

- FIGUEIREDO, A. C.; LIMONGI, F. (1994). O processo legislativo e a produção legal no Congresso pós-Constituinte. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, n. 38, p. 24-37, mar..
- FIGUEIREDO, A.; LIMONGI, F. (1999). *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas.
- LIMA JR., O. B.; CAMARGO, M. B. (1997). O Legislativo mineiro: democratização, perfil sociopolítico e decisões legislativas (1983-1988). *Teoria e Sociedade*, Belo Horizonte, n. 1, p. 169-189, 1 sem. .
- MAINWARING, S. (1993). Democracia presidencialista multipartidária: o caso do Brasil. *Lua Nova - Revista de Cultura Política*, São Paulo, n. 28/29, p. 21-74.
- OLIVEIRA, R. C. de. (2002). *Análise dos parlamentares paranaenses na entrada do século XXI*. Curitiba: Apufpr-SSind.
- PEREIRA, C.; MUELLER, B. (2003). Partidos fracos na arena eleitoral e partidos fortes na arena legislativa: a conexão eleitoral no Brasil. *Dados - Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 46, n. 4, p. 735-771, ??? .
- PESSANHA, C. F. (1997). *Relações entre os poderes Executivo e Legislativo no Brasil: 1946-1994*. São Paulo, 1997. 201 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) - FFLCH, Universidade de São Paulo.
- RICCI, P. (2003). O conteúdo da produção legislativa brasileira: leis nacionais ou políticas paroquiais? *Dados - Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 46, n. 4, p. 699-734.
- SANTOS, F. (1995). *Microfundamentos do clientelismo político no Brasil: 1859-1963*. Rio de Janeiro, 1995. 179 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) - IUPERJ.
- SANTOS, F. (2003). *O Poder Legislativo no presidencialismo de coalizão*. Belo Horizonte/Rio de Janeiro: UFMG/IUPERJ. (Coleção Origem.)
- SANTOS, F. (1997). Patronagem e poder de agenda na política brasileira. *Dados - Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 40, n. 3, <http://www.scielo.br/>.
- SANTOS, F. (ORG.). (2001). *O poder legislativo nos estados: diversidade e convergência*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas.
- SANTOS, F.; AMORIN NETO, O. (2002). A produção legislativa no Congresso Nacional: entre a paróquia e a nação. In: VIANNA, L. W. (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte/Rio de Janeiro: UFMG/IUPERJ-FAPERJ. p. 91-139.
- SANTOS, W. G. (2003). *O cálculo do conflito. Estabilidade e crise na política brasileira*. Belo Horizonte: UFMG.
- TAYLOR-ROBINSON; DIAZ, C. (1999). Who gets legislation passed in a marginal legislature and is the label "marginal legislature" still appropriate? A study of Honduran Congress. *Comparative Political Studies*, ??, v. 32, n. 5, p. 589-625, aug. .
- TOMIO, F. R. de L. (2005). *Instituições políticas, relações Executivo/Legislativo e processo decisório estadual: iniciativas e decisões legislativas no estado de Santa Catarina*. Florianópolis: Digitado em formato pdf., 2005. 65 p..

O combate à discriminação racial nos EUA: estudo histórico comparado da atuação dos três poderes

João Feres Júnior*

Resumo: o presente artigo tem a finalidade de analisar o papel dos três poderes, executivo, legislativo e judiciário na evolução das políticas de ação afirmativa nos Estados Unidos, desde sua criação em meados da década de 1950 até os dias de hoje, com ênfase na principal instituição do judiciário, a Suprema Corte. Ainda que haja na literatura recente um certo entusiasmo em relação às supostas virtudes republicanas do judiciário, vis-a-vis os outros poderes, a análise do exemplo em questão mostra que a Suprema Corte, quando comparada às atuações do executivo e legislativo, não teve um papel decisivo eminentemente positivo. Ou seja, essa instituição muitas vezes foi contrária ao alargamento e capilarização do acesso a direitos da minoria negra americana.

Palavras-chave: ação afirmativa, Estados Unidos, judiciário, Suprema Corte.

Abstract: the present article has the finality to analyze the role of the three powers, executive, legislative and judiciary in the evolution of the affirmative actions policies in the United States of America, since your creation in 1950's until nowadays, with especial emphasis in the main institution of judiciary, the Supreme Court. Even though in the recent literature exists some enthusiasm in relation to the suppose republican virtues of the judiciary, vis-à-vis others powers, the analysis of the present example shows that Supreme Court, when compared to the actuations of the executive and legislative, has not have a mostly decisive positive role. So, this institution many times has been against to the spreading and vaporization of the access to rights for the african-american minority.

