

6

Norma instituidora das ações afirmativas e princípio da proporcionalidade

6.1

Antinomias normativas e conflitos constitucionais

Pode-se afirmar a existência de uma antinomia ou conflito normativo infraconstitucional quando, dentro de um mesmo sistema jurídico, imputam-se conseqüências incompatíveis para os mesmos pressupostos fáticos. É dizer que, diante de certo comportamento ou circunstância de fato, observam-se simultaneamente diferentes orientações de direito. Da perspectiva do destinatário, ocorre a impossibilidade de cumprir, concomitantemente, o estipulado pelas normas: se cumpre a obrigação, vulnera a proibição; se exerce um direito ou permissão, comete um ilícito.

Antinomias são uma constante nos mais variados ordenamentos, fato que não causa estranheza, eis que a prolatada coerência e unidade de ordenamento jurídico, como se este fosse produto de um autor onisciente, não passa de rele ficção. Inescapável é que o Direito Positivo é fruto de atos normativos de produção sucessivos no tempo e que, exatamente por isso, refletem interesses e ideologias heterogêneas. Desse modo, ainda que representem um problema a ser superado pelos juristas, as antinomias afiguram-se como inerentes à dinâmica dos sistemas jurídicos. E, ademais, não se podem olvidar certas incoerências e déficits da própria racionalidade legislativa, que suscitam antinomias que poderiam ser evitadas.

Os critérios tradicionais para a resolução dos conflitos de normas são bem conhecidos. O cronológico estabelece que a norma posteriormente editada revoga a norma anterior de mesma hierarquia, substituindo-a (*lex posterior derogat priori*); o da especialidade, que o dispositivo especial deverá prevalecer sobre a regra geral (*lex specialis derogat generale*); o hierárquico, que, quando ocorrerem conflitos entre normas jurídicas de hierarquias distintas, deverá prevalecer aquele pertencente à estrutura superior (*lex superior derogat inferiori*).

Conquanto sejam numerosas as dificuldades práticas na aplicação de ditos critérios, pode-se afirmar existir certa constância ou “vocação de permanência”, que constitui nota comum a todos eles.²⁰⁶ Por essa idéia, sempre que constatada uma antinomia entre N1 e N2, a solução para o conflito se dará do mesmo modo, consoante o critério utilizado. Se N1 é superior hierarquicamente a N2, deve-se sempre preferir N1; se N1 e N2 estão sitas no mesmo patamar hierárquico e N1 é especial, deve então prevalecer; e, pressupondo a inexistência de hierarquia e de relação de especialidade, se N1   posterior a N2, opta-se por N1 e afasta-se N2. Logo, verifica-se que esses critérios atuam como regras de segundo grau aptas a equacionar conflitos entre normas infraconstitucionais, de modo a eliminar eventual indetermina o no processo de subsunção do fato   lei.

Portanto, para a solução de conflitos entre normas infraconstitucionais, pacífica é a aplicabilidade dos critérios elencados *ut supra*. O mesmo não se pode afirmar em relação às colisões de direitos fundamentais, ou seja, de princípios albergados em sede constitucional.²⁰⁷ A possibilidade de conflitos entre princípios, por muitos negada em um primeiro momento, também se afigura como questão constante nos ordenamentos, quando da análise de certos casos concretos. Cabe ao intérprete do Direito decidir, então, qual preceito fundamental prevalecerá na questão em exame.²⁰⁸

Um conflito de tal natureza surge, na prática, da colisão entre direitos fundamentais de diferentes titulares. A tarefa do intérprete inicia-se com a busca, no texto constitucional, de autorização para que se restrinja um ou ambos os direitos em questão. Caso a norma superior permita a limita o dos mesmos, ou não a proíba, instaura-se o conflito, o qual tem que ser solucionado, com vistas a

²⁰⁶ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 176.

²⁰⁷ No entanto, como salienta Hans-Konrad Hesse, alguns doutrinadores já vaticinaram a adoção da *lex specialis* no contexto constitucional, de modo a permitir o cotejo entre o princípio da igualdade e a não discrimina o. Tal entendimento servia para possibilitar a adoção de medidas de a o positiva na Alemanha e considerava a alínea 2  especial em relação   alínea 3 , ambas do artigo 3  da Constitui o Alemã. A alínea 2  estabelece que homens e mulheres gozam dos mesmos direitos, ao passo que a 3  corrobora tal entendimento e o complementa, pois permite que o Estado promova a efetiva igualdade entre mulheres e homens, agindo no sentido de eliminar as desvantagens existentes (In: Bellintani, Leila Pinheiro. Op. cit., p. 151).

²⁰⁸ Sobre a confluência entre princípios e direitos fundamentais, Jairo Gilberto Schafer aduz o que se segue: “A adoção de uma teoria principlol gica dos direitos fundamentais, segundo a qual os princípios são normas que permitem que algo seja realizado da maneira mais completa possível, considerando-se as questões atinentes à possibilidade jurídica e à possibilidade de fato, implica concluir-se que a colisão entre direitos fundamentais   colisão entre princípios, decorrendo que o método de solução destes conflitos é a pondera o” (*Direitos Fundamentais. Proteção e restrições*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001, p. 91).

preservar a segurança jurídica. No entanto, a restrição aos direitos fundamentais ocorre apenas por via de exceção, diante do caso concreto, já que eles não apresentam limitações previamente estipuladas em sede constitucional.

O interesse público determinará a preponderância de um dos princípios no caso concreto. A própria Constituição poderá prever de forma abstrata a possibilidade de redução no âmbito de aplicação de determinados princípios, mas essa só se efetivará diante do caso concreto. Imprescindível, contudo, que a Carta Magna não impeça a limitação dos princípios em jogo.

Com o fito de solver conflitos em nível constitucional, a doutrina lança mão do princípio da proporcionalidade. Este demanda criteriosa ponderação, pelo intérprete, dos valores em jogo. Ou seja, há necessidade de sopesamento e mensuração de cada preceito diante da situação fática em questão.²⁰⁹ Observa-se que a colisão de normas infraconstitucionais pode ocorrer no plano abstrato, ao passo que o choque entre princípios constitucionais somente poderá ser ponderado e analisado diante do caso concreto.²¹⁰

Diz-se, por isso, que os princípios consubstanciam normas incondicionais e derrotáveis, isto é, não estão submetidos a nenhuma condição, mas, ao mesmo tempo, apresentam uma conformação *prima facie* que pode ser derrotada (com a redução do âmbito de aplicação, desde que se mantenha o denominado núcleo essencial) em alguns casos práticos.²¹¹ Pelo critério da proporcionalidade, os

²⁰⁹ No dizer de Claus-Wilhelm Canaris, ao contrário das normas preceituais, “os princípios não valem sem exceção e podem entrar entre si em oposição ou em contradição; eles não têm a pretensão de exclusividade; eles ostentam o seu sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíprocas” (*Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 88).

²¹⁰ “Decimos que una antinomia es interna o en abstracto cuando los supuestos de hecho descritos por las dos normas se superponen conceptualmente, de forma tal que, al menos, siempre que pretendamos aplicar una de ellas nacerá el conflicto con la otra. (...) No parece ocurrir así con las antinomias contingentes o externas. Aquí no podemos definir en abstracto la contradicción, ni conocemos por adelantado los supuestos o casos de aplicación, ni contamos por ello mismo con una regla segura para resolver el problema. Para decirlo con palabras de Günther, ‘en el discurso de aplicación las normas válidas tienen tan sólo el estatus de razones *prima facie* para la justificación de enunciados normativos particulares tipo ‘debes hacer ahora p’. Los participantes saben qué razones son las definitivas tan sólo después de que hayan aducido todas las razones *prima facie* relevantes en base a una descripción completa de la situación” (PRIETO SANCHÍS, Luis. Op. cit., p. 178-9).

²¹¹ “Sem embargo, esta particularidade dos princípios se explica facilmente quando notamos que a derrotabilidade não é uma propriedade categórica ou intrínseca dos princípios, senão uma propriedade disposicional. Como no caso de qualquer outro predicado disposicional, a derrotabilidade somente se *manifesta* quando se verifica uma certa *condição*: a concorrência em t2 de outra norma em colisão que exclua os efeitos ou a aplicação do princípio sem que isso fosse previsível (*i.e.*, juridicamente justificado) em t1” (FIGUEROA, Alfonso García. Op. cit., p. 22).

princípios de menor peso ou importância no caso concreto poderão sofrer restrição ou diminuição no seu âmbito de abrangência.

Neste ponto, verifica-se outra diferença importante entre as antinomias infraconstitucionais e os conflitos de preceitos fundamentais. É que a restrição imposta a um direito não acarreta seu desaparecimento do ordenamento, eis que a delimitação toma lugar tão somente em dado caso fático. Ele não deixa de atuar como pilar do ordenamento jurídico e deve ser observado. Do contrário, nas antinomias legais, a declaração de invalidade de uma lei leva à perda de vigência dentro do ordenamento jurídico.²¹²

Assim, eventual relação de contraditoriedade entre princípios em colisão exprime a idéia de que cada um deles limita a possibilidade jurídica de plena realização e observância dos demais. Contudo, não significa nem a declaração de invalidade do princípio eventualmente afastado, com a sua conseqüente eliminação do sistema jurídico, nem a introdução de espécie de cláusula de exceção por um ou outro princípio, de forma que este, na hipótese de colisão futura, tivesse de ser considerado como norma satisfeita ou não.

O que acontece, ao revés, é a formação da relação de precedência de um princípio frente a outro, sob determinadas condições, variando-se o resultado da colisão e a outorga de precedência conforme a variação das condições envolvidas. Expressa essa assertiva a idéia de que nos casos concretos os princípios assumem diferentes pesos, prevalecendo aquele que se mostre, diante de determinadas circunstâncias, dotado de peso maior (metáfora dos pesos).

Noticia Robert Alexy que “la solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una relación de precedencia condicionada”.²¹³ A determinação desta relação de precedência condicionada realiza-se por meio da consideração do caso concreto, sendo imprescindível a indicação das condições sob as quais um princípio precede outro, através de um juízo de ponderação. Sob a égide de outras

²¹² É o que Willis Santiago Guerra Filho denomina de sopesamento (*Abwägung*) na colisão entre princípios, com o escopo de aplicar o mais adequado ao caso concreto. Nas palavras do autor, “enquanto o conflito de regras resulta em uma antinomia, a ser resolvida pela perda de validade de uma das regras em conflito, ainda que em um determinado caso concreto, deixando-se de cumpri-la para cumprir a outra, que se entende ser a correta, as colisões entre princípios resultam apenas em que se privilegie o acatamento de um, sem que isso implique no desrespeito completo do outro” (*Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001, p. 45).

²¹³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ed. cit., p. 92.

condições, em futura situação de colisão entre os mesmos princípios, pode ser a questão da precedência solucionada de maneira diversa da anterior.

A referida metáfora dos pesos, de que se vale amiúde o Tribunal Constitucional alemão em suas ponderações, ante situações de colisão de princípios (bens constitucionais, interesses, pretensões e direitos fundamentais), pode, segundo Robert Alexy, ser assim traduzida: “El principio P1 tiene, en un caso concreto, un peso mayor que el principio opuesto P2, cuando existen razones suficientes para que P1 preceda a P2, bajo las condiciones C dadas en el caso concreto”.²¹⁴

Posta relação de precedência condicionada, formada a partir da efetiva colisão entre princípios, reflete, na perspectiva do citado autor, o caráter desses como mandados de otimização, entre os quais, *ab initio*, não haveria relações absolutas de precedência. Além disso, inexistem quaisquer referências a ações e situações que se revelem, de antemão, quantificáveis.²¹⁵

Sobre o tema em foco, Luis Prieto Sanchís traz interessante questão, na qual enquadra o princípio da igualdade como clássico caso de colisão, em virtude da tensão inerente que ele encerra (ou seja, o já citado paradoxo da igualdade):

Un caso ejemplar de colisión de principios entendidos como normas abiertas o carentes de condición de aplicación nos lo proporciona el juego de la igualdad reconocida en el artículo 14 y que, en realidad, encierra dos subprincipios: tratar de forma igual aquello que es igual, y tratar de forma desigual lo que es desigual. (...) Conviene subrayar que la exigencia de justificación del tratamiento legal no sólo ha de aportar alguna razón lícita que pueda ser usada por el legislador, sino que ha de ser además razonable desde la perspectiva de la desigualdad o diferenciación introducida: “no basta que el fin perseguido sea constitucionalmente lícito (...) sino que ha de ser razonable e proporcionado” (STC 144/1988).²¹⁶

Observa-se, pois, que a positivação das políticas de ações afirmativas implica a formação de uma situação de colisão entre as feições ínsitas ao princípio da igualdade. Tal direito fundamental, caracterizado como norma-princípio, em sua complexidade estrutural, apresenta encerrados em si, como explanado alhures, dois outros princípios: os mandamentos da igualdade formal e substancial. Estes,

²¹⁴ Ibidem, p. 93.

