

TERCEIRA PARTE

Inserção Internacional

AÇÃO AFIRMATIVA NOS ESTADOS UNIDOS E NA ÁFRICA DO SUL: LIÇÕES DO OUTRO LADO¹

F. Michael Higginbotham*

I. INTRODUÇÃO

A Ação Afirmativa² é uma parte fundamental da África do Sul pós-apartheid. Ela tem sido apoiada pelo Congresso Nacional Africano (CNA),³ encorajada pelo Presidente

¹ Tradução livre, autorizada pelo autor, do original em inglês já publicado, tradução realizada pelos pesquisadores e acadêmicos do Grupo de Pesquisa CNPq Mercosul e Direito do Consumidor/UFRGS, Fernando Bordin e Filipe Scherer de Oliveira, pelos mestrandos Ricardo Castro e Marília Zanchet, revisão Fernando Bordin. Este texto subsidia a parte da pesquisa sobre ações afirmativas, civil rights e direito do consumidor, empreendida em conjunto pelo Profa. Dra. Cláudia Lima Marques (UFRGS) e o Prof. Michael Higginbotham (Baltimore). O PPGDir./UFRGS mantém convênio com a Faculdade de direito de Baltimore e agradece o Prof. Dr. Mortimer Seller e à Ministra Ellen Gracie Northfleet (STF) pela oportunidade de trabalhar em conjunto com os colegas de Baltimore e de seu Centro de Direito Comparado.

* Professor de Direito, Universidade de Baltimore (University of Baltimore); Professor de Direito Adjunto, Universidade de Nova York (New York University); B.A. 1979, Universidade de Brown (Brown University); J.D. 1982, Universidade de Yale (Yale University); LL.M. 1985, Universidade de Cambridge (Cambridge University). O autor gostaria de agradecer a Martha Kahlert pelo ter secretariado este projeto.

² Ação afirmativa é definida para os propósitos deste artigo como programas que visam prover benefícios econômicos e educacionais a pessoas, tendo em vista sua associação a um grupo racial, étnico ou de gênero que foi discriminado sob a égide do direito.

³ Veja South Africa's Ruling Party To Have More Women Leaders, XINHUA NEWS, 19 de dezembro de 1997; Liu Yenang Zhao Yi, Round Up: New Leadership To Lead South Africa Into the 21st Century, NEWS AGENCY, 20 de dezembro de 1997. O Congresso Nacional Africano, originalmente chamado de Congresso Nativo Nacional Sul-Africano, foi criado em 1912 para unir a opinião africana em oposição contra sua exclusão do processo eleitoral e contra a iminente perda dos direitos às terras devido ao Bantu Land Act (Act 27 de 1913). A plataforma do CNA de conseguir representação negra no Parlamento e de acabar com o racismo institucionalizado foi incorporada em sua Freedom Charter

Nelson Mandela⁴ e permitida, como conseqüência, pela Constituição.⁵ Tal respaldo, no entanto, não assegurará que a ação afirmativa seja implementada de uma maneira efetiva. A experiência dos Estados Unidos, onde mudanças no clima político ao longo dos anos resultaram em diversos graus de hostilidade do executivo, inércia do legislativo e amnésia judicial, indica que muito ainda é preciso. No mínimo, deve existir um poder executivo preocupado com a aplicação, um poder legislativo que seja criativo e flexível na sua implementação, e, o mais importante, um judiciário que continue fiel ao espírito, bem como à letra, da Constituição.

Embora um claramente exista um comprometimento firme ao conceito de ação afirmativa pelos três poderes governamentais na África do Sul de hoje, há um risco de que o mesmo diminua ao longo do tempo, como ocorreu nos Estados Unidos. Um poder executivo ou legislativo contrários à ação afirmativa poderia influenciar ponderações judiciais. E, com o passar dos anos, tais ponderações poderiam solapar o comprometimento constitucional de eliminação das iniquidades raciais, por limitarem severamente a ação afirmativa antes que a verdadeira igualdade seja atingida.

de 1955. O CNA foi declarado ilegal em 1960, em seguimento do massacre policial de centenas de manifestantes desarmados em Sharpeville. Sendo negadas vias pacíficas de protesto, o CNA continuou existindo marginalizado e criou uma força militar chamada Umkhonto we Sizwe (Lança da Nação), a qual tentaria provocar mudanças por meio de guerrilhas e sabotagens. Em 1990, o governo retirou seu banimento ao CNA e permitiu que seus líderes retornassem à África do Sul em troca do fim da guerrilha do CNA. Em 1994, o CNA obteve a maioria das cadeiras parlamentares na primeira eleição democrática da nação, e Nelson Mandela, o líder espiritual do CNA desde sua prisão em Robert Island, tornou-se o primeiro presidente democraticamente eleito da África do Sul.

⁴ Veja Michael Hamlyn, Meeting Demands of Opposing Wants, NEW STRAIGHTS TIMES PRESS (Malásia) 16 de fevereiro de 1996, p.12; Gilbert Lewthwaite, Affirmative Action in South África, BALT. SUN, 4 de abril de 1997, p. A1. Nelson Mandela filiou-se ao Congresso Nacional Africano em 1944. Juntamente com Walter Sisulu e Oliver Tambo, Mandela formou a Liga Jovem do CNA, e foi eleito seu presidente em 1950. Depois que o CNA foi oficialmente banido, em 1960, Mandela continuou trabalhando clandestinamente. Em 1961, ele ajudou a formar o Umkhonto we Sizwe (Lança da Nação) a fim de organizar uma força militar contra o governo do apartheid, o qual havia tornado ilegal qualquer outra via de protesto. Em 1962, Mandela foi preso e sentenciado a cinco anos de prisão. Enquanto estava encarcerado, Mandela foi julgado por sabotagem e foi sentenciado à prisão perpétua. A maior parte dos seus 27 anos na prisão foi gasta na prisão de Robert Island. Em 11 de Fevereiro de 1990, Mandela foi solto da prisão em meio à forte pressão internacional feita ao regime apartheid de F.W. de Klerk e ao, então no governo, Partido Nacional. Na Conferência Nacional do CNA, em 1991, Mandela foi eleito presidente do CNA. Em 1993, ele tornou-se co-destinatário do prêmio Nobel da Paz, juntamente com Klerk. Em 1994, aos 76 anos, Nelson Mandela tornou-se o presidente da África do Sul.

⁵ Veja Dion Basson, SOUTH AFRICAN (INTERIM) CONSTITUTION: TEXT AND NOTES, p.21 (Referindo-se à Sched. 4, para. 3, cap. 3, § 8(2) da Constituição sul-africana, que proíbe somente a discriminação "injusta"). O uso do termo discriminação "injusta", juntamente com os debates sobre a inclusão da ação afirmativa na Constituição final, sugere que a Constituição não proíbe a ação afirmativa.

II. AS DIFICULDADES DE COMPARAR AS RELAÇÕES RACIAIS NOS ESTADOS UNIDOS E NA ÁFRICA DO SUL

Certamente, é apropriado perguntar qual é o valor de qualquer análise comparativa do direito das relações raciais dos Estados Unidos com as leis da África do Sul pós-apartheid. Verificando as histórias raciais e os desenvolvimentos atuais, em ambos os países, nas suas formas mais simplistas, eles compartilham dois temas comparáveis. Em primeiro lugar, cada qual reflete a luta contínua por liberdade, justiça e igualdade – sendo estas demandas articuladas tanto por defensores de direitos civis nos Estados Unidos quanto por defensores de direitos humanos na África do Sul. Em segundo lugar, ambas as histórias e desenvolvimentos atuais ilustram como o sistema jurídico tem funcionado freqüentemente como instrumento de opressão dos negros⁶ nos Estados Unidos e na África do Sul.

Uma análise comparativa também reflete como o sistema jurídico pode funcionar para reduzir a opressão. A luta pelos direitos civis nos Estados Unidos inclui numerosos exemplos de como o sistema jurídico pode ser utilizado para diminuir a desigualdade racial.⁷ A ação afirmativa é um desses exemplos.

Embora existam similaridades nas histórias raciais da África do Sul e dos Estados Unidos, elas devem ser consideradas à luz das diferenças substanciais. Há imensos contrastes entre as populações, as demografias, as economias, as religiões, as culturas e os governos destes dois países.⁸

⁶ O termo “negro” tem diferentes significados na África do Sul e nos Estados Unidos. O Population Registration Act of 1950 (Act 30 de 1950) foi o primeiro estatuto sobre classificação racial na África do Sul. Cada sul-africano foi classificado como branco, pardos ou negro, e direitos e status sociais imensamente diferentes proveio da classificação. De acordo com John Dugard em seu importante trabalho sobre o direito do apartheid e sobre a situação dos direitos humanos na África do Sul, como assim eram no final da década de 70, uma pessoa negra é aquela “que é, ou é geralmente aceita como, um membro de qualquer tribo ou raça aborígine da África.” JOHN DUGARD, HUMAN RIGHTS AND THE SOUTH AFRICAN LEGAL ORDER 61 (1978) (citações internas omitidas). Uma pessoa branca é “aquela que em aparência é obviamente uma pessoa branca e que não é geralmente aceita como uma pessoa de cor; ou que é geralmente aceita como uma pessoa branca e não em aparência uma pessoa obviamente não branca.” Id. (citações internas omitidas). Dugard explica em detalhes a impossibilidade científica da completa e perfeita agrupação por linhas raciais. Veja id. Contudo, o legislativo sul-africano classificou cada indivíduo “baseado em critérios de descendência, aceitação geral, fala, hábitos e educação.” Veja id. A classificação racial nos Estados Unidos foi deixada para cada estado individual. Veja *Pessy v. Ferguson*, 163, U.S. 537, 549 (1896). Embora os estados diferissem na exata quantia, geralmente, qualquer ancestral africano tornava a classificação racial de alguém negra.

⁷ Veja em geral GENNA RAE MCNEIL, GROUNDWORK: CAHRGE HAMILTON HOUTONS AND THE STRUGGLE FOR CIVIL RIGHTS 4 (1983) (descrevendo a história de Charles Houston, um advogado e litigante pelos direitos civis, cuja vida e trabalho elucidam a pura realidade do status de segunda classe dos afro-americanos entre 1895 e 1950); LOREN MILLER, THE PETITIONERS: THE STORY OF THE SUPREME COURT vii (1966) (descrevendo a história das decisões da Suprema Corte em direitos constitucionais de um afro-americano, como escravo, homem livre e cidadão); RICHARD KLUGER, SIMPLE JUSTICE: THE HISTORY OF BROWN V. BOARD OF EDUCATION AND THE VLACK AMERICAN’S STRUGGLE FOR EQUALITY (1976) (seguindo a história da luta por igualdade dos negros americanos).

⁸ Veja Jack Greenberg, *South África and the American Experience*, 54 N.Y.U.L. REV. 3 (1979).

Talvez a maior diferença existente seja o fato de que, a partir da criação dos Estados Unidos, os brancos constituíram uma maioria numérica e adquiriram uma predominância nos poderes econômico e político. Desde 1930, os negros, por outro lado, representaram uma minoria de menos de quinze por cento da população, e substancialmente menos do que isso em poder.⁹ Em virtude da segurança política,¹⁰ do poder econômico¹¹ e da predominância numérica dos brancos nos Estados Unidos,¹² a acomodação das legítimas exigências dos negros não resultaria em diminuição substancial do poder daqueles.

Em contrapartida, os brancos da África do Sul sempre foram uma nítida minoria numérica, constituindo apenas pouco mais de quinze por cento da população.¹³ A acomodação das exigências legítimas dos negros sul-africanos resultará na eliminação do monopólio do poder político e econômico dos brancos.

A ação afirmativa é um dos modos de acomodar demandas legítimas por igualdade de oportunidades. Ainda que existam muitas diferenças, os desenvolvimentos da ação afirmativa na África do Sul apresentam muitos dos mesmos temas encontrados na experiência norte-americana. Agora que foi feita uma Constituição permanente para a África do Sul,¹⁴ os sul-africanos começarão a formular os parâmetros sociais, políticos e jurídicos de programas de ação afirmativa. Já que os americanos têm estado envolvidos nesse processo por mais de trinta anos, podem os sul-africanos obter algumas percepções ao estudarem evoluções nos Estados Unidos.¹⁵ Adotando o que é bom, descartando o que é ruim e ignorando o que é irrelevante, os sul-africanos podem começar definir mais adequadamente e a implementar mais eficazmente o conceito de igualdade, tarefa que se provou ser muito difícil nos Estados Unidos.

⁹ Veja R. FARLEY & WALLIN, *THE COLOR LINE AND THE QUALITY OF AMERICAN LIFE* 11 (1987); GUNNER MYRDALE, *AN AMERICAN DILEMMA: THE NEGRO PROBLEMS AND MODERN DEMOCRACY* 157 (1944). Veja em geral D. JAYNES (1915) (indicando que o escritório do censo fez projeção de um aumento na população negra de 11,7 por cento do total em 1980 para 15 por cento em 2020).

¹⁰ Veja em geral WALFONSO, *THE POLITICS OF NUMBER 304* (1987) (discutindo como o Voting Act de 1965 e a estatística nacional "vêm a representar um importante papel na alocação do poder político" entre brancos e negros).

¹¹ Veja R. FARLEY & WALLIN, *THE COLOR LINE AND THE QUALITY OF AMERICAN LIFE* 2-4 (1987)

¹² Veja em geral ALLONSO, nota 9 supra, p. 7 (discutindo a comparação entre a população negra e a branca)

¹³ Em 1980, a proporção racial da população na África do Sul era 16,2% branca, 71,5% africana, 9,4% parda, e 2,9% asiática. Esses dados refletem uma diminuição no percentual de brancos, de 21,4% em 1911. *STUDY COMM'N ON U.S. POLICY TOWARD SOUTHERN AFRICA: TIME RUNNING OUT* 42 (1980). Em 1985, a proporção racial da população na África do Sul era 14,7% branca, 74,1% africana, 2,6% asiática e 8,6% parda. *SOUTH AFRICAN INST. OF RACE RELATIONS, RACE RELATIONS SURVEY* 1986, 2 (1981). As estatísticas da população de 1990 refletem pouca mudança. *SOUTH AFRICAN INST. OF RACE RELATIONS, RACE RELATIONS SURVEY* 1991-92, 56-57.

¹⁴ Veja Constituição da África do Sul (1996).

¹⁵ Certamente, o processo de aprendizado é uma via de duas mãos. Há muito que os americanos podem aprender do debate sul-africano sobre relações raciais. É particularmente incriminador ao processo legal americano que poucos brancos sul-africanos apontam os Estados Unidos como um modelo ideal de proteção dos direitos das minorias raciais.

III. AÇÃO AFIRMATIVA E A TENDÊNCIA CONSERVADORA NOS ESTADOS UNIDOS

Você não pode pegar uma pessoa que por anos tem sido acorrentada e libertá-la, trazê-la ao ponto de partida de uma raça e então dizer, “Você é livre para competir com todos os outros”, e ainda assim acreditar piamente que você está sendo completamente justo.

Então, não basta apenas abrir os portões da oportunidade. Todos os nossos cidadãos devem ter a capacidade de caminhar por esses portões.

Este é o próximo e mais profundo estágio da batalha por direito civis. Nós buscamos não apenas a liberdade, mas a oportunidade. Nós buscamos não apenas a igualdade jurídica, mas a capacidade humana, não apenas a igualdade como um direito e uma teoria, mas a igualdade como um fato e a igualdade como um resultado.¹⁶

Com essas palavras, o governo federal renovou o seu centenário compromisso escrito de remover as barreiras à igualdade de oportunidades criadas pela escravidão, segregação e discriminação que haviam prejudicado os afro-descendentes norte-americanos por aproximadamente quatro séculos.¹⁷ Em 1965, o governo americano prometeu aos americanos negros uma América melhor, livre das barreiras da discriminação que lhes havia negado igualdade no acesso à educação, ao emprego, à moradia, à participação política e aos tantos outros direitos e privilégios dos quais os brancos americanos desfrutaram. Em 1965, a maioria dos americanos, tendo vivenciado ou observado o difundido impacto de “Jim Crow”¹⁸ nos negros, reconheceram que a eliminação das barreiras à igualdade de oportunidades requereria muito mais do que o pronunciamento da Suprema Corte de que a segregação racial promovida pelo Estado não mais era legal. “Ação Afirmativa”, como instava o presidente Johnson, deveria ser o mecanismo para criar igualdade.¹⁹ Embora que o apoio ao

¹⁶ PUBLIC PAPERS OF PRESIDENTS: LYNDON B. JOHNSON Vol. II p. 636 (citando o discurso inicial do Presidente Johnson, “Para Realizar esses Direitos” na Universidade de Howard, em 4 de junho de 1965).

¹⁷ Veja id., p. 639-40.

¹⁸ A expressão “Jim Crow”, que se originou de um popular show de atuação e música de menestréis, ficou associada com muitas leis, por toda América, concebidas para separar as raças. O efeito prático era tornar os americanos negros cidadãos de segunda classe. Veja C. VAN WOODWARD, THE STRANGE CAREER OF JIM CROW (1974).