Keywords: affirmative actions, United States, judiciary, Supreme Court.

A discriminação racial é hoje um tópico de destaque no debate público nacional. No início dos anos 1990, sindicatos e associações de trabalhadores denunciaram junto à Organização Internacional do Trabalho (OIT) a existência de discriminação racial no mercado de trabalho brasileiro, provocando uma reação do governo federal que começou a institucionalização de mecanismos de combate à discriminação. Contribuiu também para o avivamento da questão a participação do Brasil na III Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, promovida pela ONU em Durban, África do Sul, que foi precedida de um amplo debate sobre o problema do racismo no país, envolvendo setores do governo e da sociedade civil. Anteriormente a esses eventos, acadêmicos já haviam se esforçado para mostrar com dados empíricos a falsidade do mito da democracia racial brasileira (Hasenbalg 1979; Hasenbalg 1988; Hasenbalg 1992; Skidmore 1992; Adorno 1995). Porém, nada disso parece ter sido tão eficaz no acirramento desse debate do que as iniciativas recentes de adoção de políticas de ação afirmativa por parte de algumas universidades públicas brasileiras (Cesar 2003).

O exemplo pioneiro de utilização da ação afirmativa para a seleção de estudantes de terceiro grau vem do Estado do Rio de Janeiro, em particular da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) e da

* Professor Associado
Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro - IUPERJ

Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF). Instituídas através de leis estaduais (3.524/2000 e 3.708/2001), o programa de reserva de cotas para negros e estudantes oriundos do ensino público nessas universidades foi posto em prática no vestibular de 2003. Além de um debate acirrado nos veículos de opinião pública, essa iniciativa teve também conseqüências no âmbito da justiça. Muitos estudantes que não passaram no vestibular, mas obtiveram nota superior a outros que ingressaram através do sistema de cotas, entraram com ações contra as universidades requerendo a vaga que lhes foi negada. O deputado estadual Flávio Bolsonaro ajuizou no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro uma Representação por Inconstitucionalidade contra as duas leis estaduais. Já a Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN) propôs junto ao STF uma ação direta de inconstitucionalidade dessas leis estaduais (ADIN 2.858).¹ Outras universidades públicas no país estão em processo de adoção de políticas similares às das estaduais do Rio de Janeiro, entre elas a Universidade Federal da Bahia, a UnB, Universidade Federal do Mato Grosso e a Universidade Federal de Minas Gerais. Em suma, seja no Rio de Janeiro ou em outros estados da federação, as políticas de ação afirmativa vão certamente gerar mais litígio, com prováveis desdobramentos para o Supremo Tribunal Federal.

Em sua curta existência as políticas de ação afirmativa no Brasil traçaram todo o caminho que vai da sua aprovação pelo legislativo, implementação pelo executivo e contestação no judiciário. É interessante notar que esse caminho é de alguma maneira semelhante àquele percorrido pelas políticas antidiscriminação e de ação afirmativa nos EUA, país pioneiro no mundo nesse tipo de iniciativa. O objetivo desse artigo é examinar a história dessas políticas nos EUA, particularmente no que diz respeito a sua relação com os três poderes. Espero que esse tipo de reflexão sirva informar de alguma maneira aqueles que se interessam pelo assunto.

Quando da promulgação de sua constituição (1788), os Estados Unidos era um país agrário, cujo setor econômico mais produtivo (as *plantations* do sul) baseava-se no trabalho escravo de africanos, trazidos para o Novo Mundo como cativos, e de seus descendentes. O republicanismo e o federalismo do texto constitucional conviviam, então, lado a lado, com provisões que facilitavam a continuação da escravidão. Por exemplo, a constituição original aprovada pelo Congresso em 1788 declarava que cada escravo contaria como três quartos de uma pessoa para efeitos da divisão entre os estados de assentos na câmara dos deputados (*House of Representatives*). Ao mesmo tempo, contudo, os escravos negros não tinham direito de voto. Conseqüentemente, esse arranjo proporcionava aos brancos dos estados do sul, onde viviam a maioria dos escravos negros, uma representação desproporcional no legislativo federal, e, portanto, meios para barrar qualquer iniciativa contrária à escravidão no âmbito federal. Além disso, a constituição americana continha originalmente outras duas provisões que visavam proteger o sistema escravocrata. Uma proibia qualquer interferência do congresso com o tráfico de escravos até 1808 – ano em que os fazendeiros do sul acreditavam poder atingir autonomia na geração de escravos através de incentivos à reprodução dos já cativos. A outra, chamada de provisão do escravo fugitivo, obrigava os estados do norte, que não praticavam a escravidão, a retornarem todo escravo que conseguisse fugir para território.

