



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO
GRADUAÇÃO EM DIREITO

PEDRO BRUNO TRIGUEIRO

**ANÁLISE DA PROPORCIONALIDADE DAS COTAS RACIAIS EM CONCURSOS
PÚBLICOS EM FACE DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA: UMA
LEITURA DA LEI Nº 12.990/2014 SEGUNDO A FÓRMULA DO PESO DE ROBERT
ALEXY**

FORTALEZA
2015

PEDRO BRUNO TRIGUEIRO

ANÁLISE DA PROPORCIONALIDADE DAS COTAS RACIAIS EM CONCURSOS
PÚBLICOS EM FACE DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA: UMA
LEITURA DA LEI Nº 12.990/2014 SEGUNDO A FÓRMULA DO PESO DE ROBERT
ALEXY

Monografia submetida à Coordenação do
Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal do Ceará, como requisito
para obtenção do grau de Bacharel em Direito.
Área de Concentração: Direito Constitucional
e Direito Administrativo.

Orientador: Prof. Dr. Carlos César Souza
Cintra.

FORTALEZA
2015

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

-
- T828a Trigueiro, Pedro Bruno.
Análise da proporcionalidade das cotas raciais em concursos públicos em face do princípio da eficiência administrativa: uma leitura da lei nº 12.990/2014 segundo a fórmula do peso de Robert Alexy / Pedro Bruno Trigueiro. – 2015.
87 f. ; 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2015.
Área de Concentração: Direito Constitucional e Direito Administrativo.
Orientação: Prof. Dr. Carlos César Souza Cintra.
1. Proporcionalidade (Direito) - Brasil. 2. Serviço público – Brasil - Concursos. 3. Eficiência (Serviço público) - Brasil. I. Cintra, Carlos César Souza (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

PEDRO BRUNO TRIGUEIRO

ANÁLISE DA PROPORCIONALIDADE DAS COTAS RACIAIS EM CONCURSOS PÚBLICOS EM FACE DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA: UMA LEITURA DA LEI Nº 12.990/2014 SEGUNDO A FÓRMULA DO PESO DE ROBERT ALEXY

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito. Área de Concentração: Direito Constitucional e Direito Administrativo.

Orientador: Prof. Dr. Carlos César Souza Cintra.

Aprovada em: 21 / 05 / 2015.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Carlos César Souza Cintra (Orientador)
Universidade Federal do Ceará – UFC

Prof. Ms. William Paiva Marques Júnior
Universidade Federal do Ceará – UFC

Mestrando Fernando Demétrio de Sousa Pontes
Universidade Federal do Ceará – UFC

À memória de Diva Ferreira Bruno, minha
inesquecível bivo, e Marcelo Bruno d'Alva,
meu afilhado e intercessor da nossa família no
céu!

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, à Santíssima Trindade, por me ter concedido o dom da vida e por sempre me fazer conduzir pelos Seus caminhos. Não sei onde estaria se não fosse o teu amor por mim, Senhor! A Ti, sempre daremos graças em qualquer situação!

À Virgem Maria, pela sua incansável intercessão e por sempre nos ajudar a seguir obedientes ao seu filho Jesus!

Às três primeiras mulheres da minha vida: minha mãe, *Luiziana*, por nunca ter medido esforços para me proporcionar a melhor educação possível, desde os tempos de colégio; minha avó, Maria Luiza - *Bibia*, para os íntimos - por sempre demonstrar o seu amor nas menores atitudes, e minha tia, Luciana, por sempre me apoiar em todas as escolhas da minha vida! Precisaria do espaço de várias monografias para dizer tudo aquilo que me faz grato a vocês, mas posso deixar registrado o meu AMOR INCONDICIONAL por cada uma! MUITO OBRIGADO POR TUDO que fizeram, fazem e ainda farão na minha vida! Essa conclusão de curso também é uma vitória de cada uma de vocês!

A Roberto Xavier, por ter sido fundamental na minha formação do meu caráter. Demorei para valorizar tudo o que você me falava quando criança, mas hoje reconheço a sua importância na minha vida! Muito obrigado por tudo!

A Fernando Bruno, que mesmo com o seu jeito tímido, nunca deixou de transparecer o seu amor e admiração! Meu irmão, fico muito feliz em acompanhar o seu crescimento como pessoa! Identifico-me muito com cada fase vivida por você e me esforcei para sempre lhe ser um exemplo a seguir!

À Ingrid, minha prima-irmã que tanto me ajudou nestes cinco anos de Faculdade. Sou muito grato por cada carona que você me deu, desde o primeiro dia de aula; pelo incentivo aos meus estudos; por dividir o seu conhecimento jurídico, por me ter apresentado a Comunidade Católica Um Novo Caminho e por ser, antes de prima, uma amiga confidente! Por ti, agradeço também a todos os nossos familiares de Teresina: Tio Valter, Tia Socorro, Carol, Ricardo, Luana, Pedro Lucas e Maria! Estar com vocês é uma das coisas que mais gosto na vida!

À Marília, a menina linda que Deus colocou no meu caminho para crescermos juntos na fé e no amor! Muito obrigado, meu amor, pela namorada e companheira que você é!

À Tia Ângela e Tio Jenner, pelo carinho, preocupação e incentivo!

A *seu* Ciro Chaim e Tia Glória, pela sempre agradável companhia ao longo desses

anos, em que a distância entre Rio Branco e Fortaleza foi encurtada pela nossa amizade!

A Tio Oscar, por toda a consideração e preocupação com os meus estudos!

À Rita, por me ter ajudado ao longo desses anos com seus cafés, tapiocas, pães e o sempre presente bom humor nos momentos que antecediam as minhas idas à Faculdade.

Aos meus amigos de colégio: Roberto, Paulinho, Leitão, Yuri, Artur, Luiz Fernando, David, Iago, Pedro Manoelito, Carlos André, Expedito, Rogean, Rodriguinho e Matheus! Com vocês eu aprendi o valor de uma verdadeira amizade! Por muito obrigado por fazerem parte da minha história!

Ao desembargador Teodoro Silva Santos pela oportunidade de ter sido seu estagiário por quase dois anos e meio, bem como toda a equipe de seu gabinete: Míriam, Lília, Fernanda, Nilson, Camila, Celso, Thiago, Edvânia, Fábio, Júlia e, especialmente, Miguel, Giovanni e Eduardo, por não serem apenas colegas de trabalho, mas grandes amigos que o Direito me proporcionou; e Matheus Teodoro, por ter acreditado no meu potencial e apresentado a minha força de trabalho ao desembargador Teodoro.

Ainda sobre o gabinete do desembargador Teodoro Silva Santos, quero agradecer ao professor e amigo Eduardo Girão por ter me apresentado, há quase dois anos, o artigo *O proporcional e o razoável*, de Virgílio Afonso da Silva, para me ajudar na resolução de um agravo de instrumento. Naquele dia, o senhor plantou em mim a vontade de estudar a regra da proporcionalidade, o que acarretou nesta monografia! Aproveito ainda para agradecer os seus ensinamentos ao longo desse período. Você foi, sem dúvida alguma, o professor com quem mais aprendi durante a Faculdade, mesmo sem nunca ter sido seu aluno em sala de aula.

À Dra. Mirla Dantas, por ter sido uma excelente chefe e me ensinado muito sobre a advocacia, durante o período de estágio no Valença Advogados Associados.

Ao Dr. Gabriel Magalhães Bezerra Lima, pelo meu primeiro estágio remunerado e pelas inúmeras experiências engrandecedoras que tive junto ao seu escritório.

Ao professor Marcelo Lima Guerra, por ter cedido, gentilmente, seu trabalho inédito acerca da fórmula do peso de Robert Alexy.

À turma Direito 2015.1, por toda a convivência nestes cinco anos de Faculdade.

Aos amigos Barreto, Belchior, Brilhante, Caio, Carlim, Da Justa, Dante, Davi, Davizim, Diego, Dudu, Dreyko Neves, Euclides, Everton, Fela Arruda, Gaba Arruda, Fernandim, Guéd, Joel, Léo, Marcus Euler, Obara, Pedro Nêgo, Renan, Ricardo Mala e Sólon, por terem vivenciado comigo, desde o início, todas as experiências relacionadas ao período da Faculdade e por formarem o ROSETAS ESPORTE CLUBE; uma agremiação esportiva que

se transformou numa grande família! Vocês foram fundamentais para o meu crescimento pessoal!

À Claryssa, Priscila e Taís, pela amizade e companheirismo durante todos esses anos. Nutro uma admiração muito grande por cada uma e torcerei sempre pelo sucesso e felicidade de vocês!

À família de Priscila: Dona Yeda, Tio Humberto e Valéria, por todos os almoços, caronas e sorrisos ao longo desses cinco anos.

A todos os funcionários da Faculdade de Direito que nos ajudaram nesta caminhada, especialmente Marcelo, Caio, Chuchu, Fabrício e seu Moura. Sem vocês, o nosso período na Faculdade seria bem mais difícil.

Aos amigos do Ministério de Música da Comunidade Católica Um Novo Caminho e do grupo Caminhando com Jesus, pela amizade e orações!

Ao meu violão, companheiro fiel nos momentos de alegria e tristeza e um dos melhores ouvintes dos meus desabafos.

A Tim Maia, Paralamas do Sucesso, Los Hermanos, Raça Negra, Chiclete com Banana, Missionário Shalom e Ministério Amor e Adoração, por cantarem músicas que para sempre ficarão associadas ao período da Faculdade, na minha memória afetiva.

À Sociedade Esportiva Palmeiras, razão de muitas alegrias e das minhas reações mais insensatas.

E por fim, mas não por isso menos importante, ao professor Carlos Cintra, por ter aceitado me orientar nesta monografia e por ter sido o professor com o qual aprendi a gostar de Direito Administrativo, minha disciplina favorita; ao professor William Marques, por ter aceito, prontamente, o convite para fazer parte da banca examinadora deste trabalho e por ser um exemplo de dedicação à Faculdade de Direito; e ao amigo Fernando Demétrio, cuja dedicação e amor ao Direito me estimulam a ser um melhor estudante.

Todas as coisas concorrem para o bem daqueles que amam a Deus.” Romanos 8, 28.

RESUMO

Este trabalho consiste na análise da compatibilidade da Lei nº 12.990/2014 com a ordem constitucional vigente por meio da regra da proporcionalidade, instrumento difundido por Robert Alexy como um método possibilitador de decisões racionais de sopesamento entre princípios jurídicos. O referido diploma legislativo instituiu a reserva de 20% (vinte por cento) das vagas dos concursos públicos do âmbito da administração direta e indireta da União para candidatos que se declarassem negros ou pardos, suscitando uma colisão entre os princípios constitucionais da igualdade material e eficiência administrativa, extraídos dos artigos 3º e 37 da Constituição Federal de 1988, respectivamente. Para se alcançar a finalidade principal desta investigação, será exposta a teoria dos princípios de Robert Alexy, a qual serve de fundamento para a regra da proporcionalidade. Será demonstrada a caracterização das normas jurídicas como princípios e regras e as implicações inerentes à esta distinção para, só então, passar-se a explicação do histórico, estrutura e sistemática de aplicação da regra da proporcionalidade. Ato contínuo, os conteúdos dos princípios da igualdade material e eficiência administrativa serão delimitados para se demonstrar a forma com que a Lei nº 12.990/2014 restringe este último e promove aquele outro. Por fim, a referida lei será submetida aos três exames da regra da proporcionalidade, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Será investigada a possibilidade de os mandamentos da Lei nº 12.990/2014 fomentarem a realização dos objetivos perseguidos pelo Estado; a existência de uma medida alternativa que também seja adequada ao atingimento destes fins, mas que importe em uma menor restrição ao princípio da eficiência administrativa e se a afetação deste princípio pode ser justificada pela promoção do princípio da igualdade material. Para se responder este último questionamento imposto pela regra da proporcionalidade, será utilizada a fórmula do peso, mecanismo desenvolvido por Robert Alexy como um parâmetro para a fundamentação de decisões de sopesamentos. A metodologia deste trabalho consistiu em pesquisas bibliográficas, documentais, estatísticas e legislativas.

Palavras-chave: Regra da proporcionalidade. Cotas raciais. Igualdade material. Eficiência administrativa.

ABSTRACT

This academic paper is focused at analyzing the peculiarities involving the compatibility of Law 12.990/2014 with the current constitutional order through the proportionality rule, spreaded by Robert Alexy as an enabler method of rational decisions of legal principles considerations. That legislation established a reserve of 20% (twenty percent) of the vacancies for the public contests of direct and indirect Administration of the Union for candidates who declared black or brown , raising a collision between the constitutional principles of materials equality and administrative efficiency, extracted from articles 3 and 37 of the Federal Constitution of 1988, respectively . Searching to achieve the main purpose of this research , the theory of principles by Robert Alexy will be exposed, which is the basis for the proportionality rule. The characterization of legal rules between principles and rules and the implications of this distinction will be demonstrated, for only then expose the explanation of the history, structure and system of proportionality rule enforcement. Subsequently, the contents of the principles of material equality and administrative efficiency will be defined to show the way that the Law 12.990/2014 restricts the last one and promotes the other one. Finally, this law will be submitted to the three proportionality rule examinations , namely the appropriateness, necessity and proportionality in the strict sense. The possibility of the commandments of Law 12.990/2014 foster the achievement of the objectives targeted by the State will be investigated; the existence of an alternative measure that is also appropriate for the achievement of these purposes, but it matters on a smaller restriction to the principle of administrative efficiency and if the allocation of this principle may be justified by promoting the principle of material equality. To answer the last question posed by the proportionality rule will be used the “weight formula”, a mechanism developed by Robert Alexy as a parameter for basis the weigh up decisions. The methodology of this work consisted of bibliographic research , documentary , statistics and legislation .