²¹⁵ “(...) los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos” (Ibidem, p. 86).

²¹⁶ PRIETO SANCHÍS, Luis. Op. cit., p. 181.

por seu turno, colocam-se em situação permanente de conflito, o que significa que um impõe limites às possibilidades de realização e observância do outro.

Pelo raciocínio exposto, relativamente à colisão entre os mencionados aspectos da igualdade, há também a formação de precedência condicionada, dependendo a resolução da situação das circunstâncias peculiares oferecidas pelo caso (instituição das políticas de ações afirmativas por meio da promulgação de lei). Tais circunstâncias influem decisivamente no processo de ponderação a ser realizado, por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade. Este princípio atua como ferramenta hábil a conformar a liberdade legislativa relativa ao mandamento isonômico. É o que se depreende da lição de Luís Roberto Barroso:

(...) a compatibilização entre a regra isonômica (na vertente do tratamento desigual) e outros interesses prestigiados constitucionalmente exige que se recorra à idéia de proporcionalidade. Somente assim se poderá obter um equilíbrio entre diferentes valores a serem preservados.

Se, por exemplo, uma determinada Universidade, com base em uma norma formalmente válida, reservar determinada porcentagem de suas vagas de acesso inicial a estudantes provenientes de escolas públicas, o critério será aceitável. Se, entretanto, estabelecer que é vedado o acesso de qualquer estudante que provenha de família que aufera renda mensal superior a x cruzeiros, ainda que sob inspiração materialmente isonômica, o critério será vicioso.

Vê-se, assim, que é possível discriminar em prol dos desfavorecidos economicamente, em detrimento dos mais abonados. Mas o tratamento desigual há que encontrar limites de razoabilidade para que seja legítimo. Este limite poderá vir expresso ou implícito no Texto Constitucional, e a conciliação que se faz necessária exige a utilização de um conceito flexível, fluido como o de *proporcionalidade*.²¹⁷

Importante ressaltar a existência de várias terminologias para a designação do princípio sob comento. Os americanos falam em *razoabilidade*, que traz a idéia de ato conforme a razão, aferível por um raciocínio de dedução lógica. Os alemães valem-se indiscriminadamente das expressões *proibição do excesso* (*Übermassverbot*) e *proporcionalidade* (*Verhältnismässigkeit*), que, via de regra, englobam os elementos estruturantes do princípio da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Nota-se, pois, que o conceito desenvolvido na Alemanha é mais analítico e detalhista, eis que ultrapassa a avaliação do meramente razoável e procura uma lógica de equilíbrio, a qual tenta conciliar duas ou mais grandezas em oposição.

²¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Igualdade perante a lei. *Revista de Direito Público*. São Paulo, n. 78, p. 65-77, abr./jun. 1986, p. 76, nota 14.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, por vezes, não faz distinção entre os respectivos termos.²¹⁸ Para os fins da presente pesquisa, dar-se-á preferência à terminologia alemã que, por ser mais minuciosa e sistemática, é mais consentânea com a busca de racionalização aqui desejada. Essas variantes terminológicas, no entanto, não influenciam na importância prática do princípio de controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário.²¹⁹

6.2

Recorte estrutural do princípio da proporcionalidade

Como enfatizado, o princípio da proporcionalidade atua como condicionante do exercício da função legislativa, de forma a obstaculizar o abuso ou fraude à Constituição por meio da lei. Importante é compreender sua essência global justamente para determinar o modo como se opera o controle de constitucionalidade sob sua diretiva. O exame de seus elementos parciais ou subprincípios fornece supedâneo à detecção de vícios substanciais por uma

²¹⁸ “E M E N T A - Gás liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para substituição à vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menor: argüição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e PARS., 25, PAR. 2., 238, além de violação ao princípio de proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos: plausibilidade jurídica da argüição que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis à economia do setor, no caso de vir a declarar-se a inconstitucionalidade: liminar deferida” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI-MC n. 855/PR. Tribunal Pleno. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. D. J. 01/07/1993. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 30 out. 2007).

²¹⁹ Acerca da proporcionalidade na ordem constitucional brasileira, anota Paulo Bonavides: “No Brasil a proporcionalidade pode não existir enquanto norma geral de direito escrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional. A noção mesma se infere de outros princípios que lhe são afins, entre os quais avulta, em primeiro lugar, o princípio da igualdade, sobretudo em se atentando para a passagem da igualdade-identidade à igualdade-proporcionalidade, tão característica da derradeira fase do Estado de Direito. (...) O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como ‘norma jurídica global’, flui do espírito que anima em toda a sua extensão e profundidade o §2º do art. 5º, o qual abrange a parte não-escrita ou não-expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição. Poder-se-á enfim dizer, a esta altura, que o princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade. A ele não poderia ficar estranho o Direito Constitucional brasileiro. Sendo, como é, princípio que embarga o próprio alargamento dos limites do Estado ao legislar sobre a matéria que abrange direta ou indiretamente o exercício da liberdade e dos direitos fundamentais, mister se faz proclamar a força cogente de sua normatividade” (*Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. rev., at. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 395-6).

perspectiva diversa da tradicional, que avalia simplesmente a compatibilização lógico-formal com as normas constitucionais.

A visão estrutural e funcional do princípio *sub examine* permite também a compreensão de sua qualidade de determinante constitucional, capaz de estipular limites negativos e, principalmente, positivos, à ação legiferante.²²⁰ Para tanto, será adotada como referência a concepção estrutural acatada, regra geral, pela doutrina e jurisprudência alemãs.

O princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*) divide-se, assim, em três elementos ou subprincípios, quais sejam: a adequação (*Geeignetheit*), a necessidade (*Enforderlichkeit*) e a proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*). Estes, em conjunto, coligem a densidade indispensável ao alcance da funcionalidade almejada pelos operadores do Direito.

As medidas restritivas de direitos fundamentais, na maior parte das vezes, não podem ser reconduzidas a apenas uma das vertentes da proporcionalidade. Uma violação de tal natureza geralmente entrelaça diversos elementos e demanda a atuação concomitante dos subprincípios apontados.²²¹ Existe estreita correlação entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade, que se implicam reciprocamente. Para Robert Alexy:

(...) la máxima de la proporcionalidad, con sus tres máximas parciales de la adecuación, de necesidad (postulado del medio más benigno) y de la proporcionalidad en sentido estricto (el postulado de ponderación propiamente dicho), se infiere lógicamente del carácter de principio, es decir, es deducible de él.²²²

²²⁰ “Em termos gerais, as normas constitucionais dirigem-se ao legislador sob três formas fundamentais: (1) fixando princípios; (2) estabelecendo imposições; (3) definindo competências. Em qualquer dos casos, a lei, ao concretizar princípios, executar imposições ou exercer competências, não se pode nunca furtar a uma referência positiva e negativa às normas constitucionais. A fundamentação constitucional significa, desde logo, que é na constituição – nas suas normas ‘principais’, ‘impositivas’ e ‘orgânicas’ – que se deve procurar o parâmetro de referência material da actividade legiferante” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. Ed. cit., p. 267).

²²¹ “Impende assinalar que, na maioria das vezes em que está em julgamento a proporcionalidade de uma medida restritiva, é difícil identificar o vício da lei sob apenas uma de suas vertentes. A violação ao cânone em estudo faz com que se imbriquem os vários elementos que o configuram, e o resultado do teste aplicado pode, ainda, conectar-se com outros tipos de vícios que também afetam o conteúdo da lei. Não raro, a violação ao princípio da proporcionalidade vem acompanhada de atentado a outros princípios ou regras constitucionais, mas os fundamentos de cada qual são perfeitamente distinguíveis. É o caso, v.g., de uma restrição desigualitária, em que o legislador, além de impor uma restrição em si mesma desarrazoada, o faz em relação a apenas um grupo de pessoas” (BARROS, Suzana de Toledo. Op. cit., p. 77-8).

²²² ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ed. cit., p. 112.

Pelo excerto acima transcrito, os três subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) são aplicados de maneira sucessiva e escalonada. Carlos Bernal Pulido deslinda o processo de aplicação por meio da seguinte regra argumentativa:

Sobre el proceso sucesivo e escalonado de aplicación de los subprincipios de la proporcionalidad. En primer lugar, el Tribunal Constitucional verifica si la norma legal que interviene en el derecho fundamental es idónea. En caso de no serlo, debe declararla inconstitucional. Si por el contrario, la norma legal supera las exigencias de este primer subprincipio, debe ser sometida al análisis de necesidad y, si sale airoso, finalmente al escrutinio de proporcionalidad en sentido estricto. En caso de que la norma legal no supere las exigencias de estos últimos dos subprincipios también debe ser declarada inconstitucional.²²³

Primo, o subprincípio da adequação, da idoneidade ou da conformidade exige que a medida adotada para a realização de determinado interesse público apresente-se apropriada à consecução do fim ou fins a ele subjacentes. Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, “a exigência de conformidade pressupõe a investigação e a prova de que o acto do poder público é apto para e conforme os fins justificativos de sua adoção”.²²⁴

Especificamente em matéria de direitos fundamentais, apregoa a máxima da idoneidade que toda intervenção realizada nesta categoria de direitos, seja de caráter restritivo ou conformador, mostre-se capaz de oferecer alguma contribuição para a obtenção de um fim constitucionalmente legítimo.²²⁵ Neste sentido, duas são as características essenciais a toda e qualquer medida de intervenção nesta seara: a legitimidade constitucional do fim e a idoneidade para a obtenção do mesmo.

²²³ BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2003, p. 687.

²²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Ed. cit., p. 262.

²²⁵ De extrema valia é a observação de Suzana de Toledo Barros: “Note-se que a possibilidade de controle judicial sobre uma relação de causalidade, entre a medida restritiva adotada e o fim a que se destina, por si só já abala a idéia do legislador onipotente, capaz de criar situações desarrazoadas, incoerentes ou até mesmo bizarras. O juiz, por ocasião do controle de uma medida legislativa com repercussão na esfera de liberdade do cidadão, em um primeiro passo procura deduzir a razão de tal intervenção. Desde que tal fim esteja contido entre aqueles que a legitimam, ou, em outras palavras, desde que esteja o legislador autorizado a proceder a restrições naquela situação, deve o magistrado examinar se a medida restritiva é apta a atingir o fim pretendido” (BARROS, Suzana de Toledo. Op. cit., p. 79).

A exigência de aferição da legitimidade do fim, de acordo com Pulido, pode ser traduzida, genericamente, por meio da seguinte máxima: “el fin que fundamenta la intervención legislativa en el derecho fundamental debe ser considerado como un fin legítimo, cuando no está prohibido explícita o implícitamente por la Constitución”.²²⁶

No que tange à necessidade de investigação da idoneidade da intervenção legislativa, entende-se que esta pode ser expressada por um prisma negativista, de forma a considerar inapta a medida adotada que não possa contribuir de qualquer modo para a consecução do fim pretendido. Para Pulido, a exigência da idoneidade da medida pode ser complementada por um viés positivo, esboçado na seguinte fórmula:

La idoneidad de una medida adoptada por el Parlamento dependerá de que ésta guarde una relación positiva de cualquier tipo con su fin inmediato, es decir, de que facilite su realización de algún modo, con independencia de su grado de eficacia, rapidez, plenitud e seguridad.²²⁷

No contexto de um controle reduzido da adequação, Humberto Ávila oferece consistente substrato para que este ocorra dentro dos limites de um constitucionalismo democrático.²²⁸ Para o autor, importante é atentar para o fato de que nem sempre é possível ou plausível determinar, entre os possíveis meios, aquele mais intenso, melhor e mais seguro para a realização do fim. Tal determinação depende de informações e circunstâncias muitas vezes indisponíveis para a administração. Esta ficaria inviabilizada se, a cada decisão, tivesse que avaliar todos os meios possíveis e imagináveis para atingir certo fim.

Além disso, o princípio da separação dos Poderes exige respeito à vontade objetiva do Legislativo e do Executivo, sendo imprescindível um mínimo de liberdade de escolha. A liberdade seria tolhida se o Judiciário pudesse simplesmente optar por outro meio, sob a alegação de que o escolhido não era o mais adequado.

Por fim, a exigência de racionalidade na interpretação e aplicação das normas implica a necessidade de análise de todas as circunstâncias do caso

²²⁶ BERNAL PULIDO, Carlos. Op. cit., p. 690.

²²⁷ Ibidem, p. 720.

