

A CONSTITUCIONALIDADE DO SISTEMA DE COTAS UNIVERSITÁRIAS: UM ESTUDO COMPARATIVO ENTRE BRASIL E ESTADOS UNIDOS

CONSTITUTIONALITY OF QUOTA SYSTEM IN UNIVERSITIES: A COMPARATIVE STUDY AMONG BRAZIL AND THE UNITED STATES

Margarida Maria Lacombe Camargo¹
Henrique Cunha Rangel²

Sumário: Introdução. 1 O caso norte-americano. 1.1 A opinião majoritária da Corte no caso *Grutter*. 1.2. A fundamentação da opinião majoritária. 1.2.1 O precedente *Bakke*. 1.2.2 O *strict scrutiny*. 1.2.3 *Overrule*: substituição da remediação histórica pela diversidade do corpo estudantil. 1.2.4 O critério do *narrow-tailoring*. 2 As opiniões dissidentes. Conclusão. Referências.

Resumo: O artigo aponta para um estudo comparativo entre as experiências constitucionais brasileira e norte-americana, a respeito da adoção do sistema de cotas nas universidades como modalidade de ação afirmativa. São apresentados, de forma sistematizada, os argumentos dos ministros daquela mais alta corte no Caso *Grutter vs Bollinger* (2003),³ com vistas a uma comparação com os fundamentos trazidos pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro na ADPF 186 (2009).⁴ Ambas as decisões consideradas como paradigmáticas, *leading cases*, na matéria. Por comparação procura-se perceber o substrato teórico que anima a prática das duas Cortes e promove os seus respectivos desenhos institucionais.

Palavras-chave: Cotas Universitárias. Controle de Constitucionalidade. Suprema Corte Norte-Americana. Supremo Tribunal Federal brasileiro.

Abstract: The article points towards a comparative study between the Brazilian and the American constitutional experiences concerning the adoption of the quota systems in universities as a form of affirmative action. It was presented, in a systematic way, the arguments of the Justices in *Grutter vs. Bollinger* (2003), for a comparison with the fundamentals brought by the Brazilian Supreme Court in ADPF 186 (2009). Both decisions can be considered as leading case on the matter. By comparison, we try to understand the theoretical basis that encourages the practice of both Courts and promotes their institutional designs.

Keywords: *Grutter v. Bolinger*. Supreme Court. Affirmative Actions. Quota Systems.

¹ Professora de Teoria do Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. E-mail: margaridalacombe@gmail.com

² Aluno do Mestrado em Direito da UFRJ. E-mail: henriquerangelc@gmail.com

³ Site: <https://www.law.cornell.edu/supct/html/02-241.ZO.html>

⁴ Site: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>

Introdução

Em decorrência da judicialização da política,⁵ que leva ao Judiciário questões que deveriam ser resolvidas pelos outros poderes, podemos reconhecer no Supremo Tribunal Federal brasileiro uma consequência lógica de comportamento ativista.⁶ Quando temas tradicionalmente relacionados aos poderes legislativo e executivo chegam ao judiciário, como é o caso da proteção de direitos fundamentais e da implementação de políticas públicas, recebem deste a definição de contornos específicos e diretrizes a serem necessariamente observados.⁷ O judiciário passa, assim, a atuar no cenário político. Contudo, o diálogo que daí poderia se seguir entre os poderes do Estado, não raramente esbarra em obstáculos institucionais e epistemológicos. Neste trabalho será enfatizado apenas o aspecto institucional, através do exemplo de um caso que envolve a subordinação tanto do legislativo quanto do executivo ao aval do judiciário. Trata-se da adoção de ação afirmativa com vistas a incluir nos cursos universitários parcela da população tradicionalmente alijada do sistema de educação superior. No caso, a minoria negra. O poder legislativo regulamenta, o executivo implementa e o judiciário acompanha a constitucionalidade, autorizando a atuação dos demais poderes na adoção de medidas inclusivas. Como “guardião da Constituição” e a supremacia institucional que lhe serve de pressuposto, o judiciário acabar por mostrar-se detentor do poder da última palavra sobre o significado da norma constitucional, o que não raramente gera conflito. Quando ocorre, por exemplo, a suspensão da validade das leis e atos normativos, a provocar, necessariamente, a questão da democracia.

O controle, por parte de uma Corte não eleita, sobre os atos provenientes da maioria parlamentar eleita pelo voto popular leva-nos a uma situação paradoxal a respeito do desenho institucional mais adequado à democracia. Esse problema passou a ser conhecido como “dificuldade contramajoritária”; expressão cunhada por Alexander Bickel em 1962.⁸ Trata-se de um problema que afeta a democracia e tem sido objeto de investigação de muitos autores tanto no Brasil quanto nos Estados Unidos.⁹ E que nos leva a perquirir, também, como a corte se reconhece, em termos institucionais, através dos seus julgados. A propósito, pergunta-se: Como a Corte concebe suas decisões em

⁵ VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.

⁶ SILVA, Cecília de Almeida; MOURA, Francisco; BERMAN, José Guilherme; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza; VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2010.

⁷ Exemplo recente é o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 592581, em 13 de agosto de 2015, quando ficou estabelecido que “o Poder Judiciário pode determinar que a Administração Pública realize obras ou reformas emergenciais em presídios para garantir os direitos fundamentais dos presos, como sua integridade física e moral”.

Site: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=297592>

⁸ Essa expressão foi cunhada por Alexander Bickel em 1962. Cf. *The Least Dangerous Branch* – The Supreme Court at the Bar of Politics. Yale University Press, second edition, 1986.

⁹ A respeito vale conferir o texto de Christine Bateup, *The Dialogic Promise* – assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review* e, no Brasil, Conrado Hübner Mendes, *Not the Last Word, But Dialogue; Deliberative Separation of Powers II*. <http://ssrn.com/abstract=1911835>.

termos de precedentes para julgamentos futuros e orientação dos demais poderes do Estado? Como ela interpreta e concretiza os direitos fundamentais? Como ela busca ser responsiva à sociedade? São perguntas que podem se valer de estudos de caráter exploratório, como o que ora apresentamos.

Destacamos as cortes brasileira e norte-americana quando elas enfrentam a questão das ações afirmativas nos cursos universitários. Questão que envolve os três poderes do Estado e toca de perto o problema da igualdade, provocando o tema do contramajoritarismo. O trabalho acaba por apresentar um estudo mais detalhado do julgado estadunidense, o que se justifica pela novidade que guarda junto ao público brasileiro.

Acreditamos que um recurso importante para avaliar a conduta do STF é a comparação com outros sistemas, dado que a diferença propicia e aprimora a crítica. Neste trabalho, a partir de um panorama de judicialização da política e de ativismo judicial, faremos um estudo minucioso sobre a decisão da Suprema Corte Norte-Americana a respeito do tema, com o intuito de suscitar uma comparação de comportamento e de visão institucional com o judiciário brasileiro. A partir da análise dos argumentos que sustentam as justificativas tanto de uma decisão como de outra, procuramos apontar diferenças que mostram perfis institucionais distintos.

O problema sobre a constitucionalidade do “sistema de cotas” no Brasil foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal em 2013, objeto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 186. Nos Estados Unidos a decisão mais importante a respeito, e que serve de referência até os dias de hoje, é o chamado caso *Grutter v. Bollinger*, julgado em 2003. Duas decisões que contaram com a participação de *experts* e da sociedade civil organizada. Nos Estados Unidos isso se dá mediante *briefs* de *amici curiae* e, no Brasil, além dos *amici curiae* também as audiências públicas.¹⁰

A decisão será apresentada e, em seguida, sistematizados os argumentos que sustentaram a posição da Corte. Tratando-se de uma maioria apertada, serão considerados também os votos vencidos, não apenas para a melhor compreensão da tese

¹⁰ Os EUA possuem uma tradição bastante antiga de participação de *amicus curiae* nas decisões judiciais. No Brasil esse fenômeno é bem mais recente e não chega à extensão nort-americana. No exemplo agora explorado temos que na ADPF 186 concorreram 12 *amici curiae*, enquanto em *Grutter v. Bollinger* foram mais de 100. Em contrapartida o Brasil possui o mecanismo da audiência pública. A diferença principal entre um e outro é que as audiências públicas são promovidas pelo Tribunal, que convida técnicos no assunto, em geral pessoas ligadas ao governo, e escolhe nomes que acorrem à chamada pública feita que faz por edital, enquanto os *amici* procuram a corte, ainda que a sua participação também fique condicionada à discricionariedade do juiz. A formatação das audiências públicas também lhes confere um perfil todo particular, dado que por exigência legal elas devem garantir paridade entre os representantes de teses contrárias. O fato de as audiências, como o próprio nome diz, serem públicas e seus participantes apresentarem suas teses presencialmente, favorece o contraditório. A respeito vale conferir os trabalhos de Margarida Camargo e Siddharta Legale intitulado *As audiências públicas no Supremo Tribunal Federal nos modelos Gilmar Mendes e Luiz Fux*. Site: http://media.wix.com/ugd/bc92e1_3a788e505dbf4c60b973c05141efbd1e.pdf, e de Vanice Regina Lirio do Valle. *Audiências Públicas e Ativismo: Diálogo Social no STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

vencedora, mas também para deixar registrada a visão conservadora de parte significativa dos magistrados.

Verificamos que a natureza dos argumentos apresentados tanto na audiência pública quanto no julgamento brasileiro seguem uma abordagem mais valorativa ou principiológica, num sentido perfeccionista, ao contrário da Corte Norte-Americana, que se mantém mais minimalista e apoiada em considerações de viés de natureza pragmática.¹¹ O foco do pragmatismo, aqui considerado, é o do antifundacionalismo e o do consequencialismo, enfatizados o contexto e a experimentação.¹²

A alavanca do debate acerca das ações afirmativas, no Brasil, foi a implementação de um sistema que reserva 20% das vagas direcionadas a ingressantes em cursos de graduação na Universidade de Brasília, instituição pública de ensino superior que compõe o quadro do sistema federal de ensino. Tal medida vem sendo adotada nesta Universidade desde o ano de 2004, mas foi objeto de contestação pelo partido político Democratas (DEM), autor da ADPF 186, proposta junto ao Supremo Tribunal Federal brasileiro. A relatoria ficou sob a responsabilidade do Ministro Ricardo Lewandowski.

