

JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL NORTE-AMERICANA SOBRE IGUALDADE E AÇÕES AFIRMATIVAS: ANÁLISE EVOLUTIVA E CRÍTICA

AMERICAN CONSTITUTIONAL CASE LAW ON EQUALITY AND AFFIRMATIVE ACTION: A CRITICAL ANALYSIS OF ITS DEVELOPMENT

ANDRÉ RAMOS TAVARES

Professor dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da PUC/SP. Coordenador Geral da Revista Brasileira de Direito Constitucional. Coordenador do Curso de Mestrado em Direito da UNIBAN/SP. Professor de Direito Constitucional da Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC).

Recebido para publicação em outubro de 2003.

1. Linhas introdutórias

As denominadas “ações afirmativas” compõem um grupo de institutos cujo objetivo precípuo é, *grosso modo*, compensar, por meio de políticas públicas ou privadas, os séculos de discriminação a determinadas raças ou segmentos. Trata-se de tema que tem ocupado posição central na pauta das ações políticas de diversos governos, demandando engenhosas soluções jurídico-políticas.

O presente estudo tem como fito colacionar as principais decisões judiciais norte-americanas, que findaram por influenciar a criação e a modelagem jurídica das ações afirmativas em 24 de novembro de 1965.

Para isso, no entanto, realizar-se-á um brevíssimo apanhado histórico sobre a escravidão, que, desnecessário dizer, mar-

cou a segregação e a nefasta cultura da marginalização do negro.

2. Escravidão: análise histórica

A escravidão sempre foi uma constante nas sociedades antigas. Desde que o homem é homem, *Homo sapiens*, acreditou-se no mito de que certas raças são superiores às outras, as quais, em decorrência de suas inaptidões, deveriam, inexoravelmente, para sobreviver, dispor de sua liberdade e *servir*. Assim acreditava Aristóteles, ao dispor da “escravidão natural”. Para o estagirita, “Todos os seres, desde o primeiro instante do nascimento, são, por assim dizer, marcados pela natureza, uns para comandar, outros para obedecer” (Aristóteles, 2002: 12). De acordo com o filósofo, seria naturalmente escravo “(...) aquele que tem tão pouca alma

e poucos meios que resolve depender de outrem. Tais são os que só têm instinto, vale dizer, que percebem muito bem a razão nos outros, mas que não fazem por si mesmos uso dela” (Aristóteles, 2002: 13).

Na Grécia Antiga, berço da civilização, a escravidão desempenhou elemento relevante para o desenvolvimento. Segundo o historiador Will Durant (1995: 217), “O homem livre, dizia o grego, não deve depender das tarefas econômicas, mas entregar a escravos ou a terceiros os seus interesses materiais, e até mesmo o cuidado de sua propriedade e fortuna. Só por meio dessa libertação poderia ele encontrar tempo para dedicar-se ao governo, à guerra, à literatura e à filosofia”. Sob essa filosofia procediam os moradores das cidades-estado gregas. Atenas escravizava em prol de seu desenvolvimento cultural, artístico e filosófico. Esparta, em nome de sua perfeição bélica, possuía os *hilotas* (gregos circunvizinhos vencidos em batalhas e, por conseguinte, escravizados), que superavam consideravelmente, em número, os espartanos.

O mesmo ocorreu em Roma, economicamente fundamentada em uma política escravocrata e expansionista. Para os romanos, embasados nos estoicos, a escravidão era obra do *destino*.

O Código Justiniano dispunha que “Os escravos estão sob o poder de seu senhor; pois descobrimos que em todas as nações os proprietários de escravos têm direito de vida ou morte sobre eles, e tudo que o escravo tiver pertence a seu senhor” (*apud* Blackburn, 2003: 51). De acordo com o historiador britânico Robin Blackburn (2003: 51), “O que caracterizava a lei romana era, de um lado, a minúcia com que definia os escravos como propriedade privada e, de outro, sua falta formal de interesse na origem étnica ou racial do escravo”.

Na Idade Média, porém, cambiou-se a escravidão pela servidão, cuja tônica era a apropriação dos bens produzidos, diferentemente do que ocorria no sistema anterior, apropriadora dos corpos. Primordial para transmutar uma sociedade escravocrata em uma servil foi a convergência das forças cristãs e das novas necessidades econômicas.

A cristandade latina não aceitava a idéia de cristãos escravizando cristãos. São Patrício, por exemplo, “atacou os soldados do chefe britânico ou escocês Coroticus, chamando-os de ‘lobos de rapina’ [*lupi rapaces*], que arrastavam o povo de Deus, inclusive monges e freiras, e vendiam-no como escravos a povos como os ‘pictos apóstatas’” (Blackburn, 2003: 54).

No que tange à influência da economia no desuso da escravidão, Pierre Bonnassie (*apud* Blackburn, 2003: 58) aduz que “A expansão da economia agrária, cada vez mais visível, precisou de uma mobilidade ainda maior por parte dos trabalhadores rurais, o que exigiu sua emancipação. (...). Desenvolveu-se por toda parte o que Giovanni Tabacco chamou, na Itália, de ‘movimentos espontâneos de libertação’”.

Deve-se ter em mente, no entanto, que a escravidão não havia sido totalmente eliminada com o advento da Idade Média, principalmente naqueles países não tão envoltos em uma economia agrária, como era o caso da Europa Ibérica, composta por Espanha e Portugal. O que de fato ocorreu foi uma redução no uso do sistema escravista, em especial nos países experimentadores da descentralização política (Feudalismo), e uma intolerância quanto à escravidão de cristãos. Nada impedia, porém, a escravidão dos muçulmanos e africanos, em guerra com os reinos católicos de Portugal e Espanha.

Portugal, com a permissão da Igreja para escravizar os infiéis,¹ deu início a um lucra-

tivo comércio de escravos, abastecendo suas recém-descobertas colônias com escravos provenientes da costa africana. O início da expansão marítima foi essencial para a retomada da escravidão e para o florescimento do comércio negreiro, afinal, não era fácil atrair cidadãos portugueses para atuar como mão-de-obra nas colônias. Aqueles que se propunham a isso, em regra, eram motivados pela concessão de terras, e não pela promessa de trabalho. Assim, procurou-se solucionar o problema da colonização com o envio de escravos para realizar o trabalho árduo, seja na cultura de cana, seja na criação de gado, ou em qualquer outro realizado em determinada colônia.

Blackburn (2003: 155) colaciona as vantagens do escravo africano: “(...) estavam geralmente acostumados à disciplina do trabalho da terra, e alguns tinham conhecimentos úteis de mineração de aluvião. Eram resistentes a várias doenças tropicais. Originários de vários povos diferentes e sem laços comuns, tendiam a adotar pelo menos alguma coisa da língua e da cultura de seus proprietários. A cor diferente, comum a todos, tornava fácil distingui-los dos americanos nativos e dos colonos”. Não obstante esse fato, contribuiu igualmente para a promoção da escravidão a lucratividade do comércio dos escravos africanos. Nesse sentido, Costa (1998: 72) pondera que “O escravo era, além de tudo, mercadoria: mercadoria que, em caso de necessidade, podia ser vendida ou alugada, possuindo, assim, um duplo valor: valia o que produzia e valia como mercadoria”.