²²⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 152 et seq.

concreto. Assim, a “imediate exclusão de um meio que não é o *mais intenso, o melhor e o mais seguro* para atingir o fim impede a consideração de outros argumentos que podem justificar a escolha”.²²⁹ Neste comenos, o exame da adequação somente resulta na invalidação da medida adotada nos casos “em que a incompatibilidade entre o meio e o fim for claramente manifesta. Caso contrário deve prevalecer a opção encontrada pela autoridade competente”.²³⁰

Secundo, o subprincípio constitutivo da necessidade, exigibilidade ou da menor ingerência assenta-se na premissa de que o cidadão tem direito à menor desvantagem possível. Tal princípio pretende evitar a adoção de medidas interventivas sobre os direitos fundamentais que, embora se apresentem adequadas, não se revelam necessárias a atingir os escopos visados pelo ordenamento jurídico-constitucional.

Consoante a perspectiva de Canotilho, “exigir-se-ia sempre a prova de que para a obtenção de determinados fins, não era possível adoptar outro meio menos oneroso para o cidadão”.²³¹ Encontra-se, pois, associada a idéia de necessidade à de menor sacrifício possível das posições jurídicas do cidadão, o que impinge a eleição, entre as medidas possíveis, daquela que se afigure menos gravosa. Pulido enfatiza que:

De acuerdo con el supprincipio de necesidad, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.²³²

Em virtude da relatividade e dificuldade de precisa determinação do subprincípio em baila, tem a doutrina elaborado outros elementos, com fito de atribuir-lhe maior operacionalidade prática.²³³ Consistem tais elementos, segundo

²²⁹ Ibidem, p. 154.

²³⁰ Ibidem, p. 157.

²³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Ed. cit., p. 262.

²³² BERNAL PULIDO, Carlos. Op. cit., p. 734.

²³³ Em defesa da objetividade de tal análise, Suzana de Toledo Barros: “Acresce aduzir que o juízo acerca da exigibilidade de uma medida restritiva não se dará senão pela valoração complementar no caso concreto, que envolve uma avaliação sobre o grau de afetação do destinatário, em função do meio eleito. Haverá aqui, portanto, uma margem de livre apreciação do juiz que nem por isso retira seu caráter objetivo, antes se explica em função da própria natureza da ciência do direito. O que se pretende apenas registrar é que o processo de avaliação da *necessidade* de uma medida legal restritiva de direito é controlável e pode ser, em inúmeras situações, respaldado por provas, já que, assim, como em relação ao subprincípio da adequação, está ligada a otimização de possibilidades fáticas” (BARROS, Suzana de Toledo. Op. cit., p. 83).

o magistério de Canotilho, na exigibilidade material, vez que “o meio deve ser o mais ‘poupado’ possível quanto à limitação dos direitos fundamentais”; na exigibilidade espacial, que indica a necessidade de restrição do âmbito da intervenção; na exigibilidade temporal, que pressupõe a delimitação no tempo da medida coativa; e na exigibilidade pessoal, que significa que o meio deve se limitar às pessoas que tenham seus interesses sacrificados.²³⁴ Nas palavras do referido autor:

O princípio da exigibilidade não põe em crise, na maior parte dos casos, a adoção da medida (necessidade absoluta), mas sim a necessidade relativa, ou seja, se o legislador poderia ter adoptado outro meio igualmente eficaz e menos desvantajoso para o cidadão.²³⁵

Tertio, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito determina que, mesmo após uma conclusão favorável acerca da adequação e necessidade da medida coativa, se indague acerca da proporção do resultado obtido com a intervenção, ou seja, se esta se apresenta proporcional à carga restritiva da medida empregada. Atua, por conseguinte, como um ajuste de sintonia fina, como um subprincípio da justa medida. Significa dizer que meios e fins, através de um juízo de ponderação, devem ser colocados em uma equação no intuito de avaliar se o meio empregado é ou não desproporcional em relação ao seu fim, pesando-se as desvantagens daquele em relação às vantagens deste.²³⁶ Robert Alexy assim justifica a necessidade da ponderação:

La máxima de la proporcionalidad en sentido estricto, es decir, el mandato de ponderación, se sigue de la relativización con respecto a las posibilidades jurídicas. Si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio opuesto, entonces la posibilidad jurídica de la realización de la norma de derecho fundamental depende del principio opuesto. Para llegar a una decisión, es necesaria una ponderación en el sentido de la ley de colisión. Como la aplicación de principios válidos, cuando son aplicables, está ordenada y como para la aplicación en el caso de colisión se requiere una ponderación, el carácter de

²³⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Ed. cit., p. 262.

²³⁵ *Ibidem*, p. 262.

²³⁶ “Na verdade, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito convida o intérprete à realização de autêntica ponderação. Em um lado da balança devem ser postos os interesses protegidos com a medida; e, no outro, os bens jurídicos que serão restringidos ou sacrificados por ela. Se a balança pesar para o lado dos interesses tutelados, a norma será válida, mas, se ocorrer o contrário, patente será sua inconstitucionalidade” (SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 89).

principio de las normas iusfundamentales implica que, cuando entran en colisión con principios opuestos, está ordenada una ponderación.²³⁷

Conforme o princípio da proporcionalidade *stricto sensu*, a importância da intervenção no direito fundamental deve estar justificada pela relevância da realização do fim objetivado pela intervenção legislativa, significando que as vantagens obtidas com a medida adotada devem compensar os sacrifícios por ela impostos aos titulares dos direitos fundamentais e à sociedade em geral.²³⁸

Afirma-se, assim, a possibilidade de existirem restrições aos direitos fundamentais, desde que respeitadas as limitações constitucionais e preservados os caracteres basilares do Estado Democrático de Direito. A restrição, como colocado, jamais determinará sua completa ab-rogação, mas tão-somente uma redução no âmbito de incidência em certo caso.²³⁹

Relativamente ao direito de igualdade, restrições a uma das acepções podem ocorrer em função da adoção das ações afirmativas, precipuamente no caso de discriminações positivas. Efetiva-se, por esse caminho, a dimensão da igualdade enquanto obrigatoriedade de diferenciação daqueles que se encontram, na realidade, em situações díspares, as quais dão ensejo a um tratamento jurídico diferenciado.

É imprescindível que tal questão seja conduzida com a maior diligência possível. A adoção de mecanismos de discriminação positiva deve cingir-se aos baldares constitucionais que regem as limitações dos direitos fundamentais, mormente quando previstas de forma expressa. A injustificada disparidade

²³⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ed. cit., p. 112.

²³⁸ A proporcionalidade em sentido estrito diferencia-se da necessidade, já que esta importa na otimização das possibilidades fáticas, enquanto aquela procura conciliar fatores de ordem jurídica. É, assim, a seara propícia à ponderação e sopesamento de interesses jurídicos conflitantes: “Assim, é de refletir-se sobre a possibilidade da declaração de inconstitucionalidade da lei, com fundamento na proporcionalidade em sentido estrito, quando em exame medidas legais que, embora se proponham a dar garantia a um determinado direito, acabam por afetar, via reflexa, outro também protegido constitucionalmente, situação ensejadora de uma colisão de direitos” (BARROS, Suzana de Toledo. Op. cit., p. 85).

²³⁹ Wilson Antônio Steinmetz conceitua a restrição a direitos fundamentais como “uma modificação normativa ou factual, justificada na ou não contrária à Constituição, de um ou de alguns dos elementos configuradores do direito fundamental”. No que diz respeito aos limites dessa intervenção, assevera o autor: “Em hipótese alguma, o legislador poderá restringir direitos fundamentais sem que haja autorização constitucional ou em qualquer hipótese em que a restrição for contrária à Constituição ou nela não encontrar justificção. Toda restrição apenas será válida se de alguma maneira justificada constitucionalmente. Por isso a afirmação de Alexy segundo a qual ‘las normas son restricciones de derechos fundamentales solo si son constitucionales’” (*Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Op. cit., p. 28 e 37).

normativa entre duas situações eminentemente paritárias não significa restrição à igualdade, mas sim sua violação.

Uma diversidade de tratamento entre duas categorias que se encontram em situações equivalentes ou semelhantes jamais poderá existir na sociedade. Se isso ocorrer, a solução está em alargar a situação mais vantajosa a todos que dela deveriam usufruir ou, ainda, caso a benevolência inclua indivíduos que não fazem jus a tanto, deve-se limitar os beneficiados e excluir do grupo os que nele não devam figurar. A concessão de diferença de tratamento em favor de alguns sujeitos, com a exclusão de outros na mesma situação, representa grave violação do princípio da igualdade e atentado contra o Estado Democrático de Direito. De fato, tal situação não pode perdurar, sob pena de se consagrar a arbitrariedade.

6.3 A proporcionalidade no contexto democrático

Inegável é que o princípio da proporcionalidade comporta certo viés valorativo. Cada critério acima descrito supõe um juízo axiológico: a decisão sobre qual é o fim digno de proteção; o exame de aptidão e idoneidade da norma elaborada pelo Legislativo, questão controversa e que remete à análise de dados técnicos empíricos; a perquirição sobre a existência de outras intervenções menos gravosas, onde o juiz assume o papel de um diligente legislador na procura da solução mais apropriada; o juízo de proporcionalidade em sentido estrito, no qual a apreciação subjetiva dos valores envolvidos e da relação custo-benefício é praticamente inevitável.

Como consabido, os princípios não diminuem, e sim aumentam a indeterminação do Direito. Nem os juízes nem a sociedade compartilham uma moral objetiva e conhecida, capaz de possibilitar decisões sempre coerentes e homogêneas. A ponderação de direitos contribui para agravar esse quadro, pois as “circunstancias del caso que han de ser tomadas en consideración constituyen una variable de difícil determinación, y donde el establecimiento de una jerarquía móvil descansa irremediabilmente en un juicio de valor”.²⁴⁰

²⁴⁰ PRIETO SANCHÍS, Luis. Op. cit., p. 204.

Contudo, isso não significa dizer que o princípio da proporcionalidade seja apenas uma forma disfarçada de permitir o exercício da arbitrariedade. O fato de não consistir em simples juízo mecânico de subsunção normativa não equivale à irracionalidade. Decerto, a Constituição não estabelece hierarquia de valores, bens ou direitos. Decidir qual dos princípios será circunstancialmente sacrificado em nome da satisfação do outro implica necessariamente uma valoração.

O ponto crucial da decisão, por vezes, escapa à normatividade constitucional, desembocando na imperatividade de um exercício argumentativo e racional. Neste contexto, alguns doutrinadores não hesitam em classificar a ponderação como forma de interpretação moral da Constituição.²⁴¹ Afirmam, outrossim, que a ponderação atinge fatalmente a supremacia legislativa, já que o conteúdo discricionário desencadearia forte dose de judicialismo, o que representa a supremacia de um poder elitista e não democrático. Alijar-se-iam, por conseguinte, o império da lei e a supremacia do legislador.

No entanto, o relevante papel atribuído pelo novo constitucionalismo aos juízes não acarreta radical transformação no modo de aplicar o Direito nem na separação dos poderes.²⁴² O juízo de proporcionalidade é consectário natural da vinculação direta dos princípios e direitos fundamentais, tal como exposto alhures. Conquanto não possa assegurar uma só resposta para todo problema prático, indica ao menos a imperatividade da fundamentação na solução de conflitos constitucionais.

²⁴¹ Paolo Comanducci enfatiza que a discricionariedade judicial pode dar azo a significações variadas, decorrentes de diferentes posturas políticas e ideológicas: “En la aplicación de la Constitución me parece especialmente peligrosa la técnica de la ponderación caso por caso de los principios. (...) La deliberada opción de no instituir jerarquías explícitas entre los principios, al menos por grupo de casos (...), implica la atribución a los jueces constitucionales de un margen tan amplio de discrecionalidad que los convierte no sólo en colegisladores, sino incluso, en algunos casos, en coautores de la misma Constitución” (Modelos e interpretación de la Constitución. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Teoría de la Constitución*. Porrúa: UNAM, 2000, p. 153, apud PRIETO SANCHÍS, Luis. Op. cit., p. 205).

²⁴² Écio Oto Ramos Duarte, com base nas lições de Ronald Dworkin, identifica a ponderação como inerente ao constitucionalismo ora emergente: “O neoconstitucionalismo propugna que, na resolução dos chamados *hard cases* (casos difíceis) – nos quais nenhuma regra estabelecida dita uma decisão em qualquer direção, diferentemente da postura do juiz indicada pela teoria do positivismo jurídico, consistente no poder discricionário para decidir o caso de uma maneira ou de outra, o juiz, pautado na tese dos direitos, tem o dever de ‘descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente’ devendo agir ‘como se fossem delegados do poder legislativo, promulgando as leis que, em sua opinião, os legisladores promulgariam caso se vissem diante do problema’” (DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico. As teorias do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 69-70).

