

Observatório Constitucional: Julgamento de ações afirmativas nos EUA oferece lições

Spacca

Na última semana de junho, logo antes do recesso que põe fim a este ano judiciário, a Suprema Corte dos Estados Unidos finalmente se pronunciou sobre o caso *Fisher v. University of Texas*, no qual se discute a constitucionalidade do uso de critérios raciais no programa de ação afirmativa desta universidade[1] — pronunciamento aguardado desde as sustentações orais em outubro de 2012, e que se insere em uma série de precedentes da Corte sobre esse tema (já discutidos em outra coluna neste espaço[2]).

Muitos esperavam uma decisão significativa que alterasse substancialmente o entendimento consolidado em precedentes anteriores[3], ou mesmo fosse tragicamente além — caso os outros quatro juízes conservadores (Antonin Scalia, Clarence Thomas, John Roberts e Samuel Alito) conseguissem atrair Anthony Kennedy para o seu lado — e declarasse o fim da adoção de critérios raciais por programas de ação afirmativa nos Estados Unidos. No entanto, o que resultou foi uma decisão sustentada por uma maioria de sete votos, com apenas Ruth Bader Ginsburg divergindo (e Elena Kagan não participando do julgamento). Uma decisão que segundo muitos basicamente confirmou a jurisprudência anterior sobre o tema — ou foi mesmo isso que ocorreu?



Na verdade o caso não foi encerrado. A maioria, liderada por Kennedy, decidiu que o tribunal inferior (*United Court of Appeals for the Fifth Circuit*) não aplicou adequadamente os critérios estabelecidos em *Grutter v. Bollinger* e *Regents of University of California v. Bakke* e, conseqüentemente, reenviou o caso ao tribunal para que ele o decida novamente.

O critério em questão, “*strict scrutiny*”, é o mais intrusivo parâmetro para controle de constitucionalidade empregado pela Suprema Corte dos Estados Unidos — o mesmo adotado para invalidar leis segregacionistas do passado. Nas situações em que ele é o critério empregado (que incluem qualquer uso de classificações raciais), um ato só será considerado constitucional caso seja justificado por um interesse governamental convincente, seja estreitamente desenhado e seja o meio menos restritivo para alcançar seu objetivo. Um teste geralmente tão difícil de ser superado que muitos se referem a ele como “*strict in theory, but fatal in fact*” (“rigoroso na teoria, mas de fato fatal”, em tradução livre).

Em *Fisher* o tribunal inferior manifestou deferência à experiência e especialidade da instituição de ensino tanto para decidir se diversidade é importante para sua missão acadêmica quanto para determinar quais os meios mais adequados para atingir esse objetivo. No entanto, apesar de estar de acordo com a primeira parte, quanto à segunda, em vista dos requisitos de que tais políticas sejam desenhadas estreitamente e sejam o menos restritivas possível, a maioria afirmou caber ao tribunal verificar a sua adequação sem agir com deferência para com a universidade, que deve ser capaz de provar a compatibilidade de suas políticas com tais critérios.



É nesse ponto que residem as incertezas quanto ao significado de *Fisher*. Alguns consideram (ou esperam) que seja apenas uma reafirmação dos parâmetros de controle que já governavam tais políticas segundo *Grutter*^[4]. Porém é possível que isso leve à aplicação de tal parâmetro de maneira mais rígida, ou signifique uma demanda exagerada em relação ao ônus da prova esperado das universidades. Sendo que qualquer dessas duas hipóteses levaria a uma maior dificuldade para que programas de ações afirmativas fossem capazes de passar pelo escrutínio judicial.^[5]

É essa incerteza que poderia explicar tanto a concordância silenciosa de Roberts e Alito (que apenas assinaram a decisão majoritária), como aquela expressa nos votos individualizados de Scalia e Thomas. Este último reafirmando clara e longamente que, apesar de concordar com a decisão da maioria, gostaria de ir além e declarar a completa inconstitucionalidade de programas de ação afirmativa. Uma vez que, segundo Thomas, tais programas jamais poderiam passar pelo “*strict scrutiny*”. Esses juízes, incapazes de formar uma maioria nesse momento, podem assim esperar que a aplicação dessa decisão na prática alcance “de fato” os resultados que eles prefeririam, ou que a passagem do tempo permita compor uma nova maioria quando essa questão for novamente apreciada.

Essa mesma incerteza sobre os resultados práticos dessa decisão explica também o voto divergente de Ginsburg. Um voto vencido que serve duas funções: em primeiro lugar, manifestar a desnecessidade de se devolver o caso para o tribunal inferior, uma vez que este já teria avaliado adequadamente a política de ação afirmativa em questão — a qual seria perfeitamente constitucional. Em segundo, criticar aqueles que defendem que medidas que não usam expressamente critérios raciais, mas que são desenhadas de maneira a gerar maior inclusão racial de maneira indireta, seriam mais adequadas do que programas como o adotado nesse caso — que, portanto, não passaria no “*strict scrutiny*” por não ser o meio menos restritivo. Imaginar que um plano de admissão especialmente desenhado para produzir diversidade racial não é um caso de uso de raça seria, segundo Ginsburg, uma atitude que remete à famosa citação de Thomas Reed Powell: “Se você pensa que você pode pensar a respeito de uma coisa intrinsecamente ligada a outra coisa sem pensar na coisa em que está ligada, então você tem uma mente jurídica”.