Nas colônias inglesas, bem como nas espanholas, também se preferiu a utilização dos escravos como mão-de-obra. Nas colônias inglesas, principalmente naquelas situadas na América do Norte, em consequência da adoção das *Plantations*, grandes

fazendas produtoras de açúcar, milho, algodão, adotou-se a escravidão, pelos mesmos motivos acima aduzidos. Deve-se, no entanto, distinguir as colônias situadas ao sul da América do Norte daquelas ao norte. Como já foi dito, um dos grandes motivos ensejadores ou propulsores do sistema escravista no Novo Mundo foi a falta de mão-de-obra europeia interessada em enfrentar as condições adversas do recém-descoberto continente. No entanto, tal não foi o problema nas colônias britânicas situadas ao norte. Ali o processo de imigração havia sido intenso em decorrência dos conflitos religiosos ocorridos nos séculos XVI e XVII na metrópole, que estimularam a emigração de puritanos e protestantes. O resultado disso foi a existência de colônias não dependentes da metrópole, de índole comercial, contrárias às suas vizinhas do sul. Estas, de população composta, em sua maioria, de escravos, voltadas à agricultura e à exportação do que era produzido internamente, eram, por conseguinte, dependentes da Metrópole, a Inglaterra.

No fim do século XVII e principalmente no século XVIII, a economia baseada na escravidão, mais uma vez, começou a ser questionada. O Iluminismo não a tolerava. Locke, em sua obra, *Dois tratados de governo*, declarava: “A escravidão é uma condição humana tão vil e miserável, e tão diretamente oposta ao Temperamento generoso e à Coragem de nossa Nação, que mal se concebe que um inglês, ainda mais um *gentleman*, a defenda” (*apud* Blackburn, 2003: 318).

A Revolução Industrial também teve participação no combate à escravidão. Almejava-se o aumento do mercado consumidor e o barateamento da mão-de-obra, o que decorreria automaticamente com a abolição da escravidão. Passou-se, então, a proibir o comércio negreiro.

No século XVIII, os Estados Unidos da América, mediante a união das treze colônias, tanto do sul, quanto do norte, obtiveram sua independência, porém, as ex-colônias, agora Estados-Membros, eram muito diferentes em sua essência. Tal discrepância política resultou na Guerra de Secessão (1861-1865), vencida pelos Estados do norte, industrializados e abolicionistas.

Em 1865, foi aprovada a Décima Terceira Emenda à Constituição dos Estados Unidos, que eliminou a escravidão em todo o país: “Nem escravidão ou servidão voluntária, salvo em razão de punição por crime em que a parte for corretamente condenada, deverá existir no território do Estados Unidos, ou em qualquer local sujeito à sua jurisdição”.²

A esse respeito, como bem lembra Vicentino (1999: 329), “A abolição da escravidão para os 4,5 milhões de negros, contudo, não significou direitos iguais aos dos brancos, mantendo-se a segregação social e política que motivaria seguidas lutas e radicalismos pelo resto do século XIX e também durante o século XX, como o do grupo de origem sulista e racista, Ku-Klux-Klan, que nega a integração social dos negros nos Estados Unidos”. Para tentar remediar tal fato, recorreu-se, um século depois, à criação da ação afirmativa.

3. Decisões judiciais norte-americanas relevantes no combate ao racismo

Conforme previamente explanado, os Estados Unidos da América somente rechaçaram a escravidão após o término da Guerra Civil, com o advento da Décima Terceira Emenda Constitucional. Até essa data, no entanto, aceitava-se oficialmente a escravidão, ainda que os Estados do norte fossem contrários a tal prática.

Exemplos de tolerância para com a escravidão estão presentes em inúmeras decisões da Suprema Corte Americana. *Jones vs. Van Zandt* (1847) e *Ableman vs. Booth* (1858), por exemplo, aceitaram como constitucionais os *Fugitives Slave Acts*,³ que concediam aos donos de escravos o direito de obter de volta os escravos fugitivos, ainda que fossem encontrados em estados de índole abolicionista.

O *case Jones vs. Van Zandt*, por exemplo, trata de uma ação de cobrança movida por Jones, cidadão de Kentucky, contra Van Zandt, cidadão de Ohio, no valor de US\$ 500,00, com base numa lei aprovada pelo Congresso (*Fugitive Slave Act*), em 12.02.1793, em razão de este último ter acolhido um escravo fugitivo. A grande questão residia no claro embate existente entre a *ordinance of 1787* ou decreto de 1787, o qual proibia a existência de escravidão acima do rio Ohio, e a lei que dava ao dono do escravo foragido o direito de reavê-lo. A Suprema Corte, ao tratar da questão, decidiu da seguinte maneira: “Proibições similares foram, de tempo em tempo, introduzidas em diversos Estados antigos. Porém, tal circunstância não afeta o instituto doméstico da escravidão, visto que outros Estados podem escolher por permitir a escravidão dentre os seus cidadãos, ou pelo não enfraquecimento dos direitos de propriedade sobre os escravos, quando da fuga destes para outros Estados. Se tais Estados, quer estejam sítos ao noroeste do rio Ohio, quer estejam sítos ao lado leste das Alleghanies, estiverem fora dos limites da União, não serão impelidos a entregar fugitivos, mesmo por crimes, a não ser que o façam como ato de cortesia ou de obrigação imperfeita. Entretanto, à medida que o Estado receptor estiver dentro dos limites da União e, por seguinte, sob a obrigação de dar cumprimento à Cons-

tuição e às Leis da União, não caberá a este interferir ou prejudicar o direito que os cidadãos de outros Estados têm de valer-se dos serviços e trabalhos dos escravos, mas sim permitir que o escravo, no caso de este fugir para o seu território, seja recapturado e reconduzido ao local a que ele pertença. Não haverá, em nenhum momento, desrespeito ao decreto que veda a escravidão no território de determinado Estado. Aonde quer que se tenha realizado a devolução do escravo a seu dono, o Estado para onde escapou o escravo e que, por seguinte, foi obrigado a devolvê-lo ainda manterá suas próprias leis, bem como o decreto que veda a escravidão, pois tal decreto não permite a existência do instituto da escravidão dentre os seus cidadãos. Mas, em relação aos habitantes dos outros Estados, se estes fugirem para Estados em que se aplica o decreto vedatório, e se a Constituição permite que sejam, quando fugitivos do trabalho, reclamados de volta, tal ato não interferirá, de forma alguma, nas leis dos Estados que adotaram o decreto, assim como não o fará qualquer ato do Congresso, passível de dispor sobre os direitos constitucionais e de aplicá-los em referido Estado, bem como em qualquer outro que faça parte da União”.⁴