A ação acusava a conduta da universidade como discriminatória e trouxe uma série de críticas ao uso de cotas com natureza racial no ensino público superior. Um dos principais argumentos é que ninguém pode ser socialmente excluído por pertencer a determinado grupo racial, mas sim pela sua condição socioeconômica. A questão provocou considerável nível de mobilização social em torno de grupos de interesse e três entidades representativas solicitaram, com insucesso, a intervenção no processo como *amicus curiae*.¹³ No entanto, o Ministro Relator acabou por convocar uma audiência pública, realizada durante três dias consecutivos. A convocação e a organização das audiências públicas, segundo o Regimento Interno do STF, ficam a cargo do Relator da causa que, no caso, optou por dividir os trabalhos em grupos, conforme consta no despacho convocatório: “(i) Instituições estatais responsáveis pela regulação e organização das políticas nacionais de educação e de combate à discriminação étnica e racial (...); (ii) Partes relacionadas aos processos selecionados para a audiência pública”.¹⁴ Após a manifestação de caráter técnico e político por parte

¹¹ Minimalismo e perfeccionismo são categorias criadas e desenvolvidas por Cass Sunstein, no texto *One Case at a Time* Cambridge: Harvard University Press, 1999, para caracterizar a extensão e a profundidade das decisões da Suprema Corte Norte-Americana, sob uma perspectiva democrática e institucional.

¹² Nesse sentido, ver os textos de Margarida Camargo, “Fundamentos Teóricos do Pragmatismo Jurídico” (Revista do Direito e do Estado, vol. 6, 185, 2007) e de Brian Butler, *Legal Pragmatism: banal or beneficial as the jurisprudential position?* disponível em <http://commons.pacificu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1050&context=eip>.

¹³ (I) Central Única de Trabalhadores no Distrito Federal–CUT/DF; (II) Instituto de Advocacia Racial e Ambiental–IARA, da AFROBAS–Sociedade Afro-Brasileira de Desenvolvimento Sócio Cultural, do ICCAB–Instituto Casa da Cultura Afro-Brasileira, do IDDH–Instituto de Defensores dos Direitos Humanos, e da CRIOLA; e (III) Movimento Pardo-Mestiço Brasileiro–MPMB. Além desses, entrou com o mesmo pedido o Defensor Público Geral da União.

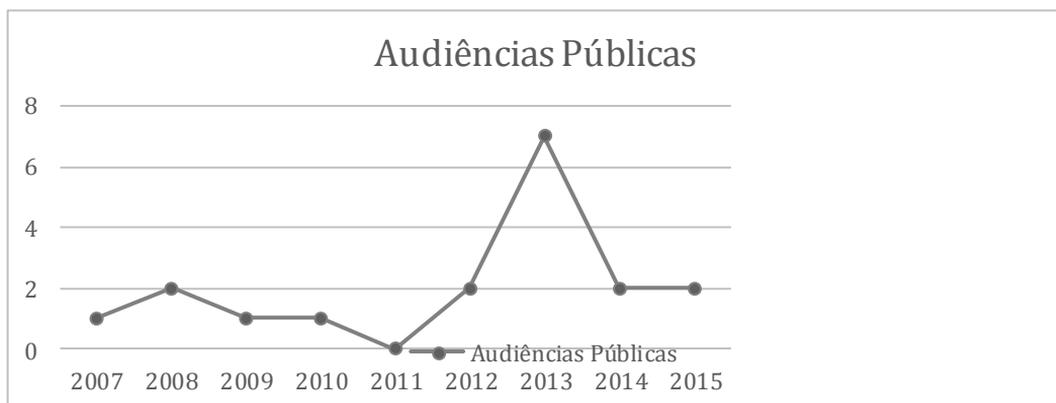
¹⁴ “O cronograma das audiências públicas recebeu a seguinte divisão temática: **3 de março**, (i) Instituições estatais responsáveis pela regulação e organização das políticas nacionais de educação e de combate à discriminação étnica e racial (Ministério da Educação, Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, Secretaria Nacional de Direitos Humanos, Fundação Nacional do

das autoridades convocadas, passou-se à realização de um processo contraditório de defesa e ataque sobre a inconstitucionalidade do ato da Universidade.

A tendência do Supremo Tribunal em promover a abertura do diálogo com a sociedade, por meio de um conjunto de especialistas, em audiência pública, tem se tornado uma constante no modelo brasileiro.¹⁵ Procura-se buscar esclarecimentos junto à comunidade científica e técnicos em geral, sobre matérias que escapam ao conhecimento específico da Corte. Foi o caso, por exemplo, (I) da interrupção da gravidez de fetos anencefálicos (ADPF 54), quando se procurava esclarecer, por exemplo, a precisão do diagnóstico e a sobrevivência do bebê sem cérebro; (II) das células-tronco embrionárias (ADI 3510), quando se buscava saber se a utilização de células-tronco adultas era suficiente ao progresso da ciência; (III) da importação de pneus

Índio e Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal), bem como pela instituição responsável por mensurar os resultados dessas políticas públicas (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA). (ii) Partes relacionadas aos processos selecionados para a audiência pública. **4 de março, Início do contraditório entre os defensores da tese de constitucionalidade e os defensores da tese de inconstitucionalidade das políticas de reserva de vaga como ação afirmativa de acesso ao ensino superior** (5 defensores para cada uma das teses). Nessa data, os defensores da tese de inconstitucionalidade das políticas de reserva de vagas iniciarão o contraditório e serão seguidos pelos defensores da tese contrária. **5 de março, Manhã** – Na manhã do dia 5 de março, dar-se-á continuidade ao contraditório entre os defensores das teses de constitucionalidade e de inconstitucionalidade das políticas de reserva de vagas. Nessa data, serão os defensores da tese de constitucionalidade que iniciarão o contraditório, que será encerrado pelos defensores da tese da inconstitucionalidade. **Tarde** – O período da tarde do dia 5 de março será destinado à apresentação das experiências das universidades públicas na aplicação das políticas de reserva de vagas como ação afirmativa para acesso ao ensino superior. Após essas entidades, a Associação dos Juizes Federais exporá como tem julgado os conflitos decorrentes da aplicação dessas medidas. Essas exposições têm como escopo permitir que esta Corte Constitucional avalie se e em que medida as políticas de reserva de vagas no ensino superior afrontam a Constituição Federal de 1988” (conteúdo retirado e grifado a partir de despacho convocatório do Min. Rel. Ricardo Lewandowski). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa>>. Acesso em: 10 de agosto de 2011.

15



reformulados e remoldados (ADPF 101), quando os químicos e ambientalistas mostraram o potencial de contaminação de seus resíduos; (IV) da distribuição gratuita de medicamentos e garantia de tratamento médico pelo poder público (STA 36, 185, 211, 278 etc.), quando técnicos governamentais foram chamados a esclarecer sobre a lógica, limites e capacidade do sistema único de saúde; e, por fim, (V) da ADPF 186, quando foi solicitado o depoimento de gestores de instituições de ensino superior que adotam o sistema de cotas nas suas mais variadas modalidades, entre outros. Em 2012, como dissemos, o Supremo Tribunal Federal brasileiro decidiu, por unanimidade, sobre a constitucionalidade da reserva de vagas para grupos minoritários conforme as necessidades regionais e a política de cada instituição de nível superior. Cotas sociais para negros e pardos, índios, egressos de escolas públicas, etc. Mas, a despeito da visão consequencialista, que apontou para os benefícios da adoção de uma política de ação afirmativa como mecanismo capaz de corrigir a discriminação histórica dos negros e promover a sua inclusão social, as razões trazidas pela corte para legitimar tal medida basearam-se antes no valor da igualdade, tomada como fundamento primeiro do Estado Democrático de Direito.¹⁶ Essa matriz normativa, de caráter principiológico, configurada nos artigos 1º e 3º da Constituição, acabou por levar a Corte a reconhecer o cabimento e a legitimidade de medidas intervencionistas para a promoção da igualdade no sentido material.¹⁷

1 O caso norte-americano

A decisão da Suprema Corte Norte-Americana, no caso *Grutter v. Bollinger*,¹⁸ encerrado em 2003, quando se discutiu a constitucionalidade da reserva de vagas para grupos minoritários nas universidades públicas, teve como base a opinião vencedora da *Justice Sandra Day O'Connor*. Fixada como posição majoritária da Corte, sustentada por cinco votos, recebeu o apoio dos *Justices Stevens, Souter, Ginsburg e Breyer*. Mas do documento que consolida a decisão consta também o teor dos 4 (quatro) votos

16 Consta da ementa do acórdão: "...II – O modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade.... IV – Medidas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico-raciais e sociais em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros, devendo, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro. V - Metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição. VI - Justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes. VII – No entanto, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos."

17 Cf. Informativo STF 663, de abril de 2012.
<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo663.htm>

18 *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003).

dissidentes. A controvérsia concentrou-se na possibilidade de adoção do critério de raça na política de ingresso nas universidades. Caberia à Corte verificar se tal prática fere ou não a Cláusula da Igual Proteção (*Equal Protection Clause*), uma vez que o uso de cotas fora anteriormente vedado no caso *Regents of University of Califórnia v. Bakke*,¹⁹ em 1978. Tradicionalmente, nos EUA, as ações afirmativas relativas seguem uma relação gênero-espécie. As cotas representam uma espécie de ação afirmativa sem base legal, porque até a decisão de *Grutter v. Bollinger*, não havia exemplo constitucionalmente válido para o gênero cotas no plano universitário público. O que restou proibido no precedente *Bakke* foi a espécie. No caso em questão, que compõe o cerne da discussão deste artigo, Barbara Grutter, *peticionária*, questionou a constitucionalidade do ato da direção da Universidade de Michigan que, de acordo com a sua política de admissão, impedia a igualdade de acesso aos candidatos à sua Faculdade de Direito.

