

OS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE UMA POLÍTICA DE AÇÃO AFIRMATIVA NO ÂMBITO DO ENSINO AMERICANO: A “DESRACIALIZAÇÃO” DA AÇÃO AFIRMATIVA¹

*Cristiana Vianna Veras*²

(Mestre em Direitos Humanos e Liberdades Públicas pela Universidade de Paris X)



Imagem disponível em <http://www.espacoacademico.com.br>

RESUMO

As políticas de discriminação positiva possuem fundamentos diferenciados que variam conforme os contextos político-jurídicos e os períodos históricos a partir dos quais estas políticas se formam. Os diferentes fundamentos jurídicos e políticos da discriminação positiva no âmbito da educação nos Estados Unidos demonstram a inexistência de um modelo político fixo e imutável de ação afirmativa. Realmente, quando analisamos a implementação de políticas de ação afirmativa, fundadas em critérios étnicos raciais, no decorrer dos anos oitenta, constatamos um progressivo questionamento deste tipo de política. Este questionamento faz parte de um processo que se movimenta em direção a um modelo mais “flexível” de ação afirmativa, no qual constatamos uma certa “desracialização” dos fundamentos jurídicos e políticos inerentes a este tipo política, e que se caracteriza pela promoção da diversidade no lugar da igualdade, assim como da promoção do indivíduo no lugar do grupo.

RESUMÉ

Les politiques de discrimination positive ont des fondements différenciés selon les contextes politico-juridiques et les périodes historiques à partir desquels ces politiques prennent forme. Les différents fondements juridiques et politiques de discrimination positive dans le domaine de l'éducation aux Etats-Unis montrent bien qu'on n'a pas un modèle politique figé et immuable de *l'affirmative action*. En effet, en analysant la mise en œuvre de politiques de discrimination positive, fondées sur des critères ethno-raciaux, au cours des années quatre-vingt, on peut constater une progressive remise en cause de ce type des politiques. Cette remise en cause fait partie d'un processus qui tend vers un modèle plus “souple” de *l'affirmative action*, dans lequel on constate une certaine “déracialisation” des fondements juridiques et politiques propres à ce type de politique, processus celui-ci qui est caractérisé par la promotion de la diversité à la place de l'égalité, aussi bien que par la promotion de l'individu à la place du groupe.

As políticas de discriminação positiva possuem fundamentos diferenciados que variam conforme os contextos político-jurídicos e os períodos históricos a partir dos quais estas políticas se formam. Os diferentes fundamentos jurídicos e políticos da discriminação positiva no âmbito da educação nos Estados Unidos demonstram a inexistência de um modelo político fixo e imutável de ação afirmativa. Com efeito, quando analisamos a implementação de políticas de ação afirmativa, fundadas em critérios étnicos raciais, no decorrer dos anos oitenta, constatamos um progressivo questionamento deste tipo de política. Este questionamento faz parte de um processo que se movimenta em direção a um modelo mais “flexível” de ação afirmativa, no qual constatamos uma certa “desracialização” dos fundamentos jurídicos e políticos inerentes a este tipo de política, e que se caracteriza pela promoção da diversidade no lugar da igualdade, assim como da promoção do indivíduo no lugar do grupo. Estas transformações estão ligadas à presença de uma subjetividade nos programas de admissão implementados pelas universidades americanas, e a partir delas podemos perfeitamente indicar o aparecimento de um novo modelo de ação afirmativa.

O questionamento da ação afirmativa baseada nos critérios étnicos raciais no ensino superior americano

No início dos anos oitenta, com o agravamento da deterioração da conjuntura econômica dos Estados Unidos, percebemos o início de um movimento de questionamento das políticas de ação afirmativa baseadas em critérios étnicos raciais. A redução da oferta de trabalho acirrou a concorrência entre os candidatos, e a política de discriminação positiva até então implementada ganhou uma maior visibilidade. O custo deste tipo de política passou a ser sentido diretamente pelos assalariados brancos³. Largamente adotados em um período de relativa prosperidade econômica, os programas de ação afirmativa fundados em critérios étnicos raciais encontraram, em um contexto de recessão, resistências que os conduziram a um processo de dismantelamento. Conseqüentemente, este novo processo abriu espaço para aparição, no campo da educação, de outras medidas, que, fundadas em critérios diferentes, visavam à integração destes mesmos grupos excluídos (negros, hispânicos etc.).

Podemos citar dois fenômenos que contribuíram para este processo de dismantelamento: uma supressão dos programas de discriminação positiva e uma certa timidez da Corte Suprema americana em se posicionar sobre esta questão. De um lado, em 1995, por exemplo, a Universidade de

Berkeley, que anteriormente representava o movimento de vanguarda no que diz respeito à promoção da diversidade étnico racial, proibiu a consideração da raça no processo de admissão de estudantes⁴. Em 1996, a Corte de Apelação do 5º Circuito restringiu o campo de aplicação das políticas de discriminação positiva ao ingresso nas universidades públicas no Estado do Texas, Mississippi e Louisiana, sustentando que a consideração do fator racial em um processo de admissão somente seria aceitável quando visava compensar práticas discriminatórias determinadas (*Hopwood v. State of Texas*)⁵. De outro lado, levando em conta que a discriminação racial era um assunto social e politicamente sensível àquela época, a Corte Suprema americana preferiu não se posicionar sobre a questão. Para evitar se pronunciar sobre a validade da decisão da Corte de Apelação do 5º Circuito, a Corte Suprema decidiu que o litígio carecia de objeto, uma vez que o programa de ação afirmativa da Universidade do Texas já estava suspenso. Desta maneira, a Corte Suprema recorreu aos artifícios de procedimento para se abster de decidir a verdadeira questão: a conformidade ou não de políticas de discriminação positiva ao princípio da igualdade inserido na XIV Emenda⁶.

Na realidade, não se pode negar que a declaração de caducidade era uma prática bastante comum⁷, sendo garantida pela Constituição dos Estados Unidos. Segundo o artigo III, seção 2, desta Constituição, a obrigação de decidir imposta à Corte Suprema restringia-se aos litígios ou às controvérsias reais, concretas e existentes no momento da demanda. Assim, por exemplo, a caducidade podia ser declarada nos casos em que os elementos de fato ou de direito descaracterizavam a situação contenciosa⁸.

A conseqüência imediata desta posição foi a validade do julgamento anteriormente prolatado. No referido caso *Hopwood*, a declaração de caducidade pela Corte Suprema introduziu os programas de ação afirmativa na ilegalidade e tornou-os inconstitucionais na medida em que violavam a legislação antidiscriminatória (o Título VI do Civil Rights Act de 1964) e a cláusula da igual proteção das leis prevista pela XIV Emenda.