¹⁹ O Presidente Kennedy cunhou o termo “ação afirmativa” na Ordem Executiva 10925, que ele assinou em 6 de março de 1963. A ordem, que proibiu aqueles que tinham contratos com o governo federal de discriminarem com base na raça, diz em pertinente parte: “O contratante tomará medidas de ação

compromisso declarado do Presidente não fosse de maneira nenhuma universal,²⁰ a posição do Presidente parecia representar um consenso entre a maioria dos Americanos.²¹ De fato, até 1980, os dois maiores partidos políticos apoiaram os esforços relativos a políticas de ação afirmativa.²²

Atualmente, cerca de três décadas depois, um grande número de americanos se opõe às políticas que dão tratamento “preferencial” às mulheres ou a grupos étnicos e raciais específicos.²³ A cláusula de proteção igualitária da Décima Quarta Emenda, criada para reforçar a promessa de liberdade e igualdade ao escravo emancipado da 13ª Emenda, tornou-se desde então a principal arma para acabar ou reduzir severamente as políticas de ação afirmativa relativas a educação e emprego.

A. A HISTÓRIA DA AÇÃO AFIRMATIVA

1. O Início da Ação Afirmativa: Emendas Constitucionais, Legislação Federal e Ordens Executivas.

A garantia do acesso igualitário para negros americanos não é um conceito novo. A idéia de assegurar o direito a um tratamento igualitário pelo direito pode ser visto desde Emendas Constitucionais²⁴ feitas durante a Era da Reconstrução.²⁵ Foi por essas emendas que os antigos escravos finalmente conseguiram a sua cidadania,²⁶ a garantia do devido processo legal,²⁷ a proteção igualitária²⁸ e o direito de votar²⁹. Essas emendas autorizaram o

afirmativa para assegurar que os candidatos sejam empregados e que os empregados sejam tratados, durante sua relação de emprego, sem discriminação de raça, credo, cor ou origem nacional.” James E. Jones, Jr., *The Genesis and Present Status of Affirmative Action In Employment: Economic, Legal, and Political Realities*, 70 IOWA L. REV. 901, 901-902 (1985). Veja também a Ordem Executiva nº 10.925 C.F.R. 448 (1961).

²⁰ Veja em geral CHARLES WHALEN & BARBARA WHALEN, *THE LONGEST DEBATE: A LEGISLATIVE HISTORY OF THE 1964 CIVIL RIGHTS ACT* (1985).

²¹ Veja PUBLIC PAPERS OF THE PRESIDENT, nota 15 supra, p. 284.

²² Veja Jeffrey B. Wolff, *Effects of Hopwood and the Action of the U.C. Board of Regents on its Continued Existence*, 50 S.M.U. L. REV. 627, 658-59 (1997).

²³ Veja Richard Lacayo, *A New Push for Blind Justice*, TIME, 20 de fevereiro de 1995, p. 39.

²⁴ Veja a Constituição dos Estados Unidos, Emendas XIII (efetiva em 1865), XIV (efetiva em 1868) e XV (efetiva em 1870). Veja em geral Eric Schnapper, *Affirmative Action and the Legislative History of the Fourteenth Amendment*, 71 VA. L. REV. 753, 754 (1985) (arguindo que a história legislativa da Décima Quarta Emenda é reveladora das disputas sobre padrões constitucionais aplicáveis a planos de ação afirmativa de base racial)

²⁵ Veja BRASWELL, MOORE & POE, p. 367, nota .5 (1993).

²⁶ Veja Constituição Americana – Emenda XIV (efetiva em 1868).

²⁷ Veja id.

²⁸ Veja id.

²⁹ Veja Constituição Americana – Emenda XV (efetiva em 1870).

Congresso a elaborar a legislação de direitos civis que ajudou a garantir a igualdade prometida pela cláusula de proteção igualitária da Décima Quarta Emenda.³⁰

Tentativas governamentais subsequentes de criação de oportunidades igualitárias incluíram a ação afirmativa. Mesmo antes do Título VII da Lei dos Direitos Civis de 1964³¹ se tornar efetivo, mandatos para acesso igualitário estavam sendo concedidos. Todos os presidentes, de Franklin Roosevelt a Lyndon Johnson, adotaram ordens executivas (executive orders) relativas à oportunidade igualitária nos empregos.³²

Em 1961, o Presidente Kennedy emitiu a Ordem Executiva nº 10.925.³³ De acordo com essa ordem, a política do governo dos Estados Unidos direcionou-se a “promover e assegurar a igualdade de oportunidades para todas as pessoas qualificadas, sem distinção de raça, credo, cor ou origem nacional, empregadas ou procurando emprego no governo federal ou em contratos governamentais”.³⁴ Como resultado, os contratantes federais foram mandados a empregar medidas de ação afirmativa para cumprir com a ordem. A ordem deu poderes a um comitê para estabelecer sanções a contratantes que a desobedecessem.³⁵

2. O Desenvolvimento da Ação Afirmativa: A Suprema Corte Examina os Programas de Ação Afirmativa Educacionais

Logo depois da ordem executiva do Presidente Kennedy, centros de ensino superior e universidades começaram a implementar políticas de ação afirmativa nos seus procedimentos de admissão. Embora tenha levado vários anos, um desafio jurídico à Suprema Corte finalmente surgiria.

Em 1974, a Suprema Corte foi inicialmente confrontada com a constitucionalidade de um dito plano de ação afirmativa. A Corte, contudo, declinou de se manifestar sobre o mérito do caso *De Funnis v. Odegaard*.³⁶ O caso envolveu uma política de admissão preferencial de minorias em uma faculdade de direito.³⁷ O estudante que originalmente iniciou o processo foi admitido pela faculdade de direito antes que o caso chegasse à Suprema Corte. Já que o

³⁰ Nos casos de direitos civis de 1883, a Décima Quarta Emenda foi considerada aplicável apenas aos estados. A Suprema Corte não encontrou um mandato de “proteção igualitária” comparável na Quinta Emenda aplicável ao Governo Federal até o século XX. Veja *Fullilove v. Klutznic*, 448 U.S. 448, 473 (1980). O caso que incorpora o requisito de proteção igualitária da Décima Quarta Emenda na cláusula do Devido Processo da Quinta Emenda é *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497, 499 (1954).

³¹ 42 U.S.C. § 2000(a) et seq. (1984).

³² Veja David L. Rose, *Twenty-Five Years later: Where do we Stand on Equal Employment Opportunity Law Enforcement?* 42 VAND. L. REV. 1121, 1124 (1989).

³³ Veja Ordem Executiva nº 10.925, 3 C.F.R. 448 (1961).

³⁴ Id.

³⁵ Veja id.

³⁶ 416 U.S. 312 (1974) (per curiam).

³⁷ Veja id.

autor fora admitido pelo programa, a Corte entendeu que o caso era hipotético e se eximiu da difícil tarefa de lidar com as questões constitucionais que envolvem a ação afirmativa.³⁸

Quatro anos depois, a Corte enfrentou um problema parecido relacionado a este tema no caso *Regents of the University of Califórnia v. Bakke*.³⁹ Em virtude de sua maior celeridade, Bakke foi o primeiro caso em que a Suprema Corte se pronunciou sobre a constitucionalidade de um plano de ação afirmativa. O caso envolveu um programa de admissão preferencial em uma faculdade de medicina da Califórnia. Pelo programa, 16 vagas, de um total de 100, foram reservadas para estudantes pertencentes a minorias. Conseqüentemente, segundo o plano, todos os estudantes, independentemente de sua raça, poderiam competir por 84 das vagas do primeiro ano. Entretanto, já que somente as minorias podiam competir pelas dezesseis vagas reservadas, além de pelas oitenta e quatro vagas gerais, elas poderiam competir por todos os espaços. Depois que a solicitação de Alan Bakke para admissão foi negada pela segunda vez, ele processou a faculdade alegando que o plano violava seu direito à proteção igualitária segundo a Décima Quarta Emenda. Bakke, que era branco, não tinha direito ao programa de ação afirmativa, reservado a minorias raciais.

Percebendo que um programa de ação afirmativa pode ser constitucional se apropriadamente criado, o Juiz Powell, todavia, concluiu, ao escrever a opinião majoritária para a Suprema Corte, que o plano da faculdade de medicina violava a Constituição.⁴⁰ Para decidir se o plano de ação afirmativa violava ou não a Constituição, o Juiz Powell arrazoou que os pormenores do plano deveriam passar pelo teste do “escrutínio estrito” (strict scrutiny), no qual o governo tem o ônus de provar que a classificação é necessária para servir a um interesse governamental “imperativo” e que ela satisfaz “na medida exata” (“narrowly tailored”) o mencionado interesse.⁴¹ Pelo teste do “escrutínio estrito”, o Juiz Powell concluiu que o plano violava a cláusula de proteção igualitária. O Juiz Powell identificou como particularmente problemática a absoluta exclusão dos estudantes não pertencentes a minorias da competição pelas 16 vagas reservadas. Todavia, Powell sugeriu que a existência de discriminações no passado poderia ser um interesse governamental suficientemente imperativo para satisfazer ao teste.⁴² Referindo-se a um programa de admissão de Harvard, Powell indicou que a raça poderia ser considerada um fator a mais para promover a diversidade, desde que todas as pessoas tivessem oportunidade para competir por todas as vagas.

Quando se considera a importância do caso Bakke como precedente, é necessário lembrar que a opinião do Juiz Powell não foi integralmente acatada por nenhum dos outros

³⁸ Veja *id.*, p. 319-20.

³⁹ *Regents of the Univ. of Cal. v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

⁴⁰ Veja *id.*, p. 319-20. Como resultado desta descoberta, a Corte entendeu que a rejeição da inscrição de Bakke na faculdade era errada.

⁴¹ *Id.*, p. 309.

⁴² Veja *id.*, p. 309-10.

Juízes. Enquanto nenhum outro Juiz argumentou que a raça era uma ferramenta inapropriada para processos de admissão, somente o Juiz Powell insistiu que o problema com o sistema de quotas era a falta de comparação direta entre candidatos de todas as raças. Quatro Juízes entenderam que o caso deveria ser decidido em níveis de legislação e não em níveis de proteção igualitária. O Juiz Powell entendeu que programas de ação afirmativa deveriam satisfazer ao teste de escrutínio estrito. Os quatro Juízes restantes entenderam que um padrão menos rígido de exame deveria ser aplicado.

Esse desentendimento sobre o padrão de exame apropriado para programas de ação afirmativa baseados na raça serviria como foco central de debates judiciais pelos próximos vinte anos.

B. CASOS RELATIVOS À AÇÃO AFIRMATIVA

1. Fullilove v. Klutznick⁴³

Nas decisões que se seguiram a Bakke, a corte lidou com casos relativos a ações afirmativas no contexto de programas de reservas para empresas minoritárias. Estes são programas em que uma certa parte dos negócios são reservados para membros do programa. A linha de decisões neste assunto começou com o caso Fullilove v. Klutznick . Fullilove envolveu um desafio à provisão de “Empresa de Negócios Minoritária” (“Minority Business Enterprise”) (ENM), da Lei dos Empregos Públicos de 1977 (“the 1977 Act”).⁴⁴ A provisão desafiada requeria que dez por cento de todas as subvenções para projetos de trabalhos públicos fossem reservadas às ENMs.⁴⁵ Na Lei de 1977, uma ENM foi definida como:

“... uma empresa da qual membros pertencentes a grupos minoritários sejam proprietários de, ao menos, 50 por cento, ou, no caso de empresas públicas, ao menos 51 por cento das ações devem ser possuídas por membros de grupos minoritários. Para os fins da sentença precedente, os membros de grupos minoritários são os cidadãos dos Estados Unidos que sejam negros, de fala hispânica, orientais, indianos, esquimós e Aleuts”⁴⁶.

⁴³ Fullilove v. Klutznick, 448 U.S. 448 (1980)

⁴⁴ Veja Public Health Welfare Act de 1977, 42 U.S.C. § 6701 et seq. (1994).

⁴⁵ Veja Fullilove, 448 U.S., p. 455. O 1977 Act incluiu provisões para renunciantes se o cumprimento do requisito de 10 % provasse ser inviável. Id., p.460.

⁴⁶ Id., p. 454 (citando 91 Stat. 116, codificado, p. 42, U.S.C. § 6705 (f) (2)) (1976 ed., Supp. II).

Em uma opinião do Juiz Burger, que foi acompanhada pelos Juízes White e Powell, a maioria da Corte entendeu que o poder do Congresso estendia-se a tomar as ações remediais, tal como a provisão relativa às ENMs.⁴⁷ Embora a Corte tenha escrutinado minuciosamente a Lei de 1977, a mesma não utilizou o padrão do escrutínio estrito, mas, ao invés deste, aplicou um nível intermediário de escrutínio. Ao aplicar esse escrutínio menos penetrante, o Juiz Burger primeiramente “questionou se os objetivos desta legislação estão contidos nos poderes do Congresso”.⁴⁸ Uma vez que parte da análise havia sido satisfeita, ele entendeu que o uso de critérios raciais era um “meio constitucionalmente permissível por atingir os objetivos do Congresso, e não viola o componente de proteção igualitária da Cláusula do Devido Processo Legal da Quinta Emenda”.⁴⁹ Ademais, Burger notou que o plano era apropriadamente flexível e limitado em escopo, e que, existindo dúvidas sérias, essas deveriam ser resolvidas em conformidade com o entendimento do Congresso.⁵⁰ O Juiz Burger, então, enumerou os critérios que devem existir para que um remédio do Congresso baseado na raça possa sobreviver:

“De sua parte, o Congresso deve proceder apenas com programas elaborados na exata medida a alcançar seus objetivos, sujeitos a contínuas avaliação e reavaliação; a administração dos programas deve ser vigilante e flexível; e, quando tal programa estiver sob exame judicial, as cortes devem apurar se os objetivos legislativos e a administração projetada dão segurança razoável de que o programa funcionará dentro das limitações constitucionais.”⁵¹

2. *City of Richmond v. J. A. Croson Co.*⁵²

Nove anos depois de Fullilove, a Corte analisou novamente a questão dos direitos preferenciais das ENM, no que tange aos contratos de construção, no caso *City of Richmond v. J. A. Croson Co.* O caso Croson referiu-se a uma reserva de trinta por cento para ENMs nos contratos de construção da cidade e empregou, virtualmente, a mesma definição de ENM que foi usada na Lei de 1977 apontada em Fullilove.⁵³ Dessa vez, contudo, Kennedy, um oponente da ação afirmativa, havia substituído Powell na corte.

⁴⁷ Veja *id.*, p.482.

⁴⁸ *Id.*, p. 473.

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ Veja *id.*, p. 489.

⁵¹ *Id.*, p. 490.

⁵² *City of Richmond v. J.A. Croson Co.*, 488 U.S. 469 (1989).

⁵³ Veja *id.*, p.478.

Numa opinião anunciada pela Juíza O'Connor, a Corte, aplicando o teste do padrão de escrutínio estrito, concluiu que o plano era inconstitucional.⁵⁴ O'Connor entendeu que o caso Fullilove era diferente, baseada no fato de que apenas o Congresso, e não os estados ou suas subdivisões políticas, tem a exclusiva autoridade para remediar os efeitos presentes de discriminações raciais passadas promovidas pelo Estado:

Que o Congresso deva identificar e reparar os efeitos da discriminação social não significa que, a fortiori, os estados e suas subdivisões políticas são livres para decidir que tais remédios são apropriados. A Seção 1 da Décima Quarta Emenda representa um explícito limite ao poder estadual, e os estados devem empreender qualquer esforço reparatório de acordo com aquela provisão. Entender de outra forma seria ceder o controle sobre o conteúdo da Cláusula de Proteção Igualitária às 50 assembleias legislativas estaduais e a suas várias subdivisões políticas. A mera menção a um propósito benigno ou compensatório, para o uso de uma classificação racial, daria o direito aos Estados de exercerem o pleno poder do Congresso, segundo o §5 da Décima Quarta Emenda, e para isolar qualquer classificação racial do escrutínio judicial do §1.⁵⁵

O'Connor notou que o plano de Richmond falhou nos dois pontos analisados pelo teste do escrutínio estrito. Primeiramente, ela entendeu que a cidade falhou em provar o interesse imperativo do Estado pelo programa de ação afirmativa, já que não havia prova de discriminação racial perpetuada no passado pela cidade.⁵⁶ Em segundo lugar, ela considerou que a inclusão aleatória, no plano, de grupos que não tinham nenhum histórico de sofrimento por discriminação cometida pela Cidade de Richmond deixaria o mesmo extremamente amplo, fazendo-o, assim, fracassar no ponto de análise da "medida exata" que determina a necessidade do programa particular em questão.⁵⁷

O Juiz Marshall, acompanhado pelos Juízes Brennan e Blackmun, dissentiu, arguindo que a história de Richmond de discriminação racial era flagrantemente óbvia a partir dos registros, provendo, portanto, adequada justificação para as medidas reparatórias.⁵⁸ Marshall também reiterou sua posição de que o padrão de escrutínio estrito não era o padrão mais apropriado para julgar medidas reparatórias baseadas na raça, e que um padrão menor deveria ser adotado.⁵⁹

⁵⁴ Veja id., p. 511.

⁵⁵ Id., p. 490.

⁵⁶ Veja id., p. 505.

