteção da lei.

Warren considerou que a segregação, em si, tinha um efeito nocivo sobre as crianças negras, sendo interpretada como inferioridade racial. Esse senso de inferioridade afetava a motivação dos alunos para aprender, o que poderia retardar o desenvolvimento mental e educacional dos alunos segregados. Concluiu, ao final, que a doutrina “separados, mas iguais” não poderia ser aplicada no campo da educação pública, pois haveria violação do direito de igual proteção da lei (14^a Emenda).

2.1 A IMPORTÂNCIA DO CASO BROWN

O caso Brown é considerado por muitos como um dos mais importantes já julgados pela Suprema Corte Americana¹⁶. De fato, a decisão é emblemática sob diversos aspectos.

Primeiro, porque rompeu com a doutrina “separados, mas iguais”, que vigorara por mais de cinquenta anos, ainda que não o tenha feito expressamente. Com efeito, o Juiz Warren esforçou-se em limitar a discussão: não afirmou que a doutrina reconhecida como legítima em Plessy estaria superada, mas apenas que não se aplicaria à educação pública¹⁷.

Depois, porque, na época em que foi julgado o caso, a segregação racial não estava no centro do debate da política nos Estados Unidos¹⁸ e a decisão de “dessegregar” possivelmente teria sido rejeitada pelo povo norte-americano¹⁹. Assim, a decisão adquire ares “proféticos”, na expressão de Bruce Ackerman, que critica fortemente a ideia de juízes conduzirem o povo na direção de novos e mais elevados valores, pois isso enfraqueceria a democracia²⁰.

values judges could ascribe to constitutional provisions. Burnham, William, *Introduction to the law and legal system of the United States*, Fourth Edition, Thomson/West, 2006, pp. 322-323.

16 Nesse sentido, ver Bruce Ackerman, para quem o caso Brown é “a decisão singular mais importante da era moderna”. Ackerman, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 183.

17 Idem, p. 199 e ss.

18 Idem, p. 189.

19 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 462.

20 Ackerman, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 195. Para o autor, “o dispositivo *Brown* trata-se de uma tentativa jurídica para “esfriar” o debate, e não uma tentativa populista ou profética para “aquecê-lo”. Ele não convida a nação a se engajar em nova

Por último, porque a implementação da decisão exigiu uma mudança significativa na atuação do Judiciário. Como lembra Dworkin²¹, diversos juízes federais passaram a intervir na administração das escolas públicas, exigindo alterações estruturais, traçando planos ou criando programas para transportar crianças negras para escolas localizadas em bairros predominantemente ocupados por brancos. Essas atividades “trouxeram os juízes para muito mais perto dos domínios convencionais das autoridades executivas eleitas”²².

Enfim, se o caso *Brown* é indiscutivelmente digno de elogios quanto ao conteúdo – afinal, reverteu a jurisprudência da Suprema Corte em matéria de igualdade racial –, é extremamente polêmico quanto ao papel exercido pelo Poder Judiciário, não só no afastamento de legislação que obtinha certa anuência da sociedade da época, como na intervenção judicial na execução da política pública, substituindo-se ao Executivo.

PARTE II – AÇÕES AFIRMATIVAS NO ACESSO À EDUCAÇÃO

O termo “políticas de ação afirmativa” pode ser assim definido²³:

Políticas de ação afirmativa são medidas públicas ou privadas, de caráter coercitivo ou não, que visam a promover a igualdade substancial, através da discriminação positiva de pessoas integrantes de grupos que estejam em situação desfavorável, e que sejam vítimas de discriminação e estigma social.

3 REGENTS OF THE UNIVERSITY OF CALIFORNIA V. BAKKE (438 U.S. 265) – 1978

No caso *Bakke* estava em discussão sistema de seleção de candidatos implementado pela Escola de Medicina da Universidade da Califórnia (Davis), que estabelecia dois tipos de programa de admissão: o regular e o especial. O programa especial era destinado a alunos que se declarassem em desvantagem econômica ou educacional e a membros de grupos minoritários (negros, latinos, asiáticos e índios americanos).

fase da política constitucional, mas simplesmente estabelece o momento em que os estadunidenses passam a submeter-se aos princípios jurídicos *previamente determinados* pelo povo no passado.” (p. 200).