1.1 A opinião majoritária da corte no caso Grutter

A decisão atém-se ao caso específico da Universidade de Michigan: “The Law School’s narrowly tailored use of race in admissions decisions to further a compelling interest in obtaining the educational benefits that flow from a diverse student body is not prohibited by the Equal Protection Clause (...)”.²⁰ É acentuado, pelos ministros da corte, que a aplicação desta decisão como precedente para casos futuros somente se dará quando verificadas condições fáticas de mesmo teor:

Este caso, portanto, não exige que a Corte avalie quando todas as classificações raciais de governo, designadas a beneficiar ou prejudicar um grupo historicamente marginalizado, devam ser submetidas ao mesmo padrão de revisão judicial. (...) Nem deve ser reconsiderado quando o interesse for outro que não a ‘diversidade do corpo estudantil’. (...) determinado como suficiente para justificar uma política governamental sensível à raça.²¹

A opinião da *Justice O’Connor*, seguida pela maioria da Corte, ainda que centrada sobre aquele determinado caso concreto, é apresentada no acórdão a partir de fundamentos que permitem a identificação de *standards* aptos a disciplinar condutas futuras. Esta base normativa é apresentada de maneira resumida em quarto tópicos:

a) A Corte mantém-se contrária à adoção do sistema de cotas caracterizado pela reserva de vagas a minorias mediante o que é chamado de *classificações suspeitas*.²² No caso, a discriminação dar-se-ia pelo critério da

19 *Regents of University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

20 Tradução livre: “O uso devidamente ajustado da raça pela Faculdade de Direito nas decisões de admissão para atender ao interesse convincente de obter os benefícios educacionais advindos de um corpo estudantil diversificado não é proibido pela Cláusula de Proteção Igualitária (...)”. *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003), p. 5.

21 No original: “ This case therefore does not require the Court to revisit whether all governmental classifications by race, whether designed to benefit or to burden a historically disadvantaged group, should be subject to the same standard of judicial review. (...) Nor does this case necessitate reconsideration whether interests other than “student body diversity,” (...) rank as sufficiently important to justify a race-conscious government program”. *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003), pág. 21.

22 Há entendimento pacífico na Suprema Corte dos EUA iniciado com o precedente *United States v. Carolene Products Co.* (1938) sobre as *suspect classifications*. Sua mais famosa referência se encontra na nota de rodapé nº 4 do voto do *Justice Stone* deste mesmo caso. Sempre que uma entidade governamental pretende promover a classificação de cidadãos, é preciso considerar o risco objetivo que se corre de violar

raça. Contudo, entende-se que a discriminação pode ocorrer em programas de admissão de instituições de ensino superior desde que carregue, intrinsecamente, um *convincente interesse público*. O pluralismo na universidade é altamente proveitoso e necessário uma vez que, ali, formam-se grandes líderes nacionais.²³ Estas lideranças devem se submeter a um treinamento de ampla exposição a ideias e costumes variados, muito caros à formação da sociedade norte-americana. No caso, o convívio com estudantes de origens diversas. O que temos resumidamente é uma regra em que a discriminação pelo critério da raça é presumidamente rejeitada, sendo aceita, de forma excepcional, pela presença de um *premente interesse estatal* (*compelling state interest* ou *compelling interest of government*). Não basta um convincente interesse estatal para que a discriminação seja vista como algo legítimo. Este tipo de questão é delicado demais para que qualquer jurisdição (administrativa) decida se há ou não um convincente interesse estatal sobre aquela prática. É necessário que qualquer discriminação que se mostre, em princípio, interessante ao Estado, deva ser avaliada pelas cortes judiciais. Trata-se de uma questão relativa à interpretação da *Equal Protection Clause*. O procedimento do escrutínio estrito (*strict scrutiny*), mais rigoroso, avalia, de forma minuciosa, cada um dos alegados “interesses estatais”. Tais práticas são analisadas de forma a verificar se, na prática, se adequam, exatamente, à finalidade pretendida, a ponto de garantir o cumprimento do interesse alegado, sem as quais este não poderia ser alcançado (*narrowly tailored*). Em conclusão, o tratamento desigual, no caso, não fere a *Equal Protection Clause*. Restou atestada, de forma cuidadosa, que a medida impõe-se como necessária ao alcance de um relevante interesse público.

b) A questão da diversidade dentro do corpo estudantil está vinculada às crescentes exigências do mercado de trabalho. As maiores empresas convenceram de que é necessário um preparo na universidade através da exposição dos alunos a variados tipos de culturas, ideias e pontos de vista. Em um mercado cada vez mais exigente, aumenta-se a demanda por profissionais de cultura diversificada. Tal tipo de formação estudantil melhora, indiretamente, o desenvolvimento econômico do país. As Forças Armadas buscam esta mesma diversidade para promover um melhor convívio entre militares de diferentes raças e origens étnicas, evitando comportamentos indevidos entre as hierarquias como desobediências e desacatos. A Faculdade de Direito da Universidade de Michigan mostra, assim, um interesse justificável e convincente pela diversidade do seu corpo estudantil, e procura preparar seus alunos para o mercado de trabalho estadunidense, bem como para a ocupação dos principais postos de liderança de uma nação plural como os

a *Equal Protection Clause*. Assim, sempre que houver uma distinção pelo critério de raça, origem étnica, gênero, nacionalidade, orientação sexual, credo ou qualquer outra classificação que possa prejudicar liberdades fundamentais, a medida governamental deverá passar por uma revisão do Judiciário que avalie sua base legal. O procedimento que deverá ser seguido é o *strict scrutiny*, mais criterioso e rigoroso. Pode-se afirmar, portanto, que as classificações suspeitas indicam a necessidade de aplicação do *strict scrutiny*. Cf. *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938).

²³ É possível encontrar este entendimento na opinião de Justice Powell no caso *Regents of University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

EUA.²⁴As condições anteriormente apresentadas justificam o afastamento da presunção (relativa) de tratamento igualitário, exigido pela *Equal Protection Clause*. A discriminação proposta pelo programa de admissão de Michigan é permitida, desde que contenha as condições apresentadas. Há, entretanto, fatores que limitam o programa de admissão sensível à raça (*race-conscious admission program*). Se um programa considera a raça ou a origem étnica como um dos principais fatores na sua política de admissão, estará sendo desigual, pois, neste caso, não se trata de valorizar o candidato, mas valorizar o grupo racial ou étnico ao qual ele pertence. Logo, um modelo de programa que leve à preponderância do critério racial acaba por prejudicar indevidamente os candidatos fora desse pertencimento, configurando uma verdadeira violação à *Equal Protection Clause*. A discriminação pela raça deve ser considerada, portanto, apenas um fator a mais na avaliação concreta daquele candidato (*potential “plus” factor*). Seu uso, de tal maneira, proporciona a valorização do candidato, consideradas suas características e qualidades pessoais, em prol da diversidade do corpo estudantil. Não se trata, portanto, de discriminação de grupos pela diferença racial ou étnica, mas sim de privilegiar candidatos em razão de atributos advindos de suas condições pessoais. Restaria defeso, assim, estipular cotas raciais porque reservariam um número ou um percentual de vagas; ou mesmo definir métodos de admissão diferenciados por critérios de raça ou etnia. A permissão do tratamento desigual, no caso, tem tempo limitado: em 25 anos, isto é, tão somente se mostre necessário o tratamento preferencial para o cumprimento do interesse público alegado.

1.2. A fundamentação da opinião majoritária

1.2.1 O precedente *Bakke*

Após 25 anos sem avaliar as ações afirmativas de natureza classificatória no ensino público superior, a questão é novamente trazida à Suprema Corte dos EUA. No Caso *Bakke*, em 1978, a Corte restou severamente fragmentada. Seis opiniões distintas e concorrentes impediram a formação de uma opinião majoritária. O último a se manifestar, na ocasião, foi o *Justice Powell*, que se deparou com um quadro de impasse. Quatro *Justices* sustentavam as ações afirmativas para remediar preconceitos historicamente sofridos, e outros quatro combatiam-nas por suposta inconstitucionalidade.

O voto de Minerva trazido pelo *Justice Powell* serviu, em um primeiro momento, para tentar proibir o uso de programas de admissão que estabelecessem cotas raciais, definindo, como regra, a vedação de qualquer seleção por meio da classificação por raça.²⁵ Mas em um segundo momento *Justice Powell* defendeu a possibilidade de se

24 À posição de *Justice Powell*, ressaltada na nota nº 12 do presente artigo, somam-se, agora, as ponderações advindas de um considerável número de *briefs de amicus curiae*, no sentido de salientar que as principais lideranças nacionais provêm das faculdades de Direito.

25 O programa de admissão da Universidade da Califórnia, diferentemente do *potential “plus” factor* do programa da Universidade de Michigan – termo cunhado pela opinião de *Powell*, foi reprovado pelo fato

considerar raça e origem étnica em casos de interesse governamental justificável, convincente o suficiente para que se admitam, embora como fatores periféricos, na política de admissão da Universidade. A opinião de Powell acabou por repercutir e permear as políticas de admissão universitária posteriores a este precedente. Algumas a consideraram integralmente, enquanto outras, sob sua efetiva inspiração, construíram uma política sensível à raça.²⁶ “[T]he guarantee of equal protection cannot mean one thing when applied to one individual and something else when applied to a person of another color. If both are not accorded the same protection, then it is not equal”.²⁷ A *Equal Protection Clause* é de alcance geral e universal, podendo dela se servir todo e qualquer indivíduo sob premente ameaça ou lesão à igualdade, independentemente de qualquer classificação. Powell argumenta que não há equidade se houver privilégios entre indivíduos em favor de sua raça ou origem étnica. O princípio contido na 14ª Emenda deveria ser preenchido com o mesmo conteúdo para qualquer indivíduo, independentemente de sua raça. Quando o Estado pretender cumprir um de seus objetivos e precisar, nessa trajetória, passar pela via da classificação suspeita, é imperativa a necessidade de que uma corte judicial aprove a ação, analisando se os métodos aplicados servem para alcançá-los de forma estrita e precisa. Ainda que seja determinado, como regra, não se aceitar a discriminação nas ações governamentais, há uma exceção: a ação deve servir estrita e precisamente para o alcance de um interesse governamental justificável e, necessariamente, aprovada por minuciosa avaliação de uma corte judicial.