Keywords: Proportionality rule. Racial quotas. Material equality. Administrative efficiency.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	14
2 EXPOSIÇÃO DA REGRA DA PROPORCIONALIDADE	17
SEGUNDO A TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE ROBERT ALEXY.	
2.1 Conceituação de norma jurídica para os fins deste trabalho.	17
2.2 A estrutura das normas jurídicas.	19
<i>2.2.1 Distinções entre princípios e regras quanto ao grau de generalidade, de carga valorativa, de relevância para o ordenamento jurídico e de abstração.</i>	21
<i>2.2.2 Caracterização e distinção de princípios e regras segundo Robert Alexy.</i>	23
<i>2.2.3 Conflito de regras e colisão de princípios.</i>	24
2.3 A regra da proporcionalidade.	28
<i>2.3.1 Esclarecimento terminológico – da definição da proporcionalidade como regra.</i>	28
<i>2.3.2 Um breve histórico da regra da proporcionalidade</i>	31
<i>2.3.3 A regra da proporcionalidade e seus elementos.</i>	33
<i>2.3.3.1 Adequação.</i>	34
<i>2.3.3.2 Necessidade.</i>	35
<i>2.3.3.3 Proporcionalidade em sentido estrito.</i>	36
<i>2.3.3.3.1 A fórmula do peso.</i>	38
2.4 Comentários finais sobre a regra da proporcionalidade.	43
3 DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DOS PRINCÍPIO DA IGUALDADE MATERIAL E DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA.	44
3.1 A igualdade material – conceito e evolução histórica.	45
<i>3.1.1 As ações afirmativas e sua aplicabilidade no Direito brasileiro.</i>	49
3.2 A eficiência administrativa – conceito e implicações.	55
4 A VERIFICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE DA LEI Nº 12.990/2014.	60
4.1 Análise da adequação da Lei nº 12.990/2014.	61
4.2 Análise da necessidade da Lei nº 12.990/2014.	63
<i>4.2.1 Teste comparativo entre a reserva de vagas em concursos públicos para negros e as cotas para candidatos de comprovada baixa renda.</i>	65

<i>4.2.2 Teste comparativo entre a reserva de vagas em concursos públicos para negros e as cotas para candidatos que comprovem, cumulativamente, os requisitos étnico e social.</i>	69
<i>4.2.3 Considerações finais acerca do exame da necessidade da Lei nº 12.990/2014.</i>	70
4.3 Análise da proporcionalidade em sentido estrito da Lei nº 12.990/2014 a partir da fórmula do peso de Robert Alexy.	70
<i>4.3.1 O peso abstrato do princípio da igualdade material (Wi.g.).</i>	73
<i>4.3.2 A intensidade da restrição ao princípio da igualdade material, caso a Lei nº 12.990/2014 não fosse elaborada (Ii.g.) e da força das razões empíricas que fundamentam tal perspectiva (Ri.g.).</i>	73
<i>4.3.3 O peso abstrato do princípio da eficiência administrativa (We.a.)</i>	76
<i>4.3.4 A intensidade da restrição ao princípio da eficiência administrativa causada pela implementação da Lei nº 12.990/2014 (Ie.a.) e da força das razões empíricas que fundamentam tal perspectiva (Re.a.).</i>	77
4.4 Preenchimento da fórmula do peso e conclusões acerca do sopesamento entre os princípios da igualdade material e da eficiência administrativa no contexto da Lei nº 12.990/2014.	80
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	82
REFERÊNCIAS	84
APÊNDICE A - EMENTA DA AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 186.	88

1 INTRODUÇÃO

O artigo 3º da Constituição Federal de 1988 consagrou, como um dos objetivos a serem alcançados pela República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que o bem de todos fosse promovido sem preconceitos e quaisquer outras formas de discriminação.

Este compromisso assumido na nova ordem constitucional impôs ao Estado brasileiro o dever de promover políticas públicas capazes de mitigar as desigualdades de oportunidades e os ilegítimos tratamentos diferenciados dispensados à mulheres, deficientes físicos e imigrantes, por exemplo. Estas medidas, cujos objetivos consistem na redução das diferenças ilegítimas impostas pelo contexto social são conhecidas como ações afirmativas, instituto que pressupõe uma atuação positiva do Estado no combate efetivo à essas discriminações.

Amparado por aquele dispositivo constitucional, promulgou-se, em 20 de julho de 2010, o Estatuto da Igualdade Racial, documento elaborado no intuito de definir as diretrizes a serem seguidas pelo Poder Público e sociedade civil no combate às discriminações impostas pelo fator cor da pele.

Neste contexto, o Poder Executivo Federal propôs ao Congresso Nacional, no ano de 2013, a elaboração de uma lei que garantisse a reserva de 20% (vinte por cento) das vagas nos concursos públicos realizados no âmbito da administração direta e indireta da União para candidatos que se declarassem negros ou pardos, a fim de aumentar a representatividade dos afro-descendentes no serviço público federal. Este projeto foi submetido ao processo legislativo e devidamente aprovado e sancionado pela Presidência da República em 9 de junho de 2014, passando-se a denominar como Lei nº 12.990/2014.

Apesar de consistir numa ação afirmativa apta à promoção do princípio da igualdade material, extraído da norma do artigo 3º da Constituição Federal de 1988, a rápida tramitação do projeto da Lei nº 12.990/2014 no Congresso Nacional prejudicou a discussão da sua compatibilidade com outros dispositivos constitucionais.

É sabido que o artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988 asseverou a necessidade de a atividade administrativa ser pautada pela eficiência, obrigando o Estado a garantir a prestação do serviço público na melhor medida possível, por meio dos indivíduos mais capacitados para tal mister, segundo atributos da técnica, presteza e economicidade. Assim, na medida em que as cotas raciais possibilitarão o ingresso de candidatos que talvez

não tenham sido os mais bem avaliados pela banca examinadora dos concursos, o princípio da eficiência administrativa estaria sendo restringido pela Lei nº 12.990/2014.

Pelo exposto, em razão desta lei implicar, concomitantemente, uma promoção ao princípio da igualdade material e uma restrição ao princípio da eficiência administrativa, este trabalho tem por objetivo geral a análise da compatibilidade da implementação das cotas raciais em concursos públicos com a ordem constitucional vigente.

Em que pese o Supremo Tribunal Federal ter manifestado, por votação unânime, a constitucionalidade da adoção de cotas raciais para o acesso às universidades, em sede da ação de descumprimento de preceito fundamental nº 186, este trabalho se justifica pelo fato de a Lei nº 12.990/2014 ter inovado no ordenamento jurídico, formulando uma nova regra a ser observada nos concursos públicos.

Assim, por se tratar de uma situação de colisão entre princípios constitucionais, esta investigação promoverá a aplicação da regra da proporcionalidade, instrumento desenvolvido pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, na Alemanha, e que teve Robert Alexy como um dos filósofos do Direito que mais se dedicou ao seu estudo e promoção como um mecanismo apto à prolatação de decisões racionais de sopesamento entre princípios.

Pelo exposto, para que a finalidade primordial desta pesquisa seja alcançada, dedicar-se-á o primeiro capítulo desta monografia à explicação do método a ser utilizado na verificação da proporcionalidade da Lei nº 12.990/2014, segundo a teoria de Robert Alexy. Será necessária a exposição da diferenciação das normas jurídicas entre princípio e regras, pois as implicações desta distinção servem de fundamento à regra da proporcionalidade, instrumento cujo histórico, estrutura e sistemática de aplicação também serão expostos no decorrer da primeira parte do presente trabalho.

Ato contínuo, na segunda parte desta pesquisa, delimitar-se-á o conteúdo dos princípios constitucionais postos em colisão pela Lei nº 12.990/2014, no intuito de elucidar as razões pelas quais aquele diploma legislativo promove a igualdade material e, ao mesmo tempo, restringe a eficiência administrativa.

Por fim, passar-se-á a análise da Lei nº 12.990/2014 sob o crivo da regra da proporcionalidade, obedecendo-se a sistemática imposta por este método, qual seja a análise da adequação, necessidade e, por fim, da proporcionalidade em sentido estrito da lei objeto deste trabalho.

Exposta a sequência lógica da investigação proposta por este trabalho, dar-se-á

início ao enfrentamento das questões inerentes à verificação da proporcionalidade das cotas raciais em concursos públicos, através de pesquisas bibliográficas, documentais, estatísticas e legislativas.

2 EXPOSIÇÃO DA REGRA DA PROPORCIONALIDADE SEGUNDO A TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE ROBERT ALEXY

A demonstração teórica da regra da proporcionalidade, nos moldes da teoria de Robert Alexy¹, pressupõe um estudo sobre as normas jurídicas e suas estruturas, as quais, segundo o referido autor, podem ser classificadas em duas espécies, os princípios e as regras.

Do estudo destas modalidades normativas decorrem algumas implicações que fundamentarão a utilidade e a importância da regra da proporcionalidade como instrumento possibilitar de fundamentações racionais de decisões de colisão de princípios jurídicos. No entanto, a teoria a ser exposta no decorrer deste capítulo está longe de ser unanimidade entre os doutrinadores.

Muitos estudiosos do Direito já se debruçaram sobre as distinções e as correlações das estruturas das normas jurídicas sem que fosse possível chegar-se à conclusões irrepreensíveis e incontestáveis sob o ponto de vista teórico. Nas palavras de Virgílio Afonso da Silva², “o conceito de norma jurídica e a discussão sobre suas espécies são temas de infundáveis controvérsias e os juristas parecem ter uma grande dificuldade para chegar ao menos perto de um denominador comum acerca do objeto de sua disciplina”.

Neste sentido, esclarece-se, de logo, que não se pretende - e nem seria possível - propor soluções definitivas acerca dos princípios e das regras jurídicas, como também da regra da proporcionalidade. Sob o ponto de vista metodológico, o que se fez foi tomar por base a obra de Robert Alexy, no intuito de seus conceitos e conclusões sejam expostos e comentados de forma coerente, sem, contudo, deixar-se de apontar as críticas realizadas à teoria daquele jurista, a qual, embora uma das mais relevantes, consiste em uma das inúmeras proposições teóricas atinentes às normas jurídicas.

Feito este breve esclarecimento, para que a exposição do ensinamento de Alexy seja alicerçada de forma satisfatória, passa-se à necessárias considerações acerca da norma jurídica, antes de se adentrar no mérito da sua teoria dos princípios.

2.1 Conceituação de norma jurídica para os fins deste trabalho.

Inicialmente, assevere-se que a definição de norma jurídica precede a análise da

¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 85.

² SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, São Paulo, v. 1, 2003, p. 607.

sua estrutura, pois não se pode estudar a qualificação de um objeto sem antes compreender aquilo que está sendo qualificado.

Neste sentido, logo no início da sua explanação acerca do conceito semântico das normas jurídicas, Alexy³ as define como “o significado de um enunciado normativo”. A partir de tal definição, depreende-se que a norma jurídica não pode ser confundida com o texto que lhe veicula, pois, na verdade, a mesma consiste no sentido que pode ser extraído deste texto mediante um exercício interpretativo.

Para exemplificar o seu conceito de norma jurídica, Alexy⁴ colaciona artigo da Constituição Alemã, o qual prescreve que “(1) Nenhum alemão pode ser extraditado”. Nas palavras do mencionado autor:

Esse enunciado expressa a norma segundo a qual é proibida a extradição de um alemão. Que é proibido que um alemão seja extraditado é o que significa o enunciado “nenhum alemão pode ser extraditado”. Um norma é, portanto, o significado de um enunciado normativo. A necessidade de se diferenciar entre enunciado normativo e norma pode ser percebida pelo fato de que a mesma norma pode ser expressa por meio de diferentes enunciados normativos. Assim, a norma segundo a qual é vedada a extradição de um alemão pode ser expressa, ao invés de (1), por exemplo, por meio de: (1') É proibido extraditar alemães. Ou: (1'') Alemães não podem ser extraditados.

Assim, as normas jurídicas, primordialmente, devem expressar uma obrigação, uma permissão ou uma proibição. Trata-se dos modais deônticos básicos do Direito. Neste sentido, Alexy⁵ afirma que “nem todo enunciado normativo é um enunciado deôntico, mas todo enunciado normativo pode ser transformado em um modal deôntico”. Assim, utilizando-se do exemplo daquele autor, pode-se concluir que a norma jurídica extraída do citado dispositivo da constituição alemã consiste na proibição da extradição de um cidadão alemão.

Humberto Ávila⁶, por sua vez, vai mais além, e assevera que, eventualmente, pode-se ter um texto sem a sua respectiva norma, concluindo que onde houvesse um, não obrigatoriamente deveria haver o outro. Por oportuno, passa-se à transcrição de seu ensinamento:

Em alguns casos há norma mas não há dispositivo. Quais são os dispositivos que prevêm (sic) os princípios da segurança jurídica e da certeza do Direito? Nenhum. Então há normas, mesmo sem dispositivos específicos que lhes dêem (sic) suporte fático. Em outros casos há dispositivo mas não há norma. Qual norma pode ser construída a partir do enunciado constitucional que prevê a proteção de Deus?

³ ALEXY, *op. cit.*, p. 54.

⁴ *Ibid.*, p. 53-54.

⁵ Embora Alexy tenha conceituado norma como aquilo que se pode depreender da interpretação de um enunciado normativo, o próprio ressalva que é possível a concepção de uma norma mesmo sem um texto, dando o exemplo das luzes dos semáforos de trânsito. Cf. ALEXY, 2008, p. 54.

⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 30.

Nenhuma. [...] Em outras hipóteses há apenas um dispositivo, a partir do qual se constrói mais de uma norma. [...] Noutros casos há mais de um dispositivo, mas a partir deles só é construída uma norma. [...] E que isso quer dizer? Significa que não há correspondência biunívoca entre dispositivo e norma – isto é, onde houver um não terá obrigatoriamente o outro.

Friedrich Müller⁷, ao seu turno, contrariando a relação entre norma e texto normativo exposta por Alexy e amparado pelas concepções da teoria estrutural pós-positivista da norma jurídica, preceitua que a norma vai muito além do enunciado normativo, sendo aquela determinada pelo também pelo contexto social.

Levando-se em conta o teor das lições citadas, já se pode constatar a complexidade teórica atinente às normas jurídicas, tendo em vista as inúmeras formas de conceituá-las⁸. Infelizmente, as dimensões deste capítulo não comportam um aprofundamento acerca deste tema, sob pena de prejudicar o seu objeto de estudo principal, qual seja a demonstração teórica da regra da proporcionalidade a partir da distinção de princípios e regras.

Assim, no intuito de não se iniciar maiores devaneios acerca de um tema alheio às finalidades deste trabalho, delimita-se o conhecimento necessário das normas jurídicas para este estudo, nos moldes do já citado pensamento de Alexy, no sentido de aquelas serem os resultados das interpretações de enunciados normativos, dos quais se pode extrair uma obrigação, uma proibição ou uma permissão.

2.2 A estrutura das normas jurídicas.

A discussão doutrinária acerca das distinções entre princípios e regras remonta a tempos idos. Muitos foram os doutrinadores que tentaram elucidar as nuances desta matéria. Contudo, sobretudo a partir da segunda metade do século XX, o estudo deste tema ganhou relevo pelos ensinamentos de Ronald Dworkin, ex-professor na Universidade de Oxford, morto em 2013, e Robert Alexy, Professor Catedrático de Direito Público e Filosofia do Direito na Universidade de Kiel, na Alemanha.

Na literatura jurídica nacional, o tema também ganhou destaque pelos estudos e dissensos teóricos de Virgílio Afonso da Silva, tradutor da *Teoria dos Direitos Fundamentais* de Robert Alexy para a língua portuguesa, e Humberto Ávila, autor da obra *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*.

⁷ MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik*, 1976, p. 24 e ss e 1977, p. 75 *apud* ALEXY, 2008, p. 77.

⁸ Sobre o conceito de norma jurídica, Cf. VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.24-27.

Isto posto, saliente-se que existem vários critérios para se apontar as distinções entre as estruturas das normas jurídicas. Entretanto, não se pode afirmar a existência de um critério que seja melhor que o outro, pois estes diversos tipos de diferenciação partem de pressupostos distintos. Assim, sendo o método utilizado para tal diferenciação coerente sob o ponto de vista teórico, não se pode afirmar que um método seja melhor do que o outro⁹.