Direciona-se, pois, a estratégia argumentativa para um ponto: por que se deve limitar um princípio em favor de outro, cotejando-se o grau de sacrifício de um deles com o grau de satisfação do outro. Na opinião de Luis Prieto Sanchís, citando Robert Alexy:

Como dice Alexy en este mismo sentido, las objeciones de irracionalidad o subjetivismo ‘valen en la medida en que con ellas se infiera que la ponderación no es un procedimiento que, en cada caso, conduzca exactamente a un resultado. Pero no valen en la medida en que de ellas se infiera que la ponderación no es un procedimiento racional o es irracional’. En suma, que exista un cierto peligro de particularismo no significa que la ponderación abra las puertas a juicios basados en la intuición, el palpito o la corazonada. La ponderación se endereza a la construcción de una regla y, si nos tomamos en serio las exigencias de la argumentación, ello significa el respeto a un principio de universalización que opera como garantía última de racionalidad.²⁴³

Logo, é importante debelar algumas críticas feitas ao princípio da proporcionalidade. Ernst Forsthoff enfatiza que a associação entre fins perseguidos e meios adequados somente faz sentido no âmbito da discricionariedade administrativa.²⁴⁴ Acredita o autor que, entendida como liberdade na escolha de comportamentos para a obtenção de uma finalidade legal, a discricionariedade não pode ser transposta para o Direito Constitucional, pela razão lógica de que o legislador não se submete ao suporte fático, visto que a ele incumbe a escolha do *Tatbestand*.

Para o autor, espaço de liberdade do legislador não se resume à simples eleição de um resultado jurídico ante as possibilidades ofertadas pela Constituição. O poder é bem mais amplo, envolvendo a conformação dos direitos e a própria determinação dos fins. Nesse pensamento, a proporcionalidade é incapaz de atuar como limite, já que é inconcebível ponderar o meio em função do fim, pois ambos são estipulados ao livre alvedrio do legislador.

Como já enfatizado, a atividade administrativa de execução de leis realmente não se equipara à tarefa de concretização das normas constitucionais, mesmo nas hostes de uma Constituição concebida como programa normativo concreto, aberto e orientado para o futuro. Há essencial diferença entre administrador e legislador. Este se encontra, no entanto, vinculado jurídico-normativamente às normas constitucionais, o que significa afirmar que sua

²⁴³ PRIETO SANCHÍS, Luis. Op. cit., p. 206-7.

²⁴⁴ Cf. BARROS, Suzana de Toledo. Op. cit., p. 206 et seq.

atividade não está imune ao controle judicial. A vinculação do legislador no cenário (ainda que mitigado) de uma Constituição dirigente ilide a crítica de Forsthoff. Esclarecedora a lição de Suzana de Toledo Barros:

Com apoio doutrinário nas lições de CANOTILHO, sustenta-se que essa vinculação do legislador tanto se dá em relação às determinantes heterônomas, isto é, em relação aos princípios e fins específicos dados pela Constituição na regulação de determinada matéria, como em face das chamadas determinantes autônomas. Do que se trata, nessa última hipótese, é de uma limitação dada *ab intra* pela lei a si própria. Embora, em inúmeras situações, seja o legislador livre em vista de limites externos, não estando vinculado a fins constitucionais previamente estipulados para determinada regulação, não deixa de vincular-se a limites internos de razoabilidade, isto é, de justa ponderação na relação meio-fim.²⁴⁵

Outros críticos apontam para o que seria um alto grau de decisionismo judicial e subjetivismo, em detrimento das prerrogativas do legislador. É o caso, por exemplo, de Jürgen Habermas, para quem a consideração dos direitos fundamentais em termos de bens e valores, ponderáveis no caso concreto, converte o Tribunal em instância autoritária, que invade as competências do Legislativo. A negociação sobre quais bens e valores são mais justos ou adequados ao caso fomenta o perigo de juízos irracionais, já que os argumentos funcionalistas prevaleceriam sobre os normativos.²⁴⁶

A alternativa oferecida pelo autor para racionalizar a questão consiste em uma argumentação que só permita uma única solução correta. Desprezam-se quaisquer elementos valorativos passíveis de ponderação e racionalização teleológica.²⁴⁷ Por tal ponto de vista, a ponderação é despicienda, eis que um

²⁴⁵ BARROS, Suzana de Toledo. Op. cit., p. 206-7. Corroborando tal entendimento, Luis Prieto Sanchís: “Aunque la Constitución no modele exhaustivamente el orden social, pues si lo hiciera estaría de más la democracia y terminaría siendo normativamente cierto eso de que ‘todos los gobiernos son iguales’, tampoco es un simple límite procedimental o de garantías mínimas; representa, cuando menos, un proyecto en el que caben distintos programas, pero no todos, y que, en determinadas esferas, suministra criterios materiales o substantivos, a veces con el carácter tendencialmente conflictivo que hemos visto. Lo que ocurre, a mi modo de ver, es que precisamente en la ponderación de la ley uno de los principios que entran en juego es la libertad configuradora del legislador, que opera siempre como argumento a favor de la conservación de la norma; cabe decir entonces que la democracia y su exigencia de respeto a la ley no sólo no quedan sacrificadas por la ponderación, sino que forman parte de la misma” (Op. cit., p. 212-3).

²⁴⁶ “Ao deixar-se conduzir pela idéia de realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária. No caso de uma colisão, *todas* as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas e princípios do direito” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Ed. cit., p. 321).

²⁴⁷ “Os direitos fundamentais, ao contrário, ao serem levados a sério em seu sentido deontológico, não caem sob uma análise dos custos e vantagens. (...) Tais normas encontram a sua determinação

mesmo caso nunca estará no âmbito de dois princípios de direito contraditórios (e se, acaso estiver, o conflito é apenas aparente). Sempre haverá um mais adequado que outro, identificável sem o recurso a valorações.

O ponto de vista esboçado por Jürgen Habermas encontra paralelo nas concepções dogmáticas de direitos fundamentais que negam a possibilidade de limites externos, por considerar que os mesmos já se encontram perfeitamente delimitados no texto constitucional. Tal posição é de difícil sustentação, especialmente em se tratando de Constituições pluralistas e dotadas de princípios e direitos com alto grau de abstração, sendo, portanto, potencialmente contraditórias (como é o caso da Constituição brasileira de 1988). Pertinente, portanto, a crítica de Luis Prieto Sanchís:

A mi juicio, estas críticas a la ponderación responden a una defectuosa comprensión de los conflictos constitucionales. Para Habermas, la coherencia sistemática que se predica de las normas constitucionales en el plano de validez parece que puede prolongarse racionalmente en el plano de la aplicación, y por ello un principio no puede tener mayor o menor peso, sino que será adecuado o inadecuado para regular el caso concreto y siempre habrá uno más adecuado. Pero sorprende la ausencia de procedimientos o argumentos alternativos en orden a perfilar el contenido estricto de cada norma y su correspondiente adecuación abstracta a un catálogo exhaustivo de posibles casos de aplicación. Justamente, lo que busca la ponderación es la norma adecuada al caso, y no, como parece sugerir Habermas, la imposición más o menos arbitraria de un punto medio; no se trata de negociar valores de un modo particularista, sino de construir una regla susceptible de universalización para todos los casos que presenten análogas propiedades relevantes; se trata, en suma, de hacer explícitas del modo más razonable las excepciones implícitas a los distintos principios, de establecer las condiciones de aplicación de normas abiertas en el sentido ya indicado.²⁴⁸

6.4

clara num discurso de aplicação. No caso de colidirem com outras prescrições jurídicas, não há necessidade de uma decisão para saber em que medida valores concorrentes são realizados. Como foi mostrado, a tarefa consiste, ao invés disso, em encontrar entre as normas aplicáveis *prima facie* aquela que se adapta melhor à situação de aplicação descrita de modo possivelmente exaustivo e sob todos os pontos de vista relevantes. É preciso estabelecer um nexo racional entre a norma pertinente e as normas que passam para o pano de fundo, de tal modo que a coerência do sistema de regras permaneça intocada em seu todo. As normas pertinentes e as retroativas não se relacionam entre si como valores concorrentes, os quais, na qualidade de mandamentos de otimização, seriam realizados em diferentes níveis: porém, como normas ‘adequadas’ ou ‘não-adequadas’. (...) É certo que as normas válidas formam uma estrutura relacional flexível, na qual as relações podem deslocar-se segundo as circunstâncias de cada caso; porém esse deslocamento está sob reserva da coerência, a qual garante que todas as normas se ajuntam num sistema afinado, o qual admite para cada caso uma única solução correta” (Ibidem, p. 322-3).

²⁴⁸ PRIETO SANCHÍS, Luis. Op. cit., p. 209-10.

A norma de ação afirmativa e o crivo da proporcionalidade

A aferição da parametricidade constitucional de eventual norma instituidora das políticas de ações afirmativas far-se-á, invariavelmente, por meio de sua submissão ao crivo da proporcionalidade.²⁴⁹ Este, como demonstrado na presente pesquisa, atua como limite material à restrição de direitos fundamentais, de modo a balizar a restrição imposta no âmbito da igualdade formal com o implemento de medidas voltadas à consecução de igualdade material.²⁵⁰

Além disso, funciona como critério definidor da constitucionalidade, no marco da igualdade, dos tratamentos iguais ou desiguais dispensados através de lei. No caso das ações afirmativas, reveste-se de importância o fator de discriminação, já que é inconcebível a injustificada disparidade normativa entre duas situações realmente paritárias. Caso isso ocorra, não haverá restrição ao princípio da igualdade, mas sim sua violação.

Outrossim, no que tange à apreciação de fatos e prognoses legislativos, enfatizou-se a necessidade de elaboração de processos racionais, com o fito de evitar decisões lastreadas em bases puramente intuitivas. E, como afirmado, o princípio da proporcionalidade foi a saída encontrada pela doutrina e pela jurisprudência, na tentativa de realizar um controle jurídico-constitucional do espaço de conformação do legislador e situar constitucionalmente o âmbito da prognose legislativa.

²⁴⁹ Daniel Sarmiento elenca os seguintes limites constitucionais materiais para as políticas de ação afirmativa no campo racial: “(a) as políticas de ação afirmativa não podem ser impostas aos seus beneficiários contra a vontade deles; (b) elas devem ser temporárias e (c) devem estar de acordo com o princípio da proporcionalidade, na sua tríplice dimensão: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito” (A Igualdade Étnico-Racial no Direito Constitucional Brasileiro: Discriminação “De Facto”, Teoria do Impacto Desproporcional e Ação Afirmativa. In: *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Ed. cit., p. 163).

²⁵⁰ O artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição portuguesa de 1974 estipula, *expressis verbis*: “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”. Ao comentar o referido dispositivo, Willis Santiago Guerra Filho destaca a importância da proporcionalidade no controle das restrições impostas aos direitos fundamentais: “Essa norma, notadamente em sua segunda parte, enuncia a essência e destinação do princípio da proporcionalidade: preservar os direitos fundamentais. Tal princípio, assim sendo, coincide com a essência e destinação mesma de um Constituição que, tal como hoje se concebe, pretenda desempenhar o papel que lhe está reservado na ordem jurídica de um Estado de Direito Democrático. Daí termos nos referido a esse princípio como ‘princípio dos princípios’, verdadeiro *principum* ordenador do direito” (Hermenêutica constitucional, direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (orgs.). *Hermenêutica Plural: possibilidades filosóficas em contextos imperfeitos*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 406).

Diante disso, impõe-se como necessário o exame do processo de submissão da norma instituidora de quotas para afrodescendentes nas instituições oficiais de ensino superior ao crivo da proporcionalidade, a partir do enquadramento de seus aspectos essenciais aos subprincípios apresentados.

6.4.1

O subprincípio da adequação ou idoneidade

Do ponto de vista da adequação (*Geeignetheit*), realiza o Tribunal o exame dos fatos e das prognoses empregados pelo legislador no momento da decisão pela positividade da política de discriminação positiva.

O legislador, *ab initio*, constata a presença de uma desequiparação fática entre a população afrodescendente e os demais grupos étnico-raciais componentes da tessitura social, derivando esta situação de desequilíbrio de manifestações de cunho discriminatório. A constatação realizada pelo legislador constitui um fato legislativo, o qual pertence, conforme a denominação atribuída por Klaus Jürgen Philippi, à classe dos fatos atuais (*gegenwärtige Tatsachen*). Tal aspecto encontra-se abarcado pelo subprincípio da adequação, eis que esse fato legislativo é determinante para adoção do meio coativo, cuja idoneidade se deseja averiguar.