- 1) A partir do momento em que se estabeleceram esses pilares sobre a temática das ações afirmativas, Powell deteve-se sobre as alegações feitas concretamente pela Universidade da Califórnia, avaliando-as da seguinte forma:²⁸ *Reduzir o tradicional déficit histórico de minorias desfavorecidas nas faculdades de medicina e na profissão médica* – Reprovado;
- 2) *Remediar discriminações sociais* – Reprovado;
- 3) *Aumentar o número de médicos que atuarão em comunidades carentes destes serviços médicos* – Reprovado;
- 4) *Alcance de um diverso corpo estudantil* – Aprovado.

No primeiro item alegou-se carência de base legal para a promoção de um balanceamento racial na profissão.²⁹ No segundo, considerou-se o risco de violação indevida a direitos de terceiros que não concorreram para a prática discriminatória e, ao

de constituir cotas raciais. O programa visava estabelecer o número fixo e rígido de 16 das 100 vagas para suas turmas de medicina, eliminando o que a Corte defende por *partir do mesmo piso*.

26 Isto se verifica, por exemplo, em dois briefs destacados no Caso Grutter, em que suas teses basearam-se no voto de Powell em Bakke: Brief for Judith Areen et. al. as Amici Curiae, 12-13, e Brief for Amherst College et. al. as Amici Curiae, 27.

27 Tradução livre: “A garantia da proteção igualitária não pode significar uma coisa quando aplicada para um indivíduo e outra coisa quando aplicado a uma pessoa de diversa cor. Se ambos não estiverem amparados pela mesma proteção, então não há igualdade”. *Regents of University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

28 Configura uma das etapas do *strict scrutiny* o exame de cada uma das alegações feitas pela defesa daquilo que eles defendem ser um convincente interesse governamental. Para tantos interesses específicos apresentados, teremos o mesmo número de exames específicos pelo tribunal de revisão, admitindo-o ou não como *compelling interest of state*.

29 O balanceamento representa uma prática interventiva com a finalidade de estabelecer índices proporcionais entre classes dentro da atividade profissional.

mesmo tempo, privilegiar sujeitos que não foram discriminados. O terceiro interesse, no entender de Powell, até poderia ser considerado como convincente, mas as circunstâncias não garantiam o resultado pretendido. Embora se formem médicos de minorias raciais ou étnicas, os mesmos não retornariam, necessariamente, aos seus locais de origem para atender às carências de suas comunidades. Tentarão, ao revés, disputar lugar no mercado de trabalho com os demais profissionais. A diversidade do corpo estudantil, quarta alegação, foi reconhecida e repercutiu posteriormente como fundamento importante no Caso *Grutter*. O futuro da nação, para o *Justice*, dependeria, antes de qualquer outra coisa, de um quadro de líderes treinados por uma *ampla exposição* às ideias e aos costumes de estudantes tão diversos quanto à diversidade de sua própria nação. A universidade deveria cumprir esta meta de grande relevância para o alcance daquele interesse governamental. A questão da diversidade não se encerra numa composição baseada em raça e origem étnica. Esses fatores que, certamente, muito contribuem para a composição de um corpo diversificado, são apenas alguns de uma verdadeira gama de elementos que enriquecem o pluralismo dentro das universidades. O convincente interesse governamental não é a diversidade de etnias, diversidade de raças, mas uma contundente diversidade de opiniões, costumes, pontos de vista e ideologias. O critério de raça, com isso, seria permitido se usado como elemento capaz de trazer a diversidade ao corpo universitário.

Há, todavia, uma grande dificuldade entre os tribunais em reconhecer o Caso *Bakke* como precedente, a partir do voto do *Justice* Powell. É difícil definir qual a posição adotada pela Corte em julgamentos fragmentados. O Caso *Bakke*, em particular, apresenta uma dificuldade ainda maior. O voto que acabou por servir de paradigma para decisões futuras, como em *Grutter*, foi um voto isolado, isto é, sem adesão de nenhum outro *Justice*. Estes casos são especiais, pois neles não se verifica uma opinião predominante no tribunal, de forma a ser identificada uma maioria vencedora. Em caso de *fragmentação judicial*, a Corte não exprime uma opinião majoritária, mas uma opinião capaz de aproximar os polos da decisão; um voto eclético que estreite as opiniões opostas.³⁰

1.2.2 O *strict scrutiny*

A Constituição dos EUA, com sua 14ª Emenda, protege indivíduos, e não grupos, de um tratamento desigual perante a lei. Existe a presunção de que a classificação em grupos é ilegal. Qualquer programa governamental que utilize a raça em seus atos deverá passar por um minucioso controle judicial, garantindo que o direito individual à igualdade não seja afetado.

Apenas uma corte judicial possui a competência necessária para determinar o quão vinculado e comprometido com o interesse governamental se encontra a ação

30 As opiniões da Corte, por um lado, vedavam completamente a classificação pela raça, entendendo-a como inconstitucional, e, por outro, entendiam a classificação como uma eficiente forma de se combater e remediar os estigmas estruturais da sociedade, moldados historicamente. Com Powell, a igualdade pode ser respeitada sem impossibilitar a promoção de interesses convincentes do governo. O *Justice* levou em consideração a alta complexidade das posições apresentadas e buscou uma forma de equilibrá-las, em um processo de adaptação determinante para que sua opinião passasse a ser reconhecida como opinião da Corte. A incidência do fenômeno da fragmentação leva a uma opinião da Corte que não é a opinião majoritária.

baseada em critérios classificatórios. A caracterização dessa prática como estritamente ajustada a um premente interesse governamental (*narrowly tailored to a governmental compelling interest*) corresponde a uma etapa do procedimento do escrutínio estrito (*strict scrutiny*). Mesmo que seja uma conduta notoriamente conforme a Constituição, o simples fato de envolver um risco ao direito individual da igualdade já cria, objetivamente, a necessidade deste controle.

Somente o Judiciário pode conferir a condição de estritamente ajustado (*narrowly-tailored*) a uma ação governamental que classifica o público alvo pela raça ou etnia. Não deixa de ser uma espécie de controle de constitucionalidade, tamanha a importância do princípio da igualdade na cultura liberal norte-americana:

Sem a busca de uma verificação judicial das justificativas para tais medidas baseadas na raça, nós não temos meios para determinar quais ‘classificações suspeitas são *benignas* ou *reparadoras* e quais classificações são, na verdade, motivadas por ilegítimas noções de superioridade racial ou mera política racial’. Nós aplicamos o escrutínio estrito para todas as classificações raciais para desmascarar ilegítimas utilizações da raça que aleguem estar perseguindo um objetivo importante suficiente que justifique o uso de um mecanismo altamente suspeito.³¹

O *strict scrutiny* recai sobre a verdade factual, não apenas em tese, mas levando-se em conta a ação governamental especificada no processo. Quando a ação é definida como necessária ao cumprimento de um interesse premente de governo (*compelling interest of government*), ela não viola a garantia individual de equidade estabelecida na 14ª Emenda, na exata proporção em que satisfaça o requisito de lhe estar estritamente ajustada (*narrow-tailoring*). Durante o procedimento do *strict scrutiny* são separadamente avaliados quais dos interesses levados à Corte correspondem, de fato, a um convincente interesse estatal. Em seguida, verifica-se a adequação e a necessidade da medida adotada para o alcance do fim desejado. O fato de uma decisão governamental utilizar critérios de raça em suas ações não gera, obrigatoriamente, uma colisão com os princípios constitucionais, embora a construção de sua base legal decorra de um exame minucioso da Corte. A função desta é fazer esse enquadramento de forma razoável.

1.2.3 *Overrule*: substituição da remediação histórica pela diversidade do corpo estudantil³²

A defesa, podendo apresentar uma série de argumentos para justificar o uso do critério racial nas práticas admissionais da Faculdade de Direito, optou por trazer apenas

31 No original: “Absent searching judicial inquiry into the justification, for such race-based measures,” we have no way to determine what “classifications are ‘benign’ or ‘remedial’ and what classifications are in fact motivated by illegitimated notions of racial inferiority or simple racial politics”. We apply strict scrutiny to all racial classification to “‘smoke out’ illegitimate uses of race assuring that [government] is pursuing a goal important enough to warrant use of a highly suspect tool”. Orientação sustentada já em *Richmond v. Croson Co.*, 488 U.S. 469 (1989). Cf. *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003), pág. 13.

32 O termo *overrule* é usado, nos EUA, para designar o fato de uma corte superior ou a mesma corte mudar sua orientação, rejeitando o que antes era sustentado. Decide-se sobre uma mesma, ou próxima, questão de direito rompendo-se com seus precedentes.

um. Não por carência de outras justificativas, mas de tratar o caso da forma mais objetiva possível. Se já havia um precedente dizendo que a diversidade do corpo estudantil era um interesse governamental capaz de justificar o uso de classificações raciais, bastava sustentar essa linha, já aprovada anteriormente pela Corte no Caso *Bakke*, de 1978.

Cada argumento novo trazido pelos “réus” (*respondents*) deveria passar obrigatória e separadamente pela criteriosa análise dos *Justices*. Até o Caso *Bakke*, apenas as medidas de reparação de discriminações costumavam ser contempladas. A partir de então, os critérios de legitimidade, no uso de classificações, foram sendo paulatinamente mitigados, na jurisprudência da Suprema Corte.³³ Em *Grutter*, já se encontrava, de certa forma, superada a orientação anterior de aceitar ações afirmativas baseadas em interesses governamentais de reparação histórica. Até 1978, a remediação de discriminações passadas (*remedying past discrimination*) era o interesse mais comumente aceito, porque parecia ser a única forma de responder ao quadro desigual existente na sociedade norte-americana. Harvard instituiu uma política de admissão que aplicava diferentemente o critério de raça, concebendo uma nova utilização das *classificações suspeitas*. Até então, apenas sistemas como o de cotas eram conhecidos para o processo de reinserção social das vítimas de discriminação histórica. Harvard inovou no sentido de considerar o critério racial como um “*plus*” e isto fez com que Powell, no Caso *Regents of University of Califórnia v. Bakke*, concluísse pela menor agressividade do novo modelo voltado para o interesse da diversidade do corpo estudantil. O resultado foi a negação de base legal à medida da Universidade da Califórnia e a qualquer outra com caráter de cota.