Contudo, pelo fato de o presente trabalho visar, precipuamente, a explicação da regra da proporcionalidade nos termos da teoria de Robert Alexy, adotar-se-á os fundamentos deste jurista por coerência metodológica, mas sem perder de vista os posicionamentos contrários à sua obra.

Conforme relatado, os princípios e as regras são as duas espécies de normas jurídicas, ambas expressões de um *dever ser*, as quais podem ser enunciadas mediante os modais deônticos básicos, quais sejam a proibição, a permissão e a obrigação¹⁰. A diferenciação destas normas pode ser feita com base em diversos critérios como, por exemplo, o grau de generalidade, de carga axiológica, de relevância para a ordem jurídica e a maneira de se resolver antinomias, apenas para citar alguns que a doutrina costuma tratar.

Destaque-se que o último critério citado no parágrafo anterior é o mais relevante para este trabalho, pois trata-se do fundamento da necessidade de um instrumento útil à resolução de casos em que princípios com consequências jurídicas opostas estejam em colisão. Mais à frente, demonstrar-se-á que, nestas antinomias entre princípios, a eficácia¹¹ de um deverá preceder a do outro, conforme as condições fáticas e jurídicas do caso concreto, sem que o princípio preterido seja declarado inválido¹².

Neste sentido, a fim de não se antecipar o conteúdo que será abordado mais a diante, qual seja a distinção qualitativa de princípios e regras conforme a teoria de Robert Alexy, passar-se-á a uma breve exposição dos outros critérios utilizados pela doutrina na diferenciação das mencionadas normas¹³.

⁹ Cf. SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 44. e ÁVILA, op. cit.

¹⁰ ALEXY, op. cit., p. 87.

¹¹ Na ciência jurídica, o termo “eficácia” possui vários sentidos. Contudo, para as pretensões deste trabalho, sempre que se falar em eficácia dos princípios jurídicos, deve-se ter em mente a ideia de realização dos efeitos pretendidos pela norma, ou, nas palavras de Ana Paula de Barcelos, “o conjunto de consequências jurídicas que se podem manejar para buscar a realização coativa da norma [...]”. Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 221, jul./set., 2000, p. 170.

¹² ALEXY, op. cit., p. 90 *et seq.*

¹³ Em que pese a teoria de Robert Alexy ser muito estudada e citada pelos doutrinadores brasileiros, o descompasso terminológico no emprego do termo “princípio” causa, não raras vezes, problemas de coerência teórica com o objeto do estudo, pois, conforme se verá mais adiante, o professor da Universidade de Kiel qualifica princípio como um “mandamento de otimização”, norma que pode ter sua eficácia em diferentes níveis, dependendo das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, enquanto as regras seriam comandos de

2.2.1 Distinções entre princípios e regras quanto ao grau de generalidade, de carga valorativa, de relevância para o ordenamento jurídico e de abstração.

Trata-se a generalidade de um dos critérios mais comuns para a diferenciação entre princípios e regras. Nas palavras de Alexy¹⁴, “segundo este critério, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo”.

O grau de generalidade de uma norma jurídica se contrapõe ao seu grau de especificidade¹⁵. Geralmente, os princípios são classificados como normas mais genéricas, incidindo sobre uma quantidade indeterminada de situações, enquanto as regras seriam normas mais específicas, tendo sua aplicabilidade aferida em situações mais determinadas.¹⁶

Exemplificando tal diferenciação, pode-se ter em mente as normas constitucionais que preceituam que a República Federativa do Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, *caput* e inciso III, da Constituição Federal de 1988) e que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, inciso III, da Constituição Federal de 1988)¹⁷.

Nota-se que a primeira norma possui uma capacidade de regular inúmeras situações de fato, em vista do alto grau de generalidade do enunciado referente à dignidade da pessoa humana, enquanto a segunda possui um suporte fático menor, mais específico, no sentido de prever os tipos de tratamento vedados pela ordem constitucional. Por este critério, tem-se que a primeira norma pode ser classificada como um princípio e a segunda como uma regra.

A diferenciação quanto aos graus de carga valorativa e de importância para a ordem jurídica dos princípios e das regras possuem uma estreita relação entre si. Isto baseia-se

deveres definitivos, de modo que a perfectibilização de sua previsão no mundo dos fatos implicaria na sua aplicação integral, não comportando em diferentes graus de realização. Contudo, grande parte dos doutrinadores brasileiros não deixam de qualificar as normas jurídicas segundo o critério de sua relevância para o ordenamento jurídico, por exemplo. Assim, mesmo compactuando com a teoria de Alexy, muitos doutrinadores definem como princípios aquilo que, segundo o ensinamento daquele jurista alemão, seria considerado uma regra. A respeito desta problemática, Cf. SILVA, *op. cit.*, p.612-613.

¹⁴ ALEXY, *op. cit.*, p. 87.

¹⁵ Em sentido contrário, Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 26 *et. seq.*

¹⁶ Em nota de rodapé na sua *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Alexy comenta a distinção dos critérios da generalidade e da universalidade. Assevera que este se contrapõe à individualidade enquanto aquele tem como antagonista o critério da especificidade. Exemplificando tal distinção, utiliza-se de variações hipotéticas das normas que tratam da liberdade de crença e do direito que todo preso tem de converter outros presos à sua crença. Cf., ALEXY, *op. cit.*, p.87-88.

¹⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988): promulgada em 5 de outubro de 1988. *in* Vade Mecum Saraiva. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

no fato de que, por se tratar os princípios de normas dotadas de um conteúdo axiológico mais evidente do que as regras, aqueles seriam as normas mais importantes do ordenamento jurídico, fundamento de validade das regras, as quais, por sua vez, seriam dotadas de conteúdo mais técnico e menos valorativo¹⁸.

Exemplificando tal afirmativa, pode-se utilizar a norma constitucional instituidora da necessidade de se oportunizar aos litigantes, em processos judiciais e administrativos, o contraditório e a ampla defesa. Trata-se de norma de forte aspecto valorativo, pois evidencia, intuitivamente, os ideais de justiça e segurança jurídica, por exemplo. Assim, em razão de seu elevado caráter axiológico, da referida norma adviriam os princípios do contraditório e da ampla defesa, normas nucleares do direito processual, as quais serviriam de pressuposto lógico para a criação de outras normas mais técnicas e menos valorativas, que concretizassem as determinações daqueles princípios. Essas normas derivadas daqueles mandamentos nucleares seriam as regras.

Por fim, princípios e regras são comumente diferenciados pelo grau de abstração. Sobre este tipo de distinção, vale a transcrição do ensinamento de Willis Santiago Guerra Filho¹⁹, *in verbis*:

Uma das características dos princípios jurídicos que melhor os distinguem das normas que são regras é sua maior abstração, na medida em que não se reportam, ainda que hipoteticamente, a nenhuma espécie de situação fática, que dê suporte à incidência da norma jurídica, então, enquanto conjunto de regras e princípios, pode continuar a ser concebida, à lá Kelsen, como formada por normas que se situam em distintos patamares, conforme o seu maior ou menor grau de abstração ou concreção, em um ordenamento jurídico de estrutura escalonada (*Stufenbau*). [...] O grau de abstração vai então crescendo até o ponto em que não se tem mais regras, e sim, princípios, dentre os quais, contudo, se pode distinguir aqueles que se situam em diferentes níveis de abstração. (Grifos no original).

Conforme se depreende, trata-se de mais uma distinção pelo grau de um atributo. Princípios seriam as normas que tivessem um nível maior de abstração, em enquanto as regras seriam as normas que concretizassem esses princípios.

Assim, terminada esta brevíssima exposição de alguns dos critérios propostos pela doutrina para a diferenciação de princípios e regras, ressalte-se que muitos outros poderiam ter sido citados, mas, diante das dimensões deste trabalho, os que foram comentados já são suficientes para se ter em mente a diversidade de proposições relacionadas à caracterização das normas jurídicas.

Isto posto, passar-se-à, enfim, à análise do critério utilizado por Robert Alexy,

¹⁸ Cf. SILVA, *op. cit.*, p. 612.

¹⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: RCS, 2007, p. 64-65.

consistente em uma distinção decorrente da própria natureza estrutural dos princípios e das regras, implicando em diferentes maneiras de aplicação daquelas normas e de resolução de antinomias.

2.2.2 Caracterização e distinção de princípios e regras segundo Robert Alexy.

De início, diferentemente dos critérios comentados no tópico anterior, cumpre ressaltar que Robert Alexy, assim como Ronald Dworkin²⁰, defende a tese de que a distinção entre princípios e regras não reside nos graus de generalidade, carga valorativa ou relevância para o ordenamento jurídico, mas numa diferenciação de caráter lógico, decorrente da própria da natureza das normas jurídicas, tratando-se, pois, de uma distinção qualitativa.

Em relação às regras, Alexy assevera que, caso sua hipótese de incidência fosse preenchida, a sua aplicação seria compulsória, absoluta e integral²¹. À esta atividade de enquadramento da realidade fática na previsão do enunciado normativo dá-se o nome de subsunção. Ao seu turno, supondo que a previsão fática da regra não fosse perfectibilizada, impossível seria a sua aplicação. Trata-se do modelo *tudo ou nada*, do qual se depreende que a aplicação das regras não teria meio termo.

No que atine aos princípios, contudo, Alexy os define como mandamentos de otimização, normas que podem ser realizadas em diferentes medidas, a depender das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto. A partir desta conceituação, a teoria de Alexy começou a se distanciar do pensamento de Dworkin²². Explica-se: este último teve como objetivo inicial criticar o positivismo e o seu modelo de ordenamento jurídico composto exclusivamente por regras. Neste tipo de sistema, segundo o ex-professor da Universidade de Oxford, os magistrados teriam dificuldades em fundamentar casos complexos em que não fosse possível identificar uma regra que lhe fosse aplicável²³. Neste contexto, os princípios surgiriam como um instrumento interpretativo favorável aos aplicadores do direito, deixando o ordenamento jurídico um pouco mais aberto e a fundamentação das decisões judiciais

²⁰ Ronald Dworkin também defendia a diferenciação qualitativa entre princípios e regras. Segundo o referido jurista norte-americano, as regras possuem apenas uma dimensão, a validade. Nas suas palavras, “Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida.” O conflito entre regras seria resolvido pela declaração de invalidade de uma delas. Em relação aos princípios, Dworkin lhes atribuía uma dimensão que não seria observada nas regras, a dimensão do peso. Neste sentido, conflitos entre princípios não acarretariam a declaração de invalidade de um deles. A antinomia se resolveria favoravelmente ao princípio que tivesse maior peso no caso concreto. Cf., DWORKIN, Ronald. **Levando direitos à sério**. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 42 et seq.

²¹ Cf. ALEXY, 2008, *op. cit.* p.91.

²² Sobre as diferenças dos pensamentos de Robert Alexy e Ronald Dworkin, Cf. ÀVILA, *op.cit.* p.37 et seq.

²³ Cf. SILVA, *op. cit.* p.610.

menos limitadas.

Alexy²⁴ não nega que os princípios possuem essa utilidade na interpretação do direito, mas isso ainda não seria a melhor qualificação destas normas. Neste sentido, por sua clareza e didática, passa-se à transcrição do entendimento do Professor Catedrático da Universidade de Kiel acerca dos princípios jurídicos, *in verbis*:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. (Grifo nosso)

Em outras palavras, é a clássica definição de princípios como mandamentos de otimização que melhor os distingue das regras, no sentido de estas serem normas cuja aplicação, observada a sua hipótese de incidência, não comporta temperamentos; enquanto aqueles podem ser aplicados em diversas medidas, observadas as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto.

Assim, demonstrada a distinção qualitativa das normas jurídicas segundo Robert Alexy, pode-se iniciar a análise das diferentes formas de resolução de conflitos de regras e colisões de princípios.

2.2.3 Do conflito de regras e da colisão de princípios.

Conforme explicitado anteriormente, o preenchimento do suporte fático de uma regra implica na realização integral de suas determinações, segundo o modelo do *tudo ou nada*. Contudo, não raramente, ocorrem situações em que as previsões de duas regras distintas se perfectibilizam e resultam, abstratamente, em consequências jurídicas diametralmente opostas. Trata-se de um conflito de regras.

A resolução deste tipo de antinomia comporta duas possibilidades, quais sejam a) a introdução de uma cláusula de exceção em uma das regras, ou b) a declaração de invalidade de uma delas, implicando na sua exclusão do ordenamento jurídico, em razão da impossibilidade lógica de duas regras com disposições incompatíveis entre si conviverem harmoniosamente.²⁵ Acerca disto, revela-se oportuna a transcrição do exemplo citado por

²⁴ ALEXY, *op. cit.* p.90.

²⁵ *Ibid.*, p. 92.

Robert Alexy²⁶, em literal:

Um exemplo para um conflito entre regras que pode ser resolvido por meio da introdução de uma cláusula de exceção é aquele entre a proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala de aula se soar o alarme de incêndio. Se o sinal ainda não tiver sido tocado, mas o alarme de incêndio tiver soado, essas regras conduzem a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si. Esse tipo de conflito deve ser solucionado por meio da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção para o caso de alarme de incêndio.

Verifica-se que a introdução de uma cláusula de exceção consiste na previsão de um fato que impede a realização de uma regra. Neste sentido, do exemplo feito por Alexy, pode-se concluir que a norma extraída daqueles enunciados resulta na proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque, a não ser que soe o alarme de incêndio.

Problema maior se dá quando não for possível excepcionar uma das regras, situação que implica na declaração de invalidade de uma delas, pois não se pode conceber a coexistência de duas regras com implicações jurídicas diametralmente opostas em uma mesma ordem jurídica²⁷. Neste sentido, pode-se afirmar que a solução para estes casos de antinomia encontra-se inserido na dimensão da validade, não sendo possível realizar uma gradação deste conceito, pois uma norma sempre será válida ou inválida. Neste casos, o aplicador do direito deve recorrer aos critérios do *lex posterior derogat legi priori e lex specialis derogat legi generali*, por exemplo²⁸.

Alexy²⁹ exemplifica a resolução de um conflito como o descrito no parágrafo anterior citando um julgado da suprema corte de justiça da Alemanha, a qual solucionou antinomia entre duas regras, quais sejam o §22, 1, da ordenação acerca do horário de trabalho, de 1934 e 1938 - direito federal vigente naquele tempo, o qual, de acordo com o entendimento daquele Tribunal, possibilitava a abertura de lojas entre às 7 e 19 horas nos dias úteis, e o §2º de lei do Estado de Baden sobre o horário de funcionamento do comércio, datada de 1951, a qual proibia a abertura de lojas nas tardes de quarta-feiras.

Nota-se que as duas regras trazem determinações incompatíveis, devido à impossibilidade lógica de a abertura das lojas ser concomitantemente permitida e proibida. Desta forma, o Tribunal Constitucional Federal, invocando o artigo 31 da Constituição alemã, o qual advertia que o direito federal tem prioridade sobre o direito estadual, concluiu pela impossibilidade de o direito local excepcionar uma regra trazida em lei federal, asseverando, pois, a nulidade - invalidade - da norma do Estado de Baden.