Já *Ableman vs. Booth* diz respeito ao caso em que Sherman M. Booth, no dia 11 de março de 1854, foi denunciado em razão de ter auxiliado um escravo fugitivo, ato este considerado ilícito tanto pela já mencionada lei aprovada pelo congresso em 12.02.1793, como por uma mais recente, de 18 de setembro de 1850. Com base nessas leis, Booth, em 23 de janeiro de 1855, foi condenado a um mês de prisão e ao pagamento de uma multa no valor de US\$ 1.000,00. Passados três dias de sua condenação, Booth peticionou à Suprema Corte de Winsconsin, alegando que sua

prisão era ilegal, em vista da inconstitucionalidade do *Fugitive Slave Law*. Referida Corte, no dia 3 de fevereiro de 1855, determinou a sua soltura, entendendo pela inconstitucionalidade da *Fugitive Slave Law*. A questão, porém, foi levada à Suprema Corte pelo *Attorney General of the United States*, sob a alegação de que a Suprema Corte de Winsconsin não era competente para decidir a questão. A Suprema Corte Americana, então, emitiu um *writ of error* (O Congresso autorizou a emissão, por esta Corte, de *writs of error* direcionados a outra Corte Estadual toda vez que um direito constitucionalmente ou legalmente assegurado venha a ser violado por decisão proferida por qualquer Corte Estadual),⁵ o qual permitiu à Suprema Corte Americana decidir o caso e, assim, pacificar a questão controversa. De acordo com o Tribunal Constitucional Americano, a decisão da Suprema Corte de Winsconsin deveria ser revertida, uma vez que “o ato do Congresso conhecido como *Fugitive Slave Act* é, em todos os aspectos, plenamente autorizado pela Constituição dos Estados Unidos da América”.⁶

Moore vs. Illinois (1852), por sua vez, assegurou a constitucionalidade das leis estaduais que determinavam punições àqueles que colaborassem com o escravo fugitivo. A Suprema Corte, nessa mesma linha, denegava a condição de libertos àqueles que a alegavam. Segundo Nowak e Rotunda (2000: 685), “A corte geralmente decidia em favor dos donos de escravos, os quais argumentavam que os indivíduos que alegavam tal condição não haviam sido libertos segundo as leis próprias para tanto”.⁷

No caso *Moore vs. Illinois*, Richard Eels havia sido condenado pela Suprema Corte de Illinois por auxiliar um escravo fugitivo. Um *writ of error* foi emitido, em virtude

de se ter argüido a invalidade da lei de Illinois. Alegou-se a invalidade da lei, em razão de já existir no ordenamento jurídico norte americano uma outra lei, além da de Illinois, a *Fugitive Slave Act*, de 1793, que previa a punição dos indivíduos que viessem a auxiliar um escravo negro foragido. Tratava-se, então, de uma dupla punição, *bis in idem*, pela prática de uma mesma ofensa, o que não era permitido pela Constituição Federal norte-americana.

A Suprema Corte, surpreendentemente, decidiu pela constitucionalidade da lei, fundamentando que tal lei nada mais era do que um instrumento legítimo para exercer um direito próprio dos Estados-Membros: a lei “(...) prescreve uma norma de conduta para os cidadãos de Illinois. Tal nada mais é do que o exercício do poder do qual prescinde todo o Estado, de definir condutas ofensivas e de punir aqueles que ofendam suas leis. O poder de editar regulações municipais com o intuito de restringir e punir crimes, com o fito de preservar a saúde e a moral de seus cidadãos, bem como a ordem pública, nunca foi devolvida pelos Estados, muito menos negada ou restringida pela Constituição. No exercício deste poder, o qual é conhecido como poder de polícia, um Estado tem o direito de tipificar como crime a introdução de mendigos, criminosos ou escravos fugitivos, em seus limites territoriais, e de punir qualquer um que infrinja tal determinação, ao abrigar, assistir, esconder tais tipos. Alguns dos Estados, ligados àqueles que toleram a escravidão, acharam necessário se proteger contra o influxo de escravos libertos ou fugitivos e repelir de seu solo todo aquele predisposto a se tornar um encargo social ou um criminoso”.⁸

A punição prevista por parte da lei de Illinois não atentava contra a proibição do *double jeopardy*: “Foi-se argüido que tal ato

é inválido, visto que sujeita o delinqüente a uma dupla punição em razão da prática de uma única ofensa. Entretanto, pensamos que tal entendimento não é o mais correto. As ofensas que a quarta seção do ato de 12 de fevereiro sujeita ao delinqüente, o pagamento de uma multa de US\$ 500,00, são diferentes em inúmeros aspectos daquelas ofensas definidas no Código de Illinois. O ato do Congresso contempla a recaptura e a reclamação, e pune aqueles que interferem no exercício do direito de propriedade, ao obstruir ou dificultar que o senhor do escravo localize e capture o fugitivo; em segundo lugar, por resgatar o fugitivo quando de sua prisão; e, em terceiro lugar, por abrigar ou manter escondido o escravo após dada a notícia de sua fuga. Entretanto, por ter o ato de Illinois o objeto de prevenir a imigração de tais pessoas, pune os que dão abrigo e escondem os escravos negros, quer tais sejam domésticos ou estrangeiros, quer tais tenham sido abandonados por seus senhores ou não. A penalidade imposta não é dada em favor do dono do escravo, mas sim em favor do Estado, como uma punição à desobediência de suas leis”.⁹

A decisão judicial de maior repercussão nesse período anterior à guerra civil, porém, foi o caso *Dred Scott vs. Sandford*. Dred Scott, filho de escravos africanos e, por conseguinte, escravo, foi levado por seu senhor para morar em território recém-adquirido da França pelos Estados Unidos da América (Upper Louisiana). Mais tarde, Dred Scott e sua família, também formada por escravos, foram vendidos a Sandford, que se apoderou de seus corpos. Dred Scott, então, intitulou-se livre, visto ter-se dirigido a território onde não imperavam leis permissivas de escravidão, buscando, por seguinte, a tutela do Judiciário para que declarasse sua condição de liberto. No júri, teve seu pedido negado. Em segunda ins-

tância, ao recorrer ao *Circuit Court*, obteve decisão favorável à sua pretensão. Porém, em tal Corte, foi denegada ao querelante a condição de cidadão.

Em decorrência desse fato, qual seja, a negação do *status* de cidadão, Dred Scott valeu-se do *writ of error*, levando a questão à Suprema Corte. O *Chief Justice* Taney, representando a Corte, proferiu voto não considerando os negros como cidadãos: “Nós pensamos que eles não são, e que não são incluídos, e não houve intenção de serem incluídos, no termo ‘cidadão’, constante da Constituição, e, dessa forma, não podem valer-se de nenhum dos direitos e privilégios que a Constituição concede para e assegura aos cidadãos dos Estados Unidos. Pelo contrário, eles foram, no momento da promulgação da Constituição, considerados como seres inferiores e subordinados, os quais foram subjugados pela raça dominante, e, mesmo que estejam emancipados ou não, eles ainda remanescem sujeitos à autoridade da raça superior, não tendo qualquer direito ou privilégio, a não ser aqueles que os detentores do poder e do governo resolvam a eles conceder”.¹⁰

Ao seguir tal linha de raciocínio, a Suprema Corte americana, conseqüentemente, entendeu que o querelante não tinha direito de lançar mão da tutela jurisdicional e, assim, reverteu a decisão do *Circuit Court*: Dred Scott não obteve nem sua liberdade, muito menos seu *status* de cidadão americano, denegado, também, a todos os negros.