Com a supressão dos programas de ação afirmativa nos estabelecimentos de ensino superior, as universidades do Texas, Mississippi, Louisiana, California, Washington e Flórida experimentaram uma baixa brutal na presença de estudantes negros e hispânicos. Assim, por exemplo, se em 1996, na Universidade de Berkeley, existiam vinte e oito estudantes hispânicos e vinte estudantes negros inscritos nos programas de pós-graduação, em 1997, havia somente um estudante negro e sete estudantes hispânicos.

É em um quadro de brusca redução da taxa de admissão dos candidatos negros e hispânicos⁹ que vislumbramos os primeiros passos de uma nova forma de ação afirmativa. Nos seis Estados citados anteriormente, para contornar a brusca redu-

ção do número de estudantes oriundos de grupos minoritários nos estabelecimentos de ensino superior, notadamente os negros e os hispânicos, as autoridades universitárias criaram outros critérios de admissão que levavam em conta o fator racial, porém, de uma maneira menos explícita. Assim, os valores atribuídos às características e às qualidades dos candidatos foram remodelados de maneira a dar mais importância aos vínculos com as associações étnicas e culturais, permitindo, dessa forma, uma consideração do aspecto étnico-racial de forma menos visível e mais subjetiva.

Com igual objetivo, ou seja, de integrar os grupos minoritários, a Assembléia Legislativa do Estado do Texas elaborou uma lei (de 15 de abril de 1997) obrigando a Universidade do Texas em Austin e a Texas A&M Universidade a admitir no primeiro ano todos os estudantes que figuravam entre os 10% melhores alunos do estabelecimento de ensino de origem¹⁰. Isto permitiu o recrutamento dos *estudantes negros e hispânicos*, pois existia um número não negligenciável de estabelecimentos escolares cuja grande maioria de alunos pertencia a um dos dois grupos em questão. Dessa forma, foram criados novos instrumentos de integração social que levavam em conta o fator étnico-racial, porém, não o faziam explicitamente.

O “desmantelamento” de políticas de ação afirmativa fundadas no critério étnico-racial¹¹, ou seja, o questionamento desta política como instrumento de promoção de certos grupos minoritários, notadamente os Negros, que foram anteriormente vítimas de discriminações oficiais, propicia o aparecimento de novos instrumentos de integração social destes grupos. Estes novos instrumentos consideram não apenas o aspecto étnico-racial, mas também outras características. São as noções de diversidade e de individualidade que surgem para substituir o critério étnico-racial como fundamento das políticas de ação afirmativa, fornecendo uma nova base, assim como um aspecto mais “flexível”.

A origem da “diversidade” e do “indivíduo” como fundamentos legitimadores da política de ação afirmativa: o caso *Regents of the University of California v. Bakke*

Apesar de não caracterizarem inicialmente os programas de ação afirmativa das universidades americanas, as referências à *diversidade* e ao indivíduo, enquanto fundamentos de políticas de ação afirmativa no âmbito do ensino superior americano, apareceram no final dos anos setenta. Foi em 1978, por ocasião do julgamento do caso *Regents of the University of California v. Bakke*¹² pela Corte Suprema americana, que as condições de validade das políticas de discriminação positiva foram estabelecidas pela primeira vez.

Em 1974, Allan Bakke, um engenheiro branco, com uns trintas anos, viu sua candidatura a uma das faculdades de medicina da Universidade da Califórnia ser rejeitada, por duas vezes consecutivas, enquanto outros estudantes, cujos resultados no exame de admissão eram inferiores aos seus, foram admitidos. No entanto, estes candidatos admitidos apresentavam uma característica comum, e da qual Allan Bakke não compartilhava: eram membros de grupos minoritários (negros, asiáticos, mexicanos etc.) que, nesta condição, se beneficiavam de um processo de admissão diferenciado. Neste caso, em função de um programa de ação afirmativa, a universidade lhes reservava dezesseis das cem vagas disponíveis. Os dossiês destes candidatos eram analisados à parte. Estimando que teria sido admitido, caso fosse negro, Allan Bakke sustentou não ter tido a oportunidade de realizar seus estudos de medicina por questões raciais. Assim, ele pretendeu se valer do direito ao tratamento não discriminatório previsto pelo Civil Rights Act de 1964 (Título VI) e pela cláusula de igual proteção das leis, inscrita na XIV Emenda, garantias que, no seu entender, tinham sido violadas.

Depois de longos meses de reflexão, a Corte Suprema, profundamente dividida¹³, publicou uma decisão¹⁴ particularmente complexa. Formada por nove juizes, a Corte se viu dividida em dois grupos, cada um com quatro membros: o primeiro (Stevens, Burger, Stewart e Rehnquist) endossou o dispositivo questionado, enquanto o segundo (Brennan, White, Marshall e Blackmun) considerou que tal dispositivo não era conforme à legislação de 1964, nem tampouco à Constituição. Pelo voto subsidiário do juiz Powell, a ação afirmativa escapou do fracasso, mas, como já ressaltado, determinadas condições de validade das políticas de discriminação positiva no âmbito do ensino universitário foram estabelecidas¹⁵.

A decisão *Bakke* censurou a prática que consiste em reservar um número limitado de vagas às minorias étnicas raciais, considerando que a implementação da política de cotas, ainda que não explícita, tal como a praticada pela Universidade da Califórnia, constituía uma violação ao princípio da igualdade inscrito na XIV Emenda. No entanto, a Corte estabeleceu que a diversidade era um princípio legítimo no que diz respeito ao ingresso no ensino superior. A promoção da diversidade constituía um “interesse público preponderante” (*compelling state interest*), justificando, assim, a consideração do fator étnico-racial nos exames das candidaturas: tal consideração não seria contrária à Constituição.

Na medida em que a consideração do fator racial em benefício dos membros de certos grupos minoritários era pontual e individualizada¹⁶, a constitucionalidade da ação afirmativa estava térios jurídicos, sobretudo quando se leva em conta a liberdade dos estabelecimentos de ensino de

implementar políticas direcionadas ao alcance de seus objetivos. Em outras palavras, é muito mais difícil contestar, pelo menos do ponto de vista jurídico, uma discriminação positiva fundada na necessidade de diversificação do corpo de estudantes, pois ela pode ser facilmente considerada como uma medida proveniente do poder discricionário da direção do estabelecimento superior no que diz respeito à seleção de seus candidatos, justificando, assim, um procedimento de admissão particular que venha beneficiar um determinado grupo da população.

