

## 7

### Conclusão

Um programa de discriminação positiva, por meio da instituição de quotas raciais para o ingresso no ensino superior público, implica o choque entre duas realidades que, pelo prisma do Direito Constitucional, afiguram-se sumamente complexas e relevantes. Consistem estas na análise da relação de tensão e contraditoriedade existente entre os imperativos da igualdade formal e os da igualdade material e, outrossim, na necessidade de apreciação, no controle concentrado de constitucionalidade, dos fatos e prognoses do legislador envolvidos no processo de positivação da referida norma.

O critério para a análise de ambas as realidades é o princípio da proporcionalidade. Tal discussão remonta, indubitavelmente, à questão da separação de poderes, ou seja, dos limites existentes entre a esfera de atuação da jurisdição constitucional e a margem de atuação do Poder Legislativo. Isso porque sempre será colocada em pauta a indagação crucial acerca da possibilidade e da extensão do controle exercido pelo Judiciário sobre essas duas temáticas fundamentais, as quais constituem o cerne da presente pesquisa.

Assiste razão a Jürgen Habermas quando afirma que a crítica à jurisdição constitucional gira quase sempre em torno da distribuição de competências entre legislador democrático e justiça. Assim, é sempre uma disputa em torno do princípio da divisão de poderes. A tautologia é evidente: quanto mais ampla a atividade do Tribunal Constitucional, menor o espaço de livre conformação do Legislativo. O deslinde exato dessa distribuição de poder é uma discussão teórica que ainda não encontrou solução.

As construções teóricas de Ronald Dworkin e Jürgen Habermas, no tocante à jurisdição constitucional, apresentam inúmeros aspectos em comum, muito embora partam de pressupostos filosóficos diversos. Ambas as teorias ressaltam a imbricação entre direitos fundamentais e democracia, considerados como indissociáveis. Pode-se afirmar, assim, que só há democracia onde se respeitam os direitos fundamentais do homem, do mesmo modo que só há ambiente precípuo à afirmação e efetivação de tais direitos dentro de um regime democrático.

As teorias contemporâneas balizam o âmbito de atuação da jurisdição constitucional em sintonia com o princípio da separação de poderes. Os direitos fundamentais não podem ser encarados como meras salvaguardas liberais aos ditames da maioria, eis que consubstanciam condições estruturantes da própria democracia. É exatamente por isso que devem estar situados além das disputas políticas, protegidos pelo Tribunal Constitucional, órgão independente e capaz de subordinar os demais poderes à autoridade de suas decisões. Estas, muito embora definitivas, se submetem sempre à crítica intersubjetiva, tanto dos operadores do direito, quanto de qualquer outro cidadão interessado.

O trinômio a embasar as Constituições ocidentais atuais é composto por elementos que, como visto, são indissociáveis: democracia, direitos fundamentais e jurisdição constitucional. A proposta de um constitucionalismo democrático deve ser capaz de conciliar essa tríade, de modo a assegurar-lhe uma coexistência pacífica, sem que um elemento se superponha aos demais. Por essa perspectiva, é imperativo traçar os limites da jurisdição constitucional, dentro dos quais ela obtenha plenas condições de legitimar-se como importante instrumento de defesa do Estado Democrático de Direito.

A ação afirmativa é, indubitavelmente, um meio adequado para promover uma ação transformadora, permitindo que se chegue à igualdade real que a Constituição brasileira assegura a todos os cidadãos como direito fundamental. É tarefa do legislador buscar meios de efetivar o princípio em tela, como forma de concretizar os mandamentos constitucionais, os quais não podem significar um reles corpo programático de normas, e sim um instrumento para a realização do objetivo primordial do Constitucionalismo contemporâneo, qual seja, a dignidade da pessoa humana. Afinal, não há dignidade dissociada de justiça social.

Um ordenamento jurídico, como no caso brasileiro, que simplesmente impõe a necessidade de concretização do princípio da igualdade, sem demarcar limites ou mecanismos para a sua consecução, certamente concede ampla margem para que o legislador ordinário edite as normas que achar necessárias e convenientes para materializá-lo. Não há, de fato, nenhum mecanismo totalmente seguro para identificar quais diferenciações devem ou não ser adotadas pelo Legislativo. Este, no entanto, precisa sempre verificar se há correlação lógica entre o critério eleito e a diferenciação concedida em função dele. Ao Judiciário,

como guardião da justiça, cabe a verificação desse processo, evitando a burla de preceitos constitucionais.

O modelo de Robert Alexy propõe a divisão das competências constitucionalmente estipuladas, separando os campos de atuação do órgão legiferante e da Corte constitucional. Ao permitir a consideração de princípios que eventualmente se contraponham, no caso concreto, à igualdade substancial, dá azo a maior racionalização, a ser efetivada por meio da argumentação inerente ao juízo de ponderação valorativa.

É importante salientar que, no marco de um constitucionalismo democrático, não se pode admitir que a liberdade de conformação legal dos conteúdos dos direitos fundamentais ocorra ao livre talante do legislador. A liberdade encontra na Constituição um parâmetro normativo permanente, que vincula e impõe o dever de prestar contas. No entanto, a blindagem implicada pelos direitos fundamentais não é absoluta, de modo a esquivar-se do processo democrático. Daí surge a problemática da margem de ação do legislador no concernente aos direitos fundamentais.

Reconhecer que o legislador dispõe de uma margem cognitiva é permitir que ele determine, dentro de certo contorno, o que está ordenado, o que é proibido e o que é discricionário em matéria de direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos. Logo, as margens epistêmicas entrariam em conflito com a mencionada vinculação do legislador aos direitos fundamentais, característica da Constituição como ordem marco.