Da análise das decisões acima mencionadas, constata-se que no período anterior à guerra civil, mesmo com a divergência política entre os Estados do sul e do norte, havia um ponto em comum entre ambas as partes: os negros eram inferiores. Tal senso comum encontra-se expresso no case *Moore vs. Illinois*, no qual ficou permitido aos

Estados-Membros, ainda que abolicionistas, punirem qualquer cidadão que auxiliasse negro fugitivo, em razão da sua predisposição a se tornar mendigo, bandido e ameaça à comunidade do Estado. Torna-se essa tese gritantemente visível no julgamento do case *Dred Scott vs. Sandford*, em que o *Justice* Taney discorre algumas linhas sobre a opinião da sociedade quanto aos negros: “Eles foram por mais de um século considerados seres inferiores, e impossibilitados de se associar com a raça branca, tanto política quanto socialmente; e eram tão inferiores que não tinham direito de serem detentores daqueles direitos aos quais o homem branco devia respeitar; e que o negro deve justa e legalmente ser reduzido à condição de escravo para seu próprio benefício. Ele foi comprado e vendido, sendo tratado como um artigo de mercancia qualquer, sempre que se pudesse auferir lucro por meio dele. Esta opinião era, ao seu tempo, fixa e universal na parte branca do mundo civilizado. Era considerado como um axioma no âmbito moral, bem como no político, os quais ninguém pensava que estavam abertos para disputa; e homens de todas as posições sociais, habitual e diariamente, se valiam de tal axioma em busca de seus interesses privados, bem como nas questões de interesse público, sem que houvesse qualquer dúvida acerca da validade desta opinião”.¹¹ Foi o entendimento aceito pelos Estados Unidos e, também, pela Suprema Corte. As idéias de Aristóteles, séculos depois, ainda vigoravam, porém, com uma diferença: uma raça, em sua totalidade, era considerada escrava natural, e não mais os indivíduos em razão de suas inaptidões.

3.1. Decisões pós-guerra civil

A Décima Terceira Emenda foi responsável pela abolição da escravidão. O passo

seguinte seria a igualdade entre brancos e negros.

Não tardou muito para que a almejada igualdade fosse alcançada, ainda que formalmente, com a promulgação da Décima Quarta Emenda, em 1868. Tal, na seção 1, dispôs o seguinte: “Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição são, por seguinte, cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde residirem. Nenhum Estado deverá criar ou aplicar lei que tolha os privilégios e imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá qualquer Estado negar a qualquer pessoa a vida, a liberdade, a propriedade, sem o devido processo legal; muito menos negar a qualquer pessoa em sua jurisdição a igual proteção das leis”.¹²

Dois anos depois, adveio a Décima Quinta Emenda, concedendo amplitude ao direito de votar: “O direito de os cidadãos dos Estados Unidos de votar não será negado nem tolhido por qualquer Estado, em razão de raça, cor, ou qualquer condição prévia de servidão”.¹³

Diz-se que se alcançou formalmente a igualdade, pois tais emendas traçaram, apenas, o *equal treatment*, o qual, no mundo fático, dava margem às desigualdades. O direito ao *equal treatment*, segundo Dworkin (We do not have a right to liberty” *In Stewart, Readings in social & political philosophy*, 1996: 188), é o direito “à mesma distribuição de bens e oportunidades a que todos possuem ou foram concedidos”,¹⁴ tal como o direito de o voto de cada homem, independente de sua cor, credo ou posição social, possuir a mesma força: um homem, um voto.

Uma das primeiras decisões sob essa nova orientação foi proferida no *case Strauder vs. West Virginia* (1879), em que os *Justices* da Suprema Corte invalidaram um estatuto do Estado que excluía negros dos

tribunais de júri tão-somente em razão de sua cor. O *Justice Strong* expressou o entendimento da Corte da seguinte forma: “É difícil ver por que o estatuto de West Virginia não deveria ser considerado como discriminatório em face ao homem de cor quando este é posto sob julgamento em razão de suspeita da prática de crime contra o Estado. Não é fácil compreender como pode ser dito que enquanto todo homem branco é intitulado o direito a um julgamento por um júri selecionado por pessoas de sua própria raça ou cor, ou, ao invés, selecionado sem qualquer traço de discriminação contra sua cor, ao negro não lhe é. Mesmo que o último seja igualmente protegido pela lei. Não seria a proteção à vida e à liberdade contra preconceito de raça ou cor um direito, um direito posto, garantido por Emenda Constitucional? E como pode ser argumentado que ao compelir um homem de cor que se submeta a um julgamento, em que está em jogo a sua vida, por um júri, do qual todos os homens de sua raça foram excluídos, tão-só em razão da cor da pele, ainda que bem qualificados em outros aspectos, não se está negando a este homem o direito à igualdade?”¹⁵

Mister frisar que o *equal treatment* não foi somente dispendido aos negros, mas a todos que sofriam qualquer tipo de discriminação, quer fossem estrangeiros, quer fossem mulheres.

Outro caso em que se decidiu sobre a discriminação, além daquela imposta aos negros, foi o *Yick Wo vs. Hopkins* (1886), no qual se conclui pela não validação de um decreto que possibilitava a discriminação de uma raça. O *case* sob comento referia-se a um decreto, editado pela cidade de São Francisco, que proibia a prestação de serviços de lavanderia em construções de madeira sem o devido consentimento de um

conselho de supervisores, que, de forma parcial, somente denegava consentimento aos chineses. A corte entendeu que tal decreto possibilitava a existência de uma “administração direcionada exclusivamente contra uma determinada classe de pessoa, que leva à conclusão de que, qualquer que seja o intuito de tal decreto, tais são aplicados sob uma mentalidade tão desigual e opressiva que se chega, praticamente, a uma negação, por parte do Estado do direito à igualdade”¹⁶ (Nowak, 2000: 694).

3.1.1 Doutrina *Separate but Equal*

Ainda que a Décima Quarta e Décima Quinta Emendas representassem um grande passo no combate à discriminação, a teoria do *equal treatment* não resolvia, por efetivo, essa problemática, culturalmente enraizada. O período conhecido como Doutrina *Separate but Equal* (1896-1954) demonstrou a força da discriminação na sociedade americana.

Como se traduz do próprio nome, tal doutrina aceitava a separação, o isolamento das raças, porém, com a imposição de que os serviços prestados a cada uma seriam os mesmos, é dizer, que os serviços prestados à raça negra deveriam possuir a mesma qualidade daqueles prestados à raça branca. Segundo Nowak e Rotunda (2000: 694), “Sob esse ‘princípio, às pessoas das raças minoritárias poderão ser concedidos *services* separados, desde que sejam iguais aos providenciados aos brancos”¹⁷.

O primeiro *case* responsável pelo nascimento do pensamento ora analisado surgiu em 1859, período anterior à guerra civil. Trata-se da decisão em *Roberts vs. City of Boston*, motivado pela não admissão de uma criança negra em uma escola fundamental, a qual se encontrava nas

cercanias de sua residência, em virtude de essa ser uma escola só para brancos (*all-white school*). Em consequência de tal proibição, a criança foi obrigada a dirigir-se a outra escola, só para negros, mais distante e em piores condições.