A Suprema Corte confirmou o propósito excludente da constituição no famoso caso *Dred Scott v. Sandford*, de 1857. Escravo no Missouri, Scott fugiu para Wisconsin, território onde a escravidão havia sido abolida. A Suprema Corte poderia ter simplesmente referendado a decisão da corte inferior, que, aplicando o princípio constitucional, afirmava que a condição de escravo de Scott não se alterava com o seu deslocamento para um território livre. Contudo, a Corte aprovou por 7 votos a 2 uma decisão onde argumenta, usando o princípio da intenção original do legislador, que os autores da constituição americana nunca pretenderam incluir os negros, cujos ancestrais foram trazidos para o país como escravos, em sua comunidade política. Isso porque eram considerados uma raça inferior, e, portanto, impróprios para entrar em uma “associação com a raça branca”. Ademais, argumentaram os juizes, a abolição da escravidão em alguns estados do norte não se deu pelo reconhecimento do valor dos negros, mas somente pela constatação da improdutividade do trabalho escravo em climas frios. Em suma, a Corte concluiu que Scott não gozava dos direitos e imunidades estabelecidos pela constituição, o que, entre outras coisas, o impossibilitava de se fazer representar perante uma corte de justiça (Fehrenbacher 1978; Finkelman 1997).

A decisão do caso *Dred Scott v. Sandford* pela Suprema Corte se deu às portas da Guerra de Secessão (1861-65), ou Guerra Civil, que foi em toda a história dos EUA o conflito que produziu o maior número de

¹ Antes que a ADIN fosse julgada pelo Supremo Tribunal Federal, a Alerj aprovou uma nova lei, nº 4.151, de 04 de setembro de 2003, que revoga a legislação anterior e institui uma reserva de cota de 45% para os próximos cinco anos, dividida da seguinte maneira: 20% para estudantes oriundos da rede pública de ensino, 20% (vinte por cento) para negros e 5% (cinco por cento) para pessoas com deficiência e integrantes de minorias étnicas. Dado que a legislação anterior não está mais em vigor, a ADIN e a Representação por Inconstitucionalidade perderam seu objeto.

baixas (aproximadamente 600.000). A questão da escravidão estava no centro da oposição entre estados do norte, representando a União, e os do sul, que lutaram sob a bandeira da Confederação. Logo após a vitória da União, o governo americano, sob a hegemonia dos abolicionistas do norte, interveio ativamente nos estados derrotados do Sul para garantir o exercício dos direitos e liberdades recentemente estendidos à população negra. A historiografia americana batizou esse período, que vai do fim da guerra a 1877, de Reconstrução (Nolen 2001). Os representantes dos estados do sul foram expulsos do Congresso, os artigos que sustentavam a instituição da escravidão foram retirados da carta constitucional e três emendas constitucionais foram aprovadas: a décima terceira aboliu a escravidão em todo o território americano, a décima quarta conferiu direitos de cidadania aos ex-escravos e a décima quinta lhes deu o direito de voto.²

A décima quarta emenda à Constituição Americana é de especial importância uma vez que alterou o arranjo federativo do país ao proibir que os estados negassem, através de legislação ou atos do executivo, a qualquer pessoa, os direitos a “vida, liberdade ou propriedade sem o devido procedimento legal”, e ao garantir a todas as pessoas dentro da jurisdição estadual “proteção igual das leis”.³ A primeira ficou conhecida como cláusula do “procedimento legal devido” e a última como cláusula da “proteção igual das leis” (Nelson 1988).

Em reforço às emendas constitucionais, e com o objetivo de estender o exercício dos direitos individuais postulados nelas, o Congresso americano aprovou em 1875 o *Civil Rights Act*, que proibia o exercício da discriminação racial em todas atividades abertas ao público, como hotelaria, entretenimento, transporte, etc.

Mas a Suprema Corte anulou o Ato do Congresso com o julgamento dos casos de direito civil de 1883, nos quais pontificou que a 14.a emenda regula exclusivamente ações do governo federal, e, portanto, não autoriza a criação de legislação federal que regule práticas de empresas e indivíduos privados que estão amparados pela jurisdição de legislação estadual (Green 2000).