Powell alegou, baseado na Primeira Emenda, que a universidade tinha a liberdade de criar seus próprios objetivos, bem como traçar as etapas necessárias à persecução dos mesmos. Se houver o interesse da diversidade – já considerado como um premente interesse governamental (*compelling interest of state*) –, ela terá o direito de escolher quais são os estudantes com o maior potencial para atingir aquilo que a Corte chamou de “robusto intercâmbio de ideias” (*robust exchange of ideas*). A diversidade não é algo meramente abstrato, pois traz consigo concretos benefícios educacionais. Desde o encaminhamento da ação (*writ of certiorari*) ao *pool* da Suprema Corte, já era sustentado que a diversidade do corpo estudantil na política de admissão da universidade “promove a ‘compreensão inter-racial’, ajuda a derrubar os estereótipos raciais e ‘habilita [os estudantes] a melhor entender pessoas de raças diferentes’”.³⁴ Esses não foram os únicos benefícios em torno dos quais o debate se concentrou. Outros benefícios foram apontados pelos *amici curiae* do Caso *Grutter*. Mais de cem “pareceres” (*briefs*) foram apresentados, sendo a esmagadora maioria em suporte de Michigan. Por exemplo:

33 O Caso *Crosen*, de 1989, foi determinante neste processo, dado que o voto de Powell, em *Bakke*, fora admitido como opinião da Corte, que considerou o critério da raça como um “plus” para o objetivo do interesse governamental da diversidade do corpo estudantil, em lugar da remediação.

34 No original: “promotes ‘cross-racial understanding,’ helps to break down racial stereotypes, and ‘enables [students] to better understand persons of different races’”. *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003), pág. 14.

- *Brief for American Educational Research Association et. al. as Amici Curiae*, 3: melhor preparo para os estudantes em uma sociedade e um mercado de trabalho cada vez mais diversos, e melhor os prepara como profissionais.
- *Brief for 3M et. al. as Amici Curiae*, 5 (Amicus Curiae trazido por 65 empresas líderes de mercado no panorama internacional); e *Brief for General Motors Corp. as Amicus Curiae*, 3-4: os benefícios não são teóricos, mas reais. As habilidades necessárias, atualmente, para se inserir num mercado cada vez mais global só podem ser desenvolvidas mediante uma ampla exposição (*widely expositure*) a pessoas, culturas, ideias e pontos de vista diversificados.
- *Brief for Julius W. Becton, Jr., et. al. as Amici Curiae*, 5 (oficial reformado das Forças Armadas norte-americanas): a missão fundamental das forças militares de promover a segurança nacional apenas seria alcançada quando seu corpo fosse altamente qualificado e, ainda, contivesse grande diversidade entre seus oficiais. O corpo de oficiais da nação será composto, primeiramente, pelos servidores de sua academia militar e o corpo de reserva (Reserve Officers Training Corps – ROTC) e, em seguida, pelos estudantes que ingressaram no ensino superior (...). Não seria possível alcançar aquela missão se somente os primeiros possuíssem o que foi trazido como necessário para seu alcance (alta qualificação e diversidade). Outras instituições envolvidas dessa forma com as forças militares do país precisariam se adequar ao modelo da diversidade e seletividade nela existentes, inclusive as universidades.

A Corte se mostrou, em *Grutter*, envolvida e preocupada com a questão da cidadania e do trabalho como ponto central para a manutenção de uma herança política e cultural no país. O conhecimento e as oportunidades de inserção em instituições públicas deveriam estar acessíveis a todos os cidadãos, de forma igualitária, não importando sua raça ou etnia.³⁵ Retomou-se, ainda, a importância da universidade na formação de líderes nacionais, sobretudo numa escola de Direito. Para tanto o Tribunal considerou as informações trazidas pelo *brief* da Associação das Faculdades de Direito Americanas (*Association of American Law Schools*), que alertava, mediante a apresentação de dados quantitativos, a participação de estudantes egressos de faculdades de Direito entre os agentes políticos, relacionando-os à sua superioridade qualitativa, como no caso da Michigan University.³⁶ E o ensino jurídico apenas poderia ser efetivo

35 É o que pode ser visto em passagem de um *brief for amicus curiae*, impetrado pelos Estados Unidos no caso *Grutter*: “[e]nsuring that public institutions are open and available to all segments of American society, including people of all races and ethnicities, represents a paramount government objective” (assegurar que as instituições públicas estão abertas para todos os segmentos da sociedade Americana, incluindo pessoas de todas as raças e etnias, representa um objetivo primordial do governo – tradução livre). *Brief for United States as Amicus Curiae*, 13, in *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003), pág. 15.

36 “Individuals with law degrees occupy roughly half the state governorships, more than half the seats in the United States Senate, and more than a third of the seats in the United States House of Representatives. (...) The pattern is even more striking when it comes to highly selective law schools. A handful of these schools accounts for 25 of the 100 United States Senators, 74 United States Courts of

se os estudantes mantivessem interagissem com as instituições públicas. Um aprendizado restrito à sala de aula não produziria os efeitos desejados de maneira satisfatória. Como um líder exerceria uma boa representação sem conhecer os cidadãos que representa? Como os diversos grupos sociais poderiam se fazer representar sem que lhes fosse garantido o acesso de forma equilibrada nessas instituições? Foram indagações suscitadas no âmbito do julgamento e que levaram à conclusão da necessidade de se conferir igualdade no acesso ao ensino público superior, pois isto significa promover uma ampla exposição e um robusto intercâmbio de ideias entre os alunos. A determinação retirada pela Corte deu-se diante do fato de que existem benefícios educacionais de grandes proporções na admissão de Michigan, capazes de promover a diversidade do seu corpo estudantil. Haveria, portanto, no caso, um premente interesse de governo (*compelling governmental interest*). E para cada minoria sub-representada (*under represented minorities*) deveria submeter-se a escrutínio específico, de forma a gerar uma medida legítima, apta a alcançar interesses e benefícios específicos de forma adequada, sem exageros e sem penalizar indevidamente terceiros. No caso *Grutter* foi então adotada uma nova medida focada na formação de uma *massa crítica*, de maior potencial representativo, com a inclusão de categoria sub-representada, como *potential “plus” factor*, nos termos definidos por Powell.

1.2.4 O critério do *narrow-tailoring*

O governo é, presumidamente, proibido de atuar com base em classificações suspeitas, âmbito em que se inserem os critérios raciais e étnicos presentes na questão educacional. Existe, porém, a possibilidade de comprovar em juízo que a medida é justificável, e que o Estado pode adotar tais discriminações na persecução de interesses governamentais de premente necessidade. Ainda nos casos de exceção, o Estado se encontra constrangido a demonstrar que a forma de cumprimento e alcance do interesse pretendido não viola a *Equal Protection Clause*. Segundo a Corte, a medida utilizada como instrumento de persecução, no que tange ao estrito ajuste (*narrow-tailoring*), deve preencher dois requisitos: especificidade e adstrição precisa. Em primeiro lugar, a medida deve tomar como prioridade concreta o interesse alegado, e nunca obtê-lo por tabela ou de forma secundária. Em segundo, tem de estar estritamente amarrada ao seu cumprimento. Como se não bastasse o ponto de chegada atender perfeitamente ao interesse governamental, mas todo o trajeto deve seguir o seu percurso, sem desvios.³⁷ No caso em tela, o requisito do estrito ajuste (*narrow-tailoring requirement*) exige, por exemplo, que os meios empregados não provoquem preconceitos ou estereótipos de raça

Appeals judges, and nearly 200 of the more than 600 United States District Court judges” (Indivíduos com formação jurídica ocupam, aproximadamente, a metade dos Governos de Estado, mais da metade dos assentos no Senado dos Estados Unidos e mais de um terço dos assentos na Casa dos Representantes dos Estados Unidos. O padrão é ainda mais impressionante quando se trata de faculdades de Direito altamente seletivas. Um punhado destas universidades contabilizam 25 dos 100 Senadores dos Estados Unidos, 74 dos juízes das Cortes de Apelação dos Estados Unidos e, aproximadamente, 200 de pouco mais de 600 juízes nas Cortes Distritais dos Estados Unidos – tradução livre). Brief for Association of American Law Schools as *Amicus Curiae*, 5-6. *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 603 (2003), p. 15.

37 Vale observar que o segundo elemento, adequação entre meios e fins, ganha maior destaque. Como exemplo é citado o Caso *Bakke*, em que a Universidade da Califórnia conseguiu justificar o interesse da diversidade do corpo estudantil pela primeira vez na história, mas perdeu o litígio por não haver adequação, segundo a Corte, em suas medidas, qual seja, um sistema de cotas.

ou etnia. Desde o Caso *Bakke*, a Corte não havia se deparado com a questão do ingresso em instituições de ensino superior por ações afirmativas. Dado o lapso temporal de vinte e cinco anos entre os dois casos, seria necessário calibrar o procedimento do escrutínio estrito (*strict scrutiny*). Não se trata de refazer completamente o processo e rediscutir a questão da diversidade enquanto um interesse premente, mas de atualizar a orientação existente em *Bakke*, para a aplicar o escrutínio estrito (*strict scrutiny*) conforme os novos contornos apresentados à Corte em 2003.³⁸ Neste ponto, declara-se como ilegítima uma ação governamental que, embora considerada como de interesse premente, venha a adotar um sistema de cotas. A Corte define o sistema de cotas como um programa que reserva número ou percentual fixo de vagas a ser preenchido por estudantes pertencentes à determinada raça ou origem étnica. É uma numeração rígida, em que a seleção decorre de um processo de insulamento dos candidatos segundo critérios de raça ou origem étnica para o provimento das vagas previamente reservadas. O grande problema do sistema de cotas é tomar como ponto de partida um parâmetro de desigualdade, agravado pela rigidez do número certo de vagas. Se reservadas, por exemplo, 30% de vagas, exatamente 30% serão preenchidas, independentemente do mérito dos que se candidataram a essas cotas comparado aos não cotistas.³⁹ Assim como os sistemas de cotas, são proibidos os programas de admissão que determinam métodos de avaliação diferenciados a grupos raciais ou étnicos. A justificativa seria a mesma: a insulação dos candidatos no momento da avaliação, o que acarretaria um ponto de partida em condições desiguais, considerada a totalidade dos candidatos. Configurando-se, portanto, como ilegítima a medida por carência de adequação.