21 Dworkin, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 466 e ss.

22 Idem, p. 467.

23 SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 154.

Os candidatos que se enquadrassem no programa especial estavam dispensados de atingir a pontuação mínima exigida no programa regular e não concorriam com os candidatos regulares. Por ano, eram oferecidas 100 vagas. O comitê instituído para analisar as candidaturas do programa especial, após realizar entrevistas, selecionava até 16 alunos. Os selecionados eram encaminhados ao comitê regular, que poderia rejeitá-los se não cumprissem as exigências de admissão.

No período de 4 anos (400 vagas no total), foram admitidos 63 candidatos de minorias por meio do programa especial. No mesmo período, 44 estudantes de minorias foram admitidos por meio do programa regular. Apesar de muitos brancos terem concorrido, nenhum foi admitido na Universidade na cota dos “candidatos em desvantagem”.

Allan Bakke, um homem branco, candidatou-se em 1973 e 1974, mas não foi selecionado. Nesses anos, candidatos especiais foram admitidos com notas inferiores à dele. Bakke, então, ajuizou uma ação em que alegava que o programa especial de admissões, que tinha como critério a raça, violava o direito de igual proteção da lei previsto na 14^a Emenda. O caso chegou à Suprema Corte Americana.

3.1 OS FUNDAMENTOS UTILIZADOS PELA SUPREMA CORTE

A Suprema Corte determinou a admissão de Bakke na Universidade, porque a Universidade não demonstrou que Bakke não teria sido admitido se não existisse um programa especial de seleção. Aplicou-se o “escrutínio judicial estrito” (*strict scrutiny standard*)²⁴, que consiste no nível mais rigoroso de análise para determinar se uma determinada lei ou ação governamental viola a cláusula de igual proteção da lei. Os atos governamentais que restrinjam direitos fundamentais ou que contenham classificações suspeitas devem ser submetidos ao escrutínio judicial estrito, e somente poderão ser justificados se

24 William Burnham ensina: “Modern equal protection doctrine is really three different doctrines, since there are three levels of judicial scrutiny applied to determine if particular legislation or other government action denies equal protection of the laws. In short, they are as follows: (1) for a classification that burdens fundamental rights or affects ‘suspect classes’ of people (primarily racial groups), the Court applies ‘strict scrutiny’ and requires a compelling governmental interest to justify it, (2) for a classification that relates to business, economic or welfare matters that does not burden particular races or fundamental rights, the Court applies ‘lax scrutiny’ and requires only that legislature have had some conceivable ‘rational basis’ for the classification, and (3) for classifications that distinguish on grounds of sex, the Court applies ‘middle-level scrutiny’ and requires that the classification bear a substantial relationship to an important governmental interest to be sustained.” Burnham, William, *Introduction to the law and legal system of the United States*, Fourth Edition, Thomson/West, 2006. p. 345 e ss.

promoverem um interesse público cogente e, mesmo assim, apenas se nenhuma alternativa menos restritiva estiver disponível.

O Juiz Lewis F. Powell destacou que classificações fundadas em raça ou etnia são inerentemente suspeitas e clamam por uma apreciação judicial mais detida. De acordo com ele, o fato de as decisões anteriores sobre discriminação racial tratarem de exclusão de negros não deveria conduzir à conclusão de que se estava impedindo apenas a discriminação realizada pela maioria (branca) contra a minoria (negra). Para Powell, a jurisprudência da Suprema Corte repudiava distinções entre cidadãos que fossem baseadas apenas na ancestralidade.

Para ele, deveria ser deixada de lado uma interpretação que criasse artificialmente uma “teoria de duas classes” (*two-class theory*) da 14ª Emenda, não se podendo variar o nível do controle judicial (*judicial review*) de acordo com o *status* de determinada minoria racial ou étnica.