Com o caso *Plessy v. Ferguson*, de 1896, a Corte ratificou sua condescendência em relação à discriminação real dos negros na sociedade americana. O legislativo estadual da Luisiana aprovou legislação tornando obrigatória a existência de vagões separados para negros no sistema de transporte ferroviário. Homer Adolph Plessy, que como informa o texto do acórdão era 7/8 “caucasiano, sentou-se em um vagão reservado para brancos, e por isso foi preso. Plessy acionou a companhia ferroviária e o caso foi escolhido para julgamento na Suprema Corte que analisou o caso em termos de seu enquadramento na 14.a emenda constitucional. A Corte decidiu em favor das leis estaduais usando a doutrina do “iguais mais separados”, que afirma ser constitucional a segregação, desde os bens ofertados a cada uma das partes sejam equivalentes (Thomas 1997).

Na prática, a Suprema Corte deu mais um sinal verde para a continuação de práticas discriminatórias. Se a população negra dos EUA não voltou à condição escrava, ela tampouco conseguiu usufruir os direitos políticos e civis dos americanos brancos. Isso foi particularmente verdadeiro nos estados do sul, onde vivia a imensa maioria dos afro-descendentes daquele país. A solução tentada por muitos foi a migração para os grandes centros urbanos industriais do nordeste em busca de melhores oportunidades. Contudo, mesmo nesses lugares, foram vitimados pela segregação social e política, expressa espacialmente pela multiplicação dos guetos negros nas áreas mais desvalorizadas nas metrópoles americanas.

Uma vez que o nordeste, vitorioso na Guerra Civil, conseguiu impor sua agenda industrialista à União, os problemas da incorporação da população negra à sociedade americana praticamente desapareceram das arenas política, legal e jurídica daquele país. Foi somente na década de 1940 que um dos poderes constituídos da União voltou sua atenção para o assunto. Através da Ordem Executiva 8892, o então presidente Franklin Delano Roosevelt proibiu a discriminação, por parte do governo federal e das indústrias de armamentos fornecedoras do governo, baseada em critérios de raça, credo, cor e origem. Roosevelt também criou o Fair Employment Practices Committee (FEPC) para supervisionar a implementação dessa ordem executiva. Em 1943, Roosevelt promulga a Ordem Executiva 9346, que estende a proibição da discriminação às organizações, sindicatos e indústrias que celebram contratos com o governo federal. Ainda naquele ano, Roosevelt reforçou o FEPC (Pauley 2001).

O comitê foi desativado pelo congresso americano em 1945, mas em 1948, o presidente Harry Truman criou, através da Ordem Executiva 9980, o *Fair Employment Board*, cuja atribuição era combater a discriminação no serviço público. Com a Ordem Executiva 10308, Truman criou o *Government Contract*

² As emendas à constituição americana estão reunidas no chamado Bill of Rights. Esse anexo do texto constitucional aprovado em 1791 trata dos direitos individuais -- matéria completamente ausente do texto constitucional principal -- e, portanto, limita os poderes governamentais. Originalmente as emendas do Bill of Rights regulavam somente as ações do governo federal. Contudo, a 14.a emenda explicitamente estendeu seu alcance ao âmbito estadual, abrindo um precedente para que outros direitos também o fossem.

³ “the equal protection of its laws.”

Compliance Committee, medida que visava combater a discriminação nas empresas que prestavam serviços ao governo federal. Seu sucessor, o presidente americano Dwight Eisenhower, criou, através da Ordem Executiva 10479, o *Government Contract Committee*, com competências semelhantes ao comitê previamente instituído por Truman, mas agora submetido diretamente ao presidente, e não ao *Government Employment Committee*, como era o caso do outro. Eisenhower também proibiu a discriminação no serviço público.

Em 1954 a Suprema Corte julgou um caso que se tornou referência na história da luta por direitos civis dos negros nos EUA: *Brown v. Board of Education*. Através desse julgamento, a Corte declarou nula a doutrina do “iguais mas separados” de *Plessy v. Ferguson*, argumentando que a segregação racial nas escolas públicas dos estados do sul feriam a 14.ª emenda constitucional, mesmo quando as condições oferecidas aos diferentes grupos eram semelhantes. A Corte ordenou que o fim da segregação se desse de maneira paulatina, sob a justificativa de propiciar a adaptação das instituições de ensino a essa nova realidade. Contudo, isso permitiu que muitas escolas postergassem a mudança *ad infinitum*. Em 1964, portanto dez anos após a decisão da Corte, apenas 3% da população escolar negra do sul dos EUA estudava em escolas não segregadas. Ademais, *Brown* revogava a segregação *de iure* praticada no sul, e, portanto, não tinha efeito sobre a segregação *de facto* das comunidades negras nas grandes cidades do norte, cujas crianças eram forçadas a estudar nas escolas precárias dos guetos (Levine 1988).