Apesar de os efeitos concretos de *Fisher* para o futuro dos programas de ação afirmativa ainda serem incertos, uma vez que dependem do rigor empregado por tribunais inferiores ao analisarem o desenho desses programas e ao exigirem a produção de provas pelas universidades que os empreguem^[6], três coisas parecem certas nesse momento:

- (i) A busca por diversidade é um interesse público adequado a ser fomentado e o Judiciário deve mostrar deferência para com instituições de ensino quanto à decisão em alcançar esse objetivo^[7].
- (ii) Cabe ao Judiciário analisar detalhadamente se os meios empregados para atingir maior diversidade são efetivamente necessários, ou seja, se não haveria maneira menos restritiva de direitos de se atingir os mesmos objetivos. Uma decisão que coloca juízes no controle de tais programas, exercendo assim um papel potencialmente exagerado quanto ao desenho de políticas educacionais^[8].
- (iii) Políticas públicas que não empreguem critérios raciais expressamente, mesmo que tenham por objetivo alcançar maior diversidade racial, são constitucionais. Uma decisão que, por um lado, protege tais iniciativas de críticos conservadores que considerariam essas iniciativas igualmente inconstitucionais em vista de seus objetivos, mas por outro, coloca tais políticas como potenciais



concorrentes aos programas de ação afirmativa que consideram raça expressamente, uma vez que seriam a alternativa constitucionalmente preferível à utilização de raça como um fator em processos seletivos.

As consequências de *Fisher* podem ser particularmente relevantes para a discussão brasileira porque tem ressonância nas discussões correntes sobre esse tópico em território nacional.

Da mesma maneira que a Suprema Corte, as decisões do Supremo Tribunal Federal^[9] não deixam dúvida de que a busca de diversidade é um interesse público adequado a ser fomentado por meio de políticas públicas.

Também de forma análoga aos Estados Unidos, parece haver consenso no judiciário quanto ao seu próprio papel na verificação desenhada sobre a adequação específica do desenho de cada um desses programas — nos Estados Unidos por meio de “strict scrutiny”, no Brasil por meio da “proporcionalidade”.

Tal conjugação de controle judicial intrusivo e método de análise judicial detalhista, somados a certas idéias sobre programas que não utilizam expressamente critérios raciais, poderiam de tal maneira levar ao fim de programas de ações afirmativas, substituídos por programas que camuflam seus verdadeiros objetivos inclusivos, ou pior, sacrificam de fato esses objetivos no altar de uma pretensa neutralidade.

Quanto a isso, importante ter em mente que é grande a diferença entre, de um lado, discutir tais alternativas no âmbito do debate político, e de outro, afirmar tal posição como a única constitucionalmente permissível. Enquanto a primeira alternativa abre o tema para a discussão pública, a segunda potencialmente a encerra por trás de tecnicismos metodológicos e ônus probatórios irrealizáveis.

Em oposição a essa atitude, parece importante salientar mais uma vez o que se extrai do voto vencido de Ginsburg. Nele encontramos a humildade institucional da deferência às instituições de ensino quanto ao melhor desenho de seus próprios programas de inclusão. Mas encontramos também a coragem institucional de declarar que “entre opções constitucionalmente autorizadas, aquelas que expressam francamente considerações raciais são preferíveis àquelas que as ocultam”. Exigindo assim que defensores e opositores de ações afirmativas discutam os méritos de suas opiniões de maneira clara, expressem o resultado desse debate em políticas públicas transparentes, e que o Judiciário respeite o produto de decisões políticas e institucionais que objetivam alcançar fins constitucionalmente protegidos. Lições que merecem nossa atenção.

[1] http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/11-345_15gm.pdf

[2] <http://www.conjur.com.br/2012-out-13/observatorio-constitucional-liceos-eua-aco-es-afirmativas>

[3] Reva Siegel, *A Restriction of the Status Quo: Fisher v University of Texas*.

(<http://ohrh.law.ox.ac.uk/?author=50>)

[4] Linda Greenhouse, *Current Conditions* (<http://opinionator.blogs.nytimes.com/2013/06/26/current-conditions/>)

[5] Jack Balkin, *Why Fisher is Important* (<http://balkin.blogspot.com/2013/06/why-fisher-is-important.html>)

[6] Reva Siegel, *A Restriction of the Status Quo: Fisher v University of Texas*.

(<http://ohrh.law.ox.ac.uk/?author=50>)

[7] Jack Balkin, *Why Fisher is Important* (<http://balkin.blogspot.com/2013/06/why-fisher-is->



important.html)

[8] Mary Dudziak, *Why Affirmative Action Took a Hit*

(<http://www.cnn.com/2013/06/24/opinion/dudziak-supreme-court-ruling/index.html>)

[9] ADPF 186, ADI 3.330 e RE 597.285.

Date Created

13/07/2013