⁵⁷ Veja id., p. 507 (notando que não havia nenhuma evidência de tentativas, por Richmond, de usar medidas raciais neutras e que as quotas de 30 % resultavam no completo equilíbrio racial).

⁵⁸ Veja id., p. 534-35 (Marshall, J. dissentindo).

⁵⁹ Veja id., p.552.

3. Metro Broadcasting, Inc. v. F. C. C.⁶⁰

Em 1990, a Corte analisou uma questão sobre ação afirmativa um pouco diferente. No caso *Metro Broadcasting, Inc. v. F.C.C.*, a Corte, numa opinião escrita pelo Juiz Brennan e apoiada pelos Juízes White, Marshall, Blackmun, e Stevens,⁶¹ defendeu duas políticas concedendo preferências a minorias no que tange a licenças de rádio e televisão.⁶² Apoiando-se no caso *Fullilove*, Brennan examinou o plano congressional por meio de escrutínio intermediário, tendo em vista suas medidas benignas de discriminação racial, ordenadas pelo Congresso para dar eficácia à proteção igualitária.⁶³ Ademais, Brennan discutiu a importância do objetivo governamental de expandir a diversidade no campo da transmissão de rádio e televisão.⁶⁴

Os Juízes O'Connor⁶⁵ e Kennedy⁶⁶ apresentaram opiniões dissidentes, argumentando que o padrão do escrutínio estrito deveria ser aplicado e que uma ação reparatória seria apropriada apenas no caso de discriminação passada identificável, e não no de discriminação social genérica. A discriminação social genérica seria um conceito excessivamente vago e amorfo para basear análises constitucionais.

4. Adarand Constructors, Inc. v. Peña⁶⁷

Mais recentemente, em *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, a Corte visitou novamente a questão das reservas federais, nos contratos de construção, para as minorias. Uma vez mais a Corte estava dividida na questão de como escrutinar as classificações remediais baseadas na raça; contudo, com Thomas, um opositor da ação afirmativa, substituindo Marshall, cinco juízes concordaram em utilizar o escrutínio estrito. Tal qual em *Croson*, a Juíza O'Connor novamente escreveu a opinião para a Corte.⁶⁸

A interpretação de O'Connor das decisões anteriores da Corte a respeito de classificações raciais levou-a às seguintes conclusões: primeiramente, as decisões prévias estabelecem o que ela descreve como "ceticismo" judicial: "qualquer preferência baseada em critérios raciais deve receber a análise mais apurada".⁶⁹ Esta parte da opinião implica a necessidade do escrutínio estrito para separar as classificações raciais que são motivadas por discriminação,

⁶⁰ *Metro Broadcasting, Inc. v. F.C.C.*, 497 U.S. 547 (1990).

⁶¹ O Juiz Stevens também apresentou uma opinião concordante. Veja *id.*, p. 601.

⁶² Veja *id.*, p.552.

⁶³ Veja *id.*, p.564-65.

⁶⁴ Veja *id.*, p.567-68.

⁶⁵ Os Juízes Rehnquist, Scalia e Kennedy aderiram à opinião de O'Connor. Veja *id.*, p.602.

⁶⁶ Scalia aderiu à opinião de Kennedy. Veja *id.*, p.631.

⁶⁷ *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200 (1995).

⁶⁸ A opinião de O'Connor era a mesma da Corte, exceto quanto à extensão na qual a opinião concordante do Juiz Scalia dela divergiu. Veja *id.*, p.200.

⁶⁹ *Id.*, p. 224 (citando *Wygant v. Jackson Bd. of Educ.*, 476 U.S. 267, 273-74 (1986)).

e que são, dessa forma, danosas para os programas bem intencionados e, portanto, benignos. Em segundo lugar, ela argumenta que as decisões prévias estabelecem o que ela descreve como “consistência”, o que significa dizer que “todas as classificações raciais revisáveis segundo a Cláusula de Proteção Iguatária devem ser estritamente analisadas”.⁷⁰ Não deveria fazer nenhuma diferença, em termos do nível do escrutínio judicial, se a discriminação é benigna ou odiosa. Em terceiro lugar, ela argumentou a favor de uma “congruência” entre os padrões aplicáveis às classificações raciais federais e estaduais.⁷¹ Ela afirmou que, segundo a Cláusula do Devido Processo da Quinta Emenda, o governo federal deveria estar submetido aos mesmos padrões aos quais os governos estaduais estão sujeitos conforme a Cláusula de Proteção Iguatária da Décima Quarta Emenda.⁷²

A parte da opinião que discute a “congruência” indica que todas as classificações raciais são de algum modo danosas.⁷³ Para ressaltar esta idéia, O’Connor cita a opinião de Powell em *Bakke*:

Se é o indivíduo quem tem o direito às proteções judiciais contra classificações baseadas no seu histórico racial ou étnico, porque tais distinções colidem com direitos pessoais, em vez de somente em razão de sua associação a um grupo particular, então os padrões constitucionais podem ser aplicados consisrentemente. Julgamentos políticos relacionados à necessidade de uma classificação particular devem ser pesados na balança constitucional, ... mas o padrão da justificação restará constante...⁷⁴

Embora a Juíza O’Connor aplicasse o escrutínio estrito e reiterasse que ele é o padrão a ser usado quando do exame de qualquer classificação racial, ela fez questão de afirmar que não é verdade que o teste é sempre “estrito na teoria, mas fatídico de fato”.⁷⁵ A Juíza O’Connor apontou casos prévios onde o governo havia determinado um interesse imperativo para manter um plano de ação afirmativa.⁷⁶ Os Juízes Scalia e Thomas concordaram com a Juíza O’Connor em parte e concordaram com o julgamento, mas escreveram opiniões

⁷⁰ Id. Depois, na opinião dela, O’Connor escreveu em resposta à opinião dissidente do Juiz Stevens: o princípio da consistência simplesmente significa que toda vez que o governo trata qualquer pessoa desigualmente por causa de sua raça, esta pessoa sofre uma lesão que se enquadra exatamente dentro da linguagem e do espírito da garantia de proteção igualitária da Constituição. Ela não diz nada sobre a validade final de nenhuma lei em particular, aquela determinação é trabalho do corte em aplicar o padrão do escrutínio estrito. O princípio da consistência explica as circunstâncias nas quais a lesão que requer o padrão do escrutínio estrito ocorre. A aplicação do escrutínio estrito, por sua vez, determina se um interesse governamental imperativo justifica a inflição daquela lesão.

⁷¹ Veja id.

⁷² Veja id.

⁷³ Veja id., p. 227

⁷⁴ Id. (citando *Bakke*, 438 U.S., p. 299).

⁷⁵ Id., p. 237 (citando *Fullilove*, 448 U.S., p. 519 (Marshal, J., concordando)). O caso foi então enviado à corte inferior para exame segundo as políticas anunciadas na opinião.

⁷⁶ Veja id., p. 237 (citando *U.S. v. Paradise*, 480 U.S. 149, 167 (1987) (envolvendo a resistência do Departamento de Segurança Pública do Alabama em contratar e promover negros)).

separadas, numa das quais Scalia argüiu que não existe jamais um interesse imperativo do Estado no uso de classificações raciais.⁷⁷

Os Juízes Stevens,⁷⁸ Souter⁷⁹ e Ginsburg⁸⁰ apresentaram cada um uma opinião dissidente. O Juiz Stevens argumentou que o princípio da consistência foi mal colocado, porque ele levaria a Corte a “ignorar a diferença entre um sinal de ‘proibido entrar’ e um tapete de boas vindas”.⁸¹ Ele explicou que “uma tentativa, pela maioria, de excluir membros de uma minoria racial de um mercado regulado é fundamentalmente diferente de um subsídio que permite a um grupo relativamente pequeno de novos empresários entrar naquele mercado”.⁸²

C. AS AÇÕES AFIRMATIVAS E A POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO

A Suprema Corte jamais decretou que todos os programas de ação afirmativa são proibidos como violação à Cláusula de Proteção Iguatária da Décima Quarta Emenda à Constituição. Ela mais recentemente, no entanto, decretou que todos os programas de ação afirmativa baseados na raça e relacionados a negócios devem passar pelo mais rigoroso escrutínio, tornando, desse modo, sua legalidade improvável.⁸³ Somente nas raras circunstâncias em que tais programas pudessem ser justificados por um interesse governamental irresistível seriam eles constitucionais.⁸⁴

1. A Proteção Iguatária e o Padrão de Exame

A batalha judicial sobre as ações afirmativas concentrou-se na questão do padrão de exame apropriado. Ao avaliar se a legislação conflita com a cláusula de proteção igualitária da Décima Quarta Emenda, a Corte adotou três diferentes padrões de exame.⁸⁵ Dependendo do tipo de classificação legislativa envolvida, a Corte aplicaria um dos três testes; um teste de base racional, um teste de significativo interesse governamental, e um teste de escrutínio estrito.⁸⁶

⁷⁷ Veja id., p. 239-40.

⁷⁸ Ginsburg aderiu à opinião dissidente de Stevens. Veja id., p. 242.

⁷⁹ Ginsburg e Breyer aderiram à opinião dissidente de Souter. Veja id., p. 264.

⁸⁰ Breyer aderiu à opinião dissidente de Ginsburg. Veja Id., p. 271.

⁸¹ Id., p. 245 (Stevens, J., dissentindo).

⁸² Id.

⁸³ Veja id., p. 200.

⁸⁴ Veja id., p. 227.

⁸⁵ Veja CHIMERINSKY, § 6.5, p. 414.

⁸⁶ Veja id., p. 415.

O teste de base racional requer, para a Corte defender a classificação, que o governo determine que a classificação é racionalmente relacionada com um interesse governamental legítimo.⁸⁷ Esse teste refere-se a um escrutínio judicial de baixa intensidade, já que os juízes não escrutinam minuciosamente a relação entre classificação e interesse, mas meramente apuram se há alguma mínima conexão.⁸⁸

O teste de significativo interesse governamental requer, para a Corte defender a classificação, que o governo determine que a classificação se baseia em um interesse governamental significativo, e que ela está substantivamente relacionada com este interesse.⁸⁹ Esse teste refere-se a um escrutínio judicial de média intensidade, já que os juízes escrutinam mais minuciosamente a relação entre a classificação e o interesse, requerendo uma conexão mais rigorosa.⁹⁰

O teste de escrutínio estrito requer, para a Corte defender a classificação, que o governo determine que a classificação é baseada em um interesse governamental imperativo, e que ela está adaptada na medida exata para satisfazer àquele interesse.⁹¹ Este teste refere-se a um escrutínio judicial de alta intensidade, já que os juízes analisam cuidadosamente o nexo entre a classificação e o interesse, requerendo uma conexão extremamente próxima.⁹²

A aplicação de cada um desses testes trouxe resultados imensamente diferentes. Devido ao alto nível de escrutínio e suficiência do interesse governamental requisitado, a aplicação do teste de escrutínio estrito geralmente resulta na decisão de que a classificação viola a cláusula de proteção igualitária.⁹³ A aplicação do teste de base racional geralmente resulta em uma decisão defendendo a classificação.⁹⁴

Por exemplo, no caso *Adarand Constructors*, uma maioria de cinco juízes da Suprema Corte concluiu que o escrutínio estrito se aplica a todas as classificações governamentais baseadas na raça.⁹⁵ O caso *Adarand* dizia respeito a um homem branco, dono de seu próprio negócio, *Adarand Constructors*, que entrou com uma ação ao perder uma terceirização federal de construção para *González Constructors Co.*, uma firma de propriedade de membros de uma minoria, devido a uma preferência resultante de ação afirmativa.⁹⁶ Neste caso, cinco juízes basearam-se na proposição de que o componente de proteção igualitária da Cláusula de Devido Processo da Quinta Emenda é equivalente ao da Cláusula de Proteção Igualitária

⁸⁷ Veja *Pennell v. City of San Jose*, 485 U.S. 1 (1988).

⁸⁸ Veja *id.*

⁸⁹ Veja *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190, 197 (1976).

⁹⁰ Veja *id.*

⁹¹ Veja *CHIMERINSKY*, § 6,5, p. 416.

⁹² Veja *id.*

⁹³ Veja *id.*, p. 417.

⁹⁴ Veja *id.*

⁹⁵ Veja *Adarand*, 515 U.S., p. 240 (Thomas, J., concordando).

⁹⁶ Veja *id.*, p. 205-11.

da Décima Quarta Emenda.⁹⁷ Visto que a Corte havia decidido recentemente, em *City of Richmond v. J. A. Croson Co.*,⁹⁸ que a ação afirmativa estadual ou local está sujeita ao escrutínio estrito, segundo a Décima Quarta Emenda,⁹⁹ os Juízes raciocinaram que a Quinta Emenda requer, da mesma forma, o escrutínio estrito dos programas de ação afirmativa ordenados pelo Congresso. Ou seja: tais programas devem estar adaptados na exata medida a realizar um interesse governamental imperativo.¹⁰⁰

Ao utilizar o padrão de escrutínio estrito, a decisão de Adarand torna muito mais difícil para as minorias raciais e para as mulheres obterem um poder econômico significativo nessa nação. A realidade é que a maioria dos programas de ação afirmativa não se adequará ao padrão de escrutínio estrito, em razão do alto patamar necessário para se estabelecer um “programa adaptado na exata medida a realizar um interesse governamental imperativo”.

O Juiz Thurgood Marshall sabia muito bem desta dificuldade. Em sua opinião concordante no caso *Fullilove v. Klutznick*,¹⁰¹ o Juiz Marshall referiu-se ao padrão de exame do escrutínio estrito como “estrito em teoria, fatídico de fato”.¹⁰² O que Marshall sabia tão bem era que a aplicação deste alto padrão de exame tornaria a maioria dos programas de ação afirmativa inconstitucionais. Por essa razão, Marshall defendeu a adoção de um padrão de exame menos restritivo para programas de ação afirmativa. Em *Adarand*, quatro juízes, em dissidência, concordaram com a posição de Marshall, enquanto a maioria de cinco juízes apoiou o padrão mais restritivo.¹⁰³ Como de costume, a previsão do Juiz Marshall provou-se estar certa. Preventivamente, a Corte Distrital dos Estados Unidos, aplicando o padrão de exame do escrutínio estrito, decidiu que o programa de ação afirmativa era inconstitucional por não estar adaptado na exata medida o suficiente.¹⁰⁴

A visão do Juiz Marshall era representativa da ala liberal da Suprema Corte. Esses juízes, geralmente defensores dos programas de ação afirmativa, eram favoráveis à aplicação do escrutínio de nível intermediário, contido no teste de significativo interesse governamental. Os membros conservadores da Suprema Corte, geralmente contrários à idéia de ação afirmativa, favoreciam a aplicação do mais alto nível de escrutínio, contido no teste de escrutínio estrito.

⁹⁷ Veja *id.*, p. 224 (citando *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1, 93 (1976)).

⁹⁸ 488 U.S. 469.

⁹⁹ Veja *id.*, p. 493-94, 520.

¹⁰⁰ Veja *Adarand*, 515 U.S., p. 223. (requerendo o escrutínio estrito para todos os programas de ação afirmativa que envolvem minorias raciais, sendo os programas estaduais ou federais, significa que tais programas estão submetidos a um nível de escrutínio mais alto do que os programas similares para mulheres). Distinções de gênero, malignas ou benignas, geralmente estão sujeitas ao escrutínio intermediário. Veja *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976).

¹⁰¹ 448 U.S. 488 (Marshall, J., concordando).

¹⁰² *Id.*, p. 519.

¹⁰³ Veja 515 U.S., p. 202-03.

¹⁰⁴ Veja *Adarand Constructors v. Pena*, 965 F. Supp. 1556 (D. Colo. 1997), desempregado e colocado em prisão preventiva com instruções para demitir, *Adarand Constructors v. Pena*, 169 F.3d 1292 (10th Cir. 1999).

A batalha sobre a ação afirmativa na Suprema Corte concentrou-se em qual teste deveria ser aplicado, para tornar mais fácil ou mais difícil para os programas de ação afirmativa satisfazerem os requisitos da proteção igualitária. Os desacordos entre os juízes normalmente não chegaram aos méritos das ações afirmativas, mas, ao contrário, concentraram-se em qual padrão de exame deveria ser aplicado.

Historicamente, as classificações legislativas, sob a cláusula de proteção igualitária, eram analisadas segundo o teste de base racional.¹⁰⁵ Sob esse enfoque, a maioria das classificações foi defendida.¹⁰⁶ Em uma nota de rodapé no caso *Carolene Products*, foi sugerido que uma proteção adicional era necessária para classificações legislativas envolvendo “minorias distintas e domésticas” (“discrete and insular minorities”), já que os mecanismos democráticos normais não eram adequados para proteger contra a discriminação.¹⁰⁷ Subseqüentemente, classificações legislativas envolvendo minorias raciais foram sujeitadas ao mais penetrante escrutínio judicial, contido no teste de escrutínio estrito. Essas classificações legislativas geralmente envolviam segregação racial, e discriminação contra americanos negros, por hostis assembléias legislativas estaduais compostas por brancos.¹⁰⁸ Tais classificações envolvendo “minorias distintas e domésticas” foram taxadas de suspeitas em razão da crença na probabilidade de que fossem motivadas por preconceito e hostilidade raciais. A única maneira de confirmar essa crença seria examinar minuciosamente a motivação das assembléias legislativas. Em tais casos, um escrutínio judicial muito cuidadoso para identificar a verdadeira razão para a classificação racial fazia-se necessário. Razões motivadas por preconceito racial e hostilidade seriam consideradas mais ilegítimas do que imperativas e, portanto, insuficientes para satisfazer à proteção igualitária. Dessa forma, o judiciário poderia prevenir a discriminação racial mais efetivamente através do escrutínio cuidadoso das motivações legislativas.