²⁶ ALEXY, *op. Cit.* p. 92.

²⁷ *Ibid.*, *loc cit.*

²⁸ Acerca dos critérios para resoluções de antinomias, *Cf.*, BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 4ª ed. Brasília: EdUNB, 1994.

²⁹ ALEXY, *op. cit.*, p.93.

As colisões entre princípios, ao seu turno, não seriam resolvidas pela declaração de invalidade de um deles, mas pela preponderância de um sobre o outro de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto. Dworkin afirma que, diferentemente das regras, cujos conflitos são resolvidos na dimensão da validade, as colisões de princípios preservariam a validade de cada um deles, sendo a antinomia resolvida pela dimensão do peso³⁰.

O entendimento ora exposto também encontra amparo nos ensinamentos de Willis Santiago Guerra Filho³¹, conforme pode-se observar da leitura do seguinte trecho do artigo científico *Noção essencial do princípio da proporcionalidade*, em literal: “Ao contrário dessas [referindo-se às regras] também se verifica que os princípios podem se contradizer, sem que isso faça qualquer um deles perder a sua validade jurídica e ser derogado”.

Virgílio Afonso da Silva³², citando ensinamento de Ronald Dworkin, assim descreve esta diferente interação de princípios e regras em casos de antinomia, *in verbis*:

Dworkin argumenta que, ao lado das regras jurídicas, há também os princípios. Estes, ao contrário daquelas, que possuem apenas a dimensão da validade, possuem também uma outra dimensão: o peso. Assim, as regras ou valem, e são, por isso, aplicáveis em sua inteireza, ou não valem, e portanto, não são aplicáveis. No caso dos princípios, essa indagação acerca da validade não faz sentido. No caso de colisão entre princípios, não há que se indagar sobre problemas de validade, mas somente de peso. Tem prevalência aquele princípio que for, para o caso concreto, mas importante, ou, em sentido figurado, aquele que tiver maior peso. Importante é ter em mente que o princípio que não tiver prevalência não deixa de valer ou de pertencer ao ordenamento jurídico. Ele apenas não terá tido peso suficiente para ser decisivo naquele caso concreto. Em outros casos, porém, a situação pode inverter-se.

A noção de que princípios com consequências jurídicas opostas podem conviver harmoniosamente no ordenamento jurídico é fundamental para este trabalho, pois tal entendimento implica que, diferentemente das regras, as quais são aplicadas por meio de subsunção do fato à prescrição normativa e sempre de forma integral, os princípios são aplicados por ponderação, de modo que as suas realizações podem variar em diferentes medidas, de acordo com as condições do caso, sempre um prevalecendo sobre o outro, sem, contudo, fulminar a validade do princípio preterido³³.

Isto posto, pode-se concluir o caráter definitivo das regras e o caráter *prima facie*

³⁰ DWORKIN, *op. cit.*, p.42

³¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Noção essencial do princípio da proporcionalidade. **RCJ**, Ano XXIII, n. 148, p. 174, jul./ago., 2009.

³² SILVA, 2003, p.610.

³³ Humberto Ávila critica o posicionamento adotado neste trabalho. Na obra *Teoria do Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, Ávila faz uma reflexão acerca da obra de Robert Alexy e sugere uma conceituação diferente dos princípios e das regras, as quais, segundo aquele autor, também possuiriam a dimensão do peso – aqui, contrariando também Ronald Dworkin – e poderiam ser aplicadas por ponderação. Cf. ÁVILA, *op. cit.*, p.35 *et seq.* Em resposta às críticas propostas por Ávila, Cf. SILVA, 2010, p.56 *et seq.*

dos princípios. Esses atributos são decorrência das diferentes formas de aplicação das normas jurídicas. Se for o caso da aplicação de uma regra, o seu comando deve ser realizado diretamente. Contudo, na aplicação dos princípios, caso seja observada a sua possibilidade de regular determinada situação, o seu mandamento não pode ser realizado de logo, pois, diferentemente das regras, a sua realização depende também das possibilidades jurídicas, e não apenas fáticas. Assim deve-se, primeiramente, identificar os princípios antagônicos que poderiam regular o mesmo caso e, após uma ponderação entre todos os conflitos colidentes, extrair-se um resultado com a característica de um dever definitivo, que seria a consequência jurídica do princípio preponderante no sopesamento³⁴.

Ressalte-se que a precedência de um princípio sobre o outro nunca será absoluta, pois, o fato de um princípio ter prevalecido em uma ponderação específica não significa que este irá prevalecer todas as vezes. Alteradas as condições fáticas e jurídicas que favorecem a precedência de um princípio “A” sobre um princípio “B”, nada impede que o princípio B possa vir a prevalecer sobre o princípio A em um novo sopesamento³⁵.

Neste sentido, a maior dificuldade para o aplicador do direito é, justamente, concluir quais são as condições fáticas e jurídicas que levam um princípio a prevalecer num exercício de ponderação. Alexy denomina esse contexto fático-jurídico como *condições de precedência*³⁶. Nos termos da definição de princípio como mandamento de otimização, são essas condições que irão determinar o grau da eficácia de um princípio no caso concreto.

Deste entendimento, Alexy demonstra a fórmula “(P¹ P P²) C”, da qual se depreende que, observadas as condições “C”, o princípio “P¹” deve prevalecer sobre o princípio “P²”. Ato contínuo, o referido jurista afirma que da precedência do princípio “P¹” sobre o “P²”, adveem uma consequência jurídica “R”, a qual teria a estrutura de regra, devendo ser aplicada integralmente caso observada sua hipótese de incidência. Desta forma, conclui-se que a condição de precedência “C” que levou o princípio “P¹” a prevalecer sobre o princípio “P²” consiste no suporte fático de uma regra “R”, tratando-se esta da consequência jurídica

³⁴ Afim de ilustrar a diferenciação do caráter definitivo das regras do *prima facie* dos princípios, Virgílio Afonso da Silva elaborou um exemplo singelo, mas bastante didático. Trata-se de João, o qual considera um dever ajudar os amigos e cumprir as suas promessas. Neste sentido, João promete ir à festa de um amigo, José. Contudo, João fica sabendo que Jorge, outro amigo seu, está muito doente e precisando de sua ajuda. No caso, não havia a possibilidade do cumprimento dos dois deveres. Após uma ponderação, João considerou que prestar assistência a Jorge seria mais importante do que comparecer à festa de José. Neste sentido, aquele doutrinador assevera que “tanto o dever de cumprir promessas, como o dever de ajudar os amigos, são deveres *prima facie*. Isso significa que, diante das possibilidades do caso concreto, o dever pode não se revelar um dever definitivo, realizável. No caso concreto, o dever definitivo é aquele que é produto de uma ponderação ou sopesamento [...]”. Cf. SILVA, 2003, p.619.

³⁵ ALEXY, *op.cit.*, *passim*.

³⁶ *Idib.*, p.97.

causada pelo prevalectimento do princípio “P1”³⁷.

A demonstração da mencionada fórmula de colisão, contudo, não esclarece as razões que levam um princípio a ter peso maior do que outro em determinado caso. Surge, daí, a necessidade de um instrumento racional que justifique e fundamente estas ponderações, sob pena de configurarem em um arbítrio daqueles que as realizam.

2.3 A regra da proporcionalidade.

Conforme o exposto no sub-tópico anterior, as ponderações inerentes às colisões entre princípios necessitam de um mecanismo que comporte uma fundamentação racional das decisões sobre qual deles deve prevalecer em um caso concreto. Neste sentido, a regra da proporcionalidade é o método sugerido neste trabalho como um instrumento possibilitador de decisões racionais de sopesamentos.

Assim, os próximos tópicos deste serão dedicados à análise da terminologia, histórico, estrutura e daquele mecanismo, esclarecendo e explicando a maneira pela qual se tentará identificar o princípio que deverá prevalecer no caso concreto imposto nesta pesquisa.

2.3.1 Esclarecimento terminológico – da definição da proporcionalidade como regra.

Tendo em vista que o presente trabalho pretende demonstrar a regra da proporcionalidade a partir da teoria de Robert Alexy, deve-se ter o zelo necessário para não se desvirtuar termos e conceitos propostos pelo mencionado jurista, sob pena de incorrer-se em vício de incoerência metodológica.

Diante disto, conforme a linha teórica desta pesquisa, uma norma jurídica deve ser qualificada como princípio quando for possível a sua realização em diversas medidas, conforme as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto. As regras, por sua vez, são normas cuja aplicação, preenchido o seu suporte fático, se dá de forma integral, não comportando temperamentos³⁸.

Neste sentido, conforme será exposto mais adiante, a proporcionalidade tem natureza de regra, tendo em vista que não se pode aplicá-la em diferentes medidas. A

³⁷ ALEXY, p.98.

³⁸ Cf. Tópicos 1.3.2 e 1.3.3 deste trabalho.

depende do preenchimento do seu suporte fático, a proporcionalidade será aplicada ou não³⁹.

Ainda que assim não fosse, a proporcionalidade também não poderia ser qualificada como princípio em razão da impossibilidade de seus elementos entrarem em colisão com outros princípios. Neste sentido, segue a transcrição de comentário feito pelo próprio Robert Alexy⁴⁰ em nota de rodapé na sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*:

A máxima da proporcionalidade é com frequência denominada 'princípio da proporcionalidade' (sic). Nesse caso, no entanto, não se trata de um princípio no sentido aqui empregado. Adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são sopesadas contra algo. Não se pode dizer que elas às vezes tenham precedência, e às vezes não. O que se indaga é, na verdade, se as máximas parciais foram satisfeitas ou não, e sua não-satisfação tem como consequência uma ilegalidade. As três máximas devem ser consideradas como regras.

Outro não é o entendimento de Virgílio Afonso da Silva⁴¹, quando adverte que “o chamado princípio da proporcionalidade não pode ser considerado um princípio, pelo menos não com base na classificação de Alexy, pois não tem como produzir efeitos em variadas medidas, já que é aplicado de forma constante, sem variações”.

Em sentido, contrário, porém, é a percepção de Willis Santiago Guerra Filho⁴², o qual afirma que a concepção da proporcionalidade como uma regra impediria a sua aplicabilidade no direito brasileiro, pois, de acordo com a previsão do artigo 5º, §2º, da Constituição Federal, “não há regra jurídica que seja implícita, mas tão-somente os direitos e garantias fundamentais, consagrados em princípios igualmente fundamentais” Acrescenta, ainda, que, mesmo considerando a estrutura da proporcionalidade com subelementos capazes de serem aplicados por subsunção, não se poderia conceber a proporcionalidade como regra, “pois não poderia ser uma regra o princípio que é a própria expressão da peculiaridade maior deste último tipo de norma em relação à primeira, o tipo mais comum de normas jurídicas”. Por fim, afirma que “o conteúdo de uma regra é a descrição (e previsão) de um fato, acompanhada da prescrição de sua consequência jurídica, e não outra regra”.

Em que pese o posicionamento de Willis Santiago Guerra Filho, no que atine à primeira crítica, o mesmo condiciona a aplicabilidade da regra da proporcionalidade no ordenamento constitucional brasileiro a uma previsão normativa, assim como também sugere Paulo Bonavides⁴³ no seu *Curso de Direito Constitucional*. Contudo, o uso da regra da proporcionalidade no direito brasileiro não deve ser condicionado a uma previsão no texto constitucional.

³⁹ ALEXY, *op.cit.*, p. 117.

⁴⁰ *Ibid. loc. cit.*

⁴¹ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. n. 798, 2002, p.25.

⁴² GUERRA FILHO, 2009, p.182-183.

⁴³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.450.

Neste sentido, a aplicabilidade da regra da proporcionalidade no Direito brasileiro decorre da própria natureza do ordenamento jurídico nacional, composto por princípios e regras, tendo vista que tal modelo pressupõe que aquelas primeiras normas entrem em colisão, implicando-se na necessidade de um sopesamento, a fim de otimizar as suas respectivas consequências jurídicas no caso concreto⁴⁴. Conforme já mencionado, é por meio da regra da proporcionalidade que se realiza aquela ponderação.

Em relação à segunda crítica feita por Guerra Filho, percebe-se que o mesmo tende a caracterizar os princípios como aquelas normas nucleares ao ordenamento jurídico, ao afirmar que a proporcionalidade, devido à sua importância, não poderia ser considerada uma regra, tipo de norma mais comum na ordem jurídica.⁴⁵ Já se refutou este tipo de caracterização de princípios em tópico anterior, em razão desta pesquisa adotar os conceitos propostos por Robert Alexy, o qual define aquele tipo de norma como algo que pode ser realizado em diferentes medidas⁴⁶. Deixa-se claro que Guerra Filho não está equivocado em sua percepção, mas apenas toma por base um tipo de qualificação diverso daquele adotado nesta pesquisa, de modo que não há falar em uma caracterização mais correta que a outra em razão de partirem de premissas distintas.

Finalmente, em resposta à terceira crítica realizada por Guerra Filho, no sentido de ser o conteúdo de uma regra a previsão de um fato e sua consequência jurídica, e não outra regra, adota-se o posicionamento de Virgílio Afonso da Silva, o qual, rebatendo uma crítica feita por Humberto Ávila, que havia caracterizado a proporcionalidade como um postulado normativo aplicativo, deixa claro que a proporcionalidade, de fato, não é uma regra como as outras, mas, nem por isso, deixa de perder a natureza de regra. Neste sentido, segue a transcrição da réplica de Virgílio Afonso da Silva⁴⁷ ao posicionamento de Humberto Ávila Ávila, *in verbis*:

Embora a proporcionalidade não seja, de fato, uma regra de conduta, mas uma regra acerca da aplicação de outras regras, não me parece que recorrer a uma idéia (sic) como “postulado normativo aplicativo” (sic) tenha alguma razão de ser. Ávila alerta que chamar a proporcionalidade de regra – como propus em outro trabalho – mais complicaria que esclareceria. Um indício disso seria o fato de que até mesmo os adeptos da teoria dos princípios, na linha proposta por Alexy, reconhecem que a proporcionalidade não seria um tipo especial de regra, e não uma regra comum. (...) Não me parece ser o caso de tentar demonstrar se há um certo e um errado nesse âmbito. Para aqueles que pensam não chamar uma regra de regra apenas porque ela não é uma regra de conduta ou de competência pode facilitar a compreensão as coisas, o recurso a outras denominações, como a de “postulado normativo aplicativo”, pode ser uma saída. Desde que se tenha em mente, claro, que também

⁴⁴ Cf. ALEXY, 2008, p.116. e SILVA, 2002, p. 44.

⁴⁵ Cf. GUERRA FILHO, 2009, p.182-183.

⁴⁶ Cf. Tópicos 1.3.2 e 1.3.3 deste trabalho.

⁴⁷ SILVA, 2010, p.168-169.

esses postulados têm a estrutura de regra.

Pelo exposto, verifica-se que, caso se adote a linha teórica e conceitual de Robert Alexy, deve-se qualificar a proporcionalidade como uma regra. Mesmo que ela não seja uma regra comum, tal terminologia é necessária para se guardar coerência com o ensinamento daquele jurista alemão.