O Poder Judiciário, de seu turno, realiza a análise desta realidade, sob a perspectiva da adequação, investigando tanto a existência do fato legislativo ensejador da medida, quanto a correção da mesma. Procede o Tribunal à verificação da existência da aludida desequiparação entre negros e demais grupos étnico-raciais. Deve este disparate apresentar-se como consequência de práticas discriminatórias. Averigua-se, por conseguinte, a correção da avaliação do órgão legiferante, ou seja, se a conclusão é compatível com o supedâneo fático.

Caso o órgão julgante constate a inexistência ou incorreção do fato legislativo, fica patente a inobservância do princípio da proporcionalidade. A aferição da norma pára, então, nesse ponto, em razão da inadequação da medida, o que a torna fatalmente acoimada de vício de inconstitucionalidade.

Na hipótese de o Judiciário, ao revés, constatar a existência e a correção do fato considerado pelo legislador, avança-se na apreciação da constitucionalidade da medida, já que a própria existência desta está justificada, por ser o fato

legislativo o pressuposto de sua adoção. Adentra-se, ainda no âmbito do subprincípio da adequação, na apreciação da idoneidade do meio em si, que se encontra umbilicalmente unida ao prognóstico realizado.

A prognose elaborada pelo legislador, no caso das quotas raciais, consiste na percepção destas como meio idôneo, como mecanismo apto a promover a cessação do injusto desnivelamento, constatado quando da análise dos fatos atuais, entre a população de origem negra e os demais grupos raciais. O legislador vislumbra a possibilidade de que, através da instituição de um programa de discriminação positiva, possa concretizar a equiparação entre os grupos étnicos e promover a integração social, econômica e cultural da população de origem afro-brasileira, com a consagração do imperativo da igualdade material.

Sob o crivo da adequação, efetua o Tribunal a avaliação desta prognose, na tentativa de aferir se a mesma é correta. Esse juízo passa pela investigação da possibilidade de a lei instituidora romper com o contexto de injusta desigualdade fática constatado. Averigua-se, neste ponto, a relação de conformidade entre o meio (a lei implementadora da discriminação positiva) e o fim (cessação do desequilíbrio fático), o qual deveria mostrar-se constitucionalmente legítimo (consagração da igualdade material, que deve carrear benefícios suficientes para compensar a restrição sofrida pela igualdade formal).²⁵¹

Constatada, de imediato, a falha ou incorreção da prognose – representada por meio da impossibilidade de oferecimento de qualquer contribuição pela lei de ações afirmativas à consecução do fim de promoção de equiparação fática –, revela-se a medida desproporcional. Portanto, em função da clara inadequação, impõe-se a declaração da inconstitucionalidade da norma.

Caso não se possa concluir, de plano, pelo equívoco da prognose, deve o Judiciário considerar a norma de discriminação positiva compatível com a máxima da adequação e passa-se ao âmbito do subprincípio da necessidade. Como

²⁵¹ “Em relação ao subprincípio da adequação, cumpre aferir se a política de ação afirmativa que esteja sendo examinada é apta para promover os objetivos a que se destina, de combate à desigualdade material e de promoção do pluralismo. Se, por exemplo, um determinado grupo étnico não está sub-representado numa instituição qualquer, não faz sentido promover qualquer medida de discriminação positiva em favor dos integrantes do grupo no âmbito daquela instituição. Por exemplo, não seria adequada uma política de ação afirmativa que reservasse vagas para afrodescendentes em times de futebol, pois eles já estão muito bem representados nesta seara, e a medida, ao invés de combater estereótipos, acabaria por reforçá-los” (SARMENTO, Daniel. *A Igualdade Étnico-Racial no Direito Constitucional Brasileiro: Discriminação “De Facto”, Teoria do Impacto Desproporcional e Ação Afirmativa*. In: *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Ed. cit., p. 165).

visto, a falha perceptível somente com o transcurso do tempo, ou seja, com a aplicação da medida, é irrelevante sob o prisma constitucional.²⁵² Na hipótese de se afigurar verdadeira ou correta a prognose presente na lei consagradora das ações afirmativas, passa-se, também, à aferição da necessidade da medida.

No caso das quotas raciais, o escopo maior é o aumento da representatividade de indivíduos afrodescendentes nos bancos universitários, de maneira proporcional à representatividade social. Especificamente no que tange à promoção de inclusão social, a implementação de quotas afigura-se mecanismo perfeitamente apto a atingir tal objetivo. O prognóstico legislativo seria, ao menos à primeira vista, correto. E, desse modo, por não apresentar erro evidente, não é passível de ser infirmado pelo Poder Judiciário.

Entretanto, é importante atentar para outros questionamentos que circundam o caso. Deve-se perquirir acerca da possibilidade de o mecanismo escolhido alcançar o objetivo almejado e alterar as anomalias sociais sem provocar nenhuma ruptura danosa à sociedade.

Muitos dos denodados defensores das mudanças sociais propugnam categoricamente que as transformações somente são viáveis por meio de acontecimentos abruptos e de transformações incisivas, capazes de conduzir a uma mudança paradigmática. Tal discurso proselitista não pode encontrar guarida em um verdadeiro Estado Democrático de Direito, o qual demonstra sua essência e força justamente na capacidade de responder aos problemas proativamente dentro de seu próprio quadro institucional. Rupturas são, portanto, parte de um quadro de barbárie, incompatíveis com a paz e a justiça.²⁵³

Diante disso, um dos aspectos mais controvertidos diz respeito à proporcionalidade numérica de tais medidas restritivas. O percentual de vagas reservadas deve ser hábil a alcançar a finalidade pretendida, sem acarretar brusca

²⁵² Acerca do momento de apreciação da adequabilidade de uma lei, enfatiza Suzana de Toledo Barros: “É possível, pois, que uma lei contemple, ou pareça contemplar, no momento de sua edição, uma relação meio-fim adequada e, ao longo do tempo, mostre-se discordante do programa da Lei Fundamental, seja porque os efeitos previstos não ocorreram, seja porque se tenham verificado ulteriores conseqüências jurídicas indesejáveis. Essa circunstância é muito comum em se tratando de leis interventivas na economia e não está apta a justificar um juízo de inadequação. Nesse sentido, o Tribunal Constitucional alemão acentuou que a prognose legislativa só pode ser aferida em face do contexto político-econômico ao tempo da edição da lei (BVerfGE 30, 292,316)” (Op. cit., p. 80).

²⁵³ Notável é a observação de Humberto Ávila: “A adequação exige uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deve levar à realização do fim. Isso exige que o administrador utilize um meio cuja eficácia (e não o meio, ele próprio) possa contribuir para a promoção gradual do fim” (*Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Ed. cit., p. 152-3).

ruptura com o sistema vigente. Com isso, juridicamente, evita-se cair em uma situação de inconstitucionalidade clara e, socialmente, obtém-se maior pacificação e aceitação da discriminação positiva. No dizer de Leila Pinheiro Bellintani:

Dessa forma, questões como percentual necessário, reserva de quotas condizentes com a realidade social, cuidado na inserção de tais medidas para não causar turbulências na comunidade, etc. devem ser cuidadosamente avaliadas através de estudos não apenas quantitativos, mas principalmente qualitativos, avaliando os efeitos que tais mecanismos necessitam, devem e podem inserir na sociedade.²⁵⁴

Uma análise açodada da questão conduz à falsa idéia de que, para concretizar a igualdade em seu viés material, basta realizar a imediata equiparação entre o percentual de indivíduos pertencentes a minorias e o percentual dos mesmos nas universidades ou no mercado de trabalho. Posto que esse possa ser, idealisticamente, o melhor critério, por vezes é impossível sua adoção de imediato.

Mecanismos complexos como as discriminações positivas devem ser implantados paulatinamente, de forma a evitar repulsa social ou qualquer outro tipo de reação adversa. Ademais, a reserva de vagas não pode simplesmente levar em consideração o número de indivíduos marginalizados na sociedade, e sim o número de membros marginalizados detentores das qualificações necessárias a alcançar os bens escassos da vida. Do contrário, colocam-se em risco as “searas econômica, política e cultural da sociedade”.²⁵⁵

Esse requisito do subprincípio da adequação vem constantemente sendo violado pelas medidas que impõem a adoção de quotas no ensino superior brasileiro. Em alguns casos, o percentual chega a quarenta por cento das vagas, implementado de forma abrupta. Irrepreensível é a lição de Cláudio Ari Mello:

²⁵⁴ BELLINTANI, Leila Pinheiro. Op. cit., p. 118.

²⁵⁵ Ibidem, p. 118. Corroborando tal entendimento, María Ángeles Martín Vida: “cuando la medida consista en una reserva de plazas o en la fijación de un objetivo numérico que ha de ser satisfecho en un determinado período de tiempo, el número o porcentaje de miembros del colectivo tradicionalmente marginado en que se cifre esa reserva o ese objetivo no se puede fijar en función de la proporción que tales sujetos representan en el conjunto de la población, sino que representan entre las personas que reúnen la cualificación requerida en un ámbito (académico o profesional) determinado. Con ello no se limitan las oportunidades de alcanzar un determinado puesto o de acceder a un cierto bien escaso e indivisible que los miembros del colectivo dominante tendrían en una sociedad perfectamente justa en la que no hubiese ningún fenómeno de discriminación activa o estructural” (*Fundamento y Límites Constitucionales de las Medidas de Acción Positiva*. Ed. cit., p. 231, apud BELLINTANI, Leila Pinheiro. Op. cit., p. 118).

Do mesmo modo, a liberdade política de conformação do legislador para estabelecer cotas raciais de acesso universitário não é irrestrita. O caso da Lei nº 3.708, de 9 de novembro de 2001, do Estado do Rio de Janeiro é um exemplo paradigmático de inconstitucionalidade material por violação da proporcionalidade, vale dizer, por excesso do Poder Legislativo. A lei estadual instituiu um sistema de cotas raciais no elevado percentual de 40% das vagas da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF) para as populações negras e pardas, quantitativo que parecia efetivamente representar um exemplo nítido de medida legal desproporcional e, por conseqüência, inconstitucional, em face do direito constitucional à igualdade de acesso ao ensino superior. Essa lei foi expressamente revogada e substituída pela Lei Estadual nº 4.151, de 4 de setembro de 2003, que impõe às universidades estaduais fluminenses, a fim de promover as desigualdades étnicas, sociais e econômicas (cf. art. 1º), o estabelecimento de reserva de vagas em todos os seus cursos universitários para alunos carentes, pertencentes a três grupos sociais: oriundos de escolas públicas, negros e portadores de deficiência. Muito embora o artigo 2º permita que as próprias universidades fixem os percentuais das vagas reservadas, o art. 5º dispõe que, nos primeiros cinco anos de vigência da lei, as universidades deverão reservar, em todos os seus cursos, 20% das vagas para candidatos oriundos da rede pública de ensino, 20% para candidatos negros e 5% para portadores de deficiência. O novo percentual de cotas raciais é muito mais razoável em comparação com o percentual da lei anterior, o que indica que o Governo e o Poder Legislativo do Estado do Rio de Janeiro reconheceram que o percentual inicial violava o princípio da proporcionalidade e portanto era inconstitucional, pois restringia excessivamente o princípio constitucional e o direito fundamental à igualdade no acesso ao ensino superior.²⁵⁶

Outro ponto a ser considerado, ainda no plano da adequação prognóstica da medida, refere-se à suficiência da mesma. Dentro da realidade brasileira, é patente que a simples reserva de vagas para afrodescendentes no ensino superior é incapaz de promover a inclusão social pretendida. Por representarem, via de regra, a

²⁵⁶ MELLO, Cláudio Ari. Op. cit., p. 162. Na mesma linha de raciocínio, Luís Roberto Barroso aduz o seguinte: “É possível defender, como ponderação razoável, uma cota em torno de 10% apta a permitir a ascensão social do segmento desfavorecido, sem frustrar os objetivos do ensino universitário. Quotas de 40% e 50% são injustas e irrazoáveis porque: a) não são adequadas a promover o fim visado, uma vez que sua conseqüência é a queda geral do nível de ensino; b) violam em grau excessivo (e, por isso, ilegítimo) o princípio da igualdade; c) acarretam um mal superior ao benefício que possam eventualmente trazer” (Racismo e papel de universidade. *O Globo*, Rio de Janeiro, 28 fev. 2003. 1. caderno, seção Opinião, p. 7). Elencando as vantagens da adoção de um percentual menor, Luís R. Cardoso de Oliveira: “O estabelecimento de um percentual mínimo de vagas no vestibular para todos os cursos das universidades públicas evitaria a grande maioria dos problemas atribuídos a esse tipo de política: a. não traria desvantagens reais para os não-negros – inclusive os de baixa-renda como a maioria dos negros – que continuariam tendo acesso à disputa da quase totalidade das vagas oferecidas no vestibular; b. tornaria a discussão sobre a eventual manipulação da identidade dos beneficiados absolutamente irrelevante e facilmente controlável pelo movimento social, sem necessidade de relativizar a auto-identificação como critério classificatório determinante; c. em vista da alta competitividade das vagas, que exclui sistematicamente um número substancial de candidatos com formação e competência suficientes para fazer os cursos, o questionamento quanto ao mérito dos beneficiados também perde importância” (Racismo, Direitos e Cidadania. *Revista de Estudos Avançados*. São Paulo: Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, vol. 18, n. 50, jan./abril 2004, p. 89-90).

camada economicamente mais frágil da sociedade, percebe-se que dificilmente poderá um estudante pobre manter-se na universidade sem qualquer outro tipo de ajuda financeira.