2. Ação Afirmativa e Filosofia Judicial

Os juízes discordavam quanto ao nível de escrutínio que deveria ser aplicado aos programas de ação afirmativa. Juízes conservadores, contrários à ação afirmativa, acreditavam que o nível de ceticismo judicial relativo às motivações dos legisladores não deveria ser diferente, independentemente de ser um programa uma ação afirmativa ou um programa de segregação. Assim, esses juízes acreditavam que a probabilidade de os programas de ação afirmativa serem motivados por preconceito e hostilidade raciais era igual à probabilidade de os programas de segregação serem motivados por tais preconceitos e hostilidades. Juízes liberais, favoráveis às

¹⁰⁵ Veja CHEMERINSKY, § 9.2.1, p. 533-34.

¹⁰⁶ Veja *id.*, p. 535.

¹⁰⁷ Veja *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 153 (1938).

¹⁰⁸ Veja John Márquez Lundin, *Making Equal Protection Analysis Make Sense*, 49 SYRACUSE L. REV. 1191, 1215 (1999).

ações afirmativas, acreditavam que o nível de ceticismo judicial, relativo à motivação dos legisladores, deveria ser visto diferentemente para programas de ação afirmativa e para programas de segregação. Em contrapartida, estes juízes acreditavam que a probabilidade de programas de ação afirmativa serem motivados pelo mesmo preconceito racial e hostilidade, que fizeram com que legisladores brancos segregassem negros e outras minorias raciais, era menor. Na visão destes juízes, programas de ação afirmativa tenderiam a ser motivados mais por preocupações benevolentes e corretivas do que por aquelas hostis e punitivas.

Os pontos de vista dos Juízes Thomas e Marshall, os dois únicos afro-americanos que já integraram a Suprema Corte, são demonstrativos da divisão entre conservadores e liberais.

Em sua opinião concordante no caso *Adarand*, o Juiz Thomas, um conservador, afirmou: “No meu juízo, a discriminação racial promovida pelo governo e baseada em um preconceito benigno é tão danosa quanto a discriminação inspirada por um preconceito mal-intencionado. Em cada caso, ela é simples e evidente discriminação.”¹⁰⁹ O Juiz Marshall, no entanto, acreditava que havia uma grande diferença entre a discriminação benigna e a discriminação injusta. Em sua opinião dissidente no caso *City of Richmond v. J.A. Croson Company*,¹¹⁰ no qual a cidade de Richmond adotou um programa de ação afirmativa para negócios pertencentes a minorias, o Juiz Marshall afirmou:

é um símbolo bem-vindo de progresso racial que a antiga capital da Confederação aja energicamente para confrontar os efeitos da discriminação racial no seu âmbito. Uma profunda diferença separa as ações governamentais que por si mesmas são racistas das ações governamentais que procuram corrigir os efeitos do racismo anterior... Classificações raciais concebidas sobre a presunção de que uma raça é inferior à outra, senão porque colocam o peso do governo por trás do ódio e do separatismo, justificam o mais estrito escrutínio judicial devido à própria irrelevância desses embasamentos. Em contrapartida, “classificações raciais concebidas para o propósito de corrigir os efeitos de discriminação que por si mesma foi baseada na raça têm uma base altamente pertinente: o trágico e indelével fato de que a discriminação, contra negros e outras minorias raciais nesta Nação, impregnou-se na história de nossa Nação e continua a marcar nossa sociedade...”¹¹¹

¹⁰⁹ *Adarand*, 515 U.S., p. 241.

¹¹⁰ 488 U.S. 469.

¹¹¹ *Id.*, p. 552.

A jurisprudência da Suprema Corte sobre ação afirmativa evoluiu de tal forma que a implementação desses programas está muito mais difícil. A evolução é o resultado da politização da corte. Os conservadores, com uma particular oposição à ação afirmativa, substituíram moderados e liberais na Corte. Essas mudanças de pessoal levaram à adoção de um padrão mais rigoroso para programas de ação afirmativa.

No caso *Bakke*,¹¹² a primeira oportunidade da Suprema Corte de avaliar a ação afirmativa, quatro juízes liberais, Brennan, White, Marshall, e Blackmun, concordaram com a opinião majoritária do Juiz Powell de que a raça poderia ser considerada, mas discordaram de sua crença em que o escrutínio estrito deveria ser aplicado a tais programas baseados na raça.¹¹³ Estes quatro juízes acharam que um nível intermediário de escrutínio, menos rigoroso, deveria ser aplicado.¹¹⁴ Embora Powell, um moderado, apoiasse um nível mais alto de escrutínio, sua argumentação, de que retificar os efeitos históricos de uma discriminação social generalizada constituía um interesse de estado da mais alta ordem, frequentemente resultou no fato de ele chegar aos mesmos resultados dos outros quatro juízes.¹¹⁵

3. Ação Afirmativa e Nomeações Judiciais

Em 1980, Ronald Reagan obteve uma vitória decisiva nas eleições presidenciais.¹¹⁶ Sua plataforma conservadora incluiu a oposição à ação afirmativa.¹¹⁷ Ele prometeu nomear juízes que concordassem com seus critérios políticos, com vistas a mudar a direção da Suprema Corte.¹¹⁸

Uma dessas nomeações foi a de Anthony Kennedy,¹¹⁹ que substituiu Lewis Powell como um juiz-adjunto da Suprema Corte. O impacto desta nomeação sobre a ação afirmativa foi imediatamente sentido na decisão do caso *Crosen*.¹²⁰ Pela primeira vez, cinco juízes concordaram em um padrão de exame para a ação afirmativa e nas circunstâncias que o satisfariam.¹²¹ Em *Crosen*, esses juízes concordaram em que o programa de ação afirmativa

¹¹² 438 U.S. 265.

¹¹³ Veja *id.*, p. 361.

¹¹⁴ Veja *id.*

¹¹⁵ Veja *id.*, p. 291-300.

¹¹⁶ Veja Rhodes Cook, *Reagan Buries Carter in a Landslide*, Cong. Q., 8 de Nov., 1980, p. 3296, 3299.

¹¹⁷ Veja *Republican Platform 1980*, em *National Party Platforms of 1980*, p. 176, 182 (ed. Donald B. Johnson, 1982).

¹¹⁸ Veja Douglas W. Kmiec, *Judicial Selection and the Pursuit of Justice: The Unsettled Relationship Between Law and Morality*, 39 *Cath. U. L. Rev.* 1,7 (1989);

¹¹⁹ Veja *id.*, at fn. 31.

¹²⁰ 448 U.S. 469.

¹²¹ Veja *id.* O Juiz Byron White, que aderiu à opinião concordante em *Bakke*, 438 U.S. 265, aderiu à maioria em *Crosen*, 488 U.S. 469. Visto que o Juiz White também se uniu à maioria em *Metro Broadcasting*, 497 U.S. 547, poder-se-ia concluir que ele endossou um padrão de exame mais baixo para programas de ação afirmativa federais, mas não para programas similares realizados por governos estaduais ou locais.

baseado na raça em tela deveria ser submetido ao escrutínio estrito.¹²² Eles também concordaram que, embora remediar os presentes efeitos de discriminação identificada seja um interesse governamental imperativo, justificando classificações raciais corretivas, a discriminação geral da sociedade não o é.¹²³

Esse ponto de vista foi solidificado com a nomeação de Clarence Thomas,¹²⁴ outro conservador contrário à ação afirmativa, para substituir o maior e incondicional partidário da ação afirmativa: Thurgood Marshall.

A administração Reagan politizou os tribunais federais inferiores da mesma forma que fez com a Suprema Corte. Quase todas as nomeações para a magistratura federal foram de conservadores contrários à ação afirmativa.¹²⁵ E, já que para mais de 99 por cento dos litigantes federais as Cortes de Apelação são efetivamente os tribunais de última instância, e porquanto a Suprema Corte dá audiência a poucos casos,¹²⁶ os litigantes em defesa de programas de ação afirmativa enfrentaram uma difícil batalha frente aos tribunais federais inferiores, assim como frente à Suprema Corte.

4. Resumo

Com as mudanças de pessoal da Suprema Corte, as nomeações de Reagan e Bush conseguiram alcançar uma maioria de cinco juízes que interpretaria a cláusula de proteção igualitária para tornar a implementação de programas de ação afirmativa muito mais difícil. Com os casos Croson e Adarand, a re-interpretação foi completada.

Similarmente, a politização do poder judiciário sul-africano é certamente possível. Os juízes sul-africanos, assim como seus correspondentes americanos, são nomeados pelo presidente, o qual é eleito pelo partido que recebe a maioria dos votos. Um presidente escolhido por um partido cuja plataforma é contrária à ação afirmativa poderia muito bem ser encorajado a nomear juízes com pontos de vista políticos similares. Tais juízes provavelmente interpretariam as provisões igualitárias da Constituição de uma forma que limitaria a aplicação da ação afirmativa. Embora alguns sugiram que a Constituição sul-africana protege muito mais a ação afirmativa do que a Constituição americana, a interpretação judicial na África do Sul poderia mesmo assim desempenhar um papel significativo na extensão e no grau em que os programas de ação afirmativa são implementados.

¹²² Veja *id.*, p. 493-98.

¹²³ Veja *id.*, p. 496-97.

¹²⁴ Veja Christopher E. Smith & Thomas R. Hensley, *Unfulfilled Aspirations: The Court Packing Efforts of Presidents Reagan and Bush*, 57 *Alb. L. Rev.* 1111, 1121 (1994).

¹²⁵ Veja *id.*, p. 1117.

¹²⁶ Veja *id.*

IV. BENEFÍCIOS E ÔNUS DA AÇÃO AFIRMATIVA NOS ESTADOS UNIDOS E NA ÁFRICA DO SUL

A. Identificando os Benefícios e Ônus

O fato de um programa de ação afirmativa ser constitucional não significa que o programa é uma escolha política sábia. Assim, embora a Constituição possa permitir a ação afirmativa, ela raramente, se não nunca, a requer. Portanto, no caso dos programas que atendem pelos requisitos constitucionais, é uma decisão política implementá-los ou não. Para decidir se a ação afirmativa deve ser implementada, oficiais do governo têm freqüentemente examinado os benefícios e as desvantagens de tais programas.

1. Argumentos a Favor da Ação Afirmativa

a. O Mito do Tratamento Preferencial

A maioria dos argumentos a favor da ação afirmativa parte da premissa de que, da mesma forma que a discriminação com base na raça, etnia, origem nacional e gênero é ilegal, também o são as quotas e preferências em favor de pessoas não qualificadas (qualified).¹²⁷ As quotas são declaradas ilegais pela Constituição, e somente indivíduos realmente qualificados precisam de alguma forma ser beneficiados. Mesmo assim, a despeito destes requisitos, indivíduos não qualificados são contratados e promovidos todo o tempo em razão da aceitação de certas preferências.

A sociedade americana aceitou, e prontamente aceita, o uso de certas preferências. De fato, o uso de preferências é um lugar-comum.¹²⁸ A Corte aprovou certas preferências sem muita reclamação pública, tal qual a preferência dada a pessoas que serviram no exército¹²⁹ ou na união.¹³⁰ Além disso, preferências são dadas a professores catedráticos, a egressos e àqueles interligados com “a rede do velho garoto”.¹³¹ Por exemplo, na Universidade de Harvard, filhos de alunos egressos têm três vezes mais chance de serem aceitos do que os dos não egressos.¹³² A ação afirmativa coloca a pessoa beneficiada no mesmo lugar de alguém que pode ter recebido a preferência através da sua conexão de membro organizacional, interligação ou legado.¹³³ Por isso, a ação afirmativa não é diferente de outras preferências legalmente aceitas.

¹²⁷ Veja Affirmative Action: Civil Rights Groups Step up Opposition as Proponents Sign California Initiative, D.L.R., 29 de setembro de 1995, em D13.

¹²⁸ Veja Wygant, 476 U.S. 267 (Marshall, J. dissentindo).

¹²⁹ Veja Ford Motor Co. v. Huffman, 350 U.S. 330, 345 (1953).

¹³⁰ Veja Aeronautical Industrial District Loge 727 v. Campbell, 37 U.S. 521, 528-29 (1949).

¹³¹ Jack Greenberg, Affirmative Action and the Law, palestra proferida na Faculdade de Direito da Universidade de Nova York (27 de outubro de 1995), em Ann. Surv. of Am. L., p. 368. Jack Greenberg é professor de Direito na Universidade de Colúmbia.

¹³² Veja John Larow, Who's the Real Affirmative Action Profiteer?, Wash. Monthly, junho de 1991, p. 10. Por mais de quarenta anos, um quinto dos alunos de Harvard receberam preferências na admissão porque seus pais foram alunos lá.

¹³³ Veja Greenberg, supra, nota 130.

b. Compensação por Erros Passados

A ação afirmativa faz-se necessária para compensar os membros de grupos vitimados por discriminação sancionada pelo Estado. Em conformidade com a lei, negros foram escravizados, discriminados nas áreas política, econômica e social, e segregados dos outros americanos. Nenhuma compensação jamais foi dada para tais erros sancionados pelo Estado. A ausência de uma compensação pecuniária exige que alguma outra forma de assistência seja provida para corrigir o presente impacto de injustiças passadas. A ação afirmativa é uma forma de prover tal compensação.

c. Lutando contra a Discriminação

Os programas de ação afirmativa são necessários porque a discriminação ainda ocorre contra mulheres e minorias. Para nivelar o campo de trabalho, e garantir a igualdade de oportunidades para todos os americanos, a ação afirmativa deve ser mantida.

Como a Juíza Ginsburg afirmou em sua dissidência no caso *Adarand*:

Aqueles efeitos, demonstrativos de um sistema de castas raciais somente recentemente extinto, são evidentes em nossos locais de trabalho, mercados e vizinhanças. Candidatos a um emprego com currículos, qualificações e estilos para entrevista idênticos ainda experimentam diferentes recepções, dependendo de sua raça. Consumidores brancos e afro-americanos ainda se deparam com tratamentos diferentes. Pessoas de cor procurando por moradia ainda encontram tratamento discriminatório de senhorios, corretores de imóveis e entidades que emprestam dinheiro mediante hipoteca. Empresários pertencentes a minorias às vezes não conseguem celebrar contratos, muito embora sendo os licitantes mais baratos, e têm seu trabalho recusado mesmo depois de ganharem os contratos. A parcialidade, tanto consciente quanto inconsciente, refletindo hábitos de pensamento tradicionais e irrefletidos, mantém barreiras que devem desabar se a oportunidade igualitária e a não discriminação um dia se tornarem genuinamente o direito e a prática deste país.¹³⁴

¹³⁴ *Adarand*, 515 U.S., p. 273-74.

d. Importância da Diversidade

A diversidade é financeiramente benéfica para o país. A porcentagem de minorias raciais na população está aumentando progressivamente. Em alguns estados, como na Califórnia, a projeção para o futuro próximo é de que as minorias raciais comporão cinquenta por cento da força de trabalho.¹³⁵ Falhas no provimento adequado de educação e oportunidades de emprego para uma porção tão enorme da população seriam danosas para a competitividade econômica e a produtividade do país. Assim, fornecer educação e oportunidades de emprego para minorias corrobora para a saúde financeira do país. Diversificar a força de trabalho ajudará a manter uma economia forte.

Há outras vantagens sociais da diversidade no local de trabalho, especialmente no campo da educação. Um corpo docente diversificado pode beneficiar a todos os alunos de uma maneira que um corpo docente monocromático não pode. Como o Juiz Stevens defendeu em sua dissidência no caso *Wygant*, “uma coisa é, para uma criança branca, ser ensinada por um professor branco que a cor, como a beleza, é apenas ‘superficial’; é muito mais convincente experimentar essa verdade numa base diária, durante a rotina, em um contínuo processo de aprendizado”.¹³⁶ Pela perspectiva do aluno, a diversidade enriquece a experiência educacional ao ajudar os estudantes a aprender daqueles cujas experiências, crenças, e perspectivas, são diferentes das deles, e fortalece o crescimento pessoal ao ajudá-los a aprender a se comunicar efetivamente com aquelas pessoas diferentes.

e. Fornecendo Modelos de Conduta

A existência de minorias em posição de prestígio e poder fornece modelos de condutas para crianças, jovens e impressionáveis. Haver minorias empregadas em campos que têm sido amplamente dominados pelos brancos abre os olhos das crianças para muitas possibilidades de carreira.

2. Argumentos Contra a Ação Afirmativa

Há vários argumentos contrários à ação afirmativa. Esses argumentos podem ser divididos em três categorias diferentes, envolvendo a possível repercussão da ação afirmativa: como ela afeta aqueles que recebem a ajuda; como ela afeta os que não fazem parte de minorias; e como ela afeta a sociedade.