Neste sentido, o juiz Powell, qualificando o princípio da diversidade de “interesse público relevante” (*compelling state interest*), invocou a autonomia da educação inscrita na primeira Emenda, reconhecendo a liberdade da universidade de decidir sobre a educação dos estudantes e, notadamente, o procedimento de admissão. Sobre esta questão, Gwénaële Calvès enfatiza:

Powell admet la prise en compte de la race par les établissements d'enseignement supérieur en se référant à une norme que la Cour n'aura guère l'occasion, par la suite, d'appliquer au contentieux de l'affirmative action: le 1er Amendement de la Constitution, dont une jurisprudence classique a déduit le principe de "liberté universitaire" (academic freedom), qui garantit aux établissements d'enseignement supérieur l'exercice d'un libre choix quant à la détermination de 'ceux qui enseigneront, ce qui doit être enseigné, la manière dont on l'enseignera, e à qui'. C'est dans ce cadre que les Universités peuvent se fixer à elles-mêmes un objectif de 'diversification [raciale] du corps des étudiants', si elles estiment que cette 'diversité' est propre à améliorer la qualité de l'enseignement dispensé. Elles seront donc amenées à prendre en compte la race des étudiants. Mais cette prise en compte, selon Powell, doit être 'concurrentielle', c'est-à-dire que la race ou les origines ethniques peuvent être considérées comme un 'plus' dans le dossier de tel ou tel candidat, mais ne peuvent pas prémunir l'obtention des places disponibles. L'affirmative action à l'Université, pour être conforme à la Constitution, doit 'traiter chaque candidat comme un individu', et ouvrir à tous la totalité des places disponibles.¹⁸

Da mesma forma, Daniel Sabbagh ressalta que

(...) la légitimation de la discrimination positive s'opère à travers la réinscription de cette politique dans une tradition préexistante d'exercice par les autorités universitaires d'un pouvoir discrétionnaire dans la sélection des candidats à des fins de promotion de la "diversité". Cette dernière verrait simplement son acception s'élargir de manière à incorporer l'identité raciale parmi ses dimensions constitutives¹⁹.

A partir desta decisão da Corte Suprema surge a idéia de que a ação afirmativa passou a experimentar uma outra via, cuja lógica não é mais de reparação ou de compensação, ou mesmo de indenização pelos erros do passado. A partir deste

momento, a promoção da diversidade (e não de um grupo minoritário específico) pode justificar a implementação de programas de ação afirmativa.

A reafirmação da “diversidade” e do “indivíduo” nas duas últimas decisões sobre ação afirmativa nos Estados Unidos: *Grutter v. Bollinger et Gratz v. Bollinger*

No decorrer do ano de 2003, a Corte Suprema dos Estados Unidos proferiu dois julgamentos que abordaram a questão da discriminação positiva em favor de minorias no âmbito do ensino superior americano: *Grutter v. Bollinger*²⁰ e *Gratz v. Bollinger*²¹. Proferidos em 23 de junho de 2003, estes julgamentos reafirmaram os fundamentos da “diversidade” e do “indivíduo”, tornando-os em condições de legalidade e de constitucionalidade das políticas de ação afirmativa.

A Corte Suprema americana julgou constitucional o programa implementado pela faculdade de direito da Universidade de Michigan, que analisava os dossiês dos candidatos, caso a caso, levando em consideração a raça como um critério, entre outros, de diversificação do corpo de estudantes (1), enquanto o programa de admissão do *College of Literature, Science and the Arts* desta mesma universidade, que por meio de um “sistema de pontos” atribuía automaticamente a certas minorias um determinado número de pontos na decisão de admissão, foi julgada inconstitucional (2). De uma certa maneira, estas decisões reafirmaram a tendência da Corte Suprema de admitir a consideração individualizada²² do fator racial quando o objetivo é atingir uma diversidade, surgindo daí uma noção mais “flexível” de ação afirmativa.

1) *Grutter v. Bollinger*

Barbara Grutter, uma mãe de dois filhos, que viu rejeitada sua candidatura à faculdade de direito da Universidade de Michigan, sustentou ter sido vítima de uma discriminação racial, o que violava a XIV Emenda e o Título VI do Civil Rights Act of 1964, alegando ainda que o processo de admissão da faculdade de direito desta Universidade privilegiava de maneira bastante significativa a admissão de estudantes pertencentes a grupos minoritários. Por cinco votos a quatro, os juízes decidiram que a consideração da raça, caso a caso, sem atribuição de pontos ou reserva de vagas, era uma prática que não violava a Constituição. Ressaltaram, ainda, que a seleção dos candidatos era realizada a partir de uma avaliação de todas as informações dos dossiês, notadamente as cartas de recomendação pessoal

e a carta do candidato sobre a sua contribuição para a diversidade e para a vida universitária²³.

Além disso, o resultado mais alto não garantia a admissão do candidato e, da mesma maneira, o resultado mais baixo não significava a rejeição imediata do candidato. A seleção era elaborada de maneira a avaliar os resultados dos candidatos nos exames e outras variáveis importantes para alcançar o objetivo almejado pela universidade. Neste caso, como a consideração do aspecto racial no procedimento de admissão implementado pela faculdade de direito da Universidade Michigan não era uma prática proibida pela cláusula de igual proteção das leis, nenhuma violação à Constituição foi declarada.

A juíza Sandra O'Connor, que votou em favor da discriminação positiva, justificou a escolha em nome do interesse superior da sociedade americana.

*This Court has long recognized that is the very foundation of good citizenship*²⁴, explicou ela. *“Effective participation by members of all racial and ethnic groups in the civic life of our Nation is essential if the dream of one Nation, indivisible, is to be realized”*²⁵. E mais, as *“universities, and in particular, law schools, represent the training ground for a large number of our Nation’s leaders”*²⁶. Em todo caso, ela declarou esperar que *“that 25 years from now, the use of racial preferences will no longer be necessary”*²⁷.

Em compensação, o presidente da Corte, o juiz William H. Rehnquist, e dois de seus colegas, estimaram que, na realidade, *“the Law School’s program is revealed as a naked effort to achieve racial balancing”*²⁸, iniciativa *“patently unconstitutional”*²⁹. O juiz Clarence Thomas - o único juiz negro da corte - estimou que *“every time government places citizens on racial registers (...), it demeans us all”*³⁰.

Na realidade, a Corte reafirmou a posição do juiz Powell no caso *Regents of the University of California v. Bakke*, considerando que a promoção da diversidade legitimava a consideração individualizada do aspecto étnico-racial. Realmente, se a promoção da diversidade constitui um *“interesse público preponderante” (compelling state interest)*, a consideração individualizada do fator étnico-racial, entre outros fatores, no exame das candidaturas, longe de ser contrária à Constituição, encontra-se justificada. E mais, *“by enrolling a ‘critical mass’ of underrepresented minority students, the policy seeks to ensure their ability to contribute to the Law School’s character and to the legal profession”*³¹. A formação de uma *“massa crítica”* seria necessária para criar as vantagens decorrentes de uma educação na qual existe um grupo de estudantes diversificado. Como sustentam certos estudos³², a diversidade do corpo discente permite uma melhor formação dos estudantes, o que os torna mais preparados

para encarar os problemas provenientes de uma sociedade e um mundo do trabalho diversificados. Conseqüentemente, estes estudantes terão mais chances de ser bons profissionais.