Por outro lado, no executivo, o presidente democrata John F. Kennedy não só repetiu as medidas de seus predecessores republicanos, proibindo a discriminação dentro do serviço público federal e nas empresas prestadoras de serviço à união, mas, pela primeira vez na história daquele país, requereu que essas empresas praticassem ações afirmativas para combater a discriminação. Kennedy criou o *Equal Opportunity Employment Committee*, órgão com a autoridade de bloquear a contratação ou anular os contratos das empresas que não implementassem as novas diretivas do governo. Essas medidas estão todas contidas na Ordem Executiva 10925 (Pauley 2001).

A atividade reguladora do executivo americano no combate a discriminação no âmbito do governo federal, no período que vai do fim da Segunda Guerra à eleição de Kennedy, deve ser entendida dentro de seu contexto histórico. A discriminação e segregação dos negros perduravam por todo o país, sendo que em vários estados do sul lhes era negado o acesso à representação política, seja através de medidas legais de âmbito local e estadual, como desenho distrital ou testes de aptidão, ou do uso da intimidação e da violência. Por outro lado, como produto da participação massiva de negros americanos na Segunda Guerra Mundial, que se deu ainda em batalhões segregados, esse setor da sociedade americana conseguiu conquistar uma maior visibilidade política, principalmente no âmbito do serviço público federal. Daí se explica o fato de dois presidentes republicanos fazerem um esforço, pelo menos formal, de combater a discriminação racial. Todavia, dado que as ordens executivas não têm a perenidade das leis, ou seja, não passam de presidência à presidência, as mesmas medidas tiveram de ser tomadas repetidamente.

Foi somente em 1964 com a aprovação no Congresso de um novo Civil Rights Act -- produto de uma extensa mobilização dos setores progressistas da sociedade americana que envolveu desde manifestações pacíficas até o terrorismo, passando por desobediência civil, assassinatos e conflagrações violentas que tomaram bairros ou cidades inteiras – que as medidas anti-discriminatórias finalmente se transformaram em lei federal. Em seu Inciso Sétimo (*Title VII*), o *Civil Rights Act* proíbe a prática da discriminação em serviços voltados ao público. A proibição se estende a vários aspectos do emprego, como a contratação, treinamento, promoção, recrutamento, dispensa e outros. Ou seja, o Civil Rights Act de 1964 finalmente reverteu a interpretação da Suprema Corte de 1883 que anulou o Civil Rights Act de 1875, habilitando assim o governo federal a processar as empresas privadas que praticassem a discriminação. O Inciso Sétimo também criou o *Equal Opportunity Commission* (EEOC), desenhada para negociar soluções para queixas contra a discriminação (Grofman 2000).

A constitucionalidade do Ato foi imediatamente contestada por ação movida pelo *Heart of Atlanta Motel* contra a União, reclamando seu direito de não aceitar a hospedagem de clientes negros. Contudo, a Suprema Corte, baseada no Inciso II, que proíbe a discriminação racial em atividades comerciais direcionadas ao grande público, julgou a ação improcedente, confirmando assim a constitucionalidade do ato (Cortner 2001).

Devemos notar que as ações do executivo e a iniciativa do legislativo, das quais viemos discorrendo até aqui, concentravam-se sobre o combate à discriminação, e portanto, não eram medidas de ação afirmativa propriamente ditas. Apesar de ter sido usada pelo presidente Kennedy no texto da Ordem Executiva 10925, o termo “ação afirmativa” não tinha o sentido de “discriminação positiva” que veio a assumir, pela primeira vez,

na Ordem Executiva 11246 promulgada em 1965 por seu sucessor, Lyndon B. Johnson. Em seu texto, ação afirmativa é definida como um procedimento ativamente direcionado para a promoção da igualdade racial na contratação como resultado objetivo, e não somente como princípio orientador. Através dessa mesma ordem, Johnson colocou sob a supervisão do Departamento do Trabalho o cumprimento das medidas (Stern 1992).

Em 1966, o EEOC adotou um conjunto de regras para o exame de candidatos a empregos públicos que seguia a teoria do impacto desproporcional, requerendo que empregadores utilizassem critérios diferenciados para julgar o desempenho de minorias nos exames. A teoria do impacto desproporcional reza que a discriminação pode ser produzida mesmo quando a intenção original daquele que estabeleceu os critérios de contratação não pode é comprovadamente discriminatória. Os casos mais contenciosos, contudo, dizem respeito à utilização de critérios exagerados na contratação de pessoal para serviços que não requeiram tal especialização. Devemos sublinhar o caráter pragmático dessa teoria. Trata-se de constatar que na sociedade em questão há de fato uma desigualdade imensa de oportunidades e condições entre as raças e que, portanto, a universalidade da norma não pode ser tomada como garantia de seu caráter justo. Muito pelo contrário, essa universalidade se tornar um obstáculo à justiça quando a norma excede as necessidades de qualificação do determinado posto de trabalho em questão.