Contudo, reitera-se a inviabilidade de se julgar como certa ou errada esta qualificação, pois a concepção da proporcionalidade como regra ou princípio parte de pressupostos teóricos distintos, apenas devendo-se manter uma coerência com a teoria a ser utilizada.

2.3.2 Histórico da regra da proporcionalidade.

A regra da proporcionalidade, da maneira concebida atualmente, surgiu a partir do desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, o *Bundesverfassungsgericht*, sobretudo, após a Segunda Guerra Mundial⁴⁸. Foi a partir dos julgados da Suprema Corte daquele país que a regra da proporcionalidade e seus elementos foram estruturados de forma racional, os quais passaram a ser aplicados de forma pré-determinada e sistematizada⁴⁹.

Contudo, a noção de proporcionalidade, propriamente dita, entendida como aquilo que é justo ou equânime, remonta a tempos bem mais antigos, conforme se extrai do ensinamento de Willis Santiago Guerra Filho⁵⁰, que identificou na Grécia e na Roma antiga, os primeiros sinais daquela ideia, *in verbis*:

para os antigos gregos a ideia retora de seu comportamento era aquela de proporcionalidade, de equilíbrio harmônico, expressa pelas noções de *métron* (sic), o padrão do justo, belo e bom, e de *hybris* (sic), a extravagância dessa medida, fonte de sofrimento. (...) Já no antigo Direito romano, contudo, pode-se identificar manifestações do princípio de proporcionalidade nas regras empregadas pelo pretor para computar em seu *quanti interest* as parcelas de débito, obrigações de fazer, delito privado ou indenização acarretadas por um mesmo infrator.

Suzana de Toledo Barros⁵¹, por sua vez, identifica que a trajetória da ideia de proporcionalidade se confunde com a própria história dos direitos humanos, especificamente na passagem do chamado *Estado de Polícia* para o *Estado de Direito*, durante os séculos XVII

⁴⁸ GUERRA FILHO, 2009, p.179-180.

⁴⁹ SILVA, 2002, p.32.

⁵⁰ GUERRA FILHO, *op. cit.*, p.172-173.

⁵¹ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.** 1ªed. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

e XVIII, período em que os poderes do Estado passaram a ser limitados pela lei, em favor dos interesses da sociedade.

A referida autora ainda assevera que o pensamento jusnaturalista exerceu papel fundamental nesta transição, difundindo a ideia da “existência de uma ordem de valores imanentes à personalidade humana, que garantiria ao homem uma esfera de liberdade intangível, oponível até mesmo contra o soberano”⁵².

Assim, a proporcionalidade se desenvolveu no bojo das relações do Estado com os particulares no âmbito do Direito Administrativo, consistindo em instrumento apto à limitação dos poderes estatais em favor da coletividade. O seu desenvolvimento na Europa, sobretudo na França, após a Revolução de 1789, ganhou muita força, revelando-se num desdobramento do princípio da legalidade⁵³, mecanismo controlador do poder de polícia do Estado.

Em que pese o desenvolvimento perante o Direito Administrativo francês, o mesmo não pôde ser verificado no Direito Constitucional, em razão da inexistência do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis daquele país⁵⁴.

Entretanto, tal fato não impediu que a doutrina administrativa francesa reverberasse nos países vizinhos. Foi assim que a noção de proporcionalidade ganhou relevo também entre os administrativistas alemães, por exemplo. Ato contínuo, a própria suprema corte de justiça da alemã passou a aplicar a ideia de proporcionalidade também no direito constitucional, passando a proferir várias decisões constatando que o Poder Legislativo não poderia se exceder na elaboração de leis restritivas de direitos fundamentais, sob o fundamento de ofensa à noção de proporcionalidade. Sobre o contexto histórico ora analisado, oportuna é a explanação de Barros⁵⁵, em literal:

O salto qualitativo no controle judicial das leis na Europa Continental ocorreu, portanto, graças à transposição, para o direito constitucional, das teorias de limitação do poder de polícia desenvolvidas no direito administrativo francês e recepcionadas pela Alemanha. Por sua vez, as condicionantes históricas viabilizaram a evolução do Estado alemão – e, por consequência do seu direito constitucional, permitindo solidificar a ideia de limitação também do poder legislativo na tarefa de realização dos direitos fundamentais.

Ao seu turno, Paulo Bonavides⁵⁶ aponta que a aplicação da proporcionalidade no Direito Constitucional é consequência do advento do segundo Estado do Direito, em que o poder estatal era limitado pelo texto constitucional, e não simplesmente pela lei. Segundo

⁵² BARROS, *op. cit.* p.34.

⁵³ BARROS, 1996, p.35.

⁵⁴ *Ibid.* p.41.

⁵⁵ *Ibid.* 42.

⁵⁶ BONAVIDES, *op. cit.*, p.412.

Bonavides⁵⁷:

[...] o princípio da proporcionalidade, enquanto princípio constitucional, somente se compreende em seu conteúdo e alcance se considerarmos o advento histórico de duas concepções de Estado de Direito: uma, em declínio, [...] que se vinculava doutrinariamente ao princípio da legalidade, [...] outra, em ascensão, atada ao princípio da constitucionalidade [...] Foi esse segundo Estado de Direito que fez nascer, após a conflagração de 1939-1945, o princípio constitucional da proporcionalidade, dele derivado.

E assim, conforme já relatado, pelos precedentes do Tribunal Constitucional Federal, desenvolveu-se racionalmente os elementos do que hoje se conhece como a regra da proporcionalidade. Ao estudo desses elementos será dedicada seção deste capítulo.

O histórico exposto é suficiente para esta pesquisa, pois já se demonstrou, mesmo que brevemente, as origens remotas da ideia de proporcionalidade na Grécia e na Roma antiga; a sua relevância no contexto da passagem do Estado de Polícia para o Estado de Direito, influenciada pelo pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, consistindo em princípio limitador da supremacia estatal; o seu desenvolvimento no direito administrativo francês no contexto pós-Revolução Francesa; a recepção de tais noções perante o direito administrativo alemão e, finalmente, a transposição para o direito constitucional a partir do desenvolvimento jurisprudencial da suprema corte de justiça da Alemanha, ao tempo do chamado segundo Estado do Direito, cuja característica era a vinculação das leis e atos estatais aos mandamentos do texto constitucional.

2.3.3 A regra da proporcionalidade e seus elementos.

Conforme já exposto neste trabalho, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, na Alemanha, estruturou racionalmente a regra da proporcionalidade em três sub-elementos autônomos: a *adequação*, a *necessidade* e a *proporcionalidade em sentido estrito*⁵⁸.

Para que uma medida estatal seja considerada proporcional, deve ser aprovada nestes três elementos, na ordem pré-definida em que foram apresentados, necessariamente. Esta é, inclusive, uma deficiência da jurisprudência brasileira, pois, apesar de ser frequente a utilização da regra da proporcionalidade em decisões judiciais, raras são as ocasiões em que o caso concreto é analisado sob o crivo dos seus três elementos⁵⁹.

Virgílio Afonso da Silva⁶⁰ afirma que esses elementos “relacionam-se de forma

⁵⁷ BONAVIDES, *op. cit.*, p.412.

⁵⁸ Acerca dos elementos da regra da proporcionalidade, Cf. ALEXYS, 2008, p.588-610; SILVA, 2010, p.169-175; BONAVIDES, 2013, p.409-411; GUERRA FILHO, 2007, p.85-89 e 2009, p.176 e BARROS, 1996, p.74-84.

⁵⁹ SILVA, 2002, *passim*.

⁶⁰ *Ibid*, p. 34.

subsidiária entre si”, pois nem sempre o exame da proporcionalidade de uma lei ou ato estatal precisará passar pelos três elementos.

Explica-se: o exame do elemento *necessidade* só será imprescindível caso a lei ou o ato em análise seja aprovado no exame da *adequação*. Se o objeto da análise já for considerado inadequado, a análise da *necessidade* não é exigível. Por outro lado, o exame da *proporcionalidade em sentido estrito* só deverá ser feito nos casos em que a matéria analisada já tiver sido aprovada nos elementos da *adequação* e *necessidade*.

Esta divisão da regra da proporcionalidade em três sub-regras é o entendimento majoritário na doutrina. Contudo, existem outras duas correntes teóricas pertinentes à matéria ora debatida.

Os juristas contrários à ideia de sopesamento e defensores de um suporte fático mais restrito dos princípios, influenciados, sobretudo, pela teoria estruturante do direito, aceitam apenas o exame da adequação e da necessidade, excluindo a proporcionalidade em sentido estrito. De outro modo, há também aqueles que incluem um quarto elemento, anterior ao exame da adequação, consistente na aferição de legitimidade dos fins que a medida questionada pretende atingir. Nas palavras de Virgílio Afonso da Silva⁶¹, “essa tendência é perceptível principalmente nos autores que se ocupam com a aplicação da regra da proporcionalidade perante a Corte Europeia de Direitos Humanos”.

Conforme se verá mais a diante, em que pese esses entendimentos contrários, os exames da adequação e da necessidade não são suficientes para se afirmar a proporcionalidade de uma medida estatal, pois ambos não comportam a análise de todos os fatores necessários à uma decisão racional pela proporcionalidade de uma medida. Assim, compactua-se com o entendimento favorável à imprescindibilidade do terceiro exame, a proporcionalidade em sentido estrito. Feitas essas considerações, passar-se-á à análise específica de cada um destes elementos da regra da proporcionalidade.

2.3.3.1 Adequação.

A adequação é o primeiro elemento a ser utilizado na aferição da proporcionalidade de ato estatal, consistente na verificação da capacidade de a medida analisada fomentar a realização de seu objetivo⁶². Trata-se de um juízo objetivo da compatibilidade dos meios empregados pelo Estado para a promoção de seus respectivos fins.

⁶¹ SILVA, 2002, p.35.

⁶² *Idem.*, 2010, p.169-170.

Alguns doutrinadores, como Gilmar Ferreira Mendes⁶³ ⁶⁴, por exemplo, chegam a afirmar que uma medida, para ser adequada, deverá *alcançar* os seus objetivos, necessariamente. Contudo, tal exigência não é razoável, pois ao legislador não se pode exigir a previsão da realização concreta das finalidades das leis, pois isso depende de inúmeros fatores alheios à cognição dos agentes legiferantes.

Citando Martin Borowski, Virgílio Afonso da Silva ⁶⁵ ressalta a distinção entre os termos “fomentar” e alcançar”, asseverando que uma medida é adequada quando a sua implementação implica “que o objetivo legítimo pretendido seja alcançado ou pelo menos fomentado”. Assim, reitera-se que a qualificação de uma lei como adequada, basta a comprovação da sua capacidade de fomentação - promoção - dos fins desejáveis⁶⁶.

2.3.3.2 Necessidade.

A necessidade consiste em um exame comparativo entre duas ou mais medidas que sejam igualmente adequadas. Nesta sub-regra, um ato estatal violador de um princípio consagrado na Constituição Federal será qualificado como necessário – nos termos da regra da proporcionalidade - na hipótese de o seu objetivo não poder ser realizado, na mesma medida, por um outro ato que viole, em menor intensidade, aquele princípio atingido⁶⁷.

Pelo exposto, já se pode perceber a latente diferença entre os exames da adequação e da necessidade. Enquanto este exige uma comparação entre outras medidas igualmente adequadas, aquele consiste num juízo absoluto acerca da aptidão da medida adotada para o fomento dos fins perseguidos pelo Estado⁶⁸.

Simplificando a lição de Alexy, Virgílio Afonso da Silva assim demonstra, abstratamente, a aplicação da sub-regra da necessidade, *in verbis*:

Suponha-se que, para promover o objetivo *O*, o Estado adote a medida *M1*, que limita o direito fundamental *D*. Se houver uma medida *M2* que, tanto quanto *M1*,

⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras, p. 371, *in*: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet Branco, **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**, Brasília: Brasília Jurídica, p. 248.

⁶⁴ Em *O proporcional e o razoável*, Virgílio Afonso da Silva sugere que esta controvérsia acerca do elemento adequação advém de um erro na tradução do verbo alemão *fördern*, utilizado em precedente do Tribunal Constitucional Federal (BverGE 30,292). Segundo o autor, o referido termo não pode ser traduzido por “alcançar”. Ao seu turno, na obra *Direitos fundamentais*, da Silva aponta outros autores, além de Gilmar Ferreira Mendes, que adotam o posicionamento no sentido de que, uma medida, para ser aprovada no exame da adequação, deve ser capaz de alcançar os seus objetivos, e não simplesmente fomentar. *Cf.* BONAVIDES, 2013, p.410; BARROS, 1996, p.74 e GUERRA FILHO, 2007, p.89.

⁶⁵ BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien*. p.116. *apud* SILVA, 2002,p.37.

⁶⁶ No intuito de se aprofundar a discussão acerca do exame da adequação, *Cf.*, ÁVILA, 2010, p.167-172.

⁶⁷ SILVA, 2002, p.38.

⁶⁸ *Idem*, 2010, p.171.

seja adequada para promover com igual eficácia o objetivo *O*, mas limite o direito fundamental *D* em menor intensidade, então a medida *MI*, utilizada pelo Estado, não é necessária.

Verifica-se, portanto, que o exame da necessidade comporta a análise de duas variáveis, quais sejam o grau de eficiência das medidas na realização do objetivo proposto e o grau de restrição ao princípio atingido. Ressalte-se que a primeira é a mais relevante para se chegar à conclusão pela necessidade ou não de uma medida, pois, caso o grau de restrição ao princípio atingido fosse o fator decisivo, os exames da necessidade já estariam previamente resolvidos, pois a inércia do Estado sempre seria a melhor solução a ser adotada, já que, apesar de menos eficiente, ela sempre seria a menos danosa.

Além disso, não se é exigível ao aplicador do exame da necessidade o esgotamento de todas as comparações de medidas que seriam, em tese, menos gravosas, em razão de a tutela da coletividade em face de uma medida desproporcional continuar perante o exame da proporcionalidade em sentido estrito⁶⁹.

Ressalte-se que o exame da necessidade exige uma carga argumentativa muito forte, em razão da dificuldade de se demonstrar empiricamente os diferentes graus de satisfação dos objetivos perseguidos pelo Estado e de restrição do princípio atingido.

Isto posto, assevere-se que os dois elementos da regra da proporcionalidade expostos até aqui implicam na análise das circunstâncias fáticas do caso concreto. Todavia, o exame da proporcionalidade em sentido estrito tem por consequência a análise das circunstâncias jurídicas atinentes à verificação da proporcionalidade de uma medida. É neste último elemento em que ocorrerá o sopesamento entre os princípios colidentes. Trata-se, pois, do elemento decisivo da regra da proporcionalidade.

2.3.3.3 Proporcionalidade em sentido estrito.

Para se concluir pela proporcionalidade de uma medida estatal, revela-se necessária a utilização de um terceiro exame, tendo em vista a insuficiência dos elementos da adequação e necessidade para tanto. Este entendimento advém do fato de uma medida, apesar de adequada e necessária nos termos da regra da proporcionalidade, poder implicar em violações gravíssimas a outros princípios consagrados pela ordem constitucional⁷⁰.