A Suprema Corte decidiu pela legalidade da não aceitação de crianças negras em escolas só para brancos. Afinal – argumentou-se – os respectivos superintendentes possuíam competência para tanto: “O poder de gestão concede ao comitê plena autoridade para determinar, classificar e distribuir pupilos, da forma queensem ser a melhor para suas proficiências e bem-estar. Se se acredita que é útil para as crianças pequenas que as escolas sejam regidas por professoras do sexo feminino, que tal será adequado e, ainda, que tais serviços possam ser obtidos por um preço mais baixo do que aquele exigido na contratação de instrutores masculinos, assim o será. Se se julgar proveitoso ter classes para crianças de sete a dez anos, e outra para crianças entre dez e quatorze, então, o comitê terá a prerrogativa de instituir tais escolas. Assim como separar estudantes homens das mulheres em diferentes escolas. Se se achar necessário que é extremamente proveitoso, às vezes, instituir escolas especiais para os pobres e desafortunados, que passaram dos sete anos e, por seguinte, tornaram-se muito velhas para irem à escola primária, e que, ainda, não aprenderam os elementos básicos do ensino que permitissem a sua admissão nos colégios regulares. Se uma classe de jovens, de um ou dos dois sexos, se encontre em tais condições, e é proveitoso que os organize em escolas separadas para que possam, dessa forma, receber o treinamento adequado, adaptado às suas condições, os poderes necessários para a implementação dessas medidas parecem estar dentro

das competências do comitê superintendente”¹⁸ (<http://brownvboard.org/research/handbook/sources/roberts/roberts.htm>, acessado em 10.09.2003). E, também, entendeu que a existência de escolas exclusivas para brancos e outras exclusivas para negros era o mais sensato, duvidando da eficácia de escolas congregadas: “Se a distinção e o preconceito, existentes na opinião e nos sentimentos da comunidade, não seriam atenuados de forma mais eficaz através da imposição de associação de crianças negras e brancas na mesma escola, tal há de ser duvidado”¹⁹ (<http://brownvboard.org/research/handbook/sources/roberts/roberts.htm>, acessado em 10.09.2003). Por fim, concluiu que a distância percorrida pela criança de cor não era demasiada longa, muito menos ilegal: “A distância maior, à qual a querelante foi obrigada a percorrer de sua casa até a escola, não é suficiente, na opinião da corte, para taxar o regulamento de desarrazoável, muito menos de ilegal”²⁰ (<http://brownvboard.org/research/handbook/sources/roberts/roberts.htm>, acessado em 10.09.2003).

Trinta e sete anos depois, teve início, efetivamente, por meio do *case Plessy vs. Ferguson*, a Doutrina *Separate but Equal*, a qual durou por mais de meio século: a existência de estabelecimentos exclusivos para brancos e outros exclusivos para negros, bem com sua tolerância pela Corte Suprema, havia se tornado uma constante.

Mencionado *case* foi motivado pela existência de um estatuto de Luisiana que obrigava todas as companhias ferroviárias a providenciar acomodações iguais, porém separadas, aos passageiros negros e brancos. Impunha, ainda, a aplicação de penalidades aos oficiais das companhias ferroviárias que não dessem cumprimento a esse estatuto, bem como a quem o descumprisse. *Plessy*, então passageiro,

sob a alegação de possuir 7/8 de sangue caucasiano e, apenas, 1/8 de sangue africano, tentou sentar-se no vagão destinado aos brancos, o que lhe foi negado. Alegando desrespeito à Décima Terceira Emenda, levou a questão, tendo como contraparte o juiz criminal John Ferguson, o qual se encontrava impelido a aplicar as devidas penalidades previstas no estatuto, à Suprema Corte.

A Suprema Corte, seguindo o *case Roberts vs. City of Boston*, decidiu que o estatuto não feria nem a Décima Terceira nem a Décima Quarta Emendas da Constituição, em virtude de não ser discriminatório. Segundo a Corte: “Uma lei que implica em uma distinção legal entre as pessoas brancas e as de cor – uma distinção que é fundada na cor de duas raças, a qual deverá existir até quando o homem branco seja distinguido dos de outra raça por sua cor – não possui uma tendência a destruir a igualdade entre duas raças, ou de restabelecer a servidão involuntária. Aliás, entendemos que o querelante, neste caso, não se encontra sobre a clara proteção da Décima Terceira Emenda”²¹ (<http://caselaw.lp.findlaw.com>, acessado em 11.09.2003). E que: “(...) leis permitindo e, até, solicitando a separação entre ambas as raças, em lugares onde há uma tendência de que entrem em contato, não implicam, necessariamente, na idéia de que uma raça seja inferior à outra (...). O exemplo mais usual desta afirmação encontra-se no estabelecimento de escolas separadas para brancos e para negros, cujas criações foram consideradas como um válido exercício do Poder Legislativo, mesmo em cortes de estados em que os direitos políticos do negros são presentes e fortes”²² (<http://caselaw.lp.findlaw.com>, acessado em 11.09.2003).

Cumprir registrar que esse entendimento não foi unânime. O *Justice Harlan*, discor-

dando, acentuou: “Tais legislações como a aqui presente são contrárias não apenas à igualdade de direitos pertencentes aos cidadãos, nacionais ou estaduais, como também às liberdades pessoais gozadas por todos nos Estados Unidos (...). Na minha opinião, a decisão hoje proferida provará, no transcorrer do tempo, ser bastante danosa como foi a decisão proferida por esse tribunal no caso *Dred Scott*”²³ (<http://caselaw.lp.findlaw.com>, acessado em 11.09.2003).

Com base na decisão proferida nesse caso, inúmeros outros estatutos foram editados. A outros estabelecimentos estendeu-se a possibilidade de separar brancos de negros, com base exclusiva em sua cor.

Em 1954, finalmente, assinala-se a derrocada dessa doutrina, através do célebre *case Brown vs. Board of Education of Topeka*. “Nele se julgou que instalações educacionais separadas (como ocorria à época) são intrinsecamente desiguais” (Tavares, 2003: 423).

Assim como em *Roberts vs. City of Boston*, a questão posta sob análise da Suprema Corte era a possibilidade de negar acesso às crianças negras em escolas para brancos. Entretanto, ao contrário do caso de 1859, a Corte Suprema entendeu pela inconstitucionalidade de tal ato denegatório, pois, “(...) separá-los de outros de idade e qualificação similar, em razão de sua raça, gera um sentimento de inferioridade aos seus *status* na comunidade que poderá afetar suas mentes e corações de forma a nunca ser remediado”²⁴ (<http://caselaw.lp.findlaw.com>, acessado em 11.09.2003).

Mais um passo era dado em favor da integração social: a teoria do *equal treatment* restava ultrapassada e sepultada no passado.

3.1.2. *Treatment as an equal*

O Poder Judiciário, mais especificamente por meio das decisões da Suprema Corte, sob a segura batuta do *Chief Justice* Earl Warren, foi o principal responsável pela derrocada da Doutrina *Separate but Equal* e, assim, “(...) reescreveu, com profundas conseqüências sociais, doutrinas constitucionais majoritárias regulando relações entre raças, a administração da justiça criminal, e a operação do processo político”²⁵ (Cox, 1979: V).

Essencial para a mudança de mentalidade foi o advento da teoria igualitária do *treatment as an equal*. Segundo Dworkin (“We do not have a right to liberty” *In Stewart, Readings in social & political philosophy*, 1996: 188), “Este não é o direito a uma distribuição igualitária de bens e oportunidades, mas sim um direito à uma preocupação e respeito igual no âmbito das decisões políticas sobre a forma de distribuição de tais bens”.²⁶ Este tipo de doutrina permitia a adoção de políticas públicas ou privadas que tratassem de forma diferente aqueles que, de fato, eram diferentes: essencial para efetivamente combater a discriminação. Essa mentalidade está presente, por exemplo, no *case Jenness vs. Fortson* (1971), em que a Suprema Corte observou que “Às vezes, a maior discriminação pode residir em tratar coisas que são diferentes como se fossem exatamente iguais”²⁷ (*apud* Tribe, 1998: 1439).