Ele concluiu que era legítimo o objetivo de alcançar um corpo discente mais diversificado, razão pela qual a raça poderia ser um dos fatores de admissão, em certas circunstâncias. Todavia, entendeu que o modelo empregado pela Universidade da Califórnia, que excluía a possibilidade de brancos concorrerem a determinadas vagas, era desnecessário para atingir o fim pretendido (diversidade étnica) e, portanto, inválido em virtude da Cláusula de Igual Proteção da Lei.

O Juiz William J. Brennan Jr. divergiu do Juiz Powell quanto à inconstitucionalidade do sistema de admissões utilizado pela Universidade da Califórnia. Quanto à aplicação do escrutínio estrito, Brennan destacou que, no caso, nenhum direito fundamental estaria sendo restringido, e que os brancos, como “classe”, não apresentavam indícios de vulnerabilidade social ou política que pudessem tornar a classificação suspeita.

O voto divergente traz interessante crítica ao discurso de que a lei deveria ser cega em relação à cor (*colorblind*). Segundo Brennan, não podemos deixar que essa cegueira em relação à cor se torne miopia e mascare a realidade de que muitos daqueles que seriam considerados iguais são, de fato, tratados como inferiores pela lei e por outros cidadãos²⁵.

25 Eis a passagem do voto do Juiz Brennan: “Against this background, claims that law must be “colorblind” or that the datum of race is no longer relevant to public policy must be seen as aspiration, rather than as description of reality. This is not to denigrate aspiration; for reality rebukes us that race has too often been used by those who would stigmatize and oppress minorities. Yet we cannot -- and, as we shall demonstrate, need not under our Constitution or Title VI, which merely extends the constraints of the Fourteenth Amendment to private parties who receive federal funds -- let color blindness become myopia which masks the reality that many “created equal” have been treated within our lifetimes as inferior both by the law and by their fellow citizens”.

3.2 OS PARÂMETROS ESTABELECIDOS NO CASO *BAKKE*

A relevância do caso *Bakke* pode ser medida pelo número de *amici curiae* que participaram do processo: 120. Desses, 83 manifestaram-se favoravelmente à Universidade da Califórnia²⁶.

A decisão da Suprema Corte apresenta uma curiosidade: a despeito de ter considerado inválido o sistema de admissão especial implantado pela Escola de Medicina da Universidade da Califórnia (Davis), que destinava determinado número de vagas a grupos minoritários, o voto do Juiz Powell acabou por legitimar outros programas de ação afirmativa, ao definir como legítimo o objetivo de alcançar um corpo discente mais diversificado e permitir que a raça fosse um dos fatores de admissão.

De acordo com Dworkin, o princípio estabelecido em *Bakke* “continua sendo uma boa lei constitucional”²⁷, pois permite que as faculdades utilizem critérios raciais de admissão para garantir diversidade no corpo discente. Para o autor, haveria outro interesse igualmente relevante e suficientemente irresistível (ou cogente) para sustentar a política de admissão sensível à raça: “ajudar a corrigir a ainda deplorável ausência de negros nos principais cargos do governo, da política, das empresas e das profissões”²⁸.

Joaquim Barbosa destaca que o caso *Bakke* foi responsável por um grande debate sobre o nível de escrutínio a ser utilizado na análise de políticas de ação afirmativa: o escrutínio estrito, adotado pelo Juiz Powell, ou um nível intermediário²⁹. Ressalte-se que apenas cinco juízes analisaram o caso sob o prisma constitucional – os outros apreciaram a questão apenas como violação de uma lei federal – e entre esses, somente o Juiz Powell entendeu que deveria ser aplicado o escrutínio estrito, já que os outros quatro propunham a utilização de um nível menos rigoroso de escrutínio (intermediário) na análise de possível violação da cláusula de igual proteção da lei pela classificação racial³⁰.

26 GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 110.

27 DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 604.

28 Idem, p. 605.

29 GOMES, op. cit., p. 109-110.

30 Cfr. Menezes, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 98-106.

Como se verá adiante, as decisões posteriores da Suprema Corte consolidaram a adoção do escrutínio estrito na apreciação de casos que envolvam ações afirmativas, em razão do perfil conservador da maioria de seus integrantes³¹.