O governo deve, então, além da discriminação positiva, proporcionar outro tipo de auxílio, com o objetivo de evitar abandonos no correr do curso, bem como de impedir que o estudante necessite de um meio extenuante de subsistência, que interfira negativamente em seu direito de estudar. Não é suficiente assegurar vagas. Deve-se, além disso, garantir a permanência desses cidadãos nas universidades.²⁵⁷

O marco teórico adotado na presente pesquisa admite a intervenção do Poder Judiciário na liberdade de conformação do legislador, mas não sem que existam limites. Enfatizou-se, em relação ao juízo de prognose, que o mesmo só poderia ser infirmado diante de evidente erro de avaliação. Para além disso, conforme ressaltado na análise estrutural do princípio da proporcionalidade, somente a inadequação cabal permite a invalidação da escolha do legislador. Caso a incompatibilidade entre meio e fim não seja manifesta, prevalece a opção tomada pela autoridade competente.

Por esse prisma de análise, percebe-se que as questões acima apontadas, relativas à exigência de gradualidade e à suficiência, podem ser superadas com facilidade. Assim, consubstanciam-se as quotas raciais em um mecanismo pertinente e adequado à promoção da representatividade dessa categoria historicamente discriminada, fomentando a participação do afrodescendente nas universidades.

6.4.2

O subprincípio da necessidade ou da menor ingerência possível

²⁵⁷ Exemplo claro desse problema foi constatado no Estado do Rio de Janeiro, onde o reitor, percebendo tal necessidade, implementou a política de bolsas estudantis, concomitantemente com a política de quotas: “o novo reitor da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Carlos Lessa, não acredita na eficácia de cotas raciais e prefere investir na permanência de alunos pobres na universidade criando programas de bolsas para estudantes pobres. A posição do reitor da UFRJ também coloca o dedo numa das feridas da universidade pública que poucos querem ver ou sanar: de cada cem alunos que entram, apenas cinquenta saem formados!” (MAGGIE, Yvonne e FRY, Peter. A Reserva de Vagas para Negros nas Universidades Brasileiras. *Revista de Estudos Avançados*. São Paulo: Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, vol. 18, n. 50, jan./abril 2004, p. 77-8).

No tocante ao subprincípio da necessidade (*Enforderlichkeit*), realiza o Tribunal a verificação da existência de medida igualmente eficaz à empregada, mas que traga menos restrições à sociedade. O Judiciário investiga, aqui, a possibilidade de haver um meio que se revele, concomitantemente, menos desvantajoso e tão idôneo quanto à lei de implementação das quotas raciais. O controle quanto a este aspecto mostra-se menos rígido, em virtude da dificuldade de operacionalização.²⁵⁸

Constatada a presença de outro meio igualmente eficaz e menos restritivo, entende-se a lei como desnecessária. Cabe ao Judiciário declarar sua inconstitucionalidade. Considerando-se necessária a medida, passa-se à fase seguinte da análise, no âmbito da proporcionalidade em sentido estrito.

Para entender se as quotas raciais no ensino superior consubstanciam o mecanismo mais apropriado a promover a integração do afrodescendente na sociedade, impende averiguar quais as razões que, de fato, obstaculizam que os cidadãos deste grupo conquistem espaço nas universidades do país.

Uma análise mais detida da questão deixa claro que a tonalidade da pele não é o principal empecilho. O sistema seletivo utilizado no Brasil é o vestibular, que não toma por base qualquer característica física do candidato. O mesmo ocorre com o Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), método atualmente utilizado por algumas universidades. A identificação dos alunos é feita por meio de um número, o que evita qualquer contato pessoal com os avaliadores. Estes não sabem nem mesmo o nome do estudante. Pode-se afirmar, com segurança, que o processo de escolha é, em si, imparcial.

Na realidade brasileira, ocorre que a maior parte da população de baixa renda é composta por afrodescendentes, em decorrência do triste passado escravocrata deste país. Tal fato determina que, no nível médio, o corpo discente das escolas públicas seja formado, em maioria, por cidadãos oriundos de tal

²⁵⁸ Quanto ao subprincípio da necessidade, Daniel Sarmiento destaca que “é necessário aferir se não há outro meio mais brando em relação aos interesses de terceiros, que promova, com a mesma intensidade, as finalidades almejadas através da medida de discriminação positiva em questão. Há que se aquilatar, portanto, a eventual existência de alguma outra medida alternativa que repercuta da mesma maneira sobre a igualdade material dos afrodescendentes, fortaleça sua identidade e promova o pluralismo, mas que prejudique, em menor intensidade, outros bens jurídicos relevantes” (A Igualdade Étnico-Racial no Direito Constitucional Brasileiro: Discriminação “De Facto”, Teoria do Impacto Desproporcional e Ação Afirmativa. In: *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Ed. cit., p. 165).

grupamento étnico. De outra parte, os indivíduos que compõem as classes economicamente privilegiadas da população são majoritariamente brancos e possuem condições de estudar em escolas particulares, de qualidade muito superior às públicas.²⁵⁹

A discrepância significativa entre ensino público e privado é o fator principal para o ingresso maciço no ensino superior de estudantes de escolas particulares. Estes, em razão da melhor qualidade do ensino a que tiveram acesso, acabam por ocupar a maior quantidade das vagas nas universidades públicas, bem como nas melhores entidades privadas. Soma-se a isso o fato de que os alunos de baixa renda apresentam dificuldades para se dedicar exclusivamente aos estudos, eis que muitos se encontram em situação de penúria econômica. As vicissitudes da vida impingem-nos a trabalhar desde cedo, com jornadas muitas vezes desumanas.

Diante dessa realidade, inegável é que a alternativa ideal consiste em subsidiar os alunos carentes, para que os mesmos possam se dedicar exclusivamente aos estudos, assim como fomentar o ensino público de qualidade, de maneira a garantir uma igualdade de oportunidades. O problema das quotas raciais é, assim, que estas abarcam apenas indivíduos pertencentes à categoria de afrodescendentes, os quais são concebidos como alvo de discriminações e que, portanto, não conseguem acesso ao ensino superior.

No entanto, inúmeros são os afrodescendentes que não se sentem discriminados, ou que tiveram acesso a ensino de boa qualidade (público ou privado) e, desse modo, não necessitam das quotas. Além disso, há outros grupamentos que apresentam dificuldades para ingressar na universidade, por questões de índole econômica.

O fator determinante da barreira de ingresso no ensino superior é a dificuldade de cursar um ensino médio e fundamental de boa qualidade, não a cor da pele. A eleição desta como vetor de uma política de discriminação positiva vai de encontro ao próprio preceito isonômico.²⁶⁰

²⁵⁹ Por óbvio, há exceções a essa regra, eis que existem instituições privadas de baixa qualidade, incapazes de aprovar seus alunos nos cursos mais concorridos, ao passo que existem escolas públicas de excelente qualidade. Contudo, a presente pesquisa deve cingir-se à análise da regra geral.

²⁶⁰ Deslocando o eixo do problema para a questão socioeconômica, Enzo Bello afirma que é “inegável que a exclusão/discriminação social é produzida por diversos fatores (culturais, religiosos, políticos, psicológicos, de proveniências étnicas ou geográficas, dentre outros). No

Logo, pode-se inferir que a lei implementadora de quotas raciais para o acesso ao ensino superior gratuito insere novas discriminações na sociedade. Isso ocorre tanto em relação aos estudantes de escolas públicas, que não estão inseridos na população afrodescendente, quanto aos negros e pardos que tiveram condições econômicas de frequentar boas escolas particulares (ou mesmo públicas de boa qualidade).

Ponderem-se, pois, os interesses fáticos conflitantes. Indiscutível é a essencialidade de se promover a ascensão social dos afrodescendentes na sociedade brasileira. Contudo, a adoção de quotas raciais não se revela a medida mais apropriada para alcançar o fim pretendido. Isso se deve ao fato de que tal objetivo pode ser alcançado por meio de outros mecanismos, como a adoção de quotas para estudantes de escolas públicas (quotas sociais). Privilegiem-se os negros e pardos sem olvidar aqueles que, por questões econômicas, não puderam se privilegiar de um ensino de boa qualidade.²⁶¹

Com tal postura, evita-se a criação de novas discriminações sociais, acarretando menos efeitos deletérios para a sociedade. Por não se revelarem, diante da ponderação fática, como o meio menos gravoso para a obtenção do fim colimado, as quotas raciais não atendem ao requisito da necessidade. Essa também é a constatação de Leila Pinheiro Bellintani:

Nesse caso, ponderam-se os interesses. É essencial que os negros e pardos ascendam socialmente para que prevaleça na sociedade brasileira uma maior igualdade? Sim. A adoção de quotas raciais para ingresso no ensino superior consubstancia-se na medida mais adequada para se alcançar o fim almejado? Não.

entanto, a questão do acesso ao ensino superior gratuito deve ser analisada preponderantemente através do elemento econômico, portanto sendo também considerados os outros fatores, tendo em vista a forte demanda por uma urgente distribuição de renda em favor da população carente no Brasil” (Políticas de ações afirmativas no Brasil: uma análise acerca da viabilidade de um sistema de cotas sociais nas universidades. In: *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica – Departamento de Direito, n. 26, p. 33-51, jan./jun. 2005, p. 47). Sobre o assunto, Leila Pinheiro Bellintani conclui: “Haveria, portanto, uma violação clara ao princípio da isonomia, tendo em vista que, ao serem aplicadas as quotas raciais para o ingresso no ensino superior, estar-se-ia desigualando os iguais e igualando os desiguais, o que, em tese, não se admite. Nesse sentido, existiria uma burla do princípio da igualdade a maior, já que a medida estaria abarcando indivíduos que não deveriam por ela ser beneficiados, e também a menor, pois a discriminação adotada não atinge a todos aqueles que necessitam ser privilegiados para alcançarem uma vaga na universidade” (Op. cit., p. 156).

²⁶¹ Álvaro Ricardo de Souza Cruz enfatiza a discrepância do critério adotado: “o tratamento legislativo da América demonstra claramente que as ações afirmativas não se limitam ao estabelecimento de políticas de quotas. Vai além demonstrando que tais políticas devem se justificar racionalmente, sob pena de perderem a sua legitimidade, transformando-se em ‘quotas cegas’, como no nosso sentir é a proposta do Governo Federal de quotas para negros em universidades” (Op. cit., p. 273).

É possível chegar a esse objetivo através da adoção de quotas para estudantes de escolas públicas, as quais abarcariam em maior número os negros e pardos e deixariam de privilegiar indivíduos que cursaram escolas de boa qualidade. Nesse contexto, na balança da justiça está o princípio da igualdade e na outra o princípio da proporcionalidade, no que concerne à exigibilidade do mecanismo.²⁶²

Diante de um juízo negativo de necessidade, cabe ao Tribunal declarar a inconstitucionalidade da lei, por ofensa ao princípio da proporcionalidade. E, *in casu*, também ao próprio mandamento isonômico, visto que o fator de discriminação não corresponde à origem da desigualdade que se objetiva sanar.²⁶³

Como dito, a análise da proporcionalidade por meio dos subprincípios é escalonada e sucessiva, o que tornaria despiciendo um juízo acerca da proporcionalidade em sentido estrito. No entanto, para o presente trabalho, é importante levar a efeito tal análise.

6.4.3

O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito

Em remate, submetendo a norma ao crivo da proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*), realiza o Poder Judiciário a ponderação entre as vertentes material e formal do princípio da igualdade. Este subprincípio apresenta-se como o âmbito próprio para a análise da colisão estabelecida entre as apontadas acepções da igualdade, as quais se realizam e se restringem reciprocamente.