A partir de então, caberia definir o que é necessário para se alcançar uma medida legítima conforme o requisito do estrito ajuste (*narrow-tailoring*). Uma vez que o que se pretende é a diversidade do corpo estudantil, todos os critérios relevantes à diversidade deveriam ser considerados, sob a pena de reprovação, por mais adequada que pudesse parecer a medida. Isto demandaria uma grande versatilidade do programa, de forma a abarcar também, em devidas proporções, outros critérios além da raça e da origem étnica. As distinções devem recair diretamente sobre cada indivíduo, e não sobre grupos em geral. É preciso que todos partam do mesmo ponto, em posição de igualdade; e que, ao longo das várias etapas da avaliação, as características e qualidades de cada um, possam ser sopesadas conforme os interesses institucionais. Neste sentido, a opinião majoritária da Corte volta a destacar o voto do *Justice Powell* no Caso *Bakke*:

(...) um programa de admissão deve ser “flexível o bastante para considerar todos os elementos pertinentes à diversidade à luz das qualificações particulares de cada candidato e para colocá-los sobre o mesmo piso para avaliação, embora não precise, necessariamente, atribuir-lhes o mesmo peso”.⁴⁰

38 Quando houver coincidência, entende a opinião dominante que a etapa correspondente do *strict scrutiny* possa ser dispensada. No Caso *Grutter*, por exemplo, alegou-se o mesmo *compelling interest* do Caso *Bakke*, retirando, portanto, a necessidade de discutir a qualificação dos benefícios educacionais como convincente interesse governamental.

39 Exemplificando-se, caso, em um ano, haja um grande número de candidatos cotistas com bom desempenho, alguns serão excluídos; caso haja um reduzido número, candidatos com mal desempenho serão selecionados.

40 No original: (...) an admissions program must be “flexible enough to consider all pertinent elements of diversity in light of the particular qualifications of each applicant, and to place them on the same footing

Questiona-se, então, se a *massa crítica*, conforme buscada pelos “réus” (*respondents*), caracterizaria um sistema de cotas ou não, e esta questão passa a ser enfrentada com argumentos de base estatística. A verificação de percentuais muito próximos, ao longo dos anos, do conjunto daqueles que se valeram de critérios de *classificação suspeita* poderia disfarçar a adoção, na realidade, de um sistema de cotas. Esta tese foi afastada pela opinião majoritária uma vez considerada a amplitude de 13,5% para 20,1%, mantida entre os anos de 1993 e 1998 como suficiente para descaracterizar a adoção de um sistema de cotas dissimulado.

O modelo criado por Powell – *potential “plus” factor* – funciona através de variáveis que se somam aos critérios de avaliação tradicionais. Não são critérios determinantes para a aprovação, mas critérios *sutis* (*soft variables*) que valorizam o perfil do candidato. Não garantem sua convocação, mas evidenciam que possui qualidades interessantes ao intento de diversificação do corpo estudantil. Mas além de as variáveis não poderem atuar como determinantes *per se* no processo, seria inadequado considerar apenas a raça e a etnia como critérios interessantes. Deveria haver outras variáveis desvinculadas às *classificações suspeitas*, como por exemplo: participação em atividades extracurriculares; experiência de vida em outros países; prática desportiva; fluência em língua estrangeira; superação de adversidades familiares; sucesso em carreiras de outro campo das ciências; etc. Há uma diferença significativa em se considerar uma raça – e, em função dela garantir uma quantidade de pontos ao candidato – e em considerar as várias características que se destacam no indivíduo capazes de fomentar uma discussão plural e uma integração inter-racial, dentro e fora das salas de aula. Assim, o indivíduo, e não a raça, recebe o privilégio.⁴¹ A política admissional da Universidade de Michigan permite que um candidato sub-representado (*under represented*) com menor pontuação do que outro do mesmo grupo seja aprovado em seu lugar, caso apresente qualidades mais interessantes à instituição além da raça. Quando a impetrante, amparada pelos Estados Unidos, via *amicus curiae*, afirma que o alcance das finalidades da universidade deve ser perseguido por métodos racialmente neutros (*race-neutral*), a Corte discorda. Sustenta não haver descumprimento do requisito do estrito ajuste (*narrow-tailoring*) por inexistir obrigação por parte da universidade de exaurir as medidas racialmente neutras antes de aplicar um plano em consideração da raça (*race-based programs*). Nem mesmo estaria vinculada a optar ou pela busca de um ensino de excelência, ou por um ensino diversificado. A universidade possui autonomia na criação de seus objetivos e respectivos mecanismos. A única limitação decorre do fato de as *classificações suspeitas* precisarem passar pela verificação de uma corte judicial para serem validadas. Mas, em princípio, é livre a escolha do caminho que pretende adotar. Acredita-se que o programa de Michigan, mesmo quando aplicou critérios de consideração do pertencimento racial ou étnico, com fulcro na diversidade do corpo estudantil pela criação da *massa crítica*, não abandonou as medidas neutras que visam fortalecer a seletividade acadêmica dos candidatos, em prol de um ensino de excelência.

for consideration, although not necessarily according them the same weight” . *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003), pág. 16.

41 O termo “privilégio” aqui se reveste de uma acepção de particularizar, uma vez que, não a classe, mas o indivíduo é considerado na avaliação.

Mas para a análise do estrito ajuste (*narrow-tailored*), outro requisito, além da especificidade e da adstrição precisaria ainda ser observado. Seria preciso que a medida não fosse desproporcional. As ações afirmativas não podem lesar indevidamente (*unduly harm* ou *unduly burden*) os candidatos não pertencentes aos grupos minoritários. Ela deve causar nenhum ou o menor dano possível aos inocentes.⁴² Mesmo que se busque a inserção social, deverá ser observada a competitividade no processo de admissão, não sendo aprovado o candidato por, meramente, pertencer a determinado grupo. A ponderação deve se dar de forma equilibrada, tendo-se consciência de que a questão é sutilmente inserida no âmbito da *Equal Protection Clause*, impedindo que os candidatos não minoritários (*non minorities applicants*) sejam lesados exacerbadamente pelas medidas do programa sensível à raça (*race-conscious*). Uma vez atendidos tais requisitos constitucionais e diante da sua provisoriedade, há que se estabelecer um tempo de vigência para a adoção de medida excepcional. Uma ação afirmativa, pela sua própria natureza, não pode se perpetuar no tempo. Deve cessar tão logo perca seu caráter de necessidade. No Caso *Grutter*, definiu-se que o “prazo de validade” da ação afirmativa de Michigan seria de 25 anos. A Corte espera – e determina – que a situação seja combatida também por medidas de caráter definitivo, e acredita-se que, ao final de 25 anos, a dificuldade apresentada tenha sido superada.⁴³ Em síntese, a Cláusula de Proteção Igualitária não proíbe o adequado e necessário uso da raça como critério de admissão para a Faculdade de Direito de Michigan no cumprimento de seu interesse convincente de obter os benefícios educacionais advindos de um corpo estudantil diversificado.⁴⁴

2 As opiniões dissidentes

A decisão, oriunda de maioria apertada de cinco *Justices*, deixou espaço considerável às opiniões dissidentes. Por se tratar do problema da discriminação, face ao princípio da igualdade configurado na 14ª Emenda, os ministros vencidos não discordam da utilização do *strict scrutiny*, mas sim dos resultados alcançados no Caso *Grutter*. Com argumentos em grande parte convergentes, divergem sobre os critérios da adequação e da necessidade da medida no caso concreto.

42 Com o termo “inocentes” quer-se designar aqueles que, apesar de se enquadrarem no rol de grupos não-minoritários, não concorreram concretamente para as condutas passadas que ocasionaram o atual quadro de disparidades sociais.

43 “It has been 25 years since Justice Powell first approved the use of race to further an interest in student body diversity in the context of public higher education. Since that time, the number of minority applicants with high grades and test scores has indeed increased. (...) We expect that 25 years from now, the use of racial preferences will no longer be necessary to further the interest approved today” (Há 25 anos desde que o *Justice* Powell aprovou, pela primeira vez, o uso da raça para alcançar um interesse de um corpo estudantil diversificado no contexto da educação pública superior. Desde aquele momento, o número de candidatos minoritários com altos graus e pontuações nos testes [das seleções], de fato, aumentou. (...) Nós esperamos que, daqui a 25 anos, o uso de preferências raciais não mais será necessário para alcançar o interesse hoje aprovado – tradução livre). *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003), p. 20.

44 “(...) the Equal Protection Clause does not prohibit the Law School's narrowly tailored use of race in admissions decisions to further a compelling interest in obtaining the educational benefits that flow from a diverse student body” (a Cláusula de Proteção Igualitária não proíbe o uso adequado e necessário da raça pela Faculdade de Direito nas decisões de admissão para atender ao convincente interesse de obter os benefícios educacionais advindos de um corpo estudantil diversificado – tradução livre). *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003), p. 20.