¹³⁵ Veja Sami M. Abassi & Kenneth W. Hollman, *Managing Cultural Diversity: The Challenge of the '90s* Management, 25 Records Mgt Q. 24, 24 (1991).

¹³⁶ *Wygant*, 476 U.S., p. 315 (Stevens, J. dissentindo).

a. Impactos Negativos nos Destinatários

i. Estigmatização e Vitimização

Tomar decisões baseadas na raça de alguém, e baixar o padrão normal de competição para fazê-lo, resultará na estigmatização e no rebaixamento daqueles indivíduos que recebem o tratamento preferencial. Os programas de ação afirmativa imprimiriam nos destinatários um distintivo de inferioridade, da mesma forma que o fez a segregação racial.

O indivíduo que recebe a ajuda somente pode ser o melhor de seu grupo, e não o melhor de todos. A ação afirmativa desvaloriza as realizações dos destinatários, em razão das suposições relativas a como eles tiveram sucesso. Destinatários são vistos como competidores segundo padrões alternativos, que são mais baixos do que os padrões aplicados aos brancos. Como resultado, os beneficiários da ação afirmativa são estigmatizados como competidores sob esses padrões mais baixos.

ii. Encorajamento de Falhas

A ação afirmativa tira a ambição que alguém tem de trabalhar intensamente. Beneficiários têm menos incentivo para dar o melhor de si. Como resultado, a ambição é depauperada. Tal depauperação pode trazer expectativas próprias mais baixas e, desta forma, desempenhos e resultados mais baixos.

b. Impactos Negativos em Brancos

i. Discriminação Racial

Basear as decisões empregatícias e educacionais na raça constitui discriminação racial. Como resultado, é irrelevante se o propósito é bom ou mau: em qualquer um dos casos, a consequência é a discriminação racial. A ação afirmativa meramente permite e encoraja as instituições a se engajarem em discriminação racial.

ii. Vítimas Inocentes

A ação afirmativa pune brancos que não criaram as presentes iniquidades raciais. É injusto punir brancos que não cometeram erros em razão de injustiças raciais passadas, cometidas por outros brancos. Mesmo que os brancos tenham se beneficiado desses erros, eles somente deveriam ser prejudicados se eles houvessem cometido os erros. Já que a maior parte da discriminação racial sancionada pelo Estado ocorreu há trinta anos atrás, é injusto penalizar pessoas que não eram nem mesmo nascidas quando as condutas erradas ocorreram.

c. Impactos Negativos na Sociedade

i. Reforço das Diferenças Raciais

A ação afirmativa ajuda a perpetuar a separação racial. A história dos Estados Unidos envolve classificações raciais que foram utilizadas para dividir e separar os americanos. Tal separação era errada. Para se afastar desse passado, e reconciliar os americanos, as classificações raciais, e qualquer coisa a elas relacionada, deveriam ser descartadas. Como o Juiz Scalia

indicou no caso *Adarand*, “Aos olhos do governo, nós somos apenas uma raça aqui. É a americana”.¹³⁷

ii. Criação de Conflitos Raciais

A ação afirmativa aumenta o conflito entre as raças. Brancos que não estão nos programas de ação afirmativa se tornam ciumentos ou hostis em relação aos negros, e, os negros, ressentidos das acusações de que eles não são merecedores das suas realizações.

iii. Identificação de Destinatários Necessitados

A ação afirmativa beneficia o pequeno número de negros que se encontra na classe média econômica. Eles não precisam realmente dela. A grande maioria dos negros encontra-se nos níveis baixos de renda, mas são incapazes de tomar vantagem dos programas de ação afirmativa devido à falta de qualificações para tal. Entretanto, são eles os que necessitam da assistência. Aqueles da classe média já superaram os presentes efeitos da discriminação passada. Conseqüentemente, eles não estão em necessidade de assistência adicional. Assim, a ação afirmativa terá pouca eficácia para melhorar a qualidade de vida da maioria dos negros.

iv. Exclusão de Indivíduos Não Qualificados

A ação afirmativa diminuirá a qualidade das pessoas contratadas e resultará em padrões mais baixos de força de trabalho. Sem ação afirmativa, os empregadores naturalmente contratarão as pessoas mais qualificadas, sem nenhuma consideração à raça. A ação afirmativa fará com que os empregadores contratem empregados menos competentes, dessa forma reduzindo a produtividade e a qualidade.

3. Resumo

Há argumentos tanto a favor quanto contra a ação afirmativa nos Estados Unidos. Os méritos de cada um encontram-se além do escopo deste artigo, e já foram adequadamente tratados em outras publicações.¹³⁸ Ainda, independentemente dos méritos, a presente controvérsia nos Estados Unidos sugere que os americanos permanecem divididos. Visto que a implementação de ação afirmativa constitucionalmente aceitável é uma decisão política, e não legal, a divisão da América tem servido como um impedimento. Os recursos para aplicação têm sido limitados ou não confiáveis, o apoio presidencial mínimo ou inconsistente e a criatividade congressional frustrada. Mas como os argumentos políticos, as realidades políticas e as limitações legais dos Estados Unidos se aplicam no contexto sul-africano?

¹³⁷ *Adarand*, 515 U.S., p. 239.

¹³⁸ Veja A. Leon Higginbotham, Jr., F. Michael Higginbotham, e Linda Yueh, *No Fault Affirmative Action*, manuscrito arquivado na biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Baltimore. Veja também CHARLES LAWRENCE & MARI MATSUDA, *WE WON'T GO BACK: MAKING THE CASE FOR AFFIRMATIVE ACTION* (1997).

B. Benefícios da Ação Afirmativa Superam em Muito os Grandes Ônus

Muitos dos mesmos argumentos apresentados a favor e contra a ação afirmativa nos Estados Unidos também o são na África do Sul.¹³⁹ Fica claro que no contexto sul-africano os benefícios da ação afirmativa superam em muito quaisquer obstáculos.

1. Argumentos Contra a Ação Afirmativa

Um dos argumentos contra a ação afirmativa nos Estados Unidos é de que ela estigmatiza os seus destinatários. Na África do Sul, no entanto, os destinatários das ações afirmativas são a maioria da população. Assim, a maioria estará determinando a presença e o grau do estigma.

Nos Estados Unidos, poucos destinatários de ação afirmativa percebem-na como estigmatizante. Isto sugere que poucos sul-africanos negros veriam os destinatários de ação afirmativa como possuidores de um estigma. Portanto, a maioria dos sul-africanos não veria estigma algum.

Outro argumento contra a ação afirmativa é que ela vitima pessoas brancas inocentes que não criaram ou perpetuaram discriminações raciais. Na África do Sul, entretanto, a opressão é recente, e não remota. Os opressores e os beneficiários estão ainda vivendo, e não afastados por gerações. Assim, existem poucas vítimas verdadeiramente inocentes que seriam injustamente prejudicadas pela exclusão dos programas de ação afirmativa.

Outro argumento contra a ação afirmativa é que ela cria e exacerba a hostilidade e a divisão racial. Mas o real criador de hostilidade e divisão racial, contudo, são as leis concebidas para separar e discriminar. Para se distinguir propriamente as leis e políticas que diferem daquelas que reúnem as pessoas, é necessário examinar a intenção por trás daquelas práticas. Há usos da raça legítimos, na tomada de decisões governamentais, e usos ilegítimos. Falhar no reconhecimento desta distinção, de acordo com o Juiz Stevens, em sua dissidência no caso *Adarand*, é como falhar em reconhecer a diferença entre um “tapete de boas vindas” e um “sinal de proibido entrar”.¹⁴⁰

¹³⁹ Veja *The Darkening of White South Africa*, *ECONOMIST*, 20 de maio de 1995, p. 18. Um argumento exclusivo da África do Sul é o argumento do “exaurimento cerebral” (*brain drain*), o qual sugere que os brancos excluídos dos programas de ação afirmativa frustrar-se-ão e deixarão o país, resultando na falta de pessoal com proficiência técnica. Embora alguns sul-africanos brancos tenham deixado o país, e, sem dúvida, outros deixarão no futuro, como sugerido por Roger Matthews em *South Africa Quest For Skills*, *FINANCIAL TIMES* (London), 14 de agosto de 1996, p. 23, há poucas provas de que americanos brancos estejam deixando os Estados Unidos. Embora, sem dúvida, existam muitas razões para avaliar ao se decidir deixar um país, na análise final, aqueles que partem devem decidir se são sul-africanos ou não.

¹⁴⁰ *Adarand*, 515 U.S., p. 245.

A ação afirmativa é concebida não para excluir os brancos, mas para incluir os negros. Para permitir que os negros se tornem parte do mesmo processo que os brancos. Para permitir que os negros freqüentem a mesma escola e trabalhem nas mesmas funções que os brancos. Assim, a ação afirmativa, como o tapete de boas vindas, não divide e cria hostilidade, mas inclui e ajuda a criar unidade.

2. Argumentos a Favor da Ação Afirmativa

Pelo fato de os negros perfazerem a maioria da população da África do Sul, alguns dos argumentos que, nos Estados Unidos, suportam a ação afirmativa ficam enfraquecidos. Por exemplo, com os negros começando a exercer o poder político na África do Sul, é provável que qualquer discriminação racial remanescente contra eles seja significativamente reduzida. É realmente raro que as pessoas discriminem a si próprias. Portanto, a justificação da ação afirmativa para compensar a discriminação remanescente será inaplicável. Igualmente, com negros dominando o processo político, inclusive estando atualmente nos dois mais altos cargos do governo, a justificação do modelo de conduta parece menos persuasiva também. Todavia, existem três outras justificações que são aplicáveis.

Um argumento a favor da ação afirmativa nos Estados Unidos é de que ela oferece compensação para as vítimas de opressão racial. A longa história de exclusão e discriminação racial na África do Sul privou os negros de oportunidades econômicas e educacionais. Aos negros foi negado terras, moradia, emprego, treinamento e participação política.¹⁴¹ Como resultado de tais negações, negros perderam casas, negócios, capital e possíveis lucros. Tais negações são as principais responsáveis pelas atuais iniquidades que existem entre negros e brancos na África do Sul. Estas iniquidades são severas.¹⁴²

Outro argumento a favor da ação afirmativa nos Estados Unidos é o valor da diversidade. A diversidade é financeiramente benéfica para a sociedade e educacionalmente vantajosa para os estudantes. Falhas no fornecimento de educação, e na criação de oportunidades de emprego, para grandes porções da população de um país são danosas para a competitividade e para a produtividade econômica de um país. Na África do Sul, sob as leis do apartheid, a maioria dos sul-africanos foi excluída de tais oportunidades. O fornecimento da educação e oportunidades de negócios para a maioria dos sul-africanos ajudará a fortalecer

¹⁴¹ Veja A. Leon Higginbotham, Jr., F. Michael Higginbotham, e S. Sandile Ngcobo. *De Jure Housing Segregation In The United States and South Africa: The Difficult Pursuit For Racial Justice*, 1990. U. ILL. L. Rev. 763 (1990.)

¹⁴² Veja Gilbert Lewthwaite, *Affirmative Action in South Africa*, BALT. SUN, 4 de abril de 1997, em A1. Por exemplo, noventa e seis por cento dos trabalhos mais bem remunerados no setor privado ainda são ocupados por brancos. A média salarial dos brancos é mais do que o dobro da média dos negros. O desemprego entre os brancos é de 6,4 por cento, ao passo que entre os negros é de 41 por cento. Veja id.

e manter a estabilidade financeira e a competitividade econômica do país. Além disso, a diversidade beneficiará o processo educacional na África do Sul. A África do Sul é um país composto por diversos grupos raciais, étnicos, religiosos e culturais. O processo educacional será drasticamente enriquecido por estudantes que aprendam com aqueles cujas experiências, crenças e perspectivas são diferentes das suas, e pelo aprendizado de como se comunicar efetivamente com eles.

Finalmente, há algumas pessoas que dizem que a ação afirmativa é desnecessária na África do Sul.¹⁴³ Devido ao crescente número de estudantes universitários negros, ao investimento dos sindicatos em negócios de propriedade de negros e à demanda dos consumidores negros, a transferência do poder econômico aos negros ocorreria num ritmo rápido sem ação afirmativa.¹⁴⁴ Mas há um detalhe importante: as empresas estão principalmente interessadas no lucro, e não em corrigir iniquidades raciais. Portanto, para a maioria das empresas de propriedade de brancos, a capacitação negra não será a prioridade.¹⁴⁵ Como resultado, sem algum tipo de encorajamento do governo ou dos consumidores, a maioria das empresas que operam atualmente na África do Sul não deve adotar programas de ação afirmativa ou acelerar a contratação de negros.¹⁴⁶

3. Resumo

Não há nenhuma dúvida de que a ação afirmativa pode criar oportunidades educacionais e empregatícias. As histórias de sucesso, auto-evidentes nos Estados Unidos, são lideradas, de forma legendária, pelo ex-chefe da Joint Chiefs of Staff, Colin Powell.¹⁴⁷ E embora ainda exista iniquidade racial nos Estados Unidos, um grande progresso tem sido feito, devido, em grande parte, à ação afirmativa.¹⁴⁸

Também tem havido progresso na África do Sul.¹⁴⁹ Desde 1994, mais de milhão de sul-africanos negros passaram da pobreza à classe média. A razão mais importante para esta melhora é o impacto das ações afirmativas.¹⁵⁰ Mas se esse processo vai acelerar e continuar, contudo, dependerá em grande parte da implementação contínua e efetiva dos programas de ação afirmativa.

¹⁴³ Veja Lewthwaite, *supra*, nota 141.

¹⁴⁴ Veja *id.*

¹⁴⁵ Veja Europe Less Interested In South Africa's Black Empowerment, XINHUA NEWS AGENCY, disponível em LEXIS, XINHUA NEWS FILE, 15 de outubro de 1997, item número 1015171144; The Darkening of White South Africa, ECONOMIST, 20 de maio de 1995, p. 18.

¹⁴⁶ Veja Darkening of White South Africa, *supra*, nota 144, p. 18.

¹⁴⁷ Veja Colin Powell, MY AMERICAN JOURNEY 608 (1995).

¹⁴⁸ Veja A. Leon Higginbotham, Jr., Breaking Thurgood Marshall's Promise, N.Y. TIMES MAG., 18 de janeiro de 1998, p. 28.

¹⁴⁹ Veja Gilbert Lewthwaite, Affirmative Action In South Africa, BALT. SUN, 4 de abril de 1997, em A1.

¹⁵⁰ Veja Gilbert Lewthwaite, Mandela Pledges Assistance To Neediest, BALT. SUN, 7 de fevereiro de 1998, em A1.

IV. AÇÃO AFIRMATIVA E O DESAFIO SUL-AFRICANO

Embora a ação afirmativa não seja proibida pela Constituição da África do Sul, também não é expressamente exigida.¹⁵¹ Assim, como nos Estados Unidos, a extensão e o grau de sua implementação dependerá do comprometimento do governo, do apoio das assembleias legislativas, do correto trabalho do executivo, da interpretação do judiciário sobre as exigências constitucionais de igualdade, e da aceitação do povo sul-africano.

Um dos problemas com a ação afirmativa nos Estados Unidos é que a politização do poder judiciário resultou numa re-interpretação do sentido da igualdade, tornando, assim, a implementação de programas de ação afirmativa muito mais difícil. Para muitos conservadores, a classificação racial nunca foi um problema, até que o governo, ao invés de utilizá-la para segregar, passou a utilizá-la para criar oportunidades educacionais e empregatícias.¹⁵² Infelizmente, os sul-africanos podem, um dia, encarar estes mesmos fenômenos: um judiciário politizado hostil à implementação e à continuação da ação afirmativa. Como os acontecimentos nos Estados Unidos demonstram, provisões de igualdade contidas na Constituição podem servir como uma arma poderosa para a destruição da ação afirmativa.

A. Comprometimento com a Ação Afirmativa

Claramente, os benefícios da ação afirmativa, na África do Sul, superam em muito os obstáculos. Este benefício tem sido reconhecido tanto pelo poder executivo quanto pelo legislativo.

1. Iniciativas do Executivo

Desde a eleição de Nelson Mandela para presidente da África do Sul, assim como a de seu partido, o CNA, que recebeu uma substancial maioria dos votos nas eleições de 1994, o apoio dos poderes legislativo e executivo para a ação afirmativa tem sido claro e inequívoco.¹⁵³ Um pouco antes de deixar o cargo, o ex-presidente Mandela afirmou: “não devemos ser desencorajados pelas preocupações daqueles que se preocupam consigo próprios. Ação afirmativa é ação corretiva. Não há outra saída para se afastar da discriminação racial e se aproximar da verdadeira igualdade”.¹⁵⁴

¹⁵¹ Veja Constituição da África do Sul.

¹⁵² Veja Kathleen M. Sullivan, *The Rehnquist Years: A Supreme Court Retrospective*. 22 NOVA L. REV. 741, 759, fn 105 (1998).

¹⁵³ Veja Gilbert Lewthwaite, *Mandela Pledges Assistance To Neediest*, BALT. SUN, 7 de fevereiro de 1998, em A1.