Exemplificando tal afirmação, pode-se imaginar uma lei que determinasse a

⁶⁹ Acerca das razões que levam o grau de eficiência de uma medida ser a variável mais relevante no exame da necessidade, Cf., SILVA, 2010, p.173.

⁷⁰ SILVA, 2002, p.41.

execução de todas as pessoas vindas dos países em que o vírus do Ebola estivesse disseminado, no intuito de se evitar a proliferação daquela moléstia em território brasileiro. Não se pode negar que tal determinação é adequada e necessária nos termos da regra da proporcionalidade, pois a medida é apta à fomentação dos fins perseguidos pela lei e não há outra medida tão eficaz quanto a tomada. Contudo, verifica-se que esta hipotética lei atinge, gravemente, diversos princípios e valores consagrados na Constituição Federal, como o direito à vida e a dignidade da pessoa humana, por exemplo.

Surge daí, a imprescindibilidade de um terceiro mecanismo capaz de justificar a restrição de um princípio constitucional pela realização, em maior medida, de um outro princípio.

Assim, nos termos da conceituação de Virgílio Afonso da Silva⁷¹, a proporcionalidade em sentido estrito “consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”.

Robert Alexy⁷² define a proporcionalidade em sentido estrito como a lei do sopesamento, a qual pode ser resumida no seguinte enunciado: “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”. Arremata o mencionado jurista que “isso expressa que a otimização em relação aos princípios colidentes nada mais é que o sopesamento”.

Entretanto, do enunciado da lei do sopesamento pode-se depreender um ônus para o aplicador da regra da proporcionalidade, qual seja a exigibilidade de uma fundamentação racional que possibilite a aferição dos respectivos graus de afetação e satisfação dos princípios colidentes.

Neste sentido, a fim de delimitar os fatores que devem ser analisados nas decisões de proporcionalidade - ou de desproporcionalidade - de um ato estatal, Alexy propôs no posfácio de sua *Teoria dos Direitos Fundamentais*, a utilização de um método como elementos numéricos, desenvolvido para possibilitar um maior controle da racionalidade dos fundamentos empregados nas decisões sobre sopesamento de princípios, a fórmula do peso.

Este instrumento foi formulado no intuito de refutar as críticas feitas à sua teoria dos princípios, sobretudo as feitas por Jürgen Habermas quanto à ausência de racionalidade e excesso de subjetivismo das decisões acerca da proporcionalidade de medidas estatais, e Ernst-Wolfgang Böckenförde, acerca da supervalorização dos princípios no ordenamento

⁷¹ SILVA, *loc. cit.*

⁷² ALEXY, 2008, p.593-594.

jurídico⁷³. Neste sentido, passar-se-á à explicação deste método de resolução de sopesamentos entre princípios constitucionais proposto por Robert Alexy.

2.3.3.3.1 A fórmula do peso.

A fórmula do peso consiste na reunião dos questionamentos que, necessariamente, devem ser respondidos pelo aplicador da regra da proporcionalidade no terceiro estágio da sua aplicação, a proporcionalidade em sentido estrito.

Na literatura jurídica nacional, este tema ainda é pouco difundido. Contudo, Marcelo Lima Guerra⁷⁴ foi um dos que se dedicou a tarefa de tornar a fórmula do peso de Robert Alexy um pouco mais conhecida entre os juristas nacionais. A obra “*A proporcionalidade em sentido estrito e a fórmula do peso de Robert Alexy: significâncias e algumas implicações*”, de sua autoria, contém uma explicação bastante didática acerca deste método para decisões de sopesamentos.

Assim, de modo a facilitar a compreensão da fórmula do peso, este trabalho adotará a sua mesma representação simbólica realizada por Marcelo Lima Guerra⁷⁵ naquele trabalho. Entretanto, assevere-se que esta representação, apesar de formalmente diferente da proposta por Robert Alexy, mantém incólume o ensinamento e as conclusões feitas pelo jusfilósofo alemão.

A diferença entre estas duas representações consiste no fato de Robert Alexy representar a fórmula com apenas um par de variáveis, enquanto Marcelo Lima Guerra

⁷³ Conforme já se asseverou, a teoria dos princípios de Robert Alexy sofreu críticas de diversos doutrinadores. Habermas e Böckenförde, os quais criticaram a falta de racionalidade e objetividade na realização das ponderações por meio da regra da proporcionalidade e uma exaltação demasiada dos princípios jurídicos. Ao lado desses dois pensadores, Friedrich Müller foi outro que criticou veementemente a teoria de Alexy, ao negar a possibilidade dos sopesamento, fundamentando tal posicionamento na chamada teoria estruturante do direito. Acerca desta teoria, Cf. SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*, in: Virgílio Afonso da Silva (org.), *Interpretação constitucional*. 1ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

⁷⁴ GUERRA, Marcelo Lima. A proporcionalidade em sentido estrito e a “fórmula do peso” de Robert Alexy: significância e algumas implicações. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*. v.31, n.65, jan/jun. 2007, p.25-41.

⁷⁵ Em que pese a explicação da fórmula do peso feita por Marcelo Lima Guerra no citado artigo científico publicado em 2007, este jurista elaborou um novo trabalho, ainda aguardando publicação, em que propõe reflexões mais profundas acerca do método desenvolvido por Robert Alexy. Neste novo trabalho, Guerra adverte a necessidade de se reduzir as operações matemáticas impostas pela fórmula do peso em um discurso lógico-jurídico, antes que se faça qualquer juízo de valor quanto a ela e à sua aplicação. Assim, após definir os “significados discursivos” das operações matemáticas inerentes à fórmula do peso, Guerra reviu o seu posicionamento acerca da possibilidade de a fórmula do peso comportar uma argumentação racional para as decisões de sopesamento entre princípios. Cf. GUERRA, Marcelo Lima. **Interpretação e Argumentação: O Modelo Toulmin e a fundamentação racional das decisões judiciais**. Texto inédito cedido pelo autor. Fortaleza, 2015, p. 164 e seguintes.

acrescenta mais dois pares. Entretanto, o acréscimo realizado por este último doutrinador não é capaz de alterar o resultado do sopesamento.

Conforme se demonstrará mais adiante, a atribuição de valores numéricos à essas variáveis revelará que os dois pares acrescidos por Marcelo Lima Guerra se anulam na operação aritmética feita ao final do sopesamento. Assim, o fator decisivo nestas decisões continua sendo o par de variáveis restante, que é o único proposto por Robert Alexy. As razões que justificam o acréscimo feito por Marcelo Lima Guerra serão demonstradas mais à frente.

Feitas essas considerações, para a delimitação de cada um dos pares de variáveis expostos no parágrafo anterior, deve-se realizar uma interpretação da já citada lei do sopesamento, a qual preceitua que “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”.

Assim, imagine-se um caso concreto *C* em que o Estado tenha implementado a medida *M*, capaz de, ao mesmo tempo, restringir o princípio *A* e fomentar o princípio *B*. Nesta situação, a medida *M* só será proporcional caso a importância da promoção do princípio *B* seja maior do que a restrição ao princípio *A*.

Dito de outro modo, o grau da importância da promoção do princípio *B* pela a implementação da medida *M* pode ser descrito como o grau da intensidade da restrição ao princípio *B* caso a medida *M* não seja adotada, pois, segundo Robert Alexy⁷⁶, “os elementos do caso concreto essenciais para a decisão são a medida questionada e os efeitos que a sua adoção e sua não-adoção têm nos princípios envolvidos”.

Assim, já se pode extrair quais seriam os dois primeiros fatores a serem expostos na fórmula do peso, quais sejam: a) o grau da intensidade da afetação do princípio *A* caso a medida *M* seja adotada e b) o grau da intensidade da afetação do princípio *B*, na hipótese de o Estado não adotar a medida *M*. Essas duas variáveis serão representadas na fórmula do peso pelos símbolos *I_a* e *I_b*, respectivamente⁷⁷. Trata-se do par em comum nas proposições de Robert Alexy e Marcelo Lima Guerra.

Ato contínuo, Robert Alexy atentou-se para a necessidade de estas duas primeiras variáveis serem fundamentadas por argumentos empíricos, no intuito de possibilitar uma maior racionalidade nas decisões tomadas por meio da fórmula do peso. Acerca destas

⁷⁶ ALEXY, *op. cit.*, p.601.

⁷⁷ Robert Alexy expressa o grau de intensidade da restrição do princípio atingido pela adoção da medida estatal pelo símbolo *IPiC*, sendo *I*, a intensidade desta restrição; *Pi*, o princípio restringido pela medida estatal e *C*, o caso concreto deste sopesamento. Ao seu turno, aquele jurista alemão apresenta o grau de importância da realização do princípio fomentado pela medida estatal pelo símbolo *WPjC*, sendo *W*, a intensidade deste fomento; *Pj*, o princípio fomentado e *C*, o mesmo caso concreto.

evidências racionais para a demonstração daqueles dois primeiros fatores, Marcelo Lima Guerra⁷⁸ advertiu que:

as afirmações formuladas sobre cada um desses aspectos devem consistir num discurso *racional* (sic), a exigir a devida e adequada fundamentação, e tendo em vista, especificamente, quanto às afirmações sobre o grau de interferência que a realização de um princípio impõe ao outro, que tais afirmações consistem em *juízos empíricos*, há de ser levado em consideração, na aplicação da Lei de Sopesamento, as *evidências* em suporte para cada uma das afirmações relevantes.

Desta forma, também deve ser levado em conta no exame da proporcionalidade em sentido estrito a força das razões empíricas disponíveis para aferir-se o grau de intensidade da restrição de cada princípio envolvido no sopesamento.

Se assim não fosse, a aplicação da regra da proporcionalidade estaria muito propensa à decisões arbitrárias e subjetivas. Pelo exposto, pode-se demonstrar o outro par de variáveis da fórmula do peso, quais sejam: a) a força das razões empíricas disponíveis para fundamentar o grau de restrição do princípio *A* pela implementação da medida *M* e b) a força das razões empíricas disponíveis para fundamentar o grau de restrição ao princípio *B*, na hipótese de o Estado não adotar a medida *M*. Essas duas variáveis serão representadas na fórmula do peso pelos símbolos *Ra* e *Rb*, respectivamente.

Por fim, revela-se necessária a análise do grau de relevância para o ordenamento jurídico de cada um dos princípios postos em conflito. Esta variável foi denominada por Robert Alexy como *peso abstrato* dos princípios. Trata-se de um juízo acerca da importância de cada princípio independentemente de uma situação de colisão. Alexy⁷⁹ assevera que o peso abstrato dos princípios só fariam presença na fórmula do peso caso estas variáveis tivessem grandezas distintas. Tal entendimento advém do fato de os princípios postos em colisão serem, na grande maioria dos casos, previstos no texto constitucional, equivalendo-se em importância e, logo, na variável do peso abstrato.

Contudo, como não se pode presumir a equivalência abstrata dos princípios colidentes, o aplicador da regra da proporcionalidade não pode se eximir de fundamentar as razões que justificam a relevância de cada princípio envolvido no sopesamento. No caso hipotético citado anteriormente, o peso abstrato do princípio *A* é representado pelo símbolo *Wa*, enquanto o peso abstrato do princípio *B* é indicado pela expressão *Wb*.

Expostos os três pares de variáveis constantes da fórmula do peso e suas respectivas nomenclaturas, passa-se à sua exposição:

$$S = \frac{W_a \cdot I_a \cdot R_a}{W_b \cdot I_b \cdot R_b}$$

⁷⁸ GUERRA, 2007, p.29.

⁷⁹ ALEXY, *op. cit.*, p.604.

Sendo S o resultado do sopesamento, constata-se que a fórmula do peso propõe uma operação aritmética de divisão entre o produto das variáveis relacionadas ao princípio A - expostas no numerador daquela fração - e o produto das variáveis atinentes ao princípio B - expostas no denominador da referida fórmula. Neste sentido, essas operações matemáticas pressupõem a atribuição de números a cada uma dessas seis variáveis. Ressalve-se que, apesar de o sopesamento não poder ser decidido diretamente por meio de elementos numéricos, este artifício pode ser utilizado de forma instrumental, no intuito de representar, alegoricamente, o prevalecimento de um princípio sobre outro

Alexy⁸⁰ separou as grandezas das variáveis da fórmula do peso de forma triádica, podendo cada uma delas corresponder nos valores *sério*, *moderado* e *leve*, atribuindo, a cada uma delas, valores numéricos em progressão geométrica, quais sejam 4, 2 e 1, respectivamente. Assim, as grandezas atribuídas a cada uma dessas variáveis deverão ser proporcionais à força das razões empíricas utilizadas na sua respectiva fundamentação.

Desta forma, podendo as grandezas de cada variável serem fundamentadas racionalmente e relacionadas a um valor numérico, revela-se possível a operação matemática contida naquele enunciado.

Neste sentido, se o resultado do sopesamento for, numericamente, maior que 1, significa que as variáveis do numerador daquela fração, relacionadas ao princípio A , tiveram um peso maior do que as atinentes ao princípio B , devendo aquele primeiro princípio prevalecer no sopesamento⁸¹.

De outro modo, caso aquela divisão revelar um resultado menor que 1, é sinal que as variáveis expostas no denominador daquele fórmula, relacionadas com o princípio B , tiveram um maior peso do que as variáveis do princípio A , expostas no numerador daquele enunciado. Neste caso, o princípio B deverá preponderar.

Por fim, caso a divisão tenha resultado igual a 1, estará sinalizado que todas as variáveis da fórmula do peso se equivalem, de modo que não será possível afirmar, racionalmente, o prevalecimento de um princípio sobre o outro.

Ilustrando as proposições acima, Guerra⁸² realizou uma aplicação prática da fórmula do peso de Alexy, dando o hipotético exemplo da necessidade de um juiz absolutamente incompetente conceder uma tutela de urgência, sob pena do perecimento do direito do requerente. Neste caso, estariam em conflitos os princípios do juiz natural e o da

⁸⁰ ALEXY, *op. cit.* p.599, *et seq.*

⁸¹ *Ibid*, p.606.

⁸² GUERRA, 2007, p. 34-36.

efetividade da prestação jurisdicional. No caso, atribuiu-se os valores às variáveis deste sopesamento da seguinte maneira, em textual:

Admita-se, sempre nesse mero exercício hipotético, que seja possível considerar que tanto o peso abstrato do princípio do juiz natural como o da efetividade sejam idênticos, como frequentemente ocorre, em se tratando de princípios constitucionais, podendo-se-lhes atribuir, como valor, a grandeza *sério* (4). Admita-se, por outro lado, que se possa considerar que a interferência causada no princípio do juiz natural pela concessão da medida seja apenas *moderada* (2), uma vez que, concedida a medida, poderá o juiz incompetente remeter os autos ao juízo competente, restaurando (ao menos em parte) o princípio do juiz natural, enquanto que, de outra parte, se possa considerar a interferência que a não concessão da medida trará no princípio da efetividade será *séria* (4), uma vez que, nesta hipótese, a da não concessão, o princípio da efetividade restaria inteira e irreversivelmente esvaziado ou prejudicado (se, obviamente, o requerente tiver o direito que afirma ter) Admita-se, finalmente, que as evidências são igualmente sérias (4), quanto a ambas afirmações.