4 GRUTTER v. BOLLINGER ET AL. (539 U.S. 306, 328) - 2003

Nesse caso, a Suprema Corte apreciou a política de admissão de estudantes adotada pela Faculdade de Direito da Universidade de Michigan (*University of Michigan Law School*), que tinha o objetivo de alcançar um corpo discente mais diversificado, o que estaria em conformidade com o que fora decidido em *Bakke*.

O sistema de admissão utilizado por Michigan tinha seu foco nas habilidades acadêmicas dos estudantes, seus talentos, experiências e potencial. A Universidade levava em consideração uma série de aspectos, como: cartas de recomendação, redação elaborada pelo estudante e sua pontuação em testes de aferição de conhecimento (semelhantes ao vestibular brasileiro).

A política adotada não previa diversidade apenas em termos raciais ou étnicos, mas reafirmava o compromisso da Universidade com a diversidade, com especial referência à inclusão de estudantes afro-americanos, hispânicos e índios americanos, que, de outro modo, não teriam representação significativa no corpo discente. A inscrição dessas minorias sub-representadas asseguraria a formação de uma “massa crítica” que contribuiria na formação do caráter da Faculdade de Direito e da própria profissão de advogado.

Esse sistema de admissão foi contestado pela estudante Barbara Grutter, uma mulher branca que residia em Michigan, cuja candidatura à Universidade havia sido rejeitada em 1996, apesar de suas boas médias nos exames de aferição de conhecimento.

Grutter alegava que sua candidatura havia sido indeferida porque a Faculdade de Direito utilizava a raça como fator predominante, conferindo a membros de certas minorias uma chance de admissão significativamente maior que a de outros candidatos com as mesmas credenciais. De acordo com a estudante branca, não haveria nenhum interesse legítimo a justificar o uso da raça como critério de distinção nesse caso.

31 Cf. Sarmiento, Daniel. *Livres e iguais*: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 153-160.

4.1 OS FUNDAMENTOS UTILIZADOS PELA SUPREMA CORTE

Na Suprema Corte, a Juíza Sandra Day O'Connor destacou os precedentes sobre o tema e salientou que as classificações raciais deveriam ser analisadas sob um estrito escrutínio judicial. Isso significaria que esse tipo de classificação seria constitucional apenas se fosse feita sob medida (*narrowly tailored*) para promover um interesse governamental legítimo. De acordo com O'Connor, nem toda decisão influenciada pela raça é igualmente censurável e o escrutínio estrito deve ser utilizado para o exame cuidadoso da importância e da sinceridade das razões aduzidas na decisão governamental que utiliza a raça em determinado contexto.

O'Connor afasta a tese de que os critérios raciais somente poderiam ser utilizados pelo governo nos casos em que se destinassem a remediar discriminações realizadas no passado, argumento anteriormente utilizado pela Suprema Corte. De acordo com a Juíza Relatora, desde *Bakke* a Suprema Corte teria aceitado o uso da raça no contexto do ensino superior público.

No caso, O'Connor entendeu que haveria um interesse público cogente (“compelling interest”) em obter um corpo discente diversificado. Segundo ela:

These benefits are substantial. As the District Court emphasized, the Law School’s admissions policy promotes “cross-racial understanding,” helps to break down racial stereotypes, and “enables [students] to better understand persons of different races.” App. to Pet. for Cert. 246a. These benefits are “important and laudable,” because “classroom discussion is livelier, more spirited, and simply more enlightening and interesting” when the students have “the greatest possible variety of backgrounds.”

Contudo, reafirmou a decisão tomada em *Bakke*, no sentido de que um programa de admissão não poderia utilizar sistema de cotas, entendido como destinação de certo número de vagas exclusivamente a determinados grupos minoritários. A Universidade poderia considerar a raça ou etnia apenas como um *plus* na candidatura de alguém. O programa de admissão deveria ser suficientemente flexível para considerar todos os elementos pertinentes de diversidade e coloca-los em pé de igualdade de consideração, ainda que não seja necessariamente conferido a eles o mesmo peso.