A vertente originalista, contrária a qualquer tipo de ativismo ou interpretação criativa além daquilo que se possa extrair diretamente do texto constitucional, é manifestada particularmente no voto do *Justice Antonin Scalia*. Na sequência, o *Justice Clarence Thomas*, único negro na Corte e autor do voto mais prolixo, recupera a fala de Frederick Douglass, em 1865 – um negro à época do abolicionismo –, que considerava descabido qualquer tipo de ajuda aos negros.⁴⁵ Thomas defende arduamente a adoção de um sistema de mérito, como único possível de garantir ao negro uma posição de verdadeira igualdade com o branco. É restritivo em suas observações acerca do caráter interventivo do Estado, ao destacar a índole liberal norte-americana, que tradicionalmente só reconhece a limitação ao direito de liberdade nos casos em que a segurança nacional encontra-se ameaçada. Em linhas gerais alegam que, na prática, a política da Universidade de Michigan, para formar uma *massa crítica*, não passava pelo crivo da adequação e da necessidade, conforme exige o sistema do *strict scrutiny*. Tratar-se-ia, antes, de uma farsa para mascarar o elitismo que normalmente marca esta Universidade. Para Thomas, a adequação das normas gerais de admissão de uma universidade para alcançar a diversidade estudantil significa abrir mão de uma configuração elitizada.⁴⁶ Seria imprescindível mostrar que a estratégia criada pela Universidade de Michigan, ao aplicar o sistema de cotas enquanto instrumento para o interesse da diversidade, levasse à formação de uma autêntica *massa crítica*, formada por um número significativo de membros de grupos sub-representados capaz de alcançar benefícios educacionais de um corpo estudantil diversificado. Dados estatísticos mostravam, segundo Thomas, que a *Law School* não serve de campo de treinamento para futuros advogados que atuarão naquele Estado, pois a maioria de seus estudantes não eram de Michigan e, da mesma forma, a maioria dos formados ali não permaneceriam.⁴⁷ A diversidade falha, ainda, ao afastar outras minorias, como é o caso dos hispânicos, e a permanência do percentual muito aproximado de negros que ingressam

45 A opinião de Thomas se inicia com uma citação de Frederick Douglass, podendo se destacar o seguinte trecho “The American people have always been anxious to know what they shall do with us.... I have had but one answer from the beginning. Do nothing with us! Your doing with us has already played the mischief with us. Do nothing with us! If the apples will not remain on the tree of their own strength, if they are worm-eaten at the core, if they are early ripe and disposed to fall, let them fall! ... And if the negro cannot stand on his own legs, let him fall also. All I ask is, give him a chance to stand on his own legs! Let him alone! ... [Y]our interference is doing him positive injury” (O povo Americano tem sido sempre ansioso para saber o que ele devia fazer conosco... mas eu tenho tido desde o início uma única resposta. Não façam nada conosco! Seu fazer conosco já nos tem levado à miséria. Não façam nada conosco! Se as maçãs não puderem mais continuar presas às árvores por suas próprias forças, se elas estiverem radicalmente devoradas por vermes, se elas estiverem já ceifadas e dispostas a cair, deixem-nas cair! ... E se o negro não puder se sustentar mais com suas próprias pernas, deixem o negro cair também. Tudo que eu peço é que o deem uma chance de ficar de pé com suas próprias pernas. Deixem-no em paz! ... Sua interferência o está prejudicando – tradução livre). *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003), p. 23.

46 Thomas entende a acepção de diversidade da universidade como um *fator estético*, um *slogan da moda*, para a promoção de sua imagem, pois não há nenhuma atitude para inserir indivíduos pobres e que tiveram uma educação precária, somente uma medida ilusória, capaz de estabelecer a imagem de uma instituição tão elitista que somente pela promoção de ações afirmativas seria acessível a grupos minoritários. Michigan não se manifesta no sentido de adotar programas admissionais mais equitativos, menos excludentes do que o que possuía, apenas buscava uma forma de amenizar o que chamava de seletividade acadêmica.

47 Ao contrário, a *Wayne State University Law School*, também pública, entre seus formados, 88% atuam no Estado de Michigan. Entretanto, esta universidade não compartilha do mesmo *status* de excelência.

anualmente apontava para a adoção de um camuflado sistema de cotas. Haveria, na realidade, uma quantidade ideal de vagas a serem preenchidas pela minoria negra, desfigurando o modelo do *potential “plus” factor*. A avaliação individual do candidato via-se prejudicada na medida em que o “*plus” factor* se desvinculava do sujeito e migrava para um parâmetro numérico pré-definido como ideal pela *Law School*.⁴⁸ De acordo com o *Justice Anthony Kennedy*, um programa de admissão “semi-cotista”, baseado mais em estimativas numéricas do que na individualização do candidato, impede que as ações afirmativas sejam aplicadas adequadamente. Após uma análise sobre os fatores de adequação da medida, ou seja, verificando se os meios aplicados atendiam aos fins pretendidos, as opiniões dissidentes tentaram reforçar a importância de que a medida concreta adotada pela universidade preenchesse, ainda, o critério de necessidade. Segundo o *Chief Justice William Rehnquist*, mais do que um bom motivo, a universidade deveria ter um motivo premente, única opção, sem a qual a busca pelo interesse falharia. Para *Kennedy*, não se aventadas outras formas de se promover uma inserção que eliminassem o potencial – mais do que “suspeito” – efetivamente lesivo do manejo da igualdade no processo de admissão. Não se prestou atenção sequer, dizia ele, em amenizar os riscos da desigualdade e do desequilibrado tratamento entre indivíduos estritamente pelo pertencimento étnico ou racial.

There is no constitutional objection to the goal of considering race as one modest factor among many others to achieve diversity, but an educational institution must ensure, through sufficient procedures, that each applicant receives individual consideration and that race does not become a predominant factor in the admissions decision making. The Law School failed to comply with this requirement, and by no means has it carried its burden to show otherwise by the test of strict scrutiny (grifo nosso).⁴⁹

São argumentos de dissensão que não devem ser menosprezados na medida em que retratam a linha filosófica de seus autores e são capazes de se apresentar em novas oportunidades.

Conclusão

A análise das ações afirmativas a partir de uma perspectiva comparada entre as jurisdições constitucionais brasileira e norte-americana permitiu identificar, nesta última, um caráter mais rigoroso de decisão. A apresentação dos fundamentos de maneira organizada em torno de critérios estabelecidos; a exigência de se seguir um procedimento diferenciado e formal; e a elaboração de opiniões dissidentes bem definidas enquanto críticas à posição vencedora indicam como uma Corte Constitucional pode oferecer decisões capazes de produzir maior índice de

48 O *Justice Anthony Kennedy* emprega, para esta avaliação individual do *potential “plus” factor*, o termo *individual review*.

49 ⁴⁹ Tradução livre: “Não há nenhuma objeção constitucional para o objetivo de considerar a raça como um fator modesto entre muitos outros para alcançar a diversidade, mas a instituição educacional deve garantir, através de procedimentos suficientes, que cada candidato recebe uma avaliação individual e que a raça não se torna o fator predominante na decisão pela admissão. A Faculdade de Direito falhou em cumprir este requisito e, de modo algum, tem dado conta de seu encargo em comprovar o contrário no âmbito do escrutínio estrito”. *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306, 123 S.Ct. 2325, p. 42-43.

previsibilidade e segurança nos termos do *Rule of Law*.⁵⁰ A forma com a qual, no Caso *Grutter*, os fundamentos são trazidos pela opinião majoritária permite que situações subsequentes busquem nele a devida orientação normativa. E a necessidade de se atender a um procedimento específico e rígido como o *strict scrutiny* otimiza a lógica argumentativa, aumentando o nível de coerência do discurso, sem prejuízo da consistência (força) dos argumentos que motivam a decisão. A existência de uma base de racionalidade bem definida permite que pessoas e instituições orientem suas condutas por padrões prescritos de forma clara e objetiva. Da mesma maneira, concorrem para que haja uma maior capacidade de predição acerca da atuação da Corte em casos futuros. Sustentamos, portanto, a hipótese de que a maneira de decidir de uma Corte Constitucional influencia significativamente na promoção da segurança e eficiência de uma ordem jurídica. Em seguida, constatamos que a cultura pragmática norte-americana pode ter servido de fator determinante ao minimalismo judicial encontrado no caso *Grutter*. No quadro do pragmatismo filosófico, sustenta-se que toda ação pressupõe uma experiência anterior que oriente e permita avaliar os resultados da medida a ser adotada.⁵¹ Para tanto, o contexto e as variáveis interdisciplinares também contribuem significativamente. Trata-se, antes, de um pensamento sempre aberto a possibilidades, em lugar de um raciocínio lógico e deduzido de premissas aceitas. O conhecimento prévio, advindo da experiência, permite a antevisão das consequências em cada situação concreta, sujeitas à verificação prática. Isso significa que o resultado concreto de cada caso é vivido e somado ao acervo já acumulado de vivências anteriores, ampliando um tipo de conhecimento que não pretende alcançar a verdade, mas resolver da melhor forma os desafios de ordem prática. No caso do direito, o pragmatismo de matriz norte-americana sugere uma postura diferenciada dos tribunais. Ao invés de o precedente ser tomado necessariamente como norma, por força da sua positividade, ele é tratado como medida necessária à previsibilidade esperada pelo *Rule of Law*.⁵² De outro lado, verificamos que a maioria dos argumentos apresentados recai sobre os efeitos práticos da decisão. Em lugar de valores consagrados, ganham prevalência os problemas concretos. O caso em apreço destaca-se particularmente pela quantidade de *briefs* apresentados. As empresas apontam para o prejuízo da produção quando não contam com um quadro apaziguado de funcionários composto de diferentes raças e etnias. As empresas de comunicação também procuram mostrar os resultados positivos de um quadro funcional semelhante, apto a desenvolver uma programação eclética que amplie seu mercado.⁵³ Fatores, portanto, de ordem econômica sobressaem quando resultados podem ser quantificados e comprovados de antemão.⁵⁴ Supomos que

50 Embora o desenvolvimento do conceito de *Rule of Law* historicamente tenha se dado a partir da necessidade apontada com o movimento constitucionalista de limitação do Poder Político, o termo é aqui empregado com ênfase no sentido que vem se desenvolvendo atualmente em que este modelo de Estado deve prover seus cidadãos de segurança acerca dos direitos constitucionalizados.

51 CAMARGO, Margarida Lacombe. “Fundamentos filosóficos do pragmatismo jurídico”. *RDE – Revista de Direito do Estado*, v. 6, p. 185, 2007.

52 POSNER, Richard. “Legal Pragmatism Defended”. *The University of Chicago Law Review*, Vol. 71, p. 683, 2004.

53 A empresa que, em particular, sustentou este argumento foi a Music Television Network (MTV) em seu *brief* de *amicus curiae*.