Os princípios do juiz natural e da efetividade da prestação jurisdicional foram denominados, respectivamente, como Pi e Pj. Assim, colocando-se todos valores supracitados em suas respectivas variáveis, a fórmula do peso para este caso hipotético poderia ser transcrita da seguinte forma:

$$S_{i,j} = \frac{4.2.4}{4.4.4} = 0,5$$

Pelo exposto, o resultado da fração menor que 1 implicaria que, nas condições de precedência deste hipotético caso⁸³, o princípio da efetividade da prestação jurisdicional teria maior peso do que o do juiz natural, devendo aquele prevalecer. Estaria consumada, assim, a aplicação do exame da proporcionalidade em sentido estrito.

Por oportuno, observa-se que os dois pares de variáveis acrescidas à fórmula do peso por Marcelo Lima Guerra se anularam, em razão de expressarem grandezas iguais. Conforme dito, o sopesamento continuou a ser decidido pelo par relacionado às intensidades de restrição de cada princípio colidente, conforme a lei do sopesamento. É por isto que se ressaltou a inexistência de prejuízo teórico caso se utilizasse a representação trazida por Marcelo Lima Guerra. Não houve perdas e nem inovações à teoria de Robert Alexy.

Por fim, não custa ressaltar, mais uma vez, que a demonstração do exame da proporcionalidade em sentido estrito mediante expressões matemáticas como “fórmula”, “grandezas”, “divisão” e “quociente” consiste numa tentativa de se esclarecer quais são os pontos que o aplicador da regra da proporcionalidade deve, necessariamente, se manifestar mediante uma fundamentação racional e empírica. Não se trata de um empréstimo da certeza das ciências exatas ao Direito, mas uma maneira de se evidenciar aquilo que deverá ser

⁸³ Cf. o tópico 2.2.3 deste trabalho, em que se expõe a a fórmula da condição de precedência de um princípio em relação a outro em um determinado caso concreto.

devidamente fundamentado por uma argumentação lógico-jurídica coerente nas decisões acerca da proporcionalidade de uma medida estatal, sob pena de a aferição da proporcionalidade se tornar um mecanismo sujeito ao arbítrio de quem a aplica.

2.4 Comentários finais sobre a regra da proporcionalidade.

Por todo exposto, conclui-se o primeiro capítulo do presente trabalho, em que demonstrou-se a regra da proporcionalidade, instrumento racional, ordenado e dividido em três sub-regras (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), desenvolvido após a Segunda Guerra Mundial sobretudo pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e apto à fundamentação das decisões de casos em que princípios constitucionais estejam em rota de colisão, prevendo, cada um, consequências jurídicas antagônicas⁸⁴.

Asseverou-se ainda que a regra da proporcionalidade decorre da própria natureza do ordenamento jurídico formado por princípios e regras, sendo este o fundamento de sua utilização no Direito brasileiro, e não necessariamente o texto do artigo 5º, §2º, da Constituição Federal de 1988⁸⁵.

Apesar de muitos outros detalhes que tiverem que ser omitidos em razão das dimensões deste trabalho, acredita-se que os leitores desta monografia já possuem subsídios suficientes para compreender o mecanismo que será utilizado na verificação da proporcionalidade do estabelecimento das cotas raciais nos concursos públicos federais em face do princípio da eficiência administrativa. Neste sentido, a segunda parte desta pesquisa será dedicada à exposição das normas da Lei nº12.990/2014 e considerações acerca dos princípios constitucionais que estariam em conflito a partir das disposições do mencionado diploma legislativo.

⁸⁴ *Cf.*, tópico acerca do histórico da regra da proporcionalidade.

⁸⁵ *Cf.*, crítica ao pensamento de Willis Santiago Guerra Filho e Paulo Bonavides, realizada no tópico 1.4.1.

3 DELIMITAÇÃO DO CONTEÚDO DOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE MATERIAL E DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA

No capítulo anterior, iniciou-se explanação acerca da regra da proporcionalidade segundo a teoria de Robert Alexy. Delimitou-se as situações em que o aplicador do direito pode utilizar aquele instrumento, quais sejam os casos em que medidas estatais promovem a realização de alguns princípios mas, ao mesmo tempo, também implicam em violações de outras normas do ordenamento jurídico⁸⁶.

Assim, a proporcionalidade dos atos estatais, sejam eles legislativos, administrativos ou judiciais, é aferida por meio de um discurso lógico e racional apto à fundamentação de tais decisões. Quando se tratou da fórmula do peso de Alexy, apontou-se todos as variáveis essenciais às decisões sobre ponderação de princípios e a necessidade de todas elas estarem amplamente fundamentadas, sob pena de a regra da proporcionalidade consistir em um verdadeiro arbítrio daquele que a utiliza.

Isto posto, na segunda parte deste trabalho monográfico, dedicar-se-á à análise dos princípios constitucionais que estariam em colisão em razão pelas disposições da Lei nº 12.990/2014⁸⁷. Este diploma legislativo reservou cotas de 20% (vinte por cento) para negros e pardos nos concursos públicos para provimento de cargos e empregos na Administração Pública Federal direta e indireta. Trata-se de uma ação afirmativa, instituto voltado à promoção da igualdade material, na medida em que garante uma benesse a uma classe de indivíduos no intuito de subsidiar o seu desenvolvimento social.

Em que pese a literatura jurídica quase sempre associar a questão das cotas a uma discussão quanto à sua legitimidade em face do princípio da igualdade, destacar-se-á um outro princípio constitucional que seria violado pela lei nº 12.990/2014, a eficiência administrativa, extraído da norma do artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988⁸⁸.

Tal suposição teria como fundamento o fato de as cotas raciais alcançarem o concurso público, um dos corolários do princípio da eficiência administrativa, pois trata-se de procedimento voltado à seleção dos indivíduos mais capacitados para a prestação do serviço

⁸⁶ Cf., tópico 1.4 do primeiro capítulo deste trabalho.

⁸⁷ BRASIL. **Lei n. 12.990, de 9 de junho de 2014**. Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12990.htm>. Acesso em 20 de março de 2015.

⁸⁸ Artigo 37 – A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência administrativa. Cf., BRASIL, Constituição Federal (1988).

público. O estabelecimento das cotas raciais nesses certames seria uma forma de mitigação da eficiência administrativa, na medida em que um candidato que não esteja na classe beneficiada pelas cotas, apesar de mais bem avaliado pela banca examinadora do concurso, possa ser preterido em detrimento de um candidato cotista que não foi tão bem avaliado.

Eis o questionamento deste trabalho: será que esta possível restrição ao princípio da eficiência administrativa pode ser justificada pela promoção do princípio da igualdade causada pelo estabelecimento das cotas raciais? Esta é a principal pergunta que esta pesquisa tentará responder.

Assim, passar-se-á à análise dos princípios jurídicos, supostamente, em rota de colisão. Primeiramente, será abordado princípio da igualdade e sua evolução histórica, bem como a noção de ação afirmativa e o seu tratamento pela Constituição Federal de 1988.

Em um segundo momento, o princípio da eficiência administrativa será analisado, destacando-se o seu conceito, abordagem pela doutrina do Direito Administrativo e a sua influência axiológica sobre os concursos públicos.

Por fim, asseverar-se que a delimitação dos conceitos dos mencionados princípios jurídicos será fundamental para a melhor compreensão do sopesamento a ser realizado entre eles no terceiro capítulo deste trabalho monográfico. Desta forma, passa-se à algumas considerações acerca dos multicitados princípios.

3.1 Da igualdade material – conceito e evolução histórica.

O ponto de partida desta digressão histórica do conceito de igualdade jurídica data do período denominado *Absolutismo*, durante a Idade Moderna, entre os séculos XV e XVIII. Trata-se da época em que o continente europeu era dividido em diversos reinos, cada um com o seu respectivo monarca, dotado de poderes absolutos e prerrogativas justificadas pelo fato de serem, supostamente, representantes de Deus na terra.

Havia uma superioridade do rei perante os seus súditos, a qual não poderia ser questionada, pois vigorava a máxima *the king can do no wrong*⁸⁹, de modo que todas as deliberações do monarca eram consideradas infalíveis. O caráter absoluto do rei era algo tão latente que a sua figura chegava a se confundir com a do próprio Estado.

Neste contexto, foram surgindo, em desfavor da supremacia dos monarcas perante a sociedade, os ideais jusnaturalistas, advindos, sobretudo, do pensamento Iluminista, o qual

⁸⁹ Cf. BARROS, 1996, p. 34.

pregava o antropocentrismo como a perspectiva filosófica mais correta.

Tal ideologia tinha como intuito a valorização do Homem, mais precisamente da racionalidade humana, o que colocou em cheque a visão teocêntrica vigente desde a Idade Antiga.

Este novo movimento filosófico atraiu os olhares da burguesia, classe que apresentava a maior perspectiva de ascensão econômica em razão do desenvolvimento das relações comerciais no continente europeu. Contudo, a noção de supremacia incontestável do rei consistia em um obstáculo às pretensões daquele grupo emergente, pois não seria conveniente às monarquias o crescimento econômico exacerbado dos burgueses, pois estes representariam um risco à superioridade política e econômica dos monarcas. Desta forma, a fim de reverter esta supremacia dos reis, os burgueses passaram a adotar os pensamentos Iluminista e liberal como as principais ideologias contra o Absolutismo.

Começou-se a questionar a então incondicional soberania real, sob o fundamento da existência de uma ordem jurídica anterior ao Estado, a qual conferiria às pessoas um tipo de tratamento igualitário, inerente à condição humana.

Este pensamento de cunho antropológico e jusnaturalista foi ganhando mais espaço entre a classe burguesa, causando uma efervescência social de tamanho relevo que teve, como consequência, as revoluções liberais do final do século XVIII, sobretudo na França, em 1789, implicando na queda do regime absolutista, o qual passou a ser denominado por antigo regime⁹⁰.

Neste sentido, a nova ordem jurídica instaurada por estas revoluções precisou de instrumentos que amparassem e legitimassem as ambições da nova classe dominante, a burguesia. Foi neste contexto que surgiram os primeiros documentos legais reguladores deste novo momento da história. Começa a ser difundida a ideia do constitucionalismo, movimento que pretendia regular, por meio do próprio direito estatal, as antigas ilimitadas prerrogativas dos membros das monarquias. Passou-se a rechaçar o tratamento desigual entre as pessoas.

Qualquer forma de discriminação era considerada um retrocesso, sob o fundamento de que a mera condição humana já ensejaria um tratamento digno e igualitário a todos. Surgia a noção jurídica de igualdade formal, consistente na ideia de que todos seriam iguais perante a lei, não admitindo qualquer tratamento diferenciado à uma determinada classe de indivíduos. Joaquim Benedito Barbosa Gomes⁹¹ assim comentou o nascimento da ideia de

⁹⁰ Acerca do papel da burguesia e da influência do pensamento jusnaturalista para a queda do antigo regime absolutista, Cf. BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.41-42.

⁹¹ GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional

igualdade como categoria jurídica fundamental:

A noção de igualdade, como categoria jurídica de primeira grandeza, teve sua emergência como princípio jurídico incontornável nos documentos constitucionais promulgados imediatamente após as revoluções do final do século XVIII. Com efeito, foi a partir das experiências revolucionárias pioneiras dos EUA e da França que se edificou o conceito de igualdade jurídica perante a lei, uma construção jurídico-formal segundo a qual a lei, genérica e abstrata, deve ser igual para todos, sem qualquer distinção ou privilégio, devendo o aplicador fazê-la incidir de forma neutra sobre as situações jurídicas concretas e sobre os conflitos interindividuais. Concebida para o fim específico de abolir os privilégios típicos do *ancien régime* (sic) e para dar cabo às distinções e discriminações baseadas na linhagem [...]

Análise histórica semelhante é a de Paulo Bonavides⁹², o qual descreve a concepção de igualdade no Estado liberal nos seguinte termos:

Na doutrina do Estado liberal a igualdade é concebida, do ponto de vista filosófico, como um direito fundamental que entra na categoria dos direitos naturais – portanto, como um dos elementos componentes da ideia de justiça. Sem essa colocação filosófica da noção de igualdade, que é vista igualmente como um termo afim, complementar, harmônico e até certo ponto integrativo da liberdade, com a qual não colide, o Estado liberal não poderia ter destruído a teoria do poder absoluto, contra a qual investiu historicamente, pondo termo ao ciclo das realzas de direito divino e inaugurado um novo feixe de instituições políticas, sociais e econômicas, representativas de outro estilo de organização da sociedade, tão distinto daquele positivado na aliança das instituições feudais com o absolutismo monárquico.

De acordo com se depreende da leitura dessas passagens, o conceito de igualdade à época do Estado liberal, vedava qualquer tipo de discriminação ou privilégio trazido pela lei, a fim de que fossem rompidas todas as raízes do antigo regime na nova visão de Estado que desabrochava logo após as revoluções liberais.

Esta visão de igualdade seria justificada pela possibilidade de os indivíduos gozarem de ampla liberdade para potencializar as suas virtudes e capacidades no intuito de atingir os seus anseios. Esse pensamento puramente individualista era decorrência direta do Estado liberal, o qual, assumindo uma postura neutra para com a sociedade, não criando privilégios para nenhuma classe de indivíduos, obrigava estes a se promoverem pelos seus próprios méritos. Tratava-se de uma promoção demasiada da liberdade em detrimento da igualdade, a qual era tida como garantia concretizadora daquela outra⁹³.

O grande equívoco desta concepção puramente formal de igualdade é que ela não era capaz de promover, de fato, a igualdade entre os indivíduos. Neste aspecto, o pensamento liberal foi muito conveniente à classe dominante da época, a burguesia, pois como o Estado não promovia qualquer distinção entre os indivíduos, aqueles que eram socialmente mais

brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 38, n. 151, jul/dez, 2001, p.130.

⁹² BONAVIDES, Paulo. O princípio da igualdade como limitação à atuação do Estado. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 2, jul./dez., 2003, p. 214.

⁹³ GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. Ações afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais. Rio de Janeiro: **DP&A**, 2003, p.4.

favorecidos possuíam mais acesso às melhores condições de vida do que as classes que não eram tão abastadas.

Esta posição estática do Estado tinha como consequência o agravamento das desigualdades pré-existentes, pois as classes mais necessitadas não tinham condições de competir com os membros da elite pelas oportunidades de ascensão social. Assim, deveria-se formular um novo conceito de igualdade, tendo em vista que a mera vedação ao tratamento diferenciado dos indivíduos não era meio eficaz ao tratamento das desigualdades.