Outro *case* que demonstra a mudança de mentalidade da Suprema Corte e, também, da sociedade é *Loving vs. Virginia* (1967), em que uma lei do Estado proibia o casamento inter-racial. Os Loving, Mildred Jeter, uma mulher negra, e Richar Loving, homem branco, que haviam se casado, foram julgados e sentenciados a um ano de cadeia ou a um ostracismo de 25 anos (que

deixassem o Estado de Virginia por 25 anos). O juiz responsável fundamentou a decisão da seguinte forma: “Deus Todo-Poderoso criou as raças branca, amarela, malásia e vermelha, e, então, Ele as postou em continentes separados. E, se não fossem as interferências praticadas em suas obras, não haveria casamentos desse tipo. O fato de que Ele separou as raças demonstra que Ele não intencionava suas misturas”²⁸ (<http://caselaw.lp.findlaw.com>, acessado em 11.09.2003).

O estatuto em questão, mister frisar, proíbe e punia tanto o negro quanto o branco de se casarem entre si. Verifica-se, então, que sob a teoria do *equal treatment*, tal lei não seria, em hipótese nenhuma, inconstitucional, pois, produziria os mesmos efeitos para ambas as partes. Porém, sob a égide da nova doutrina, qual seja, do *treatment as an equal*, essa lei seria passível de inconstitucionalidade. Nesse sentido decidiu a Suprema Corte, ao receber o caso, acentuando: “Em razão de rejeitarmos a noção de que a mera aplicação igualitária da lei contendo classificações raciais é suficiente para evitar o confronto para com a Décima Quarta Emenda, a qual veda a nefasta discriminação racial, nós não aceitamos o argumento do Estado de que tais leis devem ser consideradas constitucionais se possuídas de um sentido racional. (...) No caso em tela, no entanto, lidamos com leis contendo classificações raciais, e o fato de a aplicação da lei ser igualitária não a imuniza do fardo que a Décima Quarta Emenda usualmente exige das leis referentes às raças”²⁹ (<http://caselaw.lp.findlaw.com>, acessado em 11.09.2003).

4. Na desembocadura do rio

Seguindo as decisões proferidas na Suprema Corte e embasado na Doutrina

Treatment as an Equal, o Governo de John Kennedy se preparou para adotar medida pública que viesse a contornar, de vez, a existência de discriminação. O encarregado para elaborar as linhas-mestras da política pública a ser adotada foi Hobert Taylor Jr., um jovem advogado negro, que, com a assistência de dois futuros *Justices*, Abe Fortas e Arthur Goldberg, deu corpo à *Executive Order* 10925 (cf. Lemann, 1999: 162). Esta continha o seguinte teor: “O contratante não discriminará nenhum funcionário ou candidato a emprego devido à raça, credo, cor ou nacionalidade. O contratante adotará ação afirmativa³⁰ para assegurar que os candidatos sejam empregados, como também tratados durante o emprego, sem consideração a sua raça, seu credo, sua cor ou nacionalidade. Essa ação incluirá, sem limitação, o seguinte: emprego; promoção; rebaixamento ou transferência; recrutamento ou anúncio de recrutamento, dispensa ou término; índice de pagamento ou outras formas de remuneração; e seleção para treinamento, inclusive aprendizado” (*apud* Menezes, 2001: 88).

Esta, porém, não possuía força alguma. Tal situação, no entanto, mudou com o advento da *Executive Order* 11.246, de 24 de novembro de 1965, editada pelo então Presidente Lyndon Johnson. A ação afirmativa passou a ser real e eficaz.

Uma de suas principais medidas foi o estabelecimento de quotas a serem destinadas às minorias (negros, principalmente), pelas faculdades ou empresas privadas e públicas, quando da admissão de candidatos ou contratação de empregados.

4.1. Posicionamento da Suprema Corte

O estabelecimento de quotas fixas a serem destinadas às minorias, em detrimento dos outros candidatos, não foi pa-

ficamente aceito: como poderia um profissional de menor qualificação ou menos preparado ter prevalência sobre outro, melhor preparado, em razão tão-só de sua cor? Isso não seria uma forma de discriminação?

Tal problemática aparece no case *Regents of the University of California vs. Bakke* (1978). O querelante Bakke, engenheiro, almejando tornar-se médico, concorreu a uma vaga na Faculdade de Medicina da Universidade da Califórnia, na qual não foi admitido. Bakke, ciente de que tal faculdade tinha como política destinar certo número de vagas às minorias e verificando que grande parte dos aprovados, através dessa política, possuía notas menores que a sua, levou o caso à Justiça, alegando contrariedade à Décima Quarta Emenda e, por conseguinte, à igualdade.

A Suprema Corte, ao receber o caso, não decidiu de forma pacífica. Os *Justices* demonstraram as mais variadas opiniões. Por fim, o que ficou estabelecido foi: i) Bakke deveria ser imediatamente integrado ao quadro de alunos da faculdade e; ii) possibilidade de as Universidades valerem-se de critérios raciais para fins de admissão.

A decisão sobre Bakke fundamentou-se no fato de o *Civil Act* de 1964 prever, em seu artigo 621, que “Nenhuma pessoa nos Estados Unidos poderá, com base na raça, cor ou origem nacional, ser excluído de participar, de ter negado benefícios, de ou estar sujeita a discriminação segundo qualquer programa ou atividade que receba ajuda financeira federal” (*apud* Menezes, 2001: 99). Assim, em razão de a Universidade da Califórnia receber fundos federais, tal não poderia discriminar no momento de escolher os candidatos, sendo, então, ilegal sua conduta.

No que tange à constitucionalidade do uso do critério raça para fins de admissão,

a Suprema Corte entendeu que essa medida é justificável para que se tenha um corpo discente variado, permitindo assim, às instituições educacionais valerem-se de tal política.

Infelizmente, a Corte não chegou a nenhum entendimento sobre a constitucionalidade das ações afirmativas fora do âmbito das universidades, como bem lembra Nowak (2000: 757): “Não houve nenhuma decisão acerca da constitucionalidade de qualquer outra ação afirmativa, senão aquela relacionada com a admissão no ensino superior”.³¹

Por fim, Tribe (1988: 1521-1522) resume bem a situação jurídico-constitucional da *affirmative action*: “Nenhum membro da Suprema Corte supôs que as preferências raciais são sempre inválidas. Em alguns casos, a Corte exigiu o exato cumprimento do respeito à igualdade entre cores. E, em outros, tolerou a consciência de cor, pois, se a negasse, estaria derrotando toda a luta contra o racismo e seus efeitos danosos”.³²

5. Bibliografia

- ARISTÓTELES. *A Política*, 2. ed., 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- BLACKBURN, Robin. *A construção do escravismo no Novo Mundo: 1492 – 1800*. Rio de Janeiro: Record, 2003.
- COX, Archibald. *The Warren Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1979.
- COSTA, Emília Viotti da. *Da senzala à colônia*. 4. ed. São Paulo: Unesp, 1998.
- DURANT, Will. *Nossa herança clássica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 1995.
- LEMANN, Nicholas. *The big test: the secret history of the American meritocracy*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 1999.
- MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: RT, 2001.