Assim, a política de ação afirmativa da faculdade de direito da Universidade de Michigan foi julgada conforme à Constituição. Considerou-se aceitável privilegiar um estudante negro em detrimento de um branco, se o objetivo era de assegurar a diversidade do corpo de estudantes e, conseqüentemente, de atingir os objetivos educacionais almeçados pela faculdade de direito. Dessa maneira, o princípio elementar da discriminação positiva foi resguardado.

Em compensação, a Corte Suprema americana censurou o programa de ação afirmativa do *College of Literature, Science and the Arts* desta mesma universidade. Na decisão *Gratz v. Bollinger*, por uma maioria de seis vozes contra três, a Corte invalidou um dispositivo que, sem fixar cotas no seu sentido estrito, atribuía automaticamente vinte dos cem pontos necessários para a admissão de todos os membros de certas minorias étnico-raciais. Esta experiência ilustra bem como o sistema remete a uma representação da ação afirmativa fundada nas referências de grupo (e não de indivíduo) e nos critérios étnicos-raciais (e não da diversidade).

2) *Gratz v. Bollinger*

Jennifer Gratz e Patrick Hamacher, duas estudantes brancas eliminadas do concurso de admissão do *College of Literature, Science and the Arts*, ajuizaram uma ação, alegando que, apesar dos bons resultados nos exames, tinham sido descartadas em benefício de estudantes pertencentes a minorias étnicas raciais. Tal como ocorria em diversas outras universidades, a Universidade de Michigan não negava o fato de que a raça constituía um dos critérios de admissão de estudantes. Para selecionar os candidatos, o estabelecimento de ensino atribuía pontos em razão das performances acadêmicas dos estudantes, além de pontos suplementares para os candidatos originários de minorias subrepresentadas, para os filhos de parentes que tinham freqüentado a universidade e para os esportistas de alto nível³³.

Neste caso, a Corte estimou que o sistema de atribuição de pontos (vinte pontos dos cem necessários) a todos os membros de certas minorias étnico-raciais subrepresentadas implementado pelo *College of Literature, Science and the Arts* da Universidade de Michigan tinha, na realidade, os mesmos inconvenientes que a política de cotas já condenada pelo juiz Powell no caso *Bakke*. Esta política de cotas consistia em reservar aos membros de certos grupos minoritários uma quantidade de oportunidades determinada, que não variava segundo as circunstâncias e as particularidades do

caso específico. Desta forma, era o grupo em si o beneficiário da medida e, assim, a avaliação não era feita de maneira individualizada.

Reafirmando sua posição (*Grutter v. Bollinger*), a Corte salientou que a diversidade constituía um “interesse público preponderante” (*compelling state interest*) que justificava a consideração do fator étnico-racial no exame das candidaturas. Todavia, na espécie, o sistema implementado não era suficientemente elaborado para satisfazer as condições de uma diversidade educacional. De fato, a constitucionalidade da consideração do aspecto étnico-racial dos candidatos depende particularmente das modalidades pelas quais esta consideração se realiza. O sistema deve ser bastante flexível para permitir que o fator racial seja levado em conta da mesma maneira (e com igual peso) que os outros elementos que permitem alcançar a diversidade. Este exemplo mostra bem como a individualização se tornou um elemento necessário para legitimar a implementação de programas da ação afirmativa.

A título de ilustração, referindo-se ao exemplo do sistema de admissão da universidade de Harvard, a Corte Suprema esboçou um modo de aplicação da consideração do critério racial no processo de admissão:

The Admissions Committee, with only a few places left to fill, might find itself forced to choose between A, the child of a successful black physical in a academic community with promise of superior academic performance, and B, a black who grew up in an inner-city ghetto of semi-literate parents whose academic achievement was lower but who had demonstrated energy and leadership as well as an apparently abiding interest in black power. If a good number of black students much like A but few like B had already been admitted, the Committee might prefer B; and vice versa. If C, a white student with extraordinary artistic talent, were also seeking one of the remaining places, his unique quality might give him an edge over both A and B. Thus, the critical criteria are often individual qualities or experience not depend upon race but sometimes associated with it”³⁴.

Entretanto, com relação ao sistema de admissão analisado pela decisão, os juizes constataram que mesmo se o candidato C tivesse um talento excepcional, ele não teria mais de cinco pontos enquanto os candidatos que pertenciam a grupos minoritários teriam vinte pontos. Este sistema de admissão não permitia uma análise particularizada e individualizada de cada candidato. Assim, a Corte Suprema decidiu que “the University’s current policy, which automatically distributes 20 points, or one-fifty of the points needed to guarantee admission, to every single ‘underrepresented minority’ applicant solely because of race, is not narrowly tailored to achieve educational diversity”³⁵, o que constituía uma violação à cláusula de igual proteção.

A juíza O’Connor, que redigiu a Opinião da Corte no caso *Grutter v. Bollinger* em favor da consideração do fator racial no procedimento de admissão dos candidatos na faculdade de direito da Universidade de Michigan, também votou contra o sistema de pontos no caso *Gratz v. Bollinger*. Segundo ela,

(...) the selection index, by setting up automatic, predetermined point allocations for the soft variables, ensures that the diversity contributions of applicants cannot be individually assessed. This policy stands in sharp contrast to the law school’s admissions plan, which enables admissions officers to make nuanced judgments with respect to the contributions each applicant is likely to make to the diversity of the incoming class”³⁶.

Desta maneira, pelas duas decisões *Grutter v. Bollinger* e *Gratz v. Bollinger*, a Corte Suprema americana estabeleceu que as universidades podem considerar individualmente, e entre outros critérios, a raça do estudante, quando se busca a diversidade do grupo de estudantes. Estes sistemas devem, entretanto, ser limitados. Um sistema que, na realidade, conduz à admissão de todo candidato minimamente qualificado em razão do fator racial é inconstitucional³⁷. A atribuição automática de uma vantagem constante e pré-determinada que assegura a admissão de um candidato minoritário minimamente qualificado não respeita a individualização do exame, caso a caso, que é indispensável no processo de promoção da diversidade, como o previu o juiz Powell³⁸.

A subjetividade de uma nova noção de ação afirmativa fundada na “diversidade” e no “indivíduo”: um modelo de ação afirmativa disfarçado?