O governo do republicano Richard Nixon (1969-1974) deu continuidade à implantação de políticas de ação afirmativa ao criar o Plano Filadélfia. Na época, o governo federal estava investindo 40 bilhões de dólares na expansão da malha rodoviária interestadual. Os contratos de trabalho para as obras públicas eram monopolizados pelos sindicatos, dominados por clãs de trabalhadores brancos que praticavam discriminação aberta contra negros. Apesar de constituírem quase metade da população da cidade, as minorias representavam somente 1,6% da força de trabalho contratada pelos sindicatos. O Plano obrigou o uso de cotas raciais na contratação de empregados e adotou uma tabela com as proporções percentuais a serem alcançadas e o tempo estimado para que elas se tornassem realidade. Os métodos a serem utilizados ficaram por conta dos contratantes, desde que os objetivos fossem alcançados. No ano seguinte, esse requisito foi estendido a empresas fora do ramo da construção civil que prestavam serviços ao governo. No mesmo ano, a EEOC criou uma política sistemática de controle dos exames para contratação utilizando a teoria do impacto diferenciado potencial.

Segundo comentadores, Nixon tentou através dessa medida angariar a simpatia dos eleitores negros americanos que estavam descontentes, entre outras coisas, com a interrupção em muitos lugares do serviço público de transporte de alunos para escolas – ação fundamental para o combate a segregação nas instituições educacionais públicas nos EUA. Sua votação entre os negros havia caído de 30%, na eleição que perdeu para Kennedy em 1960, para 10%, em 1968. A adoção de tal programa também visava dividir o eleitorado do partido democrata, conseqüência que, devido a sua renúncia, o então presidente não teve chance de testar (Pauley 2001).

Finalmente, em 1971, com o caso *Griggs v. Duke Power Co.*, uma medida de ação afirmativa finalmente chega à instância máxima do poder judiciário americano. Contrariando as expectativas da *Duke Power Co.*, a Suprema Corte julgou que o diploma de segundo grau e os demais exames por ela ministrados companhia não serviam como indicadores razoáveis do rendimento no trabalho. Foi a primeira vez que a Suprema Corte reconheceu a validade da teoria do impacto desproporcional, e a usou para redefinir a discriminação (McCloskey and Levinson 2000).

O *Equal Employment Opportunity Act* de 1972, outra iniciativa legislativa, universalizou as medidas do Inciso Sétimo do Civil Rights Act de 1965, forçando empregadores da iniciativa privada, servidores estaduais e municipais, e instituições de ensino a adotarem as mesmas medidas de combate à discriminação, e autorizando o EEOC a processar em corte federal aqueles que resistirem à lei.

No caso *McDonnell Douglas v. Green*, julgado em 1973, a Suprema Corte voltou a usar a teoria do impacto desproporcional, agora alegando que o ônus da prova (da isenção quanto à discriminação) recaia sobre a empresa e não sobre a suposta vítima. No caso *Albermarle Paper Co. v. Moody* (1975), a Corte novamente adotou o impacto desproporcional para invalidar os critérios de seleção usados pela companhia, concluindo que eles não corrigiam de fato a disparidade de impacto. Contudo, no caso *Washington v. Davis*, de 1976, que versava sobre o uso de um exame de habilidade verbal para a contratação de pessoal pelo Departamento de Polícia da cidade de Washington, a Corte reverteu sua decisão anterior ao julgar que é necessária a prova da intenção discriminatória para que a acusação seja examinada sob a cláusula da “proteção igual das leis”. Essa decisão representa uma guinada na posição da Corte em relação às iniciativas anti-discriminação. A Corte poderia ter dado ganho de causa à cidade de Washington afirmando simplesmente que a habilidade verbal é de fato um aspecto necessário da atividade policial, o que livraria a norma da imputação de impacto

desproporcional. Contudo, ao afirmar a necessidade de prova de intenção discriminatória, a Corte toma uma posição de princípio que contradiz a teoria do impacto proporcional (McCloskey and Levinson 2000).

O poder executivo continuou a promoção da ação afirmativa ao promulgar a *Presidential Reorganization Plan no. 1*, em 1978, que deu a EEOC a prerrogativa de cuidar da implementação de “oportunidades de trabalho iguais” nos setores público e privado. No mesmo ano, o EEOC criou regras para uniformizar os aspectos laborais de todas as agências federais. Entre outras coisas, a regulamentação definia “discriminação” pela presença de impacto desproporcional e estabelecia um critério de cotas para a contratação de minorias.