- NOWAK, John E., ROTUNDA, Ronald R. *Constitutional Law*. 6. ed. Minnesota: HornBook Series, 2000.
- STEWART, Robert M. *Readings in social & political philosophy*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1996.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- TRIBE, Laurence H.. *American Constitutional Law*. 2. ed. Mineola: The Foundation Press, 1988.
- VICENTINO, Cláudio. *História geral*. 8. ed. São Paulo: Scipione, 1999.

NOTAS

1. A Igreja tolerava a escravidão dos infiéis pois acreditava que através desta facilitaria a conversão do infiel em cristão. A bula *Romanus Pontifex* (1455), por exemplo, declarava que “os cativos poderiam ser comprados, contanto que fossem feitos esforços para conquistá-los para Cristo” (Blackburn, 2003: 132).

2. “Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the Unites States, or any place subject to their jurisdiction.”

3. Duas foram as normativas atendidas pelo nome *The Fugitive Slave Act*: a promulgada pelo Congresso americano em 1793 e outra em 1850. “A lei de 1793 reforçou o artigo IV, Seção 2, da Constituição dos Estados Unidos, ao autorizar a qualquer juiz de distrito federal ou de Circuit Court, ou qualquer outro magistrado estadual, a possibilidade de decidir peremptoriamente e sem a necessidade de um júri o *status* de um dito escravo foragido. Tal medida encontrou grande oposição por parte dos Estados do norte, dos quais alguns promulgaram leis garantidoras de liberdade, a fim de elidir a aplicação da lei federal; tais leis garantiam aos fugitivos que apelassem da decisão contrárias a eles o julgamento pelo júri. Até os meados de 1810, a insatisfação individual para com a lei de 1793 tomou a forma de ajuda sistemática aos escravos negros que fugiam do sul em direção à Nova Inglaterra ou ao Canadá.

A demanda sulista por uma legislação mais efetiva resultou na promulgação de uma segunda *Fugitive Slave Act* em 1850. Sob esta lei, fugitivos não podiam testemunhar em seu favor, muito menos valer-se de um julgamento pelo júri. Além disso, pesadas punições passaram a ser impostas aos oficiais que se negassem a aplicar a lei ou dos quais escapassem algum fugitivo; penalidades também foram impostas aos indivíduos que ajudassem os escravos a escapar. Finalmente, sob a lei de 1850, comissários especiais possuíam competências concorrentes às Cortes Americanas para fazer-se aplicar a lei (...). Somente no dia 28 de junho de 1864 é que tais leis foram repelidas.”

“The 1793 law enforced Article IV, Section 2, of the U.S. Constitution in authorizing any federal district judge or circuit court judge, or any state magistrate, to decide finally and without a jury trial the status of an alleged fugitive slave. The measure met with strong opposition in the Northern states, some of which enacted personal-liberty laws to hamper the execution of the federal law; these laws provided that fugitives who appealed from an original decision against them were entitled to a jury trial. As early as 1810 individual dissatisfaction with the law of 1793 had taken the form of systematic assistance rendered to black slaves escaping from the South to New England or Canada.

The demand from the South for more effective legislation resulted in enactment of a second Fugitive Slave Act in 1850. Under this law fugitives could not testify on their own behalf, nor were they permitted a trial by jury. Heavy penalties were imposed upon federal marshals who refused to enforce the law or from whom a fugitive escaped; penalties were also imposed on individuals who helped slaves to escape. Finally, under the 1850 act, special commissioners were to have concurrent jurisdiction with the U.S. courts in enforcing the law. (...). It was not until June 28, 1864, that the acts were repealed” (<http://search.eb.com/blackhistory/micro/222/8.html>, acessado em 08.09.2003).

4. “Similar prohibitions have from time to time been introduced into many of the old States. But this circumstance does not affect the domestic institution of slavery, as other States may choose to allow it among their people, nor

impair their rights of property under it, when their slaves happen to escape to other States. These other States, whether northwest of the river Ohio, or on the eastern side of the Alleghanies, if out of the Union, would not be bound to surrender fugitives, even for crimes, it being, as before remarked, an act of comity, or imperfect obligation. But while within the Union, and under the obligations of the constitution and laws of the Union, requiring that this kind of property in citizens of other States—the right to ‘service or labor’—be not discharged or destroy it, they must not interfere to impair or destroy it, but, if one so held to labor escape into their limits, should allow him to be retaken and returned to the place where he belongs. In all this there is no repugnance to the ordinance. Wherever that existed, States still maintain their own laws, as well as the ordinance, by not allowing slavery to exist among their own. But in relation to inhabitants of other States, if they escape into the limits of States within the ordinance, and if the constitution allow them, when fugitives from labor, to be reclaimed, this does not interfere with their own laws as to their own people, nor do acts of Congress interfere with them, which are rightfully passed to carry these constitutional rights into effect there, as fully as in other portions of the Union” (<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=46&invol=215>, acessado em 08.09.2003).

5. “Congress authorized writs of error to be issued from this court to a State court, whenever a right had been claimed under the Constitution or laws of the United States, and the decision of the State court was against it” (<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=62&invol=506>, acessado em 08.09.2003).

6. “The act of Congress commonly called the fugitive slave law is, in all of its provisions, fully authorized by the Constitution of the United States” (<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=62&invol=506>, acessado em 08.09.2003).

7. “The court generally ruled in favor of the slaveholders who asserted that the individuals making the claim had not been freed according to the laws of the appropriate jurisdiction.”

8. “(...) prescribes a rule of conduct for the citizens of Illinois. It is but the exercise of the power which every State is admitted to possess, of defining offences and punishing offenders against its laws. The power to make municipal regulations for the restraint and punishment of crime, for the preservation of the health and morals of her citizens, and of the public peace, has never been surrendered by the States, or restrained by the Constitution of the United States. In the exercise of this power, which has been denominated the police power, a State has a right to make it a penal offence to introduce paupers, criminals, or fugitive slaves, within their borders, and punish those who thwart this policy by harboring, concealing, or secreting such persons. Some of the States, coterminous with those who tolerate slavery, have found it necessary to protect themselves against the influx either of liberated or fugitive slaves, and to repel from their soil a population likely to become burdensome and injurious, either as paupers or criminals” (Moore vs. Illinois, <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=55&invol=13>, acessado em 08.09.2003).

9. “It has been urged that this act is void, as it subjects the delinquent to a double punishment for a single offence. But we think that neither the fact assumed in this proposition, nor the inference from it, will be found to be correct. The offences for which the fourth section of the act of 12th February, 1793, subjects the delinquent to a fine of five hundred dollars, are different in many respects from those defined by the statute of Illinois. The act of Congress contemplates recapture and reclamation, and punishes those who interfere with the master in the exercise of this right—first, by obstructing or hindering the claimant in his endeavors to seize and arrest the fugitive; secondly, by rescuing the fugitive when arrested; and, thirdly, by harboring or concealing him after notice.