Como ressalta Daniel Sabbagh³⁹, a questão de saber qual é precisamente o elemento propulsor do julgamento de inconstitucionalidade dos programas de ação afirmativa no quadro do ensino superior nos Estados- Unidos permanece aberta. A dimensão e a quantidade atribuída ao “bônus” com relação ao fator étnico-racial não são determinadas, o que atribui uma grande subjetividade à avaliação deste último critério em um processo de seleção. Porém, é inquestionável a inconstitucionalidade de um sistema que prevê a atribuição automática de um “bônus” elevado, permitindo a admissão imediata de um estudante em razão de um pertencimento étnico-racial. Na medida em que este sistema não permite um exame, caso a caso, fica vedada sua implementação.

Desta maneira, somos levados a constatar que uma nova perspectiva se abriu com relação à maneira pela qual programas de ação afirmativa, ao menos no âmbito do ensino superior americano, devem ser implementados. A consideração do

fator racial, se ela continua presente no processo de seleção, somente é permitida com a condição de estar inserida em uma perspectiva de diversidade e individualização, ou seja, em um conjunto onde existem outros fatores tão importantes e determinantes no processo de seleção.

Em um processo de admissão à universidade, o candidato que pertence a um grupo minoritário deve ser considerado como um indivíduo, singular e dotado de características próprias, e não simplesmente como um membro de um grupo minoritário. Se o pertencimento a um grupo étnico-racial intervém, se faz em razão da consideração do indivíduo, não do grupo ao qual ele pertence. O fato apenas de pertencer a um grupo minoritário não deve assegurar a admissão automática do candidato.

Desta maneira, podemos sustentar uma certa mudança do público-alvo dos programas de ação afirmativa no quadro do ensino superior. Na medida em que a consideração do caráter étnico-racial deve ser feita de maneira individualizada, caso a caso, o beneficiário passa a ser o indivíduo e não mais o grupo ao qual ele pertence. Dito de outra forma, o programa de ação afirmativa se dirige aos indivíduos mais do que aos grupos. Desde então, os benefícios não se estendem necessariamente a todos os membros do grupo.

É a diversidade, enquanto elemento indispensável à formação dos estudantes, que legitima a consideração individualizada do aspecto étnico-racial dos candidatos. Esta questão esbarra na autonomia da direção da universidade em estabelecer seus próprios objetivos e em implementar os meios necessários para alcançá-los. Mas, para além da modificação aparente, podemos entrever um processo de transformação dos programas de ação afirmativa menos explícito e talvez não intencional.

De fato, a partir de uma análise destas duas decisões recentes desenvolve-se um processo que “disfarça” o aspecto étnico-racial inerente aos programas de ação afirmativa. Esta é atualmente aceita na medida em que o fator racial é menos visível. Em outras palavras, as decisões *Gratz v. Bollinger* e *Grutter v. Bollinger* da Corte Suprema impulsionam um movimento que consiste em dar menos visibilidade ao aspecto étnico-racial como elemento preponderante, até mesmo decisivo, nos procedimentos de admissão das minorias no ensino superior americano. Este processo foi ressaltado pelo juiz Souter, em sua decisão minoritária no caso *Gratz v. Bollinger*:

In contrast to the college's forthrightness in saying just what plus factor it gives for membership in an underrepresented minority, it is worth considering the character of one alternative thrown up as preferable, because supposedly not based on race. Drawing on admissions systems used at public universities in California, Florida, and Texas, the United States contends that Michigan could get student

*diversity in satisfaction of its compelling interest by guaranteeing admission to a fixed percentage of the top students from each high school in Michigan. (...) While there is nothing unconstitutional about such a practice, it nonetheless suffers from a serious disadvantage. It is the disadvantage of deliberate obfuscation. The 'percentage plans' are just as race conscious as the point scheme (and fairly so), but they get their racially diverse results without saying directly what they are doing or why they are doing it. In contrast, Michigan states its purpose directly and, if this were a doubtful case for me, I would be tempted to give Michigan an extra point of its own for its frankness. Equal protection cannot become an exercise in which the winners are the ones who hide the ball*⁴⁰.

Da mesma maneira, segundo a opinião do juiz Ginsburg, não havia inconstitucionalidade no procedimento de admissão do *College of Literature, Science, and the Arts* da Universidade de Michigan:

*The racial and ethnic groups to which the College accords special consideration (African-Americans, Hispanics, and Native-Americans) historically have been relegated to inferior status by law and social practice; their members continue to experience class-based discrimination to this day. (...) There is no suggestion that the College adopted its current policy in order to limit or decrease enrollment by any particular racial or ethnic group, and no seats are reserved on the basis of race. (...) Nor has there been any demonstration that the College's program unduly constricts admissions opportunities for students who do not receive special consideration based on race*⁴¹.

Ademais, podemos supor que muito provavelmente as universidades, para evitar uma possível inconstitucionalidade de seus programas de admissão, recorrerão a outros instrumentos para manter a admissão de estudantes que pertençam a grupos minoritários. Assim, por exemplo, os candidatos podem ser estimulados a escrever sobre sua tradição cultural. Da mesma maneira, estes novos instrumentos também são uma forma de discriminação positiva, porém, baseada em elementos suscetíveis de desencadear resistências e oposições menos expressivas, mas que, na realidade, não deixam de levar em conta a questão racial. Nesta perspectiva, o juiz Ginsburg vai mais longe e chega a sustentar que as universidades poderão recorrer a uma “camuflagem” do peso dado ao fator racial:

One can reasonably anticipate, therefore, that colleges and universities will seek to maintain their minority enrollment- and the networks and opportunities thereby opened to minority graduates - whether or not they can do so in full candor through adoption of affirmative action plans of the kind here at issue. Without recourse to such plans, institutions of higher education may resort to camouflage. For example, schools may encourage applicants to write of their cultural traditions in the essays they submit, or to indicate whether English

*is their second language. Seeking to improve their chances for admission, applicants may highlight the minority group associations to which they belong, or the Hispanic surnames of their mothers or grandparents. In turn, teachers' recommendations may emphasize who a student is as much as what he or she has accomplished. (...) If honesty is the best policy, surely Michigan's accurately described, fully disclosed College affirmative action program is preferable to achieving similar numbers through winks, nods, and disguises*⁴².

Da mesma maneira, no que diz respeito às políticas de ação afirmativa supostamente mais “flexíveis”, nos moldes previstos pelo Juiz Powell, para que estejam em conformidade com a Constituição, outros mecanismos que valorizem o fator étnico-racial poderão substituir as políticas de cotas utilizadas anteriormente. Como salienta Daniel Sabbagh⁴³, na medida em que as performances dos candidatos negros e hispânicos nos diferentes testes em vigor são muito inferiores às dos candidatos brancos, a exigência elaborada pelo juiz Powell, isto é, de uma valorização do aspecto étnico-racial entre outros critérios concorrenciais para alcançar a almejada diversidade, constitui uma tarefa de difícil implementação por parte das autoridades universitárias. Podemos supor que estas autoridades, muito provavelmente, saberão criar critérios de avaliação direcionados a favorecer um candidato negro em detrimento de um candidato branco, que, por sua vez, pode ser portador de outras qualidades que também contribuem para a diversidade.