Ao final, a Corte concluiu, por maioria apertada³², que a Cláusula de Igual Proteção não proibia o uso “sob medida” da raça no sistema de admissões da Faculdade de Direito para atingir um interesse cogente de obter benefícios educacionais que decorrem de um corpo discente diversificado.

5 PARENTS INVOLVED IN COMMUNITY SCHOOLS V. SEATTLE SCHOOL DISTRICT (N.º 05-908) – 2007; E MEREDITH, CUSTODIAL PARENT AND NEXT FRIEND OF MCDONALD V. JEFFERSON COUNTY BOARD OF EDUCATION ET AL (Nº 05-915)33

Em ambos os casos os distritos adotaram critérios baseados em raça para determinar em que escola pública determinadas crianças iriam estudar. O Distrito Escolar de Seattle classificava crianças como “brancas” ou “não-brancas”, enquanto Jefferson County como “negras” ou “outras”. Em Seattle, a classificação racial era usada para o preenchimento de vagas em escolas públicas de ensino médio em que o número de candidatos era superior ao de vagas. Em Jefferson County, era usado como critério para admissão de matrícula e transferência de alunos nas escolas do ensino fundamental.

Portanto, os distritos escolares utilizaram critérios baseados na raça dos estudantes para decidir onde iriam estudar. Os pais de estudantes que não conseguiram se matricular em determinadas escolas, em virtude da adoção do critério racial, propuseram ações em que alegavam violação da 14^a Emenda, que garante a igual proteção da lei.

A questão era decidir se um distrito onde nunca ocorrera uma segregação racial por força da lei (como aquela analisada pela Corte no caso *Brown*) ou em que já havia cessado o processo de “dessegregação” poderia classificar estudantes pela raça e usar esse critério para definir matrículas escolares.

32 Esse é o extrato do julgamento: “O’Connor, J., delivered the opinion of the Court, in which Stevens, Souter, Ginsburg, and Breyer, JJ., joined, and in which Scalia and Thomas, JJ., joined in part insofar as it is consistent with the views expressed in Part VII of the opinion of Thomas, J. Ginsburg, J., filed a concurring opinion, in which Breyer, J., joined. Scalia, J., filed an opinion concurring in part and dissenting in part, in which Thomas, J., joined. Thomas, J., filed an opinion concurring in part and dissenting in part, in which Scalia, J., joined as to Parts I—VII. Rehnquist, C. J., filed a dissenting opinion, in which Scalia, Kennedy, and Thomas, JJ., joined. Kennedy, J., filed a dissenting opinion.”

33 Casos decididos conjuntamente.

5.1 OS FUNDAMENTOS UTILIZADOS PELA SUPREMA CORTE

O caso foi relatado pelo Presidente da Suprema Corte (“Chief Justice”), o Juiz John J. Roberts Jr. A Corte adotou a mesma premissa utilizada em *Grutter*: quando o governo distribui encargos ou benefícios em razão de classificações raciais, essa ação é analisada sob um estrito escrutínio judicial. Assim, os distritos escolares deveriam demonstrar que a utilização do critério racial para definição do local onde o estudante seria matriculado é feita “sob medida” para atingir um interesse público cogente.

Roberts constatou que, em casos anteriores, foram reconhecidos dois interesses qualificados como cogentes. O primeiro era remediar os efeitos de discriminação intencional ocorrida no passado. O segundo era o interesse na diversidade da educação superior, reconhecido como cogente em *Grutter*.

Em relação à primeira hipótese, ele destacou que em Seattle nunca teria havido segregação pela lei. Já em Jefferson County, as escolas públicas haviam sido anteriormente segregadas pela lei e, mais tarde (1975), sujeitas a uma “dessegregação” forçada. Todavia, a Corte Local decretou encerrada, em 2000, a ordem de dessegregação, por entender que o distrito havia eliminado os vestígios da política separatista anterior e seus efeitos perniciosos. Assim, nenhum dos dois distritos estaria, agora, remediando os efeitos de discriminação pretérita.