But the act of Illinois, having for its object the prevention of the immigration of such persons, punishes the harboring or secreting negro slaves, whether domestic or foreign, and without regard to the master’s desire either to reclaim or abandon them. The fine imposed is not given to the master, as the party injured, but to the State, as a penalty for disobedience to its

laws” (Moore vs. Illinois, <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=55&invol=13>, acessado em 08.09.2003).

10. “We think they are not, and that they are not included, and were not intended to be included, under the word ‘citizens’ in the Constitution, and can therefore claim none of the rights and privileges which that instrument provides for and secures to citizens of the United States. On the contrary, they were at that time considered as a subordinate and inferior class of beings, who had been subjugated by the dominant race, and, whether emancipated or not, yet remained subject to their authority, and had no rights or privileges but such as those who held the power and the government might choose to grant them (www.tourolaw.edu/patch/Scott, acessado em 08.09.2003).

11. “They had for more than a century before been regarded as beings of an inferior order, and altogether unfit to associate with the white race, either in social or political relations; and so far inferior, that they had no rights which the white man was bound to respect; and that the negro might justly and lawfully be reduced to slavery for his benefit. He was bought and sold, and treated as an ordinary article of merchandise and traffic, whenever a profit could be made by it. This opinion was at that time fixed and universal in the civilized portion of the white race. It was regarded as an axiom in morals as well as in politics, which no one thought of disputing, or supposed to be open to dispute; and men in every grade and position in society daily and habitually acted upon it in their private pursuits, as well as in matters of public concern, without doubting for a moment the correctness of this opinion” (www.tourolaw.edu/patch/Scott, acessado em 08.09.2003).

12. “All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.”

13. “The right of citizens of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of race, color, or previous condition of servitude.”

14. “(...) to the same distribution of goods or opportunities that anyone else has or is given.”

15. “It is hard to see why the statute of West Virginia should not be regarded as discriminating against a colored man when he is put upon trial for an alleged criminal offence against the State. It is not easy to comprehend how it can be said that while every white man is entitled to a trial by a jury selected from persons of his own race or color, or, rather, selected without discrimination against his color, and a negro is not, the latter is equally protected by the law with the former. Is not protection of life and liberty against race or color prejudice, a right, a legal right, under the constitutional amendment? And how can it be maintained that compelling a colored man to submit to a trial for his life by a jury drawn from a panel from which the State has expressly excluded every man of his race, because of color alone, however well qualified in other respects, is not a denial to him of equal legal protection?” (<http://caselaw.lp.findlaw.com>, acessado em 10.09.2003).

16. “Administration directed so exclusively against a particular class of persons as to warrant and require the conclusion, that, whatever may have been the intent of the ordinances as adopted, they are applied ... with a mind so unequal and oppressive as to amount to a practical denial by the State of [equal protection].”

17. “Under this ‘principle,’ persons of minority races could be given separate services or treatment so long as it was equal to that provided for whites.”

18. “The power of general superintendence vests a plenary authority in the committee to arrange, classify, and distribute pupils, in such a manner as they think best adapted to their general proficiency and welfare. If it is thought expedient to provide for very young children, it may be, that such schools may be kept exclusively by female teachers, quite adequate to their instruction, and yet whose services

may be obtained at a cost much lower than that of more highly qualified male instructors. So if they should judge it expedient to have a grade of schools for children from seven to ten, and another for those from ten to fourteen, it would seem to be within their authority to establish such schools. So to separate male and female pupils into different schools. It has been found necessary, that is to say, highly expedient, at times, to establish special schools for poor and neglected children, who have passed the age of seven, and have become too old to attend the primary school, and yet have not acquired the rudiments of learning, to enable them to enter the ordinary schools. If a class of youth, of one or both sexes, is found in that condition, and it is, expedient to organize them into a separate school, to receive the special training, adapted to their condition, it seems to be within the power of the superintending committee, to provide for the organization of such special school.”

19. “Whether this distinction and prejudice, existing in the opinion and feelings of the community, would not be as effectually fostered by compelling colored and white children, to associate together in the same schools, may well be doubted;”

20. “The increased distance, to which the plaintiff was obliged to go to school from her father’s house, is not such, in our opinion, as to render the regulation in question unreasonable, still less illegal.”

21. “A statute which implies merely a legal distinction between the white and colored races—a distinction which is founded in the color of the two races, and which must always exist so long as white men are distinguished from the other race by color—has no tendency to destroy the legal equality of the two races, or re-establish a state of involuntary servitude. Indeed, we do not understand that the thirteenth amendment is strenuously relied upon by the plaintiff in error in this connection.”

22. “Laws permitting, and even requiring, their separation, in places where they are liable to be brought into contact, do not necessarily imply the inferiority of either race to the other, (...). The most common instance of this is connected with the establishment of separate schools for white and colored children, which

have been held to be a valid exercise of the legislative power even by courts of states where the political rights of the colored race have been longest and most earnestly enforced.”

23. “(...) such legislation as that here in question is inconsistent not only with that equality of rights which pertains to citizenship, national and state, but with the personal liberty enjoyed by every one within the United States. (...) In my opinion, the judgment this day rendered will, in time, prove to be quite as pernicious as the decision made by this tribunal in the Dred Scott Case.”

24. “To separate them from others of similar age and qualifications solely because of their race generates a feeling of inferiority as to their status in the community that may affect their hearts and minds in a way unlikely ever to be undone.”

25. “(...) rewrote, with profound social consequence, major constitutional doctrines governing race relations, the administration of criminal justice, and the operation of the political process.”

26. “(...) this is the right, not to an equal distribution of some good or opportunity, but the right to equal concern and respect in the political decision about how these goods and opportunities are to be distributed.”

27. “Sometimes the greatest discrimination can lie in treating things that are different as though they were exactly alike.”

28. “Almighty God created the races white, black, yellow, malay and red, and he placed them on separate continents. And, but for the interference with his arrangement, there would be no cause for such marriage. The fact that he separated the races shows that he did not intend for the races to mix.”

29. “Because we reject the notion that the mere ‘equal application’ of the statute containing racial classifications is enough to remove the classifications from the Fourteenth Amendment’s proscription of all invidious racial discriminations, we do not accept the State’s contention that these statutes should be upheld if there is any possible basis for concluding that they serve a rational purpose. (...) In the case at bar, however, we deal with statutes containing racial classifications, and the fact of equal application does not immunize the statute

from the very heavy burden of justification which the Fourteenth Amendment has traditionally required of state statutes according to race.”

30. O porquê da utilização do termo affirmative é explicado por seu criador, Hobert Taylor Jr., “Eu estava buscando por algo que desse a sensação de positividade à Executive Order (..) e eu fiquei em dúvida entre ‘ação positiva’ e ‘ação afirmativa’ ... E escolhi a ‘afirmativa’ porque era redundante. (“I was searching for something that would give a sense of positiveness to performance under that Executive Order (...) and I was torn between the words ‘positive action’ and the words ‘affirma-

tive action’ ... And I took ‘affirmative’ because it was alliterative.”) (*apud* Lemann, 1999: 162).

31. “There was no ruling on the constitutionality of any other affirmative action program other than those relating to admission to higher education.”

32. “No member of the Supreme Court has supposed that such racial preferences are always invalid. In some instances, indeed, the Court has required the very opposite of color blindness. And in others the Court has at least *tolerated* color consciousness because forbidding it would defeat the struggle against racism and its invidious effects.”