¹⁵⁴ Id.

Baseando-se nos pronunciamentos do presidente Mandela, deveria haver pouca dúvida de que a implementação de programas de ação afirmativa durante o seu mandato teve prioridade máxima. Baseados na plataforma do partido ANC, os sucessores imediatos de Mandela, também do CNA, como o presidente atual, Thabo Mbeki, não divergirão, provavelmente, desta posição no futuro próximo.

2. Iniciativas do Legislativo

a. Ato de Equidade Empregatícia

No front legislativo, um projeto de lei apoiado pelo CNA, com a intenção de criar equidade empregatícia, foi aprovado pelo Parlamento.¹⁵⁵ Isso representa que, pela primeira vez na África do Sul, uma legislação que trata de tal igualdade de oportunidades foi incorporada ao direito. O Ato de Equidade Empregatícia inclui ações afirmativas substanciais no que tange aos requerimentos para a contratação.¹⁵⁶ O Ato é concebido para reduzir a iniquidade no mercado de trabalho, resultante do legado do apartheid, e as práticas sociais contínuas que perpetuam a discriminação. Embora o Ato não se aplique aos militares, agências de inteligência ou pequenos negócios,¹⁵⁷ o requerimento de políticas de ação afirmativa para negócios em geral demonstra um forte comprometimento legislativo com a igualdade de oportunidades.

Embora recentes indicações apontem para a existência de oposição ao Ato de Equidade Empregatícia,¹⁵⁸ ele claramente parece satisfazer à abundância de argumentos em favor da ação afirmativa. O Ato de Equidade Empregatícia fornece compensação para vítimas de opressão racial passada, ajuda a criar diversidade de raça, de sexo e de portadores de deficiência física dentro da força de trabalho e ajuda a reduzir as abrangentes disparidades econômicas entre brancos e negros.

O Ato de Equidade Empregatícia está claramente bem focado. O Ato é concebido, primeiramente, para beneficiar os negros, o grupo que foi oprimido durante o apartheid. Portanto, os beneficiários do Ato são vítimas de opressões que ocorreram no passado.

O Ato de Equidade Empregatícia encorajará muitos empregadores sul-africanos a contratar membros de grupos que foram anteriormente excluídos de oportunidades

¹⁵⁵ Veja Employment Act, de 1998.

¹⁵⁶ Veja id., em cap.3, § 13.

¹⁵⁷ Veja id., em cap.1, §1.

¹⁵⁸ Um número de partidos políticos, como o United Democratic Movement, o New National Party, e o Inkatha Freedom Party, expressou alguma oposição às políticas de ação afirmativa. Veja Gilbert Lewthwaite, Voters Go To Polls To Pick Mandella's Sucessor, BALT. SUN, 1º de junho de 1999, em A1 (doravante Lewthwaite, Voters Go To Polls); Alan Fine, Employment Equity Has Its Place In Public, BUS. DAY, 8 de junho de 1999, p. 2; e Here's The Final Countdown, THE SOWETAN, AFRICAN NEWS SERVICE, 28 de maio de 1999.

empregatícias. Ao passo que a taxa de desemprego entre os negros é de 40 por cento,¹⁵⁹ muitas empresas de grande e médio porte têm poucos empregados negros. A implementação do Ato ajudaria a reduzir o desemprego entre os negros, aumentando, simultaneamente, a diversidade racial da força de trabalho sul-africana.

Muitas empresas sul-africanas ainda não contrataram um número significativo de negros, e não há real indicação de que isso venha a acontecer sem o apoio governamental. O Ato de Equidade Empregatícia fornece tal estímulo, requisitando que os empregadores preparem metas e horários para a contratação e promoção de negros e outros.¹⁶⁰

As críticas ao Ato desdobraram-se fundamentalmente em duas. A primeira é a de que ele é concebido para funcionar por um período de tempo indeterminado.¹⁶¹ A segunda é a de que ele não ajudará a reduzir a pobreza, mas sim beneficiará principalmente a classe média negra.¹⁶² Ambas as críticas não possuem mérito.

Programas de ação afirmativa não devem durar para sempre. Por outro lado, tais programas não devem ser cortados antes de terem alcançado seu objetivo. Programas de ação afirmativa são concebidos para compensar as vítimas de uma opressão passada, para remediar os efeitos atuais de uma opressão presente e para criar diversidade. Uma vez que as vítimas tenham sido postas no lugar onde originalmente estariam caso não houvesse ocorrido opressão passada, uma vez que o impacto da discriminação atual tenha sido eliminado, e uma vez que uma força de trabalho, refletindo a sociedade como um todo, tenha sido criada, a ação afirmativa não será mais necessária. Qualquer corte arbitrário, não contido nos objetivos dos programas de ação afirmativa, seria contra-produtivo.

Os programas de ação afirmativa não podem resolver todos os problemas econômico-sociais existentes na África do Sul. Assim como os Estados Unidos, a África do Sul é uma sociedade grande e complexa, repleta de doenças sociais. Dois dos mais significantes destes problemas são a iniquidade racial e a pobreza. Embora a ação afirmativa possa ajudar a reduzir ambos, sua efetividade pode variar dependendo do seu foco. Planos de ação afirmativa baseados na raça ajudarão a reduzir mais a iniquidade racial do que a pobreza, embora, como a maior parte das pessoas pobres são negras, haja benefícios duplos. Planos de ação afirmativa baseados na economia ajudarão a reduzir mais a pobreza do que a iniquidade racial, embora, novamente, como a maior parte das pessoas pobres são negras, haja benefícios duplos. Os críticos devem lembrar-se de que os membros da classe média negra sofrem discriminações raciais tal qual os negros que vivem na pobreza. A discriminação pode ter um impacto diferente, mas ela ainda existe e é prejudicial. A verdadeira falácia nestas críticas da ação

¹⁵⁹ Veja Lewthwaite, *supra*, nota 157.

¹⁶⁰ Veja Employment Equity Act, *supra*, nota 154, §20, cl.2.

¹⁶¹ Veja *id.*

¹⁶² Veja Matrin Brassey, *Reviving Racism To Fix Apartheid*, FINANCIAL MAIL, 18 de setembro de 1998, p. 22.

afirmativa, contudo, é que os críticos estão geralmente mais interessados em parar todos os programas de ação afirmativa do que em eliminar a pobreza. Afinal de contas, o que há de errado com um comprometimento em eliminar tanto a desigualdade racial quanto a pobreza? Talvez os críticos da ação afirmativa apoiassem um segundo Ato de Equidade Empregatícia concebido primordialmente para reduzir a pobreza.

b. Identificando os Destinatários da Ação Afirmativa

Uma das questões mais importantes, e que talvez encontre uma das maiores divergências políticas sobre as quais as assembleias legislativas precisam decidir, é a de quem deve se beneficiar dos programas de ação afirmativa. Nos Estados Unidos, os programas de ação afirmativa geralmente abrangem minorias raciais e mulheres.¹⁶³ Algumas pessoas têm argumentado que tais programas deveriam se limitar somente a afro-americanos ou a afro-americanos e índios americanos, em razão do severo grau de opressão, sob a égide do direito, sofrido por esses grupos por causa da escravidão e do genocídio. O argumento de que apenas afro-americanos deveriam estar cobertos é baseado no fato de que a cláusula de proteção igualitária foi concebida, primeiramente, para proteger escravos libertos. O argumento então afirma que afro-americanos e índios americanos são os maiores merecedores de assistência porque eles foram os maiores oprimidos, e que os efeitos negativos atuais, causados por discriminações no passado, têm maior primazia. Outros têm argumentado que aqueles grupos discriminados pelo direito deveriam ser abrangidos, não importando o grau ou a longevidade da discriminação. O argumento prossegue, afirmando que aqueles grupos que historicamente sofreram discriminação, e que hoje estão subrepresentados, são merecedores de assistência. Aqueles grupos incluiriam minorias raciais e algumas minorias étnicas, mulheres, e pessoas gays e lésbicas.

No geral, os programas de ação afirmativa dos Estados Unidos abrangeram todos os grupos historicamente discriminados sob a égide do direito. Embora esta decisão tenha criado alguma controvérsia, parece haver uma concordância geral neste ponto.

Quem deveria se beneficiar com a ação afirmativa na África do Sul. Apenas os africanos nativos deveriam ser beneficiados, ou todos os não-brancos deveriam ser incluídos? E quanto às mulheres brancas e aos recentes imigrantes negros? Para identificar aqueles grupos que deveriam ser cobertos pela ação afirmativa, os sul-africanos devem definir e articular as justificativas subjacentes para isso. A concordância sobre as justificativas ditará que grupos devem ser incluídos. Se a justificativa para a ação afirmativa for baseada em ajudar os grupos mais merecedores de assistência, devido ao nível de opressão que sofreram no passado e aos seus atuais efeitos negativos, apenas africanos nativos seriam abrangidos, já que eles foram o

¹⁶³ Isto se dá porque as mulheres e as minorias raciais são agora protegidas pela Décima Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos.

grupo mais oprimido pelo sistema do apartheid. Se a justificativa para a ação afirmativa for baseada em ajudar aqueles grupos que sofreram discriminação durante o apartheid, sem levar em consideração o grau desta discriminação, todos os sul-africanos que não forem brancos deveriam ser abrangidos, já que o tratamento discriminatório, sob a égide do direito, também ocorreu contra índios e pessoas de cor. Se a justificativa para a ação afirmativa for baseada em ajudar aqueles grupos que historicamente sofreram tratamento discriminatório na África do Sul, mulheres brancas e imigrantes deveriam estar incluídos em quaisquer coberturas de ação afirmativa.

A Constituição não identifica nem fornece diretrizes para identificar os beneficiários da ação afirmativa. Embora a Seção 9(2) autorize a ação afirmativa para pessoas prejudicadas por “discriminações injustas”, as quais incluem o gênero e outros fatores que não a raça, as assembléias legislativas devem sopesar cuidadosamente as opções e justificativas para decidir sobre os beneficiários finais de tais programas governamentais.

Parece que a África do Sul será diferente dos Estados Unidos no que tange ao comprometimento do executivo e legislativo, devido ao esmagador apoio dado à ação afirmativa pela grande maioria da população sul-africana. Mas se este comprometimento diminuir, como diminuiu nos Estados Unidos, o papel do judiciário se tornará primordial. Infelizmente, o judiciário sul-africano pode ser suscetível à mesma tendência conservadora que surgiu nos Estados Unidos.¹⁶⁴ Isto é particularmente problemático, já que a Corte Constitucional será requisitada para, sem diretrizes claramente articuladas e específicas, definir o significado de igualdade.

B. Interpretação Judicial

Mesmo com o comprometimento do legislativo e do executivo em manter as ações afirmativas, o que falta ser visto é como o judiciário interpretará as limitações constitucionais da ação afirmativa. As iniciativas do executivo e do legislativo serão menos efetivas se, como nos Estados Unidos, o judiciário limitar severamente seu escopo e implementação.

A Constituição dos Estados Unidos requer ao direito proteção igualitária.¹⁶⁵ A Constituição sul-africana também requer proteção igualitária ao direito¹⁶⁶, mas, ao contrário dos Estados Unidos, permite expressamente medidas concebidas para proteger ou auxiliar

¹⁶⁴ Esta preocupação não é, de forma alguma, dirigida aos atuais membros da Corte Constitucional, que, na visão deste autor, é formada por juristas dedicados, objetivos e sábios. Embora não tenha conhecimento da experiência e qualificações de todos os membros da corte, o autor está pessoalmente bem familiarizado sobre três dos juristas que representam as melhores tradições de justiça igualitária do direito. Mesmo assim, embora o risco possa não ser iminente, precauções devem ser tomadas para prevenir possíveis problemas no futuro.

¹⁶⁵ Veja Constituição dos Estados Unidos, emenda XIV, §1.

¹⁶⁶ Veja Constituição da África do Sul, cap. 2, § 9(1).

pessoas desfavorecidas por discriminação injusta.¹⁶⁷ Ademais, a Constituição sul-africana contém uma cláusula de limitações gerais.¹⁶⁸ Esta cláusula permite a limitação de direitos constitucionais apenas se ela for razoável e justificável numa sociedade democrática.¹⁶⁹ A cláusula também fornece um número de fatores que devem ser considerados na avaliação da constitucionalidade da limitação.¹⁷⁰ Além disso, a Constituição da África do Sul fornece diretrizes para os juízes interpretarem as provisões do Capítulo Segundo.¹⁷¹

Alguns sugerem que a permissão constitucional para a ação afirmativa serve como proteção adequada para garantir a continuação da ação afirmativa na África do Sul indefinidamente. Embora útil, esta permissão não impede interpretação judicial das provisões constitucionais que limitaria a extensão e a duração de tal ação. Da mesma forma que o termo “proteção igualitária” tem sido interpretado nos Estados Unidos para retardar a implementação da ação afirmativa, ele também poderia ser assim interpretado na África do Sul. Além disso, o termo “discriminação injusta” também poderia ser interpretado de uma forma que limitaria severamente, ou impediria completamente, a ação afirmativa.

Embora a questão seja um pouco diferente na África do Sul, o risco é ainda o mesmo. Nos Estados Unidos, os juízes devem determinar se os planos de ação afirmativa violam os direitos de proteção igualitária daqueles que não se beneficiam dos programas. Na África do Sul, os juízes devem determinar quais programas constituem ação afirmativa consistente com o princípio da igualdade e, conseqüentemente, são constitucionais, e quais os programas não o são. As primeiras indicações são de que algumas limitações constitucionais podem ser colocadas às práticas e políticas de ação afirmativa, impedindo o esforço de corrigir as disparidades econômicas e educacionais criadas pelo apartheid.

1. Provisões da Constituição Sul-Africana

A análise constitucional de programas de ação afirmativa será complexa. Provisões de igualdade da Constituição apresentam problemas analíticos e práticos que podem dificultar aos juízes a articulação de padrões de avaliação consistentes, claros e concisos. Todavia, a Constituição fornece uma estrutura básica para que os juízes abordem esse processo de avaliação.

Em primeiro lugar, a Constituição exige igualdade de tratamento, reconhecida pelo direito, a todos os cidadãos sul-africanos.¹⁷² Embora esta igualdade de tratamento inclua o “gozo total e igual de todos os direitos”,¹⁷³ ela também inclui autorização para programas de

¹⁶⁷ Veja id. no cap. 2, §9(2).

¹⁶⁸ Veja id. no cap. de, §36

¹⁶⁹ Veja id. no cap. 2, §9, art. 1.

¹⁷⁰ Veja id. no cap. 2, §26(1) (a)-(c)

¹⁷¹ Veja id. § 39.

¹⁷² Veja id. no cap. 2, §9, art. 1.

¹⁷³ Id. no art. 2.

ação afirmativa¹⁷⁴. Ao avaliar os programas de ação afirmativa, a Corte Constitucional deve conciliar o possível conflito entre a necessidade de igualdade e a autorização da ação afirmativa.

Em segundo lugar, a Constituição não proíbe toda a discriminação. Apenas a “discriminação injusta” é proibida.¹⁷⁵ Tanto entidades privadas quanto indivíduos, assim como o Estado, estão proibidos de se engajar em tais discriminações.¹⁷⁶ As discriminações proibidas incluem métodos diretos e indiretos.¹⁷⁷

Em terceiro lugar, presume-se que a discriminação racial constitui “discriminação injusta”, a não ser que se prove o contrário.¹⁷⁸ Portanto, a presunção legal existirá para inverter o ônus da prova, de forma que programas de ação afirmativa baseados na raça serão presumidos como proibidos a não ser que se provem ser justos.

Em quarto lugar, apenas os programas concebidos para beneficiar pessoas desfavorecidas por “discriminação injusta” são autorizados pela Constituição.¹⁷⁹ Por isso, as cortes devem identificar claramente os beneficiários dos programas de ação afirmativa ao avaliar sua constitucionalidade.

Em quinto lugar, o direito de igualdade pode ser limitado através de leis de aplicação geral, se tal limitação for razoável.¹⁸⁰ O razoável deve ser determinado baseando-se no que é considerado “justificável numa sociedade democrática”, com base nos princípios da “dignidade humana, igualdade e liberdade”.¹⁸¹ Ao avaliar se a limitação é justificável, a corte deve considerar “todos os fatores relevantes, incluindo – (a) a natureza do direito; (b) a importância do objetivo da limitação; (c) a natureza e a extensão da limitação; (d) a relação entre a limitação e seu objetivo; e (e) meios menos restritivos para atingir o objetivo”.¹⁸²

Embora a Constituição forneça uma estrutura básica para avaliar os programas de ação afirmativa, a definição precisa de termos e valores a serem agregados aos direitos ainda não foi dada. Esta importante, porém difícil, tarefa será a função dos juízes da Corte Constitucional.

2. Casos da África do Sul

No caso *State v. Makwanyane and Another*,¹⁸² no qual a Corte Constitucional teve de decidir se a imposição da pena de morte constituía ou não um “tratamento ou punição

¹⁷⁴ Veja *id.*

¹⁷⁵ Veja *id.* nos arts. 3-4.

¹⁷⁶ Veja *id.*

¹⁷⁷ Veja *id.*

¹⁷⁸ Veja *id.* no art. 5.