Ainda em 1978, a Suprema Corte julgou aquele que é considerado, até os dias de hoje, um divisor de águas na história da ação afirmativa nos EUA, o caso *Regents of the University of California v. Bakke*. Allan Bakke, candidato de cor branca rejeitado pela escola de medicina da Universidade da Califórnia em Davis, entrou na justiça contra a escola reclamando seu direito à vaga, uma vez que candidatos negros e latinos com notas inferiores às dele foram admitidos através de um processo de seleção que utilizava a reserva de cotas. Os juízes da Suprema Corte declararam a inconstitucionalidade do programa de cotas raciais, mas afirmaram ser de acordo com a constituição o uso de outros critérios de promoção da igualdade racial, permitindo assim a continuidade de algumas políticas de ação afirmativa. A decisão da Corte pode ser resumida nos seguintes itens: 1) para que o tratamento preferencial dada a minorias seja considerado legal, o empregador terá que demonstrar que a empresa ou organização pôs em prática critérios de contratação discriminatórios no passado, 2) a ação afirmativa deve ser implementada caso a caso e não através de reserva de cotas, e 3) pode ser justificada somente em casos de reparação da discriminação passada (Schwartz 1988; Ball 2000).

Na prática, a Corte criou abandonou de vez, em *Bakke*, a teoria do impacto desproporcional, preferindo validar a tese mais restritiva de que a ação afirmativa só se justifica através da evidência histórica de discriminação.

Em uma futura contribuição, pretendemos tratar especificamente dos casos de ação afirmativa examinados pela Suprema Corte a partir de *Bakke*, ou seja, do final da década de 1970 até o presente, de *Bakke* até os mais recentes casos da Universidade de Michigan.⁴ Examinaremos, entre outras coisas, a paulatina aplicação do critério de escrutínio estrito (*strict scrutiny*) a esses casos e o estreitamento das possibilidades legais de políticas de ação afirmativa causado por essa démarche. Só então poderemos avaliar com mais clareza o papel histórico desempenhado pela mais alta corte dos EUA no combate a discriminação racial naquele país.

Conclusão

Essa breve revisão da atuação histórica dos três poderes da república estadunidense no que tange a discriminação racial revelou algumas tendências interessantes. Primeiro, devemos assinalar o papel pioneiro do executivo, seja no período da Reconstrução, seja a partir do New Deal de Franklin D. Roosevelt, em criar impedimentos cada vez maiores para a continuidade de práticas discriminatórias contra a minoria negra naquele país. Essa tendência se revelou suprapartidária no período que vai do fim da Segunda Guerra Mundial ao governo de Richard Nixon. Apesar do Plano Filadélfia ter sido implementado durante seu governo, Nixon mais tarde, conjuntamente com o partido republicano, se tornou um adversário da ação afirmativa. A partir dessa guinada histórica, a ação afirmativa tornou-se mais e mais uma matéria de divisão e conflito ideológico nos EUA. Mas Nixon não ficou tempo suficiente no poder para reverter a posição do executivo em relação a políticas anti-discriminatórias e de ação afirmativa. O governo Carter garantiu que essas continuassem a se multiplicar, aplicando, através do EEOC, a teoria do impacto desproporcional para regular políticas relativas ao emprego.

Uma vez descontado o longo hiato que vai da Reconstrução até o Civil Rights Act de 1965, o legislativo também assume um papel ativo no combate a discriminação racial nos EUA. Além de seu papel ativo na aprovação dos atos de 1965 e 1972, devemos notar que o Congresso não criou empecilhos para o ativismo do executivo na implementação de políticas anti-discriminação e de ação afirmativa – um dado importante dada a soberania que o poder legislativo tem sobre o executivo em tempos de paz.