Desse modo, necessária é a racionalização do vínculo entre legislador e direitos fundamentais, precipuamente de modo a delimitar as margens de ação. Para que a vinculação apontada seja realmente efetiva, indispensável é a atuação da jurisdição constitucional.

Portanto, diante do direito fundamental de igualdade, verifica-se a presença das margens de ação estrutural e epistêmica. Estas não são, contudo, inteiramente livres, já que o legislador encontra-se materialmente vinculado ao fim previsto na Constituição. Além disso, é importante salientar que as premissas empíricas adotadas (análise dos fatos legislativos presentes), bem como os efeitos produzidos por seus atos (fatos legislativos futuros, ligados ao prognóstico elaborado pelo legislador) devem estar em consonância com os ditames

constitucionais. Afigura-se possível, assim, a intervenção do Judiciário, como forma de racionalizar a atuação legiferante.

A via abstrata de fiscalização de constitucionalidade é concebida, ordinariamente, como instrumento processual de matriz constitucional destinado, única e exclusivamente, à análise de questões jurídicas. No entanto, não há como negar a relação de dependência mútua entre norma e fato, que exsurge como condição da própria interpretação constitucional. O processo de conhecimento não pode prescindir da análise integrada de elementos fáticos e jurídicos. O sistema legal brasileiro evoluiu muito na seara da apreciação de fatos legislativos com o advento da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999. Tal diploma legal confere ao Supremo Tribunal importante instrumento para a aferição de fatos e prognoses no controle abstrato de constitucionalidade das normas.

O Tribunal Constitucional Federal alemão desenvolveu alguns critérios para o controle da prognose legislativa. Como o juízo prognóstico é cercado de incertezas, em razão da dificuldade de inteira compreensão das premissas subjacentes, bem como da inerente imprevisibilidade da projeção futura dos fatos sociais, procura a Corte conceder ao Legislativo maior liberdade de movimento. Dessarte, relativamente ao aspecto funcional, adota o critério da evidência, somente declarando a inconstitucionalidade da prognose caso a mesma ofenda a Constituição à primeira vista, de forma incontestada e perceptível por todos.

Além disso, no tocante à densidade do controle, opta o Tribunal por um controle finalístico ou de resultado. Não há restrição ao *modus operandi* legislativo, ou seja, o controle não se ocupa da forma como foram analisadas as circunstâncias fáticas nem do procedimento adotado para tanto. Caso o resultado do ato legiferante seja ofensivo a direitos individuais, vale-se o Tribunal dos princípios da proporcionalidade e da proibição do arbítrio.

No Brasil, conquanto o assunto não seja discutido sob a insígnia de “prognose legislativa”, há posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais em prol do respeito às margens de ação do legislador. O próprio Supremo Tribunal Federal já exigiu evidência para a declaração de invalidade de uma medida por ser ela inadequada. De grande valia é a lição da jurisprudência alemã, onde o Tribunal Constitucional Federal vale-se dos critérios da evidência (*Evidenzkontrolle*) e da justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*). A preservação da prerrogativa funcional do Poder Legislativo exige que a anulação de suas medidas somente

ocorra quando as mesmas forem evidentemente errôneas ou, de qualquer maneira, implausíveis ou injustificáveis. Fora dessas hipóteses, deve-se manter a escolha adotada pelo legislador em atenção ao princípio da separação dos poderes. Uma projeção mal feita não redundará, de per se, em invalidade da medida escolhida.

Estreme de dúvidas é, assim, a necessidade de desenvolver mecanismos e técnicas capazes de ensejar decisões racionalmente fundadas por parte do órgão judicial. No marco de um constitucionalismo democrático, não é aceitável que o Tribunal Constitucional simplesmente infirme e substitua a decisão intuitiva e futura do legislador. Para que atue como instância de reflexão do processo político dotada de legitimidade, imperativo é o desenvolvimento de um mecanismo racional apto a embasar o referido controle e passível de ser submetido à crítica pública.

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. 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.

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 *discrimen*, 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, há 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.

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 da proporcionalidade.

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 positivação da política de discriminação positiva. Em relação aos fatos legislativos presentes, procede o Tribunal à verificação da existência da aludida desigualdade injusta entre negros e demais grupos étnico-raciais. Deve este disparate apresentar-se como consequência de práticas discriminatórias. Averiguar-se, por conseguinte, a correção da avaliação do órgão legiferante, ou seja, se a conclusão é compatível com o supedâneo fático.

Já 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. 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.

No tocante ao subprincípio da necessidade (*Enforderlichkeit*), realiza o Tribunal a verificação da existência de medida igualmente eficaz em relação à empregada, mas que traga menos restrições à sociedade. A discrepância significativa entre ensino público e privado, no nível médio, é o fator principal para o ingresso maciço no ensino superior de estudantes de escolas particulares. O fator determinante das dificuldades 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 deste como vetor de uma política de discriminação positiva vai de encontro ao próprio preceito isonômico.

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).

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). 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.

Em remate, submetendo a norma ao crivo da proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*), realiza o Poder Judiciário a ponderação jurídica 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.

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.

Valendo-se da fórmula peso, a ponderação entre as vertentes da igualdade resulta em um empate. Pela perspectiva do constitucionalismo democrático, preocupado com o equilíbrio dos poderes, no advento de um empate, o ato do legislador aparece como não desproporcional e deve, pois, ter sua constitucionalidade confirmada pelo Tribunal. 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.

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. Assim, o juízo de ponderação efetuado coaduna-se com as diretrizes teóricas do constitucionalismo democrático

proposto, prevalecendo a percepção da realidade do legislador, a não ser em caso de erro evidente.