¹⁷⁹ Veja *id.* no art.2.

¹⁸⁰ Veja *id.* No §36, art. 1.

¹⁸¹ *Id.*

¹⁸² *Id.*

¹⁸² 1995(6) BCLR 665 (CC), p. 9.

cruel, desumana ou degradante” proibido pela Constituição Provisória, a Corte forneceu um número de regras para interpretar as provisões da Carta de Direitos (Bill of Rights). Em primeiro lugar, a Corte indicou que os direitos deveriam ser interpretados de forma ampla. Tal interpretação ampla incluiria o exame do propósito do direito e do interesse por ele protegido. Em segundo lugar, a Corte indicou que as restrições de direitos impostas sob a cláusula de limitação geral deveriam satisfazer a certos padrões. Ao tomar contato com estes padrões, a Corte deveria responder duas questões: a limitação legislativa envolve um direito constitucional, e, caso envolva, constitui este uma limitação permissiva? Ao responder essas questões, a Corte Constitucional deve garantir que sua interpretação “promova ... e seja razoável e justificável em uma sociedade aberta e democrática baseada na dignidade da pessoa humana, na igualdade e na liberdade”.

Ao decidir por uma limitação legislativa permissiva, a Corte emprega um teste de proporcionalidade.¹⁸³ Este teste mede os valores envolvidos dos vários estados e dos direitos individuais em conflito.¹⁸⁴ Certos direitos, sob certas circunstâncias, serão considerados de alto valor, enquanto outros direitos, sob diferentes circunstâncias, serão considerados de baixo valor. Contudo nenhuma lista de direitos, e de seus respectivos valores ou circunstâncias, foi fornecida. Isso se deu porque o enfoque proporcional não permite regras específicas ou absolutas, mas proporciona que princípios gerais sejam aplicados em situações fáticas específicas.¹⁸⁵ Por conseguinte, as cortes aplicarão este teste de proporcionalidade caso a caso.

Ao aplicar esse teste de proporcionalidade, a corte levará em conta um número de fatores tais como o objetivo e a importância da limitação, a natureza e a extensão dessa limitação, a relação entre a limitação e seu objetivo e a disponibilidade de meios menos restritivos para atingir o objetivo da limitação.¹⁸⁶ Um enfoque proporcional, por definição, sugere uma hierarquia de direitos e interesses. Alguns direitos e interesses necessitarão ser subordinados a outros direitos e interesses.

Essa determinação será feita a partir de uma análise conclusiva pelas cortes e não pelo legislativo. Embora a Corte Constitucional deva ainda levar em consideração o significado da “proteção igualitária”, nos termos da Seção 9(1) da Constituição de 1996, com relação à ação afirmativa, existem casos envolvendo a interpretação do significado de “igualdade” na Constituição Provisória, os quais podem indicar como a Corte poderia abordar a tarefa.¹⁸⁷ Essas primeiras indicações revelam vários sinais misturados acerca da aceitação judicial da ação afirmativa.

¹⁸³ Veja id., p. 133.

¹⁸⁴ Veja id.

¹⁸⁵ Veja id.

¹⁸⁶ Veja id., p. 134.

¹⁸⁷ A Seção 8(3) da Constituição Provisória difere da Seção 9(1) e 9(2) da Constituição sul-africana, por conter a expressão de que ela “não deverá impedir” medidas de ação afirmativa. A Constituição vigente omitiu tal expressão, indicando que a ação afirmativa é parte das provisões de igualdade, ao invés de algo simplesmente não proibido por elas. Como resultado dessa mudança, a interpretação das provisões de igualdade da Constituição deveria ser ainda mais favorável à ação afirmativa do que a interpretação judicial dessas provisões nos termos da Constituição Provisória.

a. Casos da Corte Constitucional

No caso *Prinsloo v. Van DerLinde*, Van DerLinde intentou uma ação por danos supostamente causados às suas terras cultivadas pela propagação de um incêndio, proveniente das terras vizinhas às de Prinsloo. O Forest Act de 1984¹⁸⁸ estabelece a prevenção e o controle de incêndios em florestas e montanhas. Para prevenir e reduzir tais incêndios, o Act cria uma série de áreas de controle de incêndio, as quais necessitam de limpeza e manutenção especial pelas propriedades vizinhas. Os proprietários de terras em regiões externas a essas áreas de controle de incêndios foram incentivados, mas não obrigados, a empregar medidas de controle de incêndios. Sanções criminais foram impostas aos proprietários de terras nas áreas de controle que deixaram de cumprir suas obrigações legais¹⁸⁹ ou que, negligentemente, causaram ou falharam na prevenção da propagação dos incêndios em qualquer área, devido à falha na tomada de medidas razoavelmente necessárias.

O Act forneceu uma presunção de negligência por parte dos donos de terras situadas fora de área de controle, onde os incêndios ocorriam freqüentemente. Uma vez que ocorre um incêndio, cabe ao proprietário o ônus de provar a ausência de qualquer negligência.

Perante a Corte Constitucional da África do Sul, Prinsloo alegou, entre outras coisas, que a presunção de negligência criada pelo Forest Act violava o requisito da igualdade da Seção 8 da Constituição Provisória. A regra geral da Common Law é de que aquele que traz o caso deve provar a negligência.

Ao sustentar que o Forest Act era constitucional, e que a presunção de negligência por ele criada não violava as Seções 8(1) e 8(2) da Constituição Provisória, a Corte Constitucional começou a definir o significado de “igualdade” e de “discriminações injustas”. Primeiramente, a Corte explicou que algumas diferenciações entre sul-africanos eram conformes ao direito. O que é necessário que a Corte faça é identificar os critérios para discernir diferenciações legítimas de diferenciações constitucionalmente não permitidas. De acordo com a Corte, a diferenciação que é racionalmente relacionada aos propósitos governamentais para tal é legítima. Já a diferenciação que é arbitrária, ou baseada em simples favoritismo, é ilegítima, ao violar a Seção 8(1).¹⁹⁰

Esse padrão parece similar ao teste de base racional empregado nos Estados Unidos. Tal escrutínio de baixa intensidade parece particularmente apropriado para os programas de ação afirmativa, já que eles são expressamente permitidos pela Constituição Provisória.

A diferenciação que é baseada em uma relação racional deve ainda se adequar à Seção 8(2) para tornar-se constitucional. A Seção 8(2) proíbe a “discriminação injusta” e identifica especificamente a raça como um dos motivos da discriminação injusta.¹⁹¹ Prova de

¹⁸⁸ Veja Forest Act n° 122 de 1984, BSRSA 301.

¹⁸⁹ Veja id. § 75, p. 371-77.

¹⁹⁰ Veja *Prinsloo v. Van Der Lende and Another*, 1997(3) SALR (CC) 1012, 1025.

¹⁹¹ Veja Constituição da África do Sul (Act n° 200 de 1993), cap. 3 (Direitos Fundamentais), § 8, cl. 2, disponível em <<http://www.constitucionaria.org.za/1993cons.htm>>.

discriminação resultante de motivos raciais é, *prima facie*, prova de discriminação injusta. Uma vez que tal discriminação é estabelecida, o ônus inverte-se. Deve então ser provado que tal discriminação é justa, ou ela será considerada inconstitucional.

A Corte continuou a qualificar a chamada “discriminação injusta”. Baseando-se na história da África do Sul, a Corte foi da opinião de que a “discriminação injusta” significava o tratamento desigual das pessoas, com base em atributos e características a elas conexos, de uma forma que prejudicava sua dignidade fundamental como seres humanos.

Tal interpretação, baseada no idioma e no contexto histórico, é coerente com casos anteriores da Corte Constitucional. No caso *State v. Makwanyane*,¹⁹² a Corte Constitucional indicou que os direitos fundamentais contidos no Capítulo Três da Constituição Provisória estabelecem uma nova ordem na África do Sul. Conseqüentemente, os termos aí contidos devem ser interpretados não de forma isolada, mas com a devida atenção à formulação histórica da Constituição Provisória.

Esses dois casos indicam que a Corte Constitucional definirá o significado dos direitos contidos no Capítulo 2 da Constituição de forma ampla. Devido ao contexto histórico da discriminação racial, e às negociações para o fim do apartheid, as provisões de igualdade da Constituição serão provavelmente interpretadas como proibidoras de todas as formas de diferenciação não razoável entre cidadãos, incluindo a maioria das formas de diferenciação racial. Resta saber se a ação afirmativa será considerada uma exceção ou não.

b. Casos da Cortes Provinciais

Infelizmente, o caso *Prinsloo* não forneceu parâmetros adequados para as cortes inferiores que interpretam as Seções 8(1) e (2) da Constituição Provisória. Dois casos das cortes provinciais, *Public Servants Association of South Africa and Others v. Minister of Justice and Others*¹⁹³ e *Motola and Another v. University of Natal*,¹⁹⁴ são indicativos das potenciais dificuldades que as cortes enfrentarão em face da Constituição de 1996. A discriminação geral da sociedade durante o regime do apartheid é uma justificação suficiente para criar um programa de ação afirmativa, ou a específica discriminação presente e passada pela entidade criadora do programa é necessária antes que os esforços de ação afirmativa sejam justificáveis? Devem ser estabelecidos percentuais ou quotas específicos como parte do programa ou uma maior discricção permissível? É aceitável que as quotas ou percentagens sejam maiores do que a representação dos grupos alvos na população como um todo? Infelizmente, essas difíceis perguntas parecem receber respostas conflitantes de duas diferentes Cortes Provinciais.

¹⁹² 1995 (6) BCLR 665 (CC).

¹⁹³ 1997 (3) SALR 925 (T).

¹⁹⁴ 1995 (3) BCLR 374 (D).

O caso Motala envolveu um desafio à constitucionalidade de um programa de ação afirmativa na Universidade de Natal. Em resposta à discriminação racial contra estudantes de medicina africanos na admissão e no estágio na universidade durante o apartheid, Natal instituiu um programa de ação afirmativa para aumentar o número de estudantes de medicina africanos. Estudantes africanos buscando admissão no departamento de medicina foram avaliados de forma diferente do que outros estudantes, o que resultou em notas mais baixas para a admissão de candidatos africanos aceitos do que aquelas dos outros candidatos aceitos, e, na verdade, mais baixas do que a de alguns candidatos não aceitos.

Como resultado do programa de ação afirmativa em Natal, foram aceitos mais estudantes africanos do que estudantes indianos. Os estudantes indianos aceitos obtiveram, todos, seis “A” nos seis testes de seu exame de admissão.

Fathima Motala, uma indiana, candidatou-se para admissão no programa de medicina da Universidade de Natal. Nos seus exames de admissão, Motala obteve cinco “A” e um “B”. Com esses resultados, ela teve sua admissão rejeitada. Seus pais entraram com uma ação, alegando que o programa de ação afirmativa, ao tratar os indianos de forma diferente do que os africanos, constituía uma “discriminação injusta”, violando as Seções 8(1) e (2) da Constituição Provisória.

A Corte Suprema de Durban, entretanto, discordou de Motala, defendendo que o programa de ação afirmativa não violou a Constituição Provisória. Em primeiro lugar, a corte decidiu que o programa vigorava de acordo com seção 8(3)(a), já que concebido para proteger pessoas prejudicadas por discriminação injusta. Em segundo lugar, embora a corte concordasse que o programa fazia diferenças entre candidatos indianos e candidatos africanos, concluiu que tal diferenciação não constituía uma “discriminação injusta”. A Corte ponderou que “embora não haja qualquer dúvida de que o grupo indiano foi decididamente desfavorecido pelo sistema do apartheid, a evidência ... demonstra claramente que o grau de desvantagem a que os alunos africanos foram sujeitados, sob os sistema educacional dos quatro níveis, era significativamente maior do que aquele sofrido pelos indianos correspondentes. Baseando-se naquela hierarquia, a corte entendeu que um sistema de seleção que compensa essa discrepância, ao tratar africanos diferentemente do que indianos, não constituiria “discriminação injusta” por violar a Seção 8(2). A diferenciação entre africanos e indianos foi racionalmente relacionada ao aumento do pequeno aumento de africanos graduados em medicina, devido às práticas de admissão racialmente discriminatórias sob a égide do apartheid.

O caso *Public Servants Association of South Africa and Others v. Minister of Justice and Others* envolveu um desafio à constitucionalidade de um programa de ação afirmativa no Departamento de Justiça. Em resposta à histórica sub-representação de negros e mulheres no Departamento, e de acordo com os ditames de promoção de um governo representativo da Constituição Provisória, um programa de ação afirmativa foi instituído para dar preferência, a título de promoção para mulheres e negros, nas ofertas de empregos. A vários homens brancos foi negada promoção devido a esta preferência. Em resposta às negativas, eles

entraram com uma ação alegando que tal programa constituía uma violação à Seção 8(2) da Constituição Provisória.

A Corte Provincial de Transvaal concordou com que o programa de ação afirmativa violava a Seção 8(2) da Constituição Provisória. A corte defendeu que o ônus da prova de que o programa não constituía uma “discriminação injusta” era do criador do programa. Neste caso, o Ministro da Justiça não conseguiu realizar aquele ônus. A corte ponderou que, para satisfazer a esse ônus, o criador do programa deveria satisfazer aos requisitos da Seção 8(3)(a). Esses requisitos não foram satisfeitos, já que o programa era por demais amplo e vago. O programa de ação afirmativa dava ao Ministro da Justiça completa discricionariedade para reservar posições para negros e mulheres, sem nenhum limite quanto ao número de vagas. Ao determinar o que era uma limitação adequada, a Corte indicou que os interesses do grupo designado pela ação afirmativa deveriam ser considerados a partir dos interesses dos outros excluídos do programa e do público. Raça e gênero poderiam ser considerados na promoção, mas não para excluir o mérito. Além disso, a corte indicou que nenhum fundamento perceptível havia sido identificado pelo Ministro da Justiça para justificar as preferências do programa de ação afirmativa; assim, era impossível para a corte avaliar se a diferenciação entre homens, negros e mulheres era racionalmente relacionada ao aumento do seu número no Departamento de Justiça. Sem tal conexão causal, o programa era inválido.

c. Resumo

Esses dois casos deixam claro que a Corte Constitucional enfrentará uma difícil tarefa para avaliar se os programas de ação afirmativa conflitam com princípios constitucionais de igualdade. Embora algumas diretrizes – tal como aquela de que o termo “igualdade” será interpretado de forma ampla e de que apenas a diferenciação racial irracional será considerada “discriminação injusta” – tenham sido envolvidas no exame das provisões de igualdade da Constituição Provisória pela Corte Constitucional, essas diretrizes não conciliam o conflito entre o conceito de igualdade e a noção de ação afirmativa.

3. Análise

Faz-se claro que, em geral, a legislação que discrimina com base na raça viola os requisitos de igualdade da Constituição sul-africana.¹⁹⁵ Também se faz claro que a Corte Constitucional pode defender tal legislação discriminatória racial, caso satisfaça outros requisitos constitucionais segundo a Seção 9, a qual permite o uso de “legislação e outras medidas concebidas para proteger ou beneficiar pessoas ... prejudicadas por discriminações

¹⁹⁵ Veja Constituição da África do Sul. (Act n.º 108 de 1996), cap. 2 (Carta de Direitos), § 9, cl. 1, 17 em CONSTITUTIONS OF THE COUNTRIES OF THE WORLD (Gisbert H. Flanz ed. 1997).

injustas¹⁹⁶ ou segundo a seção 36, que permite certas limitações.¹⁹⁷ Mas como a corte definirá “discriminação injusta” ou os parâmetros das limitações da Seção 36?

A Corte Constitucional no caso *Prinsloo* concluiu que “não existem linhas iluminadas universalmente aceitas para determinar se um direito a não-discriminação ou à igualdade foi ou não violado. As variadas ênfases dadas nos diferentes países dependem de uma combinação dos textos a serem interpretados, dos modos de articulação da doutrina, dos contextos históricos e dos padrões envolvidos”.¹⁹⁸ Isso sugere que, ao se definir o significado de igualdade, a corte acredita que ela deve formular seu enfoque exclusivo ao invés de adotar o enfoque de outros países. Isso faz sentido. A história, a população e a estrutura de governo da África do Sul são únicas. Soluções rigidamente incorporadas de outros países não funcionarão. Problemas sul-africanos exigem soluções sul-africanas. Numa análise final, contudo, os juízes sul-africanos deverão responder a mesma questão que os juízes dos Estados Unidos responderam: qual é o significado de igualdade quando o direito anteriormente criou imensas iniquidades com base na raça?

a. Definindo Ação Afirmativa

É crítico para a Corte Constitucional definir o significado da Seção 9(2) da Constituição, especificamente no que se constituem “medidas concebidas para proteger ou beneficiar pessoas, ou categorias de pessoas, desfavorecidas pela discriminação injusta”. Devido à presunção contrária à discriminação racial, o reconhecimento atual da injustiça da separação racial sob o regime do apartheid e o princípio da “não-racialidade”, endossado pela Constituição, é improvável que a Corte entenda que todos os programas de ação afirmativa satisfaçam à Constituição. As cortes devem ser cuidadosas, no entanto, em articular claramente e acuradamente suas razões para invalidar um programa de ação afirmativa específico. Por exemplo, o programa deve pretender proteger pessoas que tenham sido prejudicadas por discriminação proibida. Isso significa que as cortes devem identificar o objetivo do programa, os pretendos beneficiários do programa, a extensão e o grau de discriminação contra aqueles beneficiários, e se tal de discriminação era proibida. Além do mais, ao determinar se a discriminação era proibida, as cortes devem definir o que constitui discriminação proibida e o que não constitui. Apenas discriminações injustas são proibidas pela Constituição.¹⁹⁹ A discriminação baseada na raça é presumida injusta, a não ser que se prove o contrário.²⁰⁰ A Corte definiu discriminação injusta como qualquer classificação que seja “irrazoável”.²⁰¹

¹⁹⁶ *Id.*, na cl. 2.