Certamente esta hipótese de valorização do aspecto étnico-racial, entre outros fatores de diversificação, apresenta características inovadoras, sobretudo se levarmos em conta o número de vagas disponíveis. Nesta perspectiva, não podemos negar que a ação afirmativa mais “flexível” (*Grutter v. Bollinger*) e a ação afirmativa mais “rígida” (*Gratz v. Bollinger*), que atribui um determinado número de pontos fixos, produzem efeitos diferentes no processo de admissão: nas ações afirmativas mais “flexíveis” podemos obter pontuações mais incertas, tendo a subjetividade um papel mais importante. Entretanto, esta diferença pode não ser tão significativa do ponto de vista do resultado final na medida em que podemos constatar uma manutenção das proporções entre a admissão de grupos minoritários (negros, hispânicos etc.) e a rejeição dos grupos majoritários (brancos).

Na realidade, que os candidatos brancos sejam preteridos em razão de um certo número de pontos atribuídos em função do aspecto étnico-racial, ou que eles sejam rejeitados em razão de uma valorização deste último aspecto entre outros vetores que concorrem para a criação de uma diversidade, o resultado é o mesmo: os candidatos brancos vêm reduzidas suas chances de alcançar a posição almejada.

Nesta perspectiva, como explica Ronald Dworkin,

*(...) o problema não é (...) que os responsáveis pela administração universitária arriscariam de transformar o programa de ação afirmativa “flexível” em uma cota sub-reptícia; o problema está mais no fato de que, na realidade, não existe nenhuma diferença entre os dois dispositivos – se formos analisar do ponto de vista do indivíduo e seus direitos*⁴⁴.

Dessa forma, a questão principal reside nos efeitos de uma política de discriminação positiva implementada por meio de um sistema de cotas, onde o aspecto étnico-racial é mais visível, marcante e decisivo. De uma parte, a “fórmula” elaborada pelo juiz Powell para preservar a constitucionalidade das políticas de discriminação positiva permite, ao menos aparentemente, uma redução dos efeitos negativos desta política, notadamente a frequente rivalidade entre brancos e negros constatada nas universidades americanas que implementam este tipo de política. Como a política de discriminação positiva mais “flexível” torna menos visível o critério étnico-racial, conjugando este último com uma dimensão individualista e meritocrática, ela pode ter um papel importante no processo de integração dos estudantes, membros e não membros de grupos minoritários. De outra parte, apesar dos efeitos positivos desta “fórmula”, podemos sustentar que ela privilegia (ou mesmo motiva) a adoção de uma política de discriminação positiva menos explícita onde a consideração do aspecto étnico-racial dos candidatos é menos visível e, de uma certa maneira, disfarçada.

Segundo Daniel Sabbagh, a constitucionalidade de um programa de discriminação positiva implementada pelas universidades americanas depende do grau de visibilidade da consideração do fator étnico-racial no processo de admissão. Assim, “la constitutionnalité des politiques de discrimination positive mises en oeuvre dans le contexte universitaire est ainsi appelée à dépendre du caractère plus ou moins implicite de leurs modalités”⁴⁵. Em outros termos, é a capacidade da administração de uma universidade em tornar menos visível a consideração do fator étnico-racial no processo de admissão dos estudantes que determinará a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do programa de discriminação positiva.

No entanto, mesmo se admitirmos que existe realmente uma certa utilização de subterfúgios que dão uma menor visibilidade à consideração do fator racial nos programas de ação afirmativa das universidades americanas, a maneira pela qual estes programas foram pensados e devem ser implementados apoia-se em outras características que desempenham um papel importante na seleção dos candidatos. Como já foi mencionada

anteriormente, a individualização da consideração do fator racial, ou seja, o exame caso a caso, dá mais importância aos indivíduos que aos grupos, o que, de uma certa maneira, coloca em evidência o princípio da meritocracia.

Dessa maneira, ainda que possamos sustentar que este novo modelo de ação afirmativa, mais “flexível”, se constitui, na realidade, em um modelo de discriminação positiva “disfarçado”, na medida em que o aspecto étnico-racial continua sendo um fator preponderante no processo de admissão das universidades americanas, porém, de forma menos visível, não podemos negar que, ao mesmo tempo em que encontramos semelhanças nos dois modelos, também constatamos novas características. Não se trata, portanto, de um mero processo de continuidade, mas, certamente, de um processo de transformação dos programas de ação afirmativa, cujo resultado só poderemos constatar com o passar dos anos.

NOTAS

1 O presente artigo é parte de uma dissertação de mestrado, elaborada por ocasião de um mestrado na Universidade de Paris X – Nanterre (França).

2 A autora é mestre em Direitos Humanos e Liberdades Públicas pela Universidade de Paris X (Nanterre) – França.

3 SABBAGH, Daniel. “Universités américaines: la fin des préférences raciales?” in *Critique Internationale* nº 17, octobre 2002, p. 162.

4 SABBAGH, Daniel. *L'égalité par le droit: les paradoxes de la discrimination positive aux Etats-Unis*. Paris: Economica, 2003, p. 102/104.

5 SABBAGH, Daniel. “Universités américaines: la fin des préférences raciales?” in *Critique Internationale* nº 17, octobre 2002, p. 160.

6 SABBAGH, Daniel. *L'égalité par le droit: les paradoxes de la discrimination positive aux Etats-Unis*. Paris: Economica, 2003, p. 105.

7 Podemos citar, por exemplo, o caso *DeFunis v. Odgaard* (1974). Um estudante branco (Marco DeFunis) teve rejeitada sua candidatura à faculdade de direito de uma universidade pública do Estado de Washington. Como existiam trinta e seis candidatos, todos membros de grupos minoritários, que foram admitidos com uma nota inferior a sua, Marco DeFunis ajuizou uma ação sustentando que tinha sido vítima de uma discriminação, o que violava a cláusula da igual proteção. No entanto, por ocasião do julgamento sobre a violação ou não dos direitos constitucionais de Marco DeFunis, considerando que este já tinha sido admitido por esta mesma universidade em razão de um julgamento realizado pela jurisdição de primeira instância, a Corte Suprema americana declarou a caducidade da ação.

8 CALVES, Gwénaële. *L'affirmative action dans la jurisprudence de la cour suprême des Etats-Unis: le problème de la discrimination “positive”*. Paris: LGDJ, 1998, p. 131/134.