Quanto à segunda, Roberts destacou que, diferentemente do que ocorrera em *Grutter*, nos casos concretos a raça não era considerada como parte de um esforço para obter uma diversidade de pessoas, culturas, ideias e pontos de vista. Raça, para alguns estudantes, era critério determinante, por si só. A noção de diversidade era restrita, limitando-se a “branco/não-branco”, em Seattle e “branco/outro” em Jefferson County.

Os critérios utilizados pela Corte no julgamento do caso *Grutter*, portanto, não serviriam agora para identificar interesse público cogente na ação dos distritos escolares.

Os distritos arguíram que um ambiente de aprendizagem racialmente diversificado traria benefícios educacionais e sociais e, como a diversidade que eles buscavam era racial, e não a diversidade mais ampla perseguida em *Grutter*, faria sentido promover esse interesse público por meio de critério unicamente racial.

Todavia, o Juiz Roberts entendeu que a classificação racial empregada pelos distritos não eram feitas “sob medida” para a obtenção dos benefícios educacionais e sociais que adviriam da diversidade racial.

Pare ele, tanto na concepção como na execução, os programas eram direcionados apenas a observar um equilíbrio demográfico entre as raças, o que a Suprema Corte já havia repetidamente considerado como ilegítimo. Os distritos não comprovaram que o nível de diversidade desejável para a obtenção de benefícios educacionais coincidiria com o índice de diversidade racial demográfica das localidades. Roberts conclui:

The principle that racial balancing is not permitted is one of substance, not semantics. Racial balancing is not transformed from “patently unconstitutional” to a compelling state interest simply by relabeling it “racial diversity.” While the school districts use various verbal formulations to describe the interest they seek to promote— racial diversity, avoidance of racial isolation, racial integration— they offer no definition of the interest that suggests it differs from racial balance.

6. AÇÕES AFIRMATIVAS COMO MEDIDAS COMPENSATÓRIAS

A Suprema Corte tem adotado critérios bastante rigorosos na avaliação de políticas de ação afirmativa. Como visto, tem sido empregado o escrutínio estrito na análise de casos que envolvam classificações raciais, o que exige a demonstração de um interesse público cogente para legitimar a ação governamental. Dois tipos de interesse têm sido reconhecidos: remediar os efeitos de discriminação intencional ocorrida no passado; e a diversidade da educação superior.

Quanto ao primeiro, Cass Sustein procura demonstrar que é falsa a crença na neutralidade do Estado nos casos de inação – inexistência de discriminação intencional anterior. Essa neutralidade estaria fundada em “mecanismos – normalmente o mercado – que se creem isentos da distorção causada pela discriminação racial”³⁴. Contudo, como explica o autor³⁵:

A distribuição existente não é natural e não proporciona uma linha de base neutra. Ela resultou em parte de decisões governamentais, entre as quais a escravidão e a própria segregação. Os esforços para melhorar o grupo desfavorecido não deveriam ser tratados como inadmissivelmente tendenciosos, podendo até mesmo ser uma imposição constitucional, sobretudo quando há um desafio de igual proteção diante da discriminação racial contra negros.

34 SUSTEIN, Cass R. *A Constituição parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 97.

35 *Ibid.*, p. 96.

Portanto, a neutralidade estatal em relação à raça demonstra, na verdade, uma opção pela manutenção do *status quo*, que nada mais é que “um produto de escolhas sociais e legais passadas e presentes”³⁶.

Além disso, Dworkin salienta que as ações afirmativas não têm o objetivo de compensar indivíduos negros por discriminações sofridas no passado, destinando-se, na verdade, a “proporcionar um futuro que seja melhor para todos, ajudando-os a acabar com a maldição que o passado deixou sobre todos nós”³⁷.

Por outro lado, é louvável que a Suprema Corte tenha que o interesse na diversidade do corpo discente das universidades é irresistível ou cogente, legitimando a utilização da raça como um dos critérios para a seleção de candidatos.

7 CONCLUSÃO

Como visto, a Suprema Corte tem tido papel decisivo nas questões raciais americanas. Se, em *Plessy v. Ferguson* (1896), chancelou as políticas de segregação implantadas por alguns estados, no caso *Brown* (1954) foi responsável por uma “quase-revolução”, ao afirmar a ilegitimidade da separação de crianças brancas e negras em escolas públicas e determinar a “dessegregação”.