Efetua o Judiciário, nesta fase da averiguação da proporcionalidade da lei de discriminação positiva, a aplicação da relação de precedência condicionada referida por Robert Alexy, de modo a avaliar as circunstâncias peculiares ao caso, por meio da ponderação entre os princípios conflitantes. A ponderação, nesse

²⁶² BELLINTANI, Leila Pinheiro. Op. cit., p. 159.

²⁶³ De suma importância é a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello: “(...) é agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arrendamento do gravame imposto. (...) Em síntese: a lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstâncias peculiarizadoras de uma categoria de indivíduos se não houver adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada” (*O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. Ed. cit., p. 38-9).

momento, adstringe-se aos fatores jurídicos (mais precisamente, ao mencionado paradoxo da igualdade).²⁶⁴

O sistema de quotas raciais, ao mesmo tempo que amplia a possibilidade de afrodescendentes ingressarem no ensino superior, reduz o número de vagas a serem disputadas pelo restante da coletividade. Impõe, portanto, a reserva de bens escassos de vida para um grupo social, em detrimento dos demais membros da sociedade. Na aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, é necessário refletir sobre a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade da lei quando as medidas legais em exame, muito embora dedicadas a garantir determinado direito, afetam, por via reflexa, outro, também protegido constitucionalmente.

Esquemáticamente, tem-se que, o meio M1 (quotas raciais nas universidades públicas) propicia a melhor realização do direito D1 (fomentar a ascensão social da população afrodescendente – igualdade material), mas impõe carga coativa ao direito D2 (direito de todos à igualdade de tratamento legal – igualdade formal –, o que implica ausência de discriminação nos critérios de admissão). Pode o Poder Judiciário, diante do caso em tela, realizar a ponderação entre as vantagens proporcionadas a D1 e os prejuízos a D2, sendo possível concluir pela inviabilidade da medida adotada, em virtude da desproporção verificada entre o meio utilizado e o resultado obtido.

Caso o resultado seja um juízo de desproporção entre a restrição à feição formal da igualdade e a salvaguarda da vertente material do mesmo direito, impõe-se a declaração da inconstitucionalidade da norma em exame. Resultando, ao revés, em um juízo de proporção entre as medidas, cabe ao Tribunal pronunciar a constitucionalidade de tal norma, por força da legitimidade da medida por ela veiculada.

Como visto, trata-se de um ajuste de sintonia fina entre meios adotados e fins colimados, no qual se devem sopesar os benefícios oriundos da medida com as eventuais restrições a direitos fundamentais ocasionadas.²⁶⁵ A complexidade do

²⁶⁴ “Aqui, trata-se de sopesar os interesses em jogo sob a ótica dos valores constitucionalmente envolvidos, para verificar se as vantagens de cada medida de ação afirmativa superam ou não os ônus que decorrem da sua imposição” (SARMENTO, Daniel. *A Igualdade Étnico-Racial no Direito Constitucional Brasileiro: Discriminação “De Facto”, Teoria do Impacto Desproporcional e Ação Afirmativa*. In: *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Ed. cit., p. 165).

²⁶⁵ “O exame da proporcionalidade em sentido estrito exige a comparação ente a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais. A pergunta que deve ser

exame em questão demanda a elaboração de um procedimento capaz de conceder o maior grau de racionalidade possível à decisão.

6.4.3.1

A fórmula-peso

É imprescindível compreender que a ponderação de interesses não é uma falácia destinada a encobrir um latente decisionismo judicial, “já que seu método pauta-se pelo princípio da proporcionalidade, cujos critérios podem ser aferidos com certa objetividade”.²⁶⁶

Ainda que as críticas ao subjetivismo não possam ser completamente ilididas, impende que sejam matizadas. Primeiramente, a metodologia empregada na análise é válida em um plano ideal, de maneira a estipular diretrizes de como deveriam se comportar juízes e Tribunais. Não significa, de fato, que isso ocorra. A proporcionalidade não é capaz de evitar todo tipo de aberração moral nem de impedir uma arbitrariedade vazia de qualquer ponderação. Mas, ainda assim, fornece um modelo otimizado, apto a servir de parâmetro de controle para os comportamentos reais.

Sobremaneira, em segundo lugar, o princípio em debate não pode dar lugar a qualquer solução. Do contrário, ao sistematizar os elementos importantes para equacionar as colisões de princípios, direciona o debate argumentativo. Permite, assim, a elaboração de uma relação de precedência condicionada, variável conforme as circunstâncias fáticas. A importância da identificação de propriedades potencialmente relevantes é destacada por José Juan Moreso:

En la medida en que conseguimos aislar un conjunto de propiedades relevantes, estamos en disposición de ofrecer soluciones para todos los casos, aunque dichas soluciones puedan ser desafiadas cuando cuestionemos la adecuación del criterio por el cual hemos seleccionado las propiedades relevantes.²⁶⁷

formulada é a seguinte: O grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais? Ou, de outro modo: As vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio? A valia da promoção do fim corresponde à desvalia da restrição causada?” (Ávila, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Ed. cit., p. 160).

²⁶⁶ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Ed. cit., p. 96.

²⁶⁷ In: PRIETO SANCHÍS, Luis. Op. cit., p. 207.

É perfeitamente possível, portanto, o desenvolvimento de um sistema de precedência a partir da multiplicidade de decisões ponderativas e, mediante sucessivos casos, formar um sistema de relações abstratas de precedência, do qual o intérprete somente poderia se desvincular assumindo um ônus argumentativo especial.

Por esse prisma de análise, é salutar o esforço empreendido por inúmeros autores no sentido de promover a decomposição analítica dos elementos envolvidos na ponderação. Uma vez que estes são identificados, devem necessariamente ser abordados pelo intérprete, o que torna o procedimento mais racional e, outrossim, controlável pelos cidadãos em geral. Robert Alexy, em tempos recentes, desenvolveu importante contribuição à teoria dos princípios, com escopo de operacionalizar essa decomposição.

Para tanto, elaborou uma fórmula que decompõe os elementos a serem levados em conta na ponderação, quais sejam: o grau de interferência imposto aos princípios colidentes, o peso abstrato de cada um desses princípios e a confiabilidade das premissas que dão suporte a tal intervenção. A expressão algébrica é a seguinte:

$$P_{i,j} = \frac{I_i \cdot P_i \cdot C_i}{I_j \cdot P_j \cdot C_j}$$

Na fórmula acima, $P_{i,j}$ refere-se ao peso concreto; I , à intensidade da interferência no princípio; P , ao peso abstrato do princípio e C , à confiabilidade das premissas empíricas.

Para Alexy, deve-se considerar o peso abstrato de cada princípio colidente. Isso porque os princípios presentes no sistema constitucional não apresentam sempre o mesmo peso abstrato. A título de exemplo, a dignidade humana possuiria peso abstrato maior que a liberdade de expressão, a qual, de seu turno, apresentaria valor maior que a livre iniciativa.²⁶⁸ Forma-se, desse modo, um sistema de prioridades *prima facie*.

²⁶⁸ “Por ello, puede decirse, en general, que no es posible un orden de los valores o principios que fije la decisión iusfundamental en todos los casos de una manera intersubjetivamente obligatoria. Pero, la imposibilidad de un orden ‘duro’ de este tipo no dice nada acerca de la posibilidad de

A mensuração do peso abstrato conduz a questionamentos morais e ideológicos do juiz. Implica, necessariamente, uma concepção substantiva da Constituição e concede amplo espaço à avaliação judicial. No entanto, a variável perde importância quando os princípios conflitantes são da mesma natureza, como no caso das quotas raciais. Como a igualdade é o princípio a ser mensurado (no embate entre as vertentes formal e material), poderá ser retirada da equação.

Para a aplicação prática da fórmula, Alexy estabelece três graus possíveis para medir o peso abstrato de um princípio, que ele denomina escalação triádica. Os graus são leve, médio e forte e correspondem, respectivamente, aos valores numéricos 1, 2 e 4.²⁶⁹

Outro elemento a ser considerado é o grau ou intensidade de interferência nos princípios. Pode acontecer que dado princípio possua considerável prioridade *prima facie* em relação a outro e, mesmo assim, ceda espaço diante de um conflito concreto, se a intensidade da interferência que incida sobre ele for consideravelmente leve.

Alexy cita como caso claro a decisão *Tobacco* do Tribunal Constitucional Federal alemão.²⁷⁰ Nesse julgamento, estabeleceu-se a obrigatoriedade de veiculação de avisos acerca dos perigos e doenças ocasionados pelo cigarro. O conflito se dava, assim, entre a liberdade de profissão e a saúde pública. Levando-se em consideração as outras medidas cabíveis ao legislador, tais como a imposição de severas restrições à comercialização do tabaco, ou mesmo a total proibição de sua venda, o autor considera que ocorreu uma intervenção de pequena monta na liberdade profissional. Ademais, são patentes os ganhos na área da saúde, pois o estado de conhecimento atual permite prever, com certa

órdenes más 'blandos' y, desde luego, nada en contra de la concepción de la ponderación. Órdenes blandos pueden surgir de dos maneras: (1) a través de preferencias *prima facie* a favor de determinados valores o principios y (2) a través de una red de decisiones concretas de preferencias. Se obtiene un orden blando de los valores de derecho fundamental relevantes cuando, por ejemplo, se supone una carga de argumentación en beneficio de la libertad individual o de la igualdad o en beneficio de bienes colectivos. Un orden blando a través de una red de decisiones concretas de preferencias surgió como consecuencia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal" (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ed. cit., p. 156-7).

²⁶⁹ "Todas as classificações realizam-se em um modelo de três graus ou triádico. Naturalmente, para o ponderar, a tripla gradualidade não é coercitiva. Isso pode iniciar assim que se tenha dois graus e o número de graus é, para cima, aberto. (...) A tríade, porém, tem perante tais alternativas a vantagem que ela responde particularmente bem à prática da argumentação jurídica. Além disso, ela deixa ampliar-se de um modo evidente particularmente intuitivo" (Idem. A fórmula peso. In: *Constitucionalismo Discursivo*. Ed. cit., p. 138).

²⁷⁰ BVerfGE 95, 173 (184). Cf. ALEXY, Robert. A fórmula peso. In: *Constitucionalismo Discursivo*. Ed. cit., p. 133-4.

segurança, que fumar causa câncer, bem como certos tipos de doenças vasculares. Estaria, por esse prisma de análise, justificada a constitucionalidade da decisão, já que o dever de colocar referências e advertências nos produtos não viola a liberdade de profissão dos produtores de tabaco.

Consoante o autor, esse resultado do exame de proporcionalidade em sentido estrito não é apenas plausível, mas, “em vista da intensidade mínima da intervenção e do peso alto do fundamento da intervenção pode-se, sem mais, com o tribunal constitucional designá-lo como manifesto”.²⁷¹ No tocante à medida da intensidade da interferência, os graus são leve (valor igual a 1), médio (valor igual a 2) e grave (valor igual a 4).

Pode, outrossim, ocorrer que o peso abstrato e o grau de interferência sejam fortes e, ainda assim, determinado princípio prevaleça. Isso pode ocorrer caso seja pouco confiável a realização concreta da interferência. Surge, pois, a terceira variável, representada pela confiabilidade das premissas empíricas tomadas em consideração pelo legislador.

Essa última variável é de extrema importância, já que permite a delimitação da margem de ação epistêmica do legislador. Ela representa o grau de suposição empírica e o resultado na realização de um princípio e na não realização do outro. O Tribunal Constitucional Federal alemão afirmou que, nas prognoses empíricas que o legislador utiliza nas estimativas de proporcionalidade, nem sempre deve se exigir certeza, nem se admitir incerteza deliberadamente.²⁷² Alexy elabora, com base nessa consideração, o que ele intitula lei de ponderação epistêmica: “quanto mais grave uma intervenção em um direito fundamental pesa, tanto maior deve ser a certeza das premissas apoiadoras da intervenção”.²⁷³

Seguindo a escalação triádica, os graus epistêmicos são: seguro, sustentável ou plausível e não evidentemente falso, os quais valem, respectivamente, 2^0 (1), 2^1 (1/2) e 2^2 (1/4). A escala de valores adotada deixa claro que, quando a avaliação prognóstica revelar-se, de imediato, como evidentemente falsa, encontra-se eivada de inconstitucionalidade e não é sequer inserida na equação.

Para elucidar a questão da prognose legislativa, Alexy vale-se da proibição do consumo de *cannabis sativa* pelo Tribunal Constitucional Federal alemão. Há,

²⁷¹ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Ed. cit., p. 134.

²⁷² *Ibidem*, p. 150.