¹⁹⁷ Veja *id.*, no § 36.

¹⁹⁸ Veja *Prinsloo*, 1997 (3) SALR (CC), at 1022.

¹⁹⁹ Veja Constituição da África do Sul, cap. 2, § 9, cl. 3.

²⁰⁰ Veja *id.* na cl. 5.

²⁰¹ *Hugo v. President of the Republic of South Africa and Another*, 1996 (4) SALR (D) 1012, 1021.

Além disso, um programa pode ser concebido para proteger contra a discriminação injusta, mas ser amplo demais em sua abrangência. A corte, entretanto, deve fazer essa distinção claramente. Muito freqüentemente, nos Estados Unidos, os programas são invalidados por não serem imperativos, quando o real problema é que eles são amplos demais.²⁰² Atenuar essa distinção, na África do Sul, pode acarretar regramentos inconsistentes. O Caso *Public Service* é um exemplo desse potencial problema. Embora a corte tenha declarado que o programa era tanto amplo quanto vago demais, a justificação para sua criação parece claramente coerente com as diretrizes constitucionais. A justificação para o programa foram as discriminações identificáveis no passado na contratação de negros e mulheres. Já que nenhum percentual ou quotas para contratação e promoção foi estabelecido pelo programa, uma decisão declarando sua excessiva amplitude não surpreende. Contudo, ao se questionar a justificação do programa por meio da longa história de exclusão racial interna do Departamento de Justiça, apenas recentemente interrompida, parece difícil compreender a sugestão de uma possível atenuação da linha entre os interesses governamentais justificadores da criação de um programa e a amplitude de um programa constitucionalmente justificável.

Até mesmo sob o pleno alcance das leis do apartheid, algumas instituições na África do Sul podem não ter excluído ou discriminado demasiadamente não brancos ou africanos. Tais instituições podem não ter cometido discriminações raciais passadas identificáveis, ainda que o acesso a elas fosse provavelmente limitado pela discriminação geral da sociedade. Como interpretarão as cortes essa distinção?

b. Ônus da Prova

O ônus da prova, em casos de discriminação nos Estados Unidos, é freqüentemente difícil de ser superado devido a evidentes problemas em se comprovar a discriminação intencional e aos custos monetários para reunir a evidência requerida. Na África do Sul, a diferenciação baseada na raça poderia ser presumida discriminação injusta segundo a Seção 9(5) da Constituição, mesmo se tal diferenciação se deva a um programa de ação afirmativa.²⁰³ Essa presunção inverteria então o ônus, para que o criador do programa prove que a diferenciação é de fato justa.

Tal enfoque pode, contudo, mostrar-se problemático. Em razão de seus próprios desígnios, muitos programas de ação afirmativa são baseados na raça, o que constitui discriminação injusta segundo a Seção 8(2) da Constituição Provisória. Assim, o ônus da justificação recai sobre o criador do programa de ação afirmativa.

²⁰² Veja e.g. *J.A. Croson Co.*, 488 U.S. 469.

²⁰³ Veja Constituição da África do Sul, cap. 2, § 9, cl. 5.

Tratar os programas de ação afirmativa da mesma forma que todas as outras situações de discriminação injusta *prima facie* parece ser insensato. A seção 8(3)(a) da Constituição Provisória especificamente identifica a Seção 8(2) como não excludora da ação afirmativa. A Seção 9 da Constituição tem um enfoque similar. Assim, a ação afirmativa deveria ser tratada diferenciadamente, de uma forma menos restritiva. Isso pareceria ser mais consistente com o espírito e com a letra da Constituição Provisória, já que ela pretendeu eliminar o reinado do *apartheid* e que uma provisão específica da Constituição Provisória sancionava tais programas. Um enfoque similar ao padrão intermediário de exame nos Estados Unidos, o qual tratava a ação afirmativa *diferentemente* dos outros tipos de discriminação injusta *prima facie*, tornaria mais fácil para tais programas serem constitucionalmente aceitos como satisfatórios. O impacto prático de tornar mais difícil para as cortes invalidarem os programas de ação afirmativa seria o de possibilitar aos ramos executivo e legislativo do governo da África do Sul enfrentarem mais rapidamente os problemas da iniquidade racial.

Geralmente, não há nada de errado em colocar o ônus da prova em quem promove um programa de ação afirmativa, para que ele identifique e articule as razões para sua implementação. Afinal, o criador do programa é o melhor indicado para saber das especificidades do programa e da sua necessidade. Mas as cortes devem ter cuidado para que o parâmetro que elas estabelecem não seja tão alto a ponto de tornar aos criadores muito difícil a justificativa do programa ou de desencorajá-los pelo custo ou tempo requerido para satisfazer o ônus. Este é um dos problemas com as decisões de Croson e Adarant nos Estados Unidos. Se o ônus de provar a discriminação é incômodo ou custoso demais, os esforços com as medidas corretivas freqüentemente serão abandonados, ou sua iniciativa será desencorajada.

c. O Escopo das Provisões de Igualdade

Ao definir igualdade nos termos da Seção 8(1) da Constituição Provisória, a Corte Constitucional indicou, no caso *Prinsloo*, que a única discriminação proibida pela Constituição é a baseada em atributos e características que prejudicam a dignidade fundamental. Já que a linguagem da Seção 9(2) da Constituição é ainda mais favorável à ação afirmativa do que a da Constituição Provisória, é improvável que a Corte Constitucional alargue a definição de “discriminação injusta”. Essa definição fornece uma base sólida para diferenciar as classificações legais das ilegais. Nem todas as classificações raciais prejudicarão a dignidade humana fundamental. Muito dependerá do efeito que a classificação tem nos indivíduos identificados. Os programas de ação afirmativa, em geral, não deveriam causar o mesmo efeito negativo que a opressão racial do *apartheid*.

O fato da interpretação judicial das provisões de igualdade da Constituição Provisória ser aplicada tanto verticalmente quanto horizontalmente constitui um desenvolvimento positivo. As entidades privadas, assim como o Estado, deveriam ser proibidas de discriminar indivíduos com base na raça, no gênero ou em outras características similares. Assim como

nós já vimos, nos Estados Unidos, tal discriminação pelas entidades privadas pode ser tão danosa quanto a discriminação pelo Estado.²⁰⁴

Uma das deficiências das provisões de igualdade na Constituição dos Estados Unidos é que a proteção igualitária das leis é aplicável somente para governo, e não para as entidades privadas. Isso permite que alguma discriminação se encontre além da proteção da Constituição. A mensagem expressa por essa isenção é de que alguma discriminação é válida: só depende do lugar onde a discriminação ocorre. Devido à interpretação judicial da Seção 8 da Constituição Provisória, os sul africanos terão uma proteção mais ampla e mais adequada contra a discriminação. Conseqüentemente, a mensagem expressa será de que toda discriminação racial é errada, com exceção das medidas de natureza corretiva.

O problema, conforme foi identificado pela Corte no caso *Public Servants Association*, é conciliar a Seção 8(3)(a) da Constituição Provisória com a Seção 8(2). O caminho para fazer isso, segundo reconheceu a Corte, é seguir o enfoque exposto no caso *Brink v. Kitshoff*,²⁰⁵ onde a Corte Constitucional declarou que a Seção 8 deve ser interpretada com base na linguagem específica da Constituição, assim como de acordo com o contexto constitucional. Isso significa que a história do apartheid e as negociações para terminá-lo devem ser consideradas ao se definir o significado de “discriminação injusta”. A Corte continua a discutir a história da discriminação racial e a necessidade de remediá-la. Assim, pareceria que as cortes deveriam interpretar esses termos de uma forma que encoraje a vigorosa implementação dos planos da ação afirmativa. Isso seria consistente com as poderosas palavras contidas no preâmbulo da Constituição: de que aqueles que as produziram “reconheceram as injustiças do passado”.

Claramente, isso constitui uma útil orientação para as cortes inferiores na interpretação da Seção 9. Embora esses casos sejam didáticos, contudo, eles falham em responder ao mais difícil problema posto pela Seção 9, o de conciliar a noção de “igualdade” da Seção 9(1) com os programas de ação afirmativa da Seção 9(2). Esses casos não respondem às difíceis questões que contaminaram a jurisprudência relativa às ações afirmativas nos Estados Unidos: (1) o que é necessário para justificar a criação de um programa de ação afirmativa: discriminação social geral resultando numa sub-representação ou uma discriminação específica identificável; (2) quanto específico ou estreito deve ser o designio do programa a fim de satisfazer as restrições constitucionais e (3) os percentuais ou quotas são constitucionais? O caso *Public Servants Association* indica que a “igualdade” será definida pelo equilíbrio dos interesses daqueles submetidos à “discriminação injusta” com os interesses do outros e com o interesse público. Mas não está claro, e pode variar no tempo, onde a linha será desenhada. Essa falta de clareza e a potencial variação serão ruins para todos os sul-africanos.

²⁰⁴ Veja DERRICK A. BELL, *RACE, RACISM, AND AMERICAN LAW*, caps. 8, 9 (1992).

²⁰⁵ 1996 (4) SALR 197 (CC) 216, 216-217.

V. CONCLUSÃO

Em abril de 1994, os negros sul-africanos votaram em uma eleição democrática que teria sido impensável 10 anos antes. Sob a liderança de Nelson Mandela e do CNA, o sustentáculo legal do apartheid, o racismo institucionalizado que ditou um “desenvolvimento separado” por décadas, foi desmantelado. Além da emancipação política,²⁰⁶ os sul-africanos negros agora têm liberdade de locomoção²⁰⁷ e o direito de possuir terras em qualquer local do país.²⁰⁸ Entretanto, o substituto de Mandela, o novo Presidente eleito Thabo Mbeki, e o CNA, devem agora trabalhar ainda mais para alçar a uma segunda revolução na África do Sul: uma na qual as pessoas estejam economicamente emancipadas e fortalecidas. Anos de desenvolvimento separado, que quase desviaram irremediavelmente o equilíbrio econômico em favor dos brancos, de forma que a África do Sul virtualmente parecesse dois mundos diferentes. “A renda média dos brancos é aproximadamente oito vezes a dos negros. Os brancos – uma minoria de 13% – possuem aproximadamente 90% da riqueza da nação e 86% das terras, e ainda têm um monopólio das habilidades necessárias para sustentar um país tecnologicamente sofisticado e em vias de industrialização”.²⁰⁹

De acordo com um recente relatório das Nações Unidas, a disparidade entre as duas partes do país é grande o suficiente para se tornar fonte de um grave conflito, caso não seja remediada rapidamente. A África do Sul branca é a 24ª colocada no mundo em termos de desenvolvimento humano, enquanto a África do Sul negra define numa 123ª posição, logo acima Congo.²¹⁰ Estima-se que 7 dos 30 milhões de negros não tenham moradia formal²¹¹ e que mais de 3 milhões estejam desempregados.²¹² O desafio de transformação para Mandela será o de trazer a igualdade aos negros, mantendo seus antigos opressores suficientemente confortáveis para ficar. Sem emancipação econômica para os milhões de negros, a estabilidade política e social da África do Sul estará ameaçada. A ação afirmativa constitui um dos caminhos para criar tal oportunidade econômica.

²⁰⁶ Veja Jefri Rucht, Republic of South Africa, Title 6, in CONSTITUTIONS OF THE COUNTRIES OF THE WORLD (Gisbert H. Franz, ed. 1995). Em abril de 1996, a Constituição Provisória estava sendo considerada pela Corte Constitucional da África do Sul. Em setembro de 1996, a Corte rejeitou a Constituição, pois ela não satisfazia a todos os critérios, acordados nas reuniões entre o Congresso Nacional Africano e o Partido Nacional, para uma transição pacífica do governo do apartheid para uma democracia multirracial. A principal crítica à Constituição foi a de que ela não conferia poder suficiente ao Senado. As amplas provisões da carta de direitos, incluindo o sufrágio universal, a liberdade de locomoção e o direito de propriedade, entre outros, não foram criticadas pela Corte.

²⁰⁷ Veja Constituição da África do Sul, cap. 2, § 21.

²⁰⁸ Veja id. § 25.

²⁰⁹ Paul Taylor, South Africa's New Race, WASH. POST, 8 de maio de 1994.

²¹⁰ Veja Paul Lewis, U. N. Lists Four Nations At Risk Because of Wide Income Gaps, N. Y. TIMES, 2 de junho de 1994, em A6.

²¹¹ Veja Taylor, supra, nota 209.

²¹² Veja Howell Raines, South African Themes, N.Y. TIMES, 20 de março de 1995, em A16.

A ação afirmativa não é uma panacéia. Apesar dos problemas, a ação afirmativa continua sendo um caminho viável para reduzir o impacto de um passado de *jure* discriminação racial. E em uma sociedade de visões diversificadas, recursos limitados e exigências urgentes por compensação, a ação afirmativa pode ser a única solução viável para as iniquidades raciais criadas pelo pesadelo do *apartheid*. Ela fornece um grau de alívio às vítimas da opressão ao minimizarem o dano dos outros na sociedade.

Apesar do desapontamento de não se estar reduzindo as iniquidades entre negros e brancos mais rapidamente, os sul-africanos parecem estar alcançando um progresso substancial. Talvez seja por que aqueles que foram oprimidos são agora os responsáveis pela reparação. Isso certamente ocorre de forma diversa do que nos Estados Unidos, onde muitos brancos foram ambivalentes ou contrários à ação afirmativa, tornando, dessa forma, sua implementação muito mais difícil.

Embora os debates nos Estados Unidos acerca da ação afirmativa tenham sido controvertidos, e para alguns até motivo de divisão, a maioria dos americanos de boa vontade, nos dois lados da discussão, afirma que gostaria de criar uma sociedade que verdadeiramente proporcionasse oportunidades igualitárias para todos. Assim, em uma análise final, a questão torna-se a de quais métodos facilitarão tal transformação social. Alguns opositores da ação afirmativa dizem simplesmente que o término das leis discriminatórias resolverá o problema. Já os defensores da ação afirmativa afirmam que mais deve ser feito. O impacto de séculos de discriminação exigirá mais, para ser eliminado, do que a mera erradicação das leis discriminatórias. Estes membros de grupos que sofreram devem ser compensados pelos danos a eles causados. Eles devem ser colocados onde eles estariam se não houvesse ocorrido o tratamento errôneo.

A ação afirmativa ajudará a corrigir os erros. A colocar as pessoas de volta na direção certa. Todavia, embora demore muito mais, oportunidades igualitárias podem ser criadas sem ação afirmativa. Com ela, contudo, o prejuízo imposto a gerações de negros sul-africanos, simplesmente em virtude de sua cor, pode ser corrigido mais prontamente e com menos ruptura econômica e social do que outros métodos mais severos.²¹³

A escolha já tem sido feita nos Estados Unidos. A oposição à ação afirmativa pelas cortes, assembleias legislativas e líderes políticos resultou em sua limitada implementação. Com sua ampla e vigorosa implementação, quem pode dizer quão mais progresso poderia ter sido alcançado. Ainda, apesar de seu impacto positivo, a ação afirmativa nos Estados Unidos parece estar perto da eliminação.

²¹³ Outros métodos para eliminar iniquidades incluem reparações monetárias, confisco de propriedade e restituição.

Os sul-africanos devem agora fazer sua escolha. O primeiro presidente da Suprema Corte (Chief Justice) dos Estados Unidos, John Marshall, afirmou que um direito sem um remédio não é direito em absoluto.²¹⁴ Quando os sul-africanos decidirem a questão da ação afirmativa, eles devem lembrar-se dessas sábias palavras. Se o apartheid estava errado, então suas vítimas merecem mais do que seu simples falecimento. Os negros sul-africanos merecem uma reparação adequada.

Mas como demonstram os desenvolvimentos nos Estados Unidos, um comprometimento legislativo inicial com a ação afirmativa pode ser solapado no passar do tempo por um judiciário hostil. Assim, os guardiões fundamentais da igualdade são os juízes. Se os sul-africanos pretendem reduzir as iniquidades raciais através de um comprometimento com a ação afirmativa, eles devem ter cuidado em evitar a politização do judiciário.

²¹⁴ Veja *Marbury v. Madison*, 5 u.s. (1 Cranch) 137 (1803) (defendendo que um direito repugnante para a Constituição é nulo). As palavras exatas de Marshall foram: “O governo dos Estados Unidos tem enfaticamente se considerado como um governo de leis, não de homens. Ele não mais merecerá esse elevado título se as leis não proverem nenhum remédio à violação de um direito legal”. *Id.*, p. 139.