9 É preciso ressaltar que apesar dos argumentos no sentido de que a supressão dos programas de ação afirmativa no ensino superior poderia dar mais confiança aos estudantes

beneficiários desta política, já que não seriam admitidos em função de um tratamento preferencial, mas em razão de seus próprios méritos e competência, a supressão destes programas foi aparentemente interpretada como uma manifestação de hostilidade. Assim, estes estudantes preferiram se inscrever em outras universidades que não praticavam a discriminação positiva. Ver, por exemplo, SABBAGH, Daniel. “Discrimination positive et déségrégation aux USA” in *Société Contemporaines* nº 53, 2004.

10 SABBAGH, Daniel. “Discrimination positive et déségrégation aux USA” in *Société Contemporaines* nº 53, 2004.

11 É interessante notar que o processo de “desmantelamento” dos programas de ação afirmativa não é exclusivo da área do ensino americano, mas também é possível notá-lo no âmbito do mercado público. Assim, por exemplo, em 1996, por ocasião de um referendo de iniciativa popular, a maioria dos eleitores do Estado da Califórnia (55%) votaram em favor da Proposição 209. Esta previa a anulação dos programas de discriminação positiva em vigor no setor público. Ver SABBAGH, Daniel. *L'égalité par le droit: les paradoxes de la discrimination positive aux Etats-Unis*. Paris: Economica, 2003, p. 94/102.

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

13 Para uma apresentação detalhada da configuração da decisão, ver CALVES, Gwénaële. *L'affirmative action dans la jurisprudence de la cour suprême des Etats-Unis: le problème de la discrimination “positive”*. Paris: LGDJ, 1998, p. 134/137 e 326/328.

14 Segundo Gwénaële Calvès, a Corte Suprema não proferiu uma decisão propriamente dita, pois não houve uma opinião da Corte, mas “um julgamento que se apóia em apenas algumas linhas, a partir das seis decisões cuja autoridade é, no plano jurídico, quase nulo”. *Ibid.*, p. 134.

15 *Regents of University of California v. Bakke*, déc. cit., p. 312, 314, 317 e 318.

16 Encontramos aqui um outro elemento do processo de “desracialização” da ação afirmativa no ensino superior nos Estados Unidos, pois, como veremos mais tarde, a referência ao indivíduo no lugar do grupo desempenha um papel importante, ao lado da referência à diversidade, dentro da construção de novos fundamentos da ação afirmativa antes citados.

17 *Regents of the University of California v. Bakke*, déc. cit., p. 312, 314.

18 CALVES, Gwénaële. *L'affirmative action dans la jurisprudence de la cour suprême des Etats-Unis: le problème de la discrimination “positive”*. Op. Cit., p. 137. Tradução: “Powell admite que a raça seja levada em conta pelos estabelecimentos de ensino superior; referindo-se, para tanto, a uma norma que a Corte não poderia mais aplicar ao contencioso da ação afirmativa: a primeira Emenda da Constituição, e de onde uma jurisprudência clássica extraiu o princípio da ‘liberdade universitária’ (academic freedom), que garante aos estabelecimentos de ensino superior o exercício do livre arbítrio com relação à determinação de ‘quem ensinará, o que será ensinado, a maneira pela qual se ensinará e para quem’. É neste quadro que as Universidades podem fixar um objetivo de ‘diversificação (racial) do corpo de estudantes’, se estimam que esta ‘diversidade’ é apropriada para melhorar a qualidade do ensino dispensado. As universidades serão, assim, conduzidas a levar em conta a raça dos estudantes. Mas esta consideração,

- segundo Powell, deve ser 'concorrencial', isto é, raça ou origens étnicas podem ser consideradas como um 'a mais' no dossiê do candidato, mas não podem garantir, por si só, a obtenção de algumas das vagas disponíveis. A ação afirmativa na Universidade, para ser conforme à Constituição, deve 'tratar cada candidato como um indivíduo', e deve abrir para todos a totalidade das vagas disponíveis*".
- 19 SABBAGH, Daniel. "La tentation de l'opacité: le juge américain et l'affirmative action dans l'enseignement supérieur" in *Pouvoirs*, dez/2004. Tradução: "a legitimação da discriminação positiva se opera através da reinscrição desta política em uma tradição preexistente do exercício de um poder discricionário pelas autoridades universitárias na seleção de candidatos para fins de promoção da 'diversidade'. Esta última veria simplesmente sua acepção ampliar de maneira a incorporar a identidade racial entre outras dimensões constitutivas".
- 20 *Grutter v. Bollinger*, nº 02-241 (2003). A juíza Sandra O'Connor é a autora da opinião majoritária e à qual se associaram os juizes John Paul Stevens, David Souter, Ruth Bader Ginsburg e Stephen Breyer.
- 21 *Gratz v. Bollinger*, nº 02-516 (2003). O presidente da Corte William Rehnquist é autor da opinião majoritária, à qual se associaram os juizes Sandra O'Connor, Antonin Scalia, Anthony Kennedy, Clarence Thomas e Stephen Breyer.
- 22 Isto é, caso por caso, indivíduo por indivíduo.
- 23 *Grutter v. Bollinger*, nº 02-241 (2003), <http://www.supremecourt.us/opinions/02pdf/02-241.pdf> (consultado no dia 20 de agosto de 2004), p. 2, Opinião da Corte.
- 24 *Ibid.* p. 19. Tradução: "Esta Corte reconheceu há muito tempo que a educação é a base de uma boa cidadania".
- 25 *Ibid.* p. 19/20. Tradução: "Efetiva participação dos membros de todos os grupos raciais e étnicos na vida cívica de nossa nação é essencial se o o sonho de uma nação indivisível é para ser realizado".
- 26 *Ibid.* p. 20. Tradução: "universidades e especialmente as faculdades de direito representam o lugar de treinamento para um grande número de líderes da Nação".
- 27 *Ibid.* p. 5. Tradução: "dentro de uns vinte cinco anos, a utilização da preferência racial não será mais necessária".
- 28 *Ibid.* p. 77. Tradução: "o programa da faculdade de direito se revelou um claro esforço para atingir um equilíbrio racial".
- 29 *Ibid.* p. 85. Tradução: "patentemente inconstitucional".
- 30 *Ibid.* p. 50. Tradução: "cada vez que o governo coloca cidadãos em registros raciais (...) humilha todos nós".
- 31 *Ibid.* p. 1. Tradução: "admitindo uma 'massa crítica' de estudantes membros de minorias subrepresentadas, esta política procura assegurar as habilidades desses estudantes para contribuir para a reputação da faculdade de direito e da profissão legal".
- 32 Ver, por exemplo, BOWEN W., Bok D. *The Shape of the River: Long-term consequences of considering race in college and university admissions*. Princeton: Princeton University Press, 1998.
- 33 Os atletas se beneficiavam de uma vantagem idêntica dos estudantes que pertenciam às minorias sub representadas: vinte pontos. Os filhos de antigos alunos recebiam menos pontos: quatro pontos.
- 34 *Gratz v. Bollinger*, nº 02-516 (2003), <http://www.washington.edu/admin/eoo/aa/02-516.pdf>, (consultado no dia 20 de agosto de 2004), p. 24. Sublinhado por nós. Tradução: "O Comitê de Admissão, com poucas vagas para preencher, provavelmente se encontrará forçado a escolher entre A, o filho de um físico negro bem sucedida comunidade acadêmica e com uma performance acadêmica promissora, e B, um negro que cresceu em um gueto, filho de pais semi-analfabetos e com poucas chances de atingir bons desempenhos profissionais, mas que tenha demonstrado uma energia e uma capacidade de liderança, assim como um aparente interesse nas questões raciais. Se um bom número de estudantes negros parecidos com A, mas poucos com B, já tiverem sido admitidos, o Comitê provavelmente preferirá B; e vice versa. Porém, se C, um estudante branco, com extraordinário talento artístico, tiver concorrendo a uma das vagas, sua única qualidade deve dar a ele um lugar acima de A e B. E mais, **um critério crítico se constitui frequentemente de qualidades individuais ou experiências que não dependem da raça, mas podem às vezes estar associadas a ela**".
- 35 *Ibid.*, p. 3. Tradução: "a política atual da universidade, que distribui automaticamente vinte pontos, ou um quinto dos pontos necessários para garantir a admissão, a cada 'minorias sub-representada', unicamente em razão do fator racial, não era elaborada de maneira adequada para atingir o objetivo da diversidade na educação".