²⁷³ *Ibidem*, p. 150.

no caso, um confronto entre dois princípios de forte peso abstrato: saúde pública e autonomia privada (ambos com valor 4 na escala apresentada). De modo a justificar a proibição, o legislador entendeu que o uso de tal substância pode interferir gravemente na saúde dos cidadãos. A solução do caso, no entanto, esbarrou na questão da confiabilidade das premissas empíricas fundamentadoras do *decisum*. Diante disso, o autor criticou o Tribunal, já que este considerou a norma incriminadora incompatível com a Constituição, mesmo reconhecendo que a confiabilidade das premissas empíricas subjacentes era tão apenas sustentável.

O problema foi descrito da seguinte maneira:

A possibilidade do legislador proibir produtos de *cannabis* depende, principalmente, de que a interferência na liberdade constitucionalmente protegida, causada pela proibição, seja adequada e necessária para combater os perigos associados à droga. Se a proibição criminal não for adequada ou não for necessária, ela está definitivamente proibida pelos direitos fundamentais. O Tribunal declarou explicitamente que as premissas empíricas do legislador eram incertas. Considerou adequado que as suposições empíricas do legislador fossem ‘sustentáveis’ (BVerfGE vol. 90, 145, 182). Isso pode ser inserido na Fórmula da Ponderação da seguinte maneira: I_i representa a interferência da proibição de produtos de *cannabis* na liberdade constitucionalmente protegida. I_j representa as perdas causadas no lado dos bens coletivos, especialmente na saúde pública, se não forem proibidos produtos de *cannabis*. Os pesos abstratos dos princípios colidentes P_i e P_j são considerados iguais, o que permite elidi-los. Se os produtos de *cannabis* são proibidos, a interferência em P_i deve ser considerada como certa. O valor de C_i é então $2^0 = 1$. C_j representa, em nosso caso, a confiabilidade da suposição empírica do legislador de que a proibição de produtos de *cannabis* seja necessária para evitar perigos para bens coletivos, especialmente para a saúde pública. Os Tribunais classificam C_j como ‘sustentável’, quer dizer, como p . Pressupondo-se o modelo triádico simples, C_j recebe explicitamente o valor $2^{-1} = 1/2$. Disto e do fato de que o Tribunal considerou constitucional a proibição de produtos de *cannabis*, segue que a interferência em P_i não é de grau mais alto. Seu valor mais alto possível é 2, isto é m . Isso fica claro pondo os seguintes valores na Fórmula da Ponderação:

$$1 = \frac{2 \cdot 1}{4 \cdot \frac{1}{2}}$$

C_j deve ser 1/2 porque o Tribunal explicitamente assume esse grau de confiabilidade. C_i deve ser 1, porque a interferência no caso de proibição é certa. P_i, j deve ser, pelo menos, 1, pois, se fosse abaixo de 1, a proibição seria inconstitucional. Porém, o Tribunal declarou a proibição constitucional. Nesta constelação, o valor mais alto possível que I_i pode alcançar é 2, quer dizer, moderado, porque I_j não pode alcançar no modelo triádico simples um valor mais alto que 4, quer dizer, f . Isso demonstra que a Fórmula da Ponderação permite que a pessoa capte a interação entre os seis elementos que são relevantes para determinar o peso concreto de um princípio no caso de uma colisão de dois

princípios. Se mais de dois princípios estiverem envolvidos, a Fórmula da Ponderação tem de ser mais elaborada, mas isto não será considerado aqui.²⁷⁴

No caso específico da norma instituidora de discriminação positiva, estabelecendo quotas raciais para o acesso ao ensino superior público, é possível elaborar raciocínio semelhante. Basta, para tanto, inserir os elementos na fórmula-peso, que atua como mecanismo apto a medir a qualidade da avaliação epistêmica elaborada pelo órgão legiferante. Julga-se, assim, a correção ou incorreção do prognóstico realizado.

Como, de ambos os lados, está o princípio da igualdade (no embate entre as vertentes formal e material), a variável relativa ao peso abstrato pode ser suprimida, já que, de qualquer forma, seria matematicamente eliminada da equação.

Relativamente à intensidade da interferência, deve-se elaborar um pouco mais o raciocínio. A igualdade em sentido formal não será gravemente lesada, eis que, atendido o requisito de razoabilidade na fixação do percentual de vagas, não haverá óbice para que os estudantes não englobados pelas quotas ingressem no ensino superior. Estes, em função do ensino básico e médio de melhor qualidade a que tiveram acesso, podem disputar a maior parte das vagas em condições de igualdade, reservando-se determinado percentual aos afrodescendentes. Poder-se-ia atribuir grau 1 a tal interferência.

No entanto, como enfatizado, as quotas raciais deixariam de fora cidadãos que, em função da condição econômica, não puderam usufruir de um bom aprendizado e, em razão da tonalidade da pele, seriam excluídos da reserva de vagas. Assim, parcela da população seria mais gravemente afetada. Atribui-se, então, grau 2 à intervenção sofrida pela igualdade em sentido formal.

Já a igualdade material seria, decerto, realizada. Inquestionável é o fato de que as quotas raciais acarretariam incremento da representatividade dos afrodescendentes no ensino superior. Não constituem objeto de avaliação, aqui, as

²⁷⁴ ALEXY, Robert. On Balancing and subsumption: a structural comparison. *Ratio Juris*, n. 4, vol. 16, p. 433-49, dez. 2003, apud SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Ponderação de princípios e racionalidade das decisões judiciais: coerência, razão pública, decomposição analítica e *standards* de ponderação. *Virtù: Revista Virtual de Filosofia Jurídica e Teoria Constitucional*, n. 1, mar./abr./maio 2007, p. 10. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf/RV01_CLAUDIOPEREIRA.pdf. Acesso em: 25 nov. 2007. As letras designativas das variáveis da fórmula-peso foram adaptadas à edição brasileira do livro *Constitucionalismo Discursivo*, de Robert Alexy, traduzido por Luís Afonso Heck.

possíveis contingências futuras da medida. Cingindo a análise à questão da necessária promoção de um grupamento racial que, em função da discriminação sofrida, realmente apresenta dificuldades no acesso à universidade, a norma de discriminação em comento atinge seu escopo. Portanto, a realização material da igualdade é plena, atingindo valor 4.

No concernente ao grau de confiabilidade empírica das premissas, a questão torna-se ainda mais complexa, vez que se passa a lidar com a conjuntura fática atual e futura, incerta por essência. Entretanto, pode-se afirmar que a igualdade formal sofrerá, indubitavelmente e de imediato, uma restrição (e, logo, pode-se atribuir ao prognóstico o valor 2^0 – ou seja, 1).

A igualdade material, *in casu*, é mais problemática, por serem imprevisíveis os efeitos sociais das quotas raciais. Como já apontado, tais medidas não são plenamente suficientes e necessitam de complementos, como auxílio financeiro. Podem, outrossim, agravar o quadro de discriminação dos afrodescendentes existente na sociedade. Além disso, como ressaltado, é essencial que tais medidas sejam temporárias, sob pena de se partir a sociedade e transformar uma medida de justiça em odioso privilégio. Entretanto, não se pode precisar exatamente o tempo necessário para que tal alteração social se efetive, sem que comece a produzir efeitos deletérios para os demais cidadãos. O prognóstico é, assim, sustentável, recebendo valor 2^{-1} (o que equivale a 1/2).

A expressão matemática do paradoxo da igualdade da lei instituidora da discriminação positiva, por meio de quotas para os afrodescendentes no ensino público, poderia ser assim representada:²⁷⁵

$$P_{\text{im, if}} = \frac{I \text{ tm. } P \text{ tm. } C \text{ tm.}}{I \text{ tf. } P \text{ tf. } C \text{ tf.}}$$

$$P_{\text{im, if}} = \frac{4 \cdot \frac{1}{2}}{2 \cdot 1}$$

$$P_{\text{im, if}} = \frac{1}{1}$$

²⁷⁵ Na expressão elaborada, im refere-se à igualdade material e if, à igualdade formal.

$P_{im,if} = 1$

Interessante atentar para o resultado da equação, que terminou com uma equivalência de valores. Alexy, que estruturou a fórmula utilizada, apontou duas soluções divergentes para o caso de empate. No livro *Teoría de los derechos fundamentales*, o peso argumentativo é favorável à liberdade e à igualdade perante a lei, o que equivale a afirmar um princípio: “in dubio pro libertate”.²⁷⁶ Segundo o autor, nenhum princípio que atente contra a liberdade legal ou contra a igualdade legal pode prevalecer, senão quando tem fulcro em motivos de “razones más fuertes”.²⁷⁷ Nessa hipótese, o empate é solucionado por meio da primazia dos princípios apontados.

Entretanto, posteriormente, no *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Robert Alexy defende um peso argumentativo diverso.²⁷⁸ Aponta, então, que no advento de um empate o ato do legislador aparece como não desproporcional e deve, pois, ter sua constitucionalidade confirmada pelo Tribunal. Em outras palavras, não há prevalência de nenhum princípio específico, mas sim da própria lógica democrática.

Essa nova postura em relação à margem de ação cognitiva do legislador é mais consentânea com a linha adotada na presente pesquisa. Quando os direitos fundamentais em conflito na ponderação não apresentam peso suficiente para inclinar a balança a seu favor, surge uma situação de empate ou uma zona epistemologicamente neutra. Nessa hipótese, quando os princípios não apresentam força suficiente para subtrair o princípio da competência decisória do legislador democraticamente eleito, este deve ter preservada sua margem epistêmica de ponderação.²⁷⁹

Ressalte-se que o *princípio formal* de competência do legislador não pode servir de instrumento para a violação de direitos fundamentais. Para tanto, enfatiza Alexy que ele somente prevalecerá sobre um princípio de direito fundamental material quando ligado a outro princípio também de ordem material, fato

²⁷⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ed. cit., p. 549.

²⁷⁷ Ibidem, p. 550.

²⁷⁸ ALEXY, Robert. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Ed. cit., p. 59 et. seq.

²⁷⁹ Ibidem, p. 59-60.

designado pelo autor como “lei de conexão”.²⁸⁰ Em casos de incerteza acerca das premissas – empíricas ou normativas – relativas ao caso concreto, deve-se respeitar o *princípio formal* de competência do legislador, o qual funciona como critério de repartição de funções entre Tribunal Constitucional e Poder Legislativo.

Porém, a partir do momento em que cessa tal estado de dúvida, não mais subsiste a possibilidade de o Tribunal reconhecer a violação de um direito fundamental em dado caso concreto e respeitar o entendimento jurídico do legislador, por razões de ordem meramente formal.²⁸¹

Reconhece-se, desde logo, que uma miríade de argumentos pode ser apresentada para o caso em questão e culminar na adoção de solução diversa, como bem demonstra a existência de duas soluções para o caso de empate apontadas pelo próprio Alexy. Não se pretende, pois, esgotar a discussão, mas apenas oferecer contribuição no sentido de que é perfeitamente factível a sistematização e racionalização dos argumentos acerca da matéria, por meio de uma fórmula que busca orientar a margem cognitiva de ação do legislador para a realização de prognósticos (fórmula-peso). Como bem destaca Cláudio Pereira de Souza Neto:

(...) a fórmula tem o mérito inegável de chamar a atenção do aplicador do direito para aquilo que efetivamente deve ser considerado na atividade de ponderação. Por vezes, parece que a ponderação se resume àquilo que o aplicador intuitivamente considera mais plausível no caso concreto. No entanto, existem certas questões específicas que obrigatoriamente devem informar o processo de formação da convicção judicial. O intérprete, ao explicitar de que modo está abordando cada uma delas, incrementa a racionalidade da atividade de ponderação, e a torna mais controlável pelo público.²⁸²

A sistematização proposta, portanto, não é um modelo pronto e acabado apto a solucionar os problemas surgidos do mundo dos fatos. Mas, indubitavelmente, orienta o embate argumentativo em torno de elementos realmente significantes, posto que de difícil determinação. Desse modo, deve-se superar as visões particularistas e dicotômicas sobre o tema, reconhecendo a

²⁸⁰ CRUZ, Luis M.. *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos. Un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo*. Ed. cit., p. 124.

²⁸¹ ALEXY, Robert. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Ed. cit., p. 62.

²⁸² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Ponderação de princípios e racionalidade das decisões judiciais: coerência, razão pública, decomposição analítica e standarts de ponderação*. Ed. cit., p. 11-2.

existência de uma pluralidade de argumentos, oriundos das várias comunidades interpretativas e estratégias interpretativas.

Não há pretensão de esgotar o assunto, já que é imprescindível coligir opiniões diversas, com fito de encontrar a solução mais adequada. Mas, decerto, ao destacar as questões específicas que necessariamente devem ser abordadas, a fórmula-peso oferece um caminho para tornar a dinâmica jurídica objetivável através da intersubjetividade, ou seja, pela discussão ou deliberação intersubjetiva.