Em matéria de ações afirmativas, os julgamentos da Suprema Corte foram quase sempre por maioria apertada, evidenciando natural divergência ideológica entre os magistrados. No emblemático caso *Bakke*, de 1978, a despeito de a Corte ter considerado inválido o sistema de admissão especial implantado pela Escola de Medicina da Universidade da Califórnia (Davis) - que destinava determinado número de vagas a grupos minoritários -, o voto do Juiz Powell acabou por corroborar outros programas de ação afirmativa, ao definir como legítimo o objetivo de alcançar um corpo discente mais diversificado e permitir que a raça fosse um dos fatores de admissão.

Em *Grutter*, a Suprema Corte reconheceu que as classificações raciais deveriam ser analisadas sob um estrito escrutínio judicial. Para ser constitucional, a ação governamental deveria ser feita sob medida (*narrowly tailored*) para promover um interesse público cogente. Assim, utilizando a lógica adotada pelo Juiz Powell no caso *Bakke*, o Tribunal entendeu que a Cláusula de Igual Proteção não proibia o uso “sob medida” da raça no sistema de admissões da Faculdade de Direito

36 SUSTEIN, op. cit., 98.

37 DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 605.

para atingir um interesse cogente: obtenção de benefícios educacionais proporcionados por um corpo discente diversificado.

Em sua decisão mais recente - *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District* (2007) - a Suprema Corte ressaltou que, em casos anteriores, foram reconhecidos dois interesses cogentes capazes de justificar a adoção de critérios baseados na raça. O primeiro era remediar os efeitos de discriminação intencional ocorrida no passado. O segundo era o interesse na diversidade da educação superior, reconhecido como cogente em *Grutter*.

Desse modo, conclui-se que, em matéria de discriminação racial, a Suprema Corte evoluiu, na metade do século passado, ao considerar inconstitucionais leis estaduais que promoviam verdadeiro *apartheid* na utilização de bens e serviços públicos.

No que tange às políticas de ação afirmativa no acesso ao ensino público, a Suprema Corte Americana tem demonstrado uma postura bastante, impedindo a utilização da raça como fator preponderante na admissão de candidatos. A despeito disso, reconhece a legitimidade de programas que, em busca de um corpo discente diversificado, utilizam a raça como um dos critérios de seleção.

O tema é controvertido e suscita debates que ultrapassam o campo jurídico – interpretação do princípio da igualdade – e resvalam na ideologia dos julgadores.

Os mais conservadores consideram suspeita qualquer classificação que leve em consideração a raça, pois acreditam que, em princípio, violariam a cláusula de igual proteção da lei. Assim, veem a ação afirmativa apenas como forma de compensação por discriminação intencional anterior, numa visão mais privatista (que segue a lógica de reparação danos) e que parte da crença na neutralidade estatal em relação à raça, desde que não se identifique ato anterior de segregação.

Por outro lado, autores como Cass Sustein e Ronald Dworkin³⁸ sustentam que as ações afirmativas não devem ser vistas em termos compensatórios tradicionais, como “uma resposta a descumprimentos identificáveis de deveres passados e presentes, mas antes como um esforço de superação de algumas características de clausura da sociedade contemporânea”³⁹. Na verdade, “o propósito do remédio é, decerto, responder à injustiça”⁴⁰.

38 DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 605-606.

39 SUSTEIN, Cass R. *A Constituição parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 433.

40 *Ibid.*, p. 434.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal terá que apreciar a constitucionalidade de sistemas de cotas adotados por universidades públicas. A análise dos precedentes da Suprema Corte Americana, mais que lançar luzes ao debate, talvez revele apenas que a questão é ideológica e que, portanto, deve ser decidida na esfera política.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

BURNHAM, William. *Introduction to the law and legal system of the United States*, Thomson/West, 2006.

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

_____. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

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

KAUFMANN, Roberta Fragoso. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SUSTEIN, Cass R. *A Constituição parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.