Por fim, o papel da Suprema Corte, como representante máxima do poder judiciário foi, na longa história das relações raciais nos EUA que vai até meados da década de 1970, como esse artigo pretendeu demonstrar, no mínimo duvidoso, quando não conservador. O estilo abertamente racista da decisão do caso *Dredd Scott* foi abandonado após a Guerra Civil, contudo, a Corte continuou se opondo sistematicamente a

⁴ Bárbara Grutter v. LeeBollinger et al. e Jennifer Gratz and Patrick Hamacher v. Lee Bollinger et al., 1 de abril de 2003.

medidas de ampliação dos direitos reais dos ex-escravos, vide a anulação do Civil Rights Act de 1875 e a decisão *Plessy v. Ferguson*, que permitiram de fato a continuação de práticas discriminatórias. Essa orientação só foi revertida com *Brown v. Board of Education*, uma decisão que apesar de simbolicamente importante, teve conseqüências práticas pífiás. Com o crescimento do ativismo anti-discriminatório do executivo e do legislativo nos anos 1960, a Suprema Corte adquiriu uma postura mais progressista, permitindo assim que as iniciativas dos outros poderes, inclusive a adoção da teoria “revolucionária” do impacto desproporcional, não fossem declaradas inconstitucionais. Porém, já ao final da década de 1970, a Corte começou a limitar a base de justificação dessas políticas, e, conseqüentemente, sua aplicação.

Como vimos, a história da interação entre os poderes republicanos constituídos e a luta por direitos civis e políticos dos negros americanos mostra que a Suprema Corte, quando comparada aos outros poderes, não teve um papel decisivo eminentemente positivo. Ou seja, essa instituição muitas vezes foi contrária ao alargamento e capilarização do acesso a direitos da minoria negra americana. Dada a importância política e social da questão racial naquele país, essa evidência não pode ser desprezada. Em uma contribuição futura, analisaremos mais de perto os aspectos legais e constitucionais suscitados por casos de discriminação racial escolhidos pela Suprema Corte em décadas mais recentes.

Referências Bibliográficas

- ADORNO, Sérgio. “Discriminação Racial e Justiça Criminal em São Paulo”. Novos Estudos CEBRAP vol.43, no.novembro, 1995.
- BALL, Howard. *The Bakke case : race, education, and affirmative action*. Lawrence, Kan.: University Press of Kansas, 2000.
- CESAR, Raquel Coelho Lenz. *Ações Afirmativas no Brasil: e Agora, Doutor? Ciência Hoje*, 2003.
- CORTNER, Richard C. *Civil rights and public accommodations : the Heart of Atlanta Motel and McClung cases*. Lawrence, Kan.: University Press of Kansas, 2001.
- FEHRENBACHER, Don Edward. *The Dred Scott case : its significance in American law and politics*. New York: Oxford University Press, 1978.
- FINKELMAN, Paul. *Dred Scott v. Sandford : a brief history with documents*. Boston: Bedford Books, 1997.
- GREEN, Robert P. *Equal protection and the African American constitutional experience : a documentary history*. Westport, Conn.: Greenwood Press, 2000.
- GROFMAN, Bernard. *Legacies of the 1964 Civil Rights Act*. Charlottesville, VA: University Press of Virginia, 2000.
- HASENBALG, Carlos. *Discriminação e desigualdades raciais no Brasil*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.
- HASENBALG, Carlos. *Relações Raciais no Brasil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Editora Rio Fundo/IUPERJ, 1992.
- HASENBALG, Carlos e Nelson do Valle Silva. *Estrutura social, mobilidade e raça*. Rio de Janeiro: IUPERJ, 1988.
- LEVINE, James P. “Racism and the Constitution: 200 Years of Inequality”. In: *People, Power and Politics*. New York: Simon & Schuster, 1988.
- LOWI, Theodore J. and Benjamin Ginsberg. *American government: freedom and power*. New York, Londo:

JUNIOR, J. F. O combate à discriminação nos EUA:...

W. W. Norton & Company, 1996.

MCCLOSKEY, Robert G. and Sanford Levinson. The American Supreme Court. Chicago: University of Chicago Press, 2000.

NELSON, William E. The Fourteenth Amendment : from political principle to judicial doctrine. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1988.

NOLEN, Claude H. African American southerners in slavery, Civil War, and Reconstruction. Jefferson, N.C.: McFarland, 2001.

PAULEY, Garth E. The modern presidency & civil rights : rhetoric on race from Roosevelt to Nixon. College Station: Texas A&M University Press, 2001.

SCHWARTZ, Bernard. Behind Bakke : affirmative action and the Supreme Court. New York: New York University Press, 1988.

SKIDMORE, Thomas. "EUA Biracial versus Brasil Multirracial: O Contraste é ainda válido?". Novos Estudos Cebrap vol.34, , 1992.

STERN, Mark. Calculating visions : Kennedy, Johnson, and civil rights. New Brunswick, N.J.: Rutgers University Press, 1992.

THOMAS, Brook. Plessy v. Ferguson : a brief history with documents. Boston: Bedford Books, 1997.

WATTS, Jonathan. "Supreme court sets showdown on affirmative action". Lancet vol.361, no.9359, 2003.

HISTÓRIA