54 O Caso *Grutter* recebeu grande contribuição de *briefs for amici curiae* de grandes empresas, destacando-se o da General Motors Corporation, o da MTV-Music Television e outro das 65 empresas líderes de mercado nos EUA. Neste último, são exemplos: American Airlines, Inc.; American Express Company; Bank One Corporation; ChevronTexaco Corporation; The Coca-Cola Company; Coca-Cola

o oposto venha a ocorrer no caso das ações afirmativas no Brasil, vez que os argumentos noticiados pela imprensa, bem como aqueles apresentados na audiência pública e nas peças processuais, são de outra natureza. Busca-se mais a reparação histórica de grupos desfavorecidos na promoção da igualdade como direito humano e fundamental.

Uma vez que o pragmatismo é antifundacionalista, além-se ao contexto e se orienta pelos resultados, o terreno torna-se mais fértil ao minimalismo. A preocupação da Corte em construir um quadro normativo realçando princípios e valores indeterminados fica bastante reduzida, sem precisar, entretanto, chegar ao extremo do originalismo.

O minimalismo judicial, por sua vez, representa uma teoria da decisão estruturada a partir de duas variáveis: profundidade (*shallow* ou *deep*) e amplitude (*narrow* ou *wide*).⁵⁵ É possível indicar certo caráter minimalista em uma decisão à medida que ela apresenta uma forte adstrição ao caso em questão ou uma forte superficialidade em seus debates. A proposta minimalista, conforme Cass Sunstein, sugere que uma Corte Constitucional decida estritamente sobre aquilo que é necessário para o caso, de maneira a preencher uma *virtude passiva*,⁵⁶ uma vez que, entre outras justificativas, erros são evitados e a separação de poderes é respeitada. Por um lado, a variável *shallow* indica se a decisão foi superficial ao optar por não discutir profundamente conceitos, categorias e valores jurídicos, em uma autorrestrição do poder interpretativo da Corte. Por outro lado, a variável *narrow* permite aferir se a Corte proferiu uma decisão que nada ou pouco influenciará indivíduos e instituições externas à controvérsia em debate, deixando que os atores democraticamente responsabilizáveis decidam abstratamente. Podemos inferir que o minimalismo judicial se aproxima do pragmatismo jurídico em três momentos: (I) quando a proposta de autorrestrição, enquanto virtude passiva do minimalismo judicial, corrobora uma espécie de consequencialismo; (II) quando a variável *shallow* do minimalismo se relaciona com o elemento antifundacionalista do pragmatismo; e (III) quando a variável *narrow* representa o elemento pragmático contextualista.

A decisão do Caso *Grutter* não conseguiu se manter isenta de uma profunda discussão sobre princípios constitucionais como a *Equal Protection Clause* e a questão da autonomia universitária da 1ª Emenda e, nesse ponto, afasta-se de uma postura minimalista. O caso *Grutter* apresentou, portanto, uma postura aprofundada nas discussões (*deep*). Quando analisamos a variável *narrow*, entretanto, encontramos manifestação expressa da opinião majoritária de que a decisão é de restrita aplicação. Inclusive, é difícil delimitar, com maior rigor, até que ponto a decisão permite a construção de um *standard* decisório.

Enterprises Inc.; DaimlerChrysler Corporation; Eastman Kodak Company; General Electric Company; Intel Corporation; Johnson & Johnson; Kellogg Company; Microsoft Corporation; Mitsubishi Motors North America; MSC Software Corporation; Nike Inc.; Pepsi Bottling Group, Inc.; PepsiCo Inc.; Reebok International; Shell Oil Company; United Airlines, Inc.; e Xerox Corporation.

55 SUNSTEIN, Cass. *One case at a time*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

56 BICKEL, Alexander. "Foreword: the passive virtues". *Harvard Law Review*, Vol. 75, 40, 1961.

This case therefore *does not require the Court to revisit whether all governmental classifications by race, whether designed to benefit or to burden a historically disadvantaged group, should be subject to the same standard of judicial review.* (...) *Nor does this case necessitate reconsideration whether interests other than “student body diversity,”* (...) rank as sufficiently important to justify a race-conscious government program (grifo nosso).⁵⁷

A Corte não pretendeu ampliar a eficácia de sua decisão e submeter figuras externas a este espectro normativo. Isto significa que o próprio Caso *Grutter* impôs requisitos para sua aplicação como precedente vinculante: (I) benefícios educacionais da diversidade do corpo estudantil como interesse premente de governo (*compelling interest of state*); (II) sistema de *potential “plus” factor* como natureza da ação afirmativa; e (III) raça e origem étnica como critérios de *classificação suspeita*. Qualquer outra medida de ação afirmativa, por exemplo, aplicando um critério de gênero, precisaria passar por um novo *strict scrutiny* para que se verifique – em termos grosseiros – sua proporcionalidade.

O caso brasileiro, da mesma forma que o estadunidense, inicia seus debates por uma via compatível com o critério *deep*. Discutem-se conceitos, valores e princípios de uma maneira profunda. Os principais questionamentos incidem sobre problemas relativos ao acesso à educação, promoção da igualdade e a reparação de uma dívida histórica da discriminação existente. Acreditamos que, no entanto, a postura decisória do STF não seja de autocontensão como foi a da Suprema Corte dos EUA. Ainda não há decisão definitiva sobre o caso de ações afirmativas no Brasil.⁵⁸ Porém, orientando-se pelo recente quadro ativista do Supremo e sua atuação criativa, representando um ator político que vem criando positivamente políticas públicas em via justicializada, podemos acreditar que a futura decisão será no sentido de buscar uma vinculação das universidades públicas (*wide*), aos amplos e profundos fundamentos da decisão. De acordo com as constatações e a suposição acima mencionadas, verificamos que, tratando-se de ações afirmativas, a orientação da Suprema Corte dos EUA tem caráter mais pragmático e minimalista do que o STF. No que tange à profundidade dos debates, há certa coincidência de posicionamento entre as Cortes. Os EUA, porém, foram mais minimalistas em razão de uma postura decisional de caráter contido, deixando a questão abstrata aos entes democraticamente responsabilizáveis. Além disto, em razão de uma eficácia subjetiva mais restrita da decisão, a configuração do *standard* exige requisitos mais rígidos para a formação do precedente. Em relação ao pragmatismo, os EUA abandonaram o interesse convincente da remediação de discriminações passadas e do balanceamento racial, ainda presente no debate brasileiro, para adotar uma visão mais consequencialista e menos principiológica. Ressalte-se, na decisão do Caso *Grutter*, alguns dos argumentos políticos e econômicos que lhe servem de respaldo: (I) a

57 Tradução livre: “Este caso, portanto, não exige que a Corte avalie quando todas as classificações raciais de governo, designadas a beneficiar ou prejudicar um grupo historicamente marginalizado, devam ser submetidas ao mesmo padrão de revisão judicial. (...) Nem deve ser reconsiderado quando o interesse for outro que não a ‘diversidade do corpo estudantil’. (...) determinado como suficiente para justificar uma política governamental sensível à raça”. *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003), pág. 21.

58 Vide ADPF 186, realizada em seu processo audiência pública e com liminar indeferida pelo Min. Gilmar Mendes.

importância de líderes políticos que saibam lidar com o pluralismo nacional; (II) a contribuição à segurança nacional em relação aos resultados sobre a hierarquia militar; e (III) a melhoria da produtividade das empresas pela formação de indivíduos capacitados para trabalhar em ambientes diversificados.

Por fim, identificamos que existem outros fatores que concorrem para a justificativa da adoção de ações afirmativas no interior das universidades. No Brasil, predomina o dever da universidade em cumprir com a sua função social, ampliando o acesso à educação, enquanto, nos EUA, prevalece a ética utilitarista com a necessidade de o candidato comprovar o bem agregado à universidade – sobretudo, em termos de qualidade e diversidade.

Referências

BARRON, Jerome. DIENES, Thomas. *Constitutional Law*. St. Paul: Thomson West, 2005.

BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise – assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue*. *Brooklyn Law Review*. New York, v. 71, p. 1109-1180, 2006.

BICKEL, Alexander. Foreword: the passive virtues. Boston, *Harvard Law Review*, v. 75, 40, 1961.

_____. *The Least Dangerous Branch – The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven: Yale University Press, 2. ed., 1986.

_____. The role of the Supreme Court of the United States. *Texas Law Review*, Austin, v. 44, 954, 1966.

BUTLER, Brian. “Legal Pragmatism”. *Internet Encyclopedia of Philosophy–IEP*. Disponível em: <<http://www.iep.utm.edu/leglprag/>>. Acesso em: 17 jul. 2012.

CAMARGO, Margarida Lacombe. Fundamentos filosóficos do pragmatismo jurídico. *RDE – Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, v. 6, p. 185, 2007.

CAMARGO, Margarida; LEGALE, Siddharta. *As audiências públicas no Supremo Tribunal Federal nos modelos Gilmar Mendes e Luiz Fux*. Site: http://media.wix.com/ugd/bc92e1_3a788e505dbf4c60b973c05141efbd1e.pdf.

IDES, Allan ; MAY, Christopher. *Constitutional Law – individual rights: examples and explanations*. 3. ed. New York: Aspen Publishers, 2004.

MENDES, Conrado Hübner. *Not the Last Word, But Dialogue; Deliberative Separation of Powers II*. Site: <http://ssrn.com/abstract=1911835>.

PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a Nova Retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

POSNER, Richard. Legal Pragmatism Defended. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 71, p. 683, 2004.

_____. What Has Pragmatism to Offer Law? *Southern California Law Review*, Los Angeles, v. 63, p. 1653, 1990.

SILVA, Alexandre Garrido da. *Hermenêutica institucional, supremacia judicial e democracia*. 2011. 249 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

SILVA, Cecília de Almeida; MOURA, Francisco; BERMAN, José Guilherme; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza; VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá, 2010.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SUNSTEIN, Cass. *A Constitution of many minds: why the Founding Document doesn't mean what it meant before*. Princeton: Princeton University Press, 2009.

_____. *One case at a time*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

_____. “Second-Order Perfectionism”. *Fordham Law Review*, New York, v. 75, p. 2867, 2006.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WALDRON, Jeremy. *The dignity of legislation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

Recebido em 26/08/2015
Aceito em 22/09/2015