

Introdução

Percebe-se, atualmente, ampla tendência à implementação das denominadas ações afirmativas (ou discriminações positivas) na esfera administrativa brasileira. Alguns entes da Administração Pública indireta, sobremaneira as instituições oficiais de ensino superior, têm, em consideração ao fator étnico-racial, estipulado política de quotas. Esta se caracteriza pela reserva de determinado percentual das vagas disponíveis para o ingresso em tais instituições a candidatos de ascendência afro-brasileira.

Na mesma linha da experiência constitucional norte-americana, constata-se forte possibilidade de que dita iniciativa desborde os limites funcionais do Poder Executivo e se torne alvo de atuação legiferante, o que, fatalmente, ensejará seu questionamento em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

A concretização, por parte do Poder Legislativo federal, de medidas de discriminação positiva põe em evidência duas realidades conflitantes e pouco exploradas no cenário brasileiro, tanto em sede doutrinária quanto jurisprudencial. De um lado, há a constante tensão entre os imperativos da igualdade formal e os da igualdade material, que estão em situação de contraditoriedade. Positivar tais medidas importa em afirmar a vertente material do direito de igualdade, mandamento do Estado social de Direito e, *pari passu*, em estabelecer limitações de ordem formal a esse mesmo direito.

Por outras palavras, a implementação de uma política de quotas para acesso ao ensino superior gratuito, através da promulgação de lei em sentido formal, revestida dos caracteres de generalidade e abstração, importa a concretização do viés material do direito de igualdade. Ao mesmo tempo, impõe restrições ao seu viés formal, o que denota o frágil equilíbrio entre os dois mandamentos da isonomia.

De outro lado, para a elaboração de tal lei, verifica-se a imperatividade da consideração de fatos e da realização de prognoses por parte do legislador. Este, ao optar pela positivação dessas medidas, parte do pressuposto de que existe uma desequiparação fática entre os grupos étnico-raciais, reveladora de injusta

preterição da população de origem afro-brasileira, vez que originada da práxis discriminatória arraigada na sociedade (fatos legislativos presentes).

Com base nessa constatação, parte o órgão legiferante para a realização de um juízo de prognose, consistente na percepção das ações afirmativas, por meio da estipulação de quotas nas instituições de ensino superior públicas, como mecanismo apto a promover a cessação do desnivelamento injusto e desarrazoado (fatos legislativos futuros).

A análise da constitucionalidade da suposta lei far-se-á através da submissão das duas realidades expostas ao crivo do princípio da proporcionalidade. Este, em razão de seu caráter vinculativo do atuar legiferante, afigura-se como de observância obrigatória já no momento de criação do Direito objetivo. A implementação legislativa das discriminações positivas, assim, somente logra legitimidade se levada a efeito em consonância com os critérios de racionalização impostos pelo princípio em tela.

In nuce, pode-se afirmar que a aferição dos fatos e prognoses legislativos fica circunscrita aos subprincípios concretizadores da adequação (aptidão dos meios empregados para a consecução dos fins) e da necessidade (inexistência de outro meio menos gravoso, em atenção à idéia de menor ingerência possível). Já a análise da tensão entre igualdade material e formal está reservada ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, pelo qual se opera um juízo de ponderação dos valores jurídicos em conflito.

Assim, a provável indagação acerca da parametricidade constitucional das leis instituidoras de discriminações positivas impinge uma análise por meio do princípio da proporcionalidade, que atua como limite material às leis restritivas de direitos fundamentais. Deve o Poder Judiciário, no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, avaliar tanto os fatos e prognoses do legislador – investigação da adequação e da necessidade –, quanto a relação de tensão entre os bens constitucionais conflitantes, quais sejam, igualdade formal e material – avaliação da proporcionalidade em sentido estrito.

Portanto, o objetivo precípuo da presente pesquisa é compreender os limites funcionais do Poder Judiciário na análise dos fatos e prognoses legislativos, sob o pálio do princípio da proporcionalidade, no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade de eventual norma instituidora de discriminação positiva, que estabeleça quotas para afrodescendentes no ensino superior público brasileiro.

Para tanto, o capítulo primeiro trata da jurisdição constitucional, em busca dos limites de atuação do Judiciário. A premissa basilar é o conflito inexorável entre constitucionalismo e democracia. Partindo-se da concepção oriunda do liberalismo, o minimalismo constitucional, mostra-se a evolução do paradigma estatal e do próprio Direito Constitucional, ocorrida após a Segunda Grande Guerra Mundial, bem como seus reflexos na compreensão do controle de constitucionalidade. Com fulcro nas concepções de Ronald Dworkin (substancialista) e Jürgen Habermas (procedimentalista), tidas como potencialmente antagônicas, demonstra-se a importância da temática dos direitos fundamentais na atualidade. Com isso, pela perspectiva de um constitucionalismo democrático, abre-se caminho para a apreciação de fatos e prognoses legislativos, bem como para a salvaguarda do princípio da igualdade, por parte do Judiciário, sem descuidar da preocupação com os limites que devem coordenar tal intervenção.

No capítulo segundo, realiza-se breve análise do princípio da igualdade e de suas transformações, as quais são de suma importância, eis que este princípio é fundamento maior para a instituição das ações afirmativas. Estas, por seu turno, também são tratadas nesse capítulo, em breve análise, suficiente para determinar as linhas gerais do instituto e sua finalidade. Examina-se o fato de que a instituição legiferante das ações afirmativas constitui restrição à vertente formal da igualdade, ao mesmo tempo que consagra o imperativo material daquele direito. Ademais, o enfoque adotado, relativo à controlabilidade jurisdicional, impõe a necessidade de avaliar o critério utilizado para a aferição da compatibilidade de uma lei com o mandamento isonômico.

O terceiro capítulo enfrenta a questão das margens de ação do legislador face aos direitos fundamentais. Para isso, é imprescindível a abordagem do tema sob o prisma de uma Constituição dirigente clássica, como é o caso da brasileira. Por uma concepção de constitucionalismo democrático, busca-se determinar a liberdade de conformação do legislador dentro das margens delineadas pela Constituição. Por essa perspectiva, fica patente que as possibilidades estruturais e epistêmicas do legislador não são ilimitadas. Este não pode, assim, considerar fatos e prever efeitos arbitrariamente.

Neste comenos, o quarto capítulo versa sobre a possibilidade da análise de dados concretos e circunstâncias fáticas no controle concentrado de

constitucionalidade, sobretudo no que tange à apreciação dos fatos e prognoses realizados pelo legislador no momento de sua decisão pela positivação da norma instituidora de discriminação positiva. Procede-se, pois, à elucidação conceitual de fatos e prognoses, bem como à análise dos diversos critérios já elaborados para o controle jurisdicional, com o escopo de estabelecer parâmetros para um julgamento racionalmente fundado.

No capítulo quinto, aborda-se a questão do princípio da proporcionalidade como ferramenta hábil para a solução dos conflitos constitucionais dentro de um contexto democrático. Realiza-se, por conseguinte, o exame da constitucionalidade da norma de discriminação positiva, consagrada de quotas para afrodescendentes no ensino superior público, valendo-se dos subprincípios que consubstanciam a proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Por derradeiro, em sede de conclusão, objetiva-se demonstrar, sob a ótica de um constitucionalismo democrático, a possibilidade ou não de o Poder Judiciário infirmar os fatos e prognósticos legislativos, substituindo-os por seus próprios juízos, na apreciação da constitucionalidade abstrata da norma de implementação das ações afirmativas.