36 *Ibid.*, p. 4, ‘Justice O’Connor’. Tradução: “(...) o índice de seleção, atribuindo automaticamente um determinado número de pontos para algumas variáveis macias, assegura que as contribuições individuais dos pretendentes à formação da diversidade não possam ser individualmente avaliadas. Esta política está claramente em contraste com o plano de admissão da faculdade de direito, que impede que os oficiais da admissão façam julgamentos com nuances com respeito às contribuições de cada candidato para a formação da diversidade da nova classe”.

37 É interessante notar que a decisão que continua a considerar que os critérios raciais, utilizados em favor das minorias, não são sistematicamente inconstitucionais vai ao encontro dos desejos exprimidos anteriormente pelo presidente George W. Bush. Ele tinha desejado que as universidades (na espécie, a Universidade de Michigan) encontrassem critérios de admissão que continuem a favorecer a diversidade de seus estudantes, sem recorrer diretamente à raça como critério.

38 *University of California Regents v. Bakke*, déc.cit..

39 SABBAGH, Daniel. “La tentation de l’opacité: le juge américain et l’affirmative action dans l’enseignement supérieur” in *Pouvoirs*, dez/2004.

40 Sublinhado por nós. *Gratz v. Bollinger*, déc. cit., p. 8, “J. Souter”. Tradução: “Em contraste com a sinceridade da escola que diz exatamente qual o peso que atribui a cada membro de uma minoria subrepresentada, vale a pena considerar o caráter de uma alternativa tida como preferível, porque supostamente não baseada em raça. Baseando-se nos sistemas de admissão implementados pelas universidades públicas na Califórnia, Flórida e Texas, os Estados Unidos sustenta que Michigan poderia alcançar a almejada diversidade do grupo de estudantes garantindo a admissão de uma porcentagem determinada dos melhores estudantes do 3º ano de cada escola de Michigan. (...) Apesar de não existir nenhuma inconstitucionalidade nesta prática, ela sofre de uma séria desvantagem. É a **desvantagem de uma deliberada ofuscação**. Os ‘sistemas de porcentagem’ agem exatamente como a consideração do fator racial em um sistema de pontos, **mas eles alcançam a diversidade racial sem dizer diretamente o que estão fazendo e porque estão fazendo**. Em contraste, Michigan estabelece suas intenções de maneira direta e, se para mim se tratasse de um caso duvidoso, eu estaria mais inclinado a dar a Michigan um ponto extra por sua franqueza. Igual proteção não pode se transformar em um exercício no qual os ganhadores são aqueles que escondem a bola”.

41 *Ibid.*, p. 6. “J. Ginsburg”. Tradução: “Os grupos étnicos raciais para os quais a faculdade atribui uma consideração especial (Afro-americanos, Hispânicos, e americanos nativos) foram historicamente relegados a um status inferior pela lei e pela prática social; até hoje seus membros continuam a experimentar uma discriminação baseada em classes. (...) Não há evidências de que a faculdade tenha adotado uma política para reduzir o ingresso de qualquer grupo racial ou étnico, e nenhuma vaga foi reservada com base na raça. (...) Também não houve qualquer demonstração de que o programa da faculdade restrin-

gisse as oportunidades de admissão dos estudantes que não recebiam uma consideração especial baseada na raça.”

42 Sublinhado por nós. *Ibid.*, p. 7/8, “J. Ginsburg”. Tradução: “Alguém poderia razoavelmente antecipar, ainda, **que faculdades e universidades vão procurar manter o ingresso de minorias – e também as redes de trabalhos e oportunidades abertas para minorias graduadas – possam ou não assegurá-lo por meio da adoção de programas de ação afirmativa do tipo aqui discutida. Sem recurso a esses planos, as instituições de alta educação provavelmente recorrerão à camuflagem. Por exemplo, escolas poderão encorajar os candidatos a escrever sobre suas tradições culturais nos documentos que são submetidos à análise, ou mesmo indicar se o inglês é a segunda língua deles. Procurando aumentar suas chances de admissão, os candidatos podem ressaltar as associações de grupos minoritários às quais pertencem, ou os sobrenomes hispânicos de suas mães ou avós. Por sua vez, recomendações de professores poderão enfatizar qual estudante é o mais adequado (...) Se honestidade é a melhor política, certamente a precisão da descrição feita por Michigan, inteiramente descrita pelo programa de ação afirmativa da faculdade, é preferível à obtenção de números similares por meio de diversos gestos subentendidos e outras dissimulações”.**

43 SABBAGH, Daniel. “La tentation de l’opacité: le juge américain et l’affirmative action dans l’enseignement supérieur” in *Pouvoirs*, dez/2004

44 Citação feita por Daniel Sabbagh no “La tentation de l’opacité: le juge américain et l’affirmative action dans l’enseignement supérieur” in *Pouvoirs*, dez/2004.

45 *Ibid.* Tradução: “a constitucionalidade das políticas de discriminação positiva implementadas no contexto universitário é assim chamada a depender do caráter mais ou menos implícito de suas modalidades”.