Esta mudança deveria passar diretamente pela alteração do comportamento do Estado perante as desigualdades. Em vez de um Estado estático em relação às diferenças existentes na sociedade, passar-se-ia à um Estado ativo, participativo, dinâmico e atento às classes menos favorecidas. Este mesmo entendimento pode ser encontrado na lição de Joaquim Barbosa⁹⁴, *in verbis*:

[...] em lugar da concepção estática da igualdade extraída das revoluções francesas e americana, cuida-se nos dias atuais de se consolidar a noção de igualdade material ou substancial, que, longe de se apegar ao formalismo e à abstração da concepção igualitária do pensamento liberal oitocentista, recomenda, inversamente, uma noção dinâmica, militante de igualdade, na qual necessariamente são devidamente pesadas e avaliadas as desigualdades concretas existentes na sociedade, de sorte que as situações desiguais sejam tratadas de maneira dessemelhante, evitando-se assim o aprofundamento e a perpetuação de desigualdades engendradas pela própria sociedade.

O problema é que esta primeira concepção do princípio da igualdade formal, atravessou o século XIX e vigorou até meados século XX, quando, enfim, percebeu-se que a mera positivação daquele princípio nos textos constitucionais não era capaz, por si só, de extinguir as discrepâncias econômicas, políticas e sociais entre os indivíduos.

Assim, principalmente após as barbáries provocadas na Segunda Guerra Mundial (1939-1945), a doutrina dos direitos fundamentais foi ganhando força com a elaboração de diversos documentos que valorizavam a dignidade humana e a necessidade da correção das injustiça suportadas por grupos historicamente oprimidos, como a Carta das Nações Unidas, de 1945, e a Declaração dos Direitos do Homem, de 1948, por exemplo⁹⁵.

Afim de ilustrar a influência do princípio da dignidade da pessoa humana nos documentos constitucionais no período pós-guerra, passa-se à transcrição do ensinamento da atual ministra do Supremo Tribunal Federal, Cármen Lúcia Antunes Rocha⁹⁶, nos seguintes termos:

⁹⁴ GOMES, *ob. cit.*, p.4.

⁹⁵ PIOVESAN, Flávia. As ações afirmativas da perspectivas dos direitos humanos. **Cadernos de pesquisa**, v. 35, n. 124, jan/abr. 2005, p. 43-55.

⁹⁶ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. [*S.l.: s.n.*], p.5.

A entronização do princípio da dignidade da pessoa humana nos sistemas constitucionais positivos, com o sentido em que agora é ele concebido, é, pois, recente e tem como fundamentos a integridade e a inviolabilidade da pessoa humana pensada em sua dimensão superior e para além da existência apenas de um ser dotado de físico. A fonte fática desta opção é a reação contra os inaceitáveis excessos da ideologia nazista, que cunhou o raciocínio de categorias diferenciadas de homens, com direitos e condições absolutamente distintas, a muito deles destinando-se tão-somente as trevas dos guetos, as sombras dos muros em madrugadas furtivas e o medo do fim indigno a chegar possível a qualquer momento.

E assim, sob o fundamento do princípio da dignidade da pessoa humana e da necessidade de o Estado promover ações que realizem a igualdade material entre os indivíduos é que surge o instituto das ações afirmativas, passando-se a identificar quais seriam as classes necessitadas destas políticas inclusivas.

Trata-se de um conceito relativamente novo, datando das primeiras décadas após o fim da Segunda Guerra Mundial. Na literatura jurídica nacional, muito já se discutiu sobre o tema, sobretudo após a passagem dos anos 2000, quando o Governo Federal passou a adotar algumas ações afirmativas para promover o desenvolvimento de classes oprimidas historicamente, como os afro-descendentes e os deficientes físicos. No tópico seguinte, serão expostos mais aspectos doutrinários acerca das ações afirmativas, bem como a sua aplicabilidade no direito brasileiro conforme a Constituição Federal de 1988.

3.1.1 As ações afirmativas e sua aplicabilidade no Direito brasileiro.

Conforme ressaltado no tópico anterior, a passagem da noção de igualdade formal para a de igualdade material implicou numa mudança da postura do Estado em relação às necessidades da coletividade.

No princípio, a lei desconsiderava os aspectos particulares dos indivíduos, tendo em vista que aquele era sempre abordado de forma abstrata, ampla, como se o Estado estivesse longe dos seus anseios. Essa visão neutra do Estado em relação ao indivíduo impedia que qualquer tipo de tratamento diferenciado fosse levado a cabo, causando a perpetuação das desigualdades pré-existentes, pois as melhores oportunidades de crescimento social sempre eram aproveitadas por aqueles que pertenciam às classes mais abastadas da sociedade.

Tal panorama começou a ser reformulado com o advento da teoria dos direitos humanos, a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, em 1945, quando passou-se a admitir a necessidade de o ser humano ser analisado conforme as suas especificidades. Cada grupo de

indivíduos possui necessidades e ambições diferentes, o que tornaria, no mínimo, contraproducente as previsão legais de tratamento geral e igualitário a uma determinada universalidade de indivíduos⁹⁷.

Isto posto, caberia ao Estado a sensibilidade de reconhecer as diferenças inerentes e particulares de cada estrato da sociedade, de modo que as leis fossem aptas ao suprimento de suas respectivas necessidades. Nas palavras de Flávia Piovesan⁹⁸:

Torna-se, contudo, insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata. Faz-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade. Nessa ótica determinados sujeitos de direito ou determinadas violações de direitos exigem uma resposta específica e diferenciada. Vale dizer, na esfera internacional, se uma primeira vertente de instrumentos internacionais nasce com a vocação de proporcionar uma proteção geral, genérica e abstrata, refletindo o próprio temor da diferença, percebe-se, posteriormente, a necessidade de conferir a determinados grupos uma proteção especial e particularizada, em face de sua própria vulnerabilidade. Isso significa que a diferença não mais seria utilizada para a aniquilação de direitos, mas, ao revés, para a sua proteção. [...] Ao lado do direito à igualdade, surge também, como direito fundamental, o direito à diferença.

Neste sentido, as ações afirmativas podem ser conceituadas como o instrumento utilizado pelo Estado e pela iniciativa privada para a promoção dos grupos de indivíduos que estejam em uma condição de inferioridade em relação às demais classes da sociedade, a fim de se alcançar a igualdade material entre as pessoas.

Por se tratar de um instituto que será bastante abordado ao longo deste trabalho, revela-se oportuno colacionar outras definições de ações afirmativas para que se tenha uma visão mais abrangente destas medidas.

O artigo 1º, inciso IV, da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, documento elaborado pela Organização das Nações Unidas e ratificado pela República Federativa do Brasil em 1969⁹⁹, propõe que as ações afirmativas consistem em

[...] medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contando que, tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos.

Daniel Sarmento¹⁰⁰, ao seu turno, enfatiza a possibilidade de as ações afirmativas

⁹⁷ GOMES, 2003, p.5.

⁹⁸ PIOVESAN, *op. cit.*, p.47.

⁹⁹ BRASIL, **Decreto n. 65.810, de 8 de dezembro de 1969**. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=94836>>. Acesso em: 2 de abril de 2015.

¹⁰⁰ SARMENTO, Daniel, IKAWA, Daniela e PIOVESAN, Flávia. **Igualdade, direitos sociais e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p.218.

serem efetuadas não só pelo Poder Público, mas também pela iniciativa privada. Ademais, Sarmento vai mais além do que o enunciado elaborado pela Organização das Nações Unidas, chegando a pontuar quais seriam os setores abrangidos por aquelas medidas inclusivas, conforme se depreende da leitura do seu conceito:

[...] medidas públicas ou privadas, de caráter coercitivo ou não, que visam promover a igualdade substancial, através da discriminação positiva de pessoas integrantes de grupos que estejam em situação desfavorável, e que sejam vítimas de discriminação e estigma social. Elas podem ter focos diversificados, como as mulheres, os portadores de deficiência, os indígenas ou os afrodescendentes, e incidir nos campos variados, como na educação superior, no acesso a empregos privados ou cargos públicos, no reforço à representação política ou em preferências na celebração de contratos.

Da mesma forma que Sarmento, Joaquim Barbosa¹⁰¹ salienta o papel a ser exercido pelos particulares na busca pela igualdade substancial entre as pessoas, asseverando a importância das ações afirmativas para a consecução daquela finalidade.

As ações afirmativas se definem como políticas públicas (e privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física.

Outras definições de ações afirmativas poderiam ser citadas, mas as transcritas são suficientes para a compreensão de que elas implicam, necessariamente, numa postura ativa do Estado na busca por uma igualdade que seja substancial, e não meramente formal.

Tratam-se de um corolário do Estado do bem estar social, na medida em que o Poder Público passa a conceber o indivíduo oprimido como um sujeito de direito a ser abrangido por políticas sociais que visem a melhoria da sua qualidade de vida.

Os principais contemplados pelas benesses das ações afirmativas são as mulheres, deficientes físicos e afro-descendentes, em razão das discriminações que tais grupos sofrem até hoje, sejam no acesso à educação básica, ao ensino superior, aos melhores postos de trabalho, aos melhores salários e, até mesmo, aos cargos e empregos da Administração Pública.

Neste sentido, em que pese o fato de os estudos relacionados às ações afirmativas serem poucos difundidos no Brasil à época da elaboração do texto constitucional de 1988, o poder constituinte originário previu vários dispositivos que pressupunham uma atuação positiva do Estado no combate as desigualdades sociais.

Como exemplo, pode-se citar o preâmbulo da Constituição Federal ao prever o bem-estar e a igualdade como valores supremos de uma sociedade pluralista e sem

¹⁰¹ GOMES, 2003, p.5.

preconceitos; o artigo 1º, inciso III, ao consagrar a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil; o artigo 37, inciso VII, ao estabelecer cotas para deficientes físicos nos cargos e empregos públicos e o artigo 170, inciso VII, ao prever a redução das desigualdades regionais e sociais como um dos princípios da ordem econômica.

Contudo, o dispositivo constitucional que mais guarda relação com essa nova postura do Estado perante as desigualdades é o artigo 3º, ao prever os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil¹⁰². Por oportuno, passa-se à transcrição do mencionado dispositivo, *in verbis*:

Artigo 3º da CF/88 – Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - **construir** uma sociedade livre, justa e solidária;

II - **garantir** o desenvolvimento nacional;

III - **erradicar** a pobreza e a marginalização e **reduzir** as desigualdades sociais e regionais;

IV - **promover** o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (Grifo nosso).

Percebe-se que os termos destacados - “construir”, “garantir”, “erradicar”, “reduzir” e “promover” - são verbos e, justamente por esta condição, pressupõem uma ação positiva do Estado para o cumprimento dos referidos objetivos. Desta forma, o texto constitucional de 1988 consagrou a ideia de igualdade material, exigindo do Estado o protagonismo na luta pela redução das desigualdades, sejam estas regionais ou sociais.

Isto foi um grande avanço na história constitucional do Brasil, tendo em vista que as cartas políticas anteriores a de 1988 estabeleciam apenas a vedação às discriminações, o que, conforme exposto neste trabalho, não era meio eficaz ao combate das diferenças ilegítimas entre os indivíduos¹⁰³.

O esforço governamental para o amadurecimento das ações afirmativas no Brasil foi bastante gradativo. Flávia Piovesan¹⁰⁴ desenvolve o histórico das primeiras medidas inclusivas influenciadas pelo conceito de igualdade material durante a vigência da Constituição Federal de 1988, exemplificando o início da produção legislativa acerca das ações afirmativas com a Lei nº 9.100/1995¹⁰⁵, que instituiu cota mínima de 20% (vinte por cento) das vagas dos partidos políticos ou coligações para a candidatura de mulheres.

¹⁰² GOMES, 2001, p. 140.

¹⁰³ Acerca da evolução histórica da ideia de igualdade nas constituições da República Federativa do Brasil, Cf. MELLO, Marco Aurélio. Ótica constitucional – a igualdade e as ações afirmativas. In: **SEMINÁRIO DISCRIMINAÇÃO E SISTEMA LEGAL BRASILEIRO**. Tribunal Superior do Trabalho, 2001.

¹⁰⁴ PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas. *Estudos feministas*. Florianópolis, 16(3): 424, setembro/dezembro, 2008, p. 892-893).

¹⁰⁵ BRASIL. **Lei n. 9.100, de 29 de setembro de 1995**. Estabelece normas para a realização das eleições municipais de 3 de outubro de 1996, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9100.htm>. Acesso em 18 de março de 2015.

Ato contínuo, o Governo Federal elaborou o Programa Nacional de Direitos Humanos – Decreto nº 1.904/1996¹⁰⁶ – instituindo metas para a implementação das ações afirmativas em favor das classes menos favorecidas.

Contudo, foi a partir da Conferência das Nações Unidas contra o Racismo, realizada durante 31 de agosto e 7 de setembro de 2001, em Durban, África do Sul, que o Brasil assumiu perante a comunidade internacional a necessidade de implementação das ações afirmativas, sobretudo aquelas que visavam a inclusão dos afro-descendentes nos campos da educação e do trabalho.

Flávia Piovesan¹⁰⁷ define a postura adotada pelo Brasil na mencionada conferência como uma “força catalizadora” do debate das ações afirmativa, enaltecendo que, desde então, diversas medidas foram adotadas em prol das mencionadas ações, como o Programa Nacional de Ações Afirmativas (Decreto Federal nº 4.228/2002)¹⁰⁸, o Programa Diversidade na Universidade (Lei nº 10.558/2002)¹⁰⁹ e a criação da Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (Lei nº 10.678/2003)¹¹⁰.

Foi neste contexto que surgiram as cotas raciais em Universidades públicas, como a UERJ, UNEB, UnB e UFPR, fomentando-se o ingresso de afro-descendentes no ensino superior. Entretanto, essas medidas foram muito contestadas por sociólogos, antropólogos e juristas.

Estes intelectuais fundamentavam uma postura contrária às ações afirmativas alegando a) a vedação de qualquer tipo discriminação nos termos do artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988; b) um estímulo ao crescimento de tensões raciais entre negros e brancos; c) a desconsideração do problema da distribuição de renda, que, supostamente seria o principal fator de exclusão social; d) o beneficiamento indevido de negros das classes mais altas em detrimento dos brancos pobres e e) a impossibilidade de se superar o racismo pela promoção do conceito de raça¹¹¹.

¹⁰⁶ *Idem*. **Decreto n. 1.904, de 13 de maio de 1996**. Institui o Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1904.htm>. Acesso em 18 de março de 2015.

¹⁰⁷ PIOVESAN, *ob. cit.*, p. 893.

¹⁰⁸ BRASIL. **Decreto n. 4.228, de 13 de maio de 2002**. Institui, no âmbito da Administração Pública Federal, o Programa Nacional de Ações Afirmativas e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4228.htm>. Acesso em 18 de março de 2015.

¹⁰⁹ *Idem* **Lei n. 10.558, de 13 de novembro de 2002**. Cria o Programa na Universidade, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10558.htm>. Acesso em 18 de março de 2015.

¹¹⁰ *Idem* **Lei 10.678, de 23 de maio de 2003**. Cria a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, da Presidência da República, e dá outras providências. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.678.htm>. Acesso em 18 de março de 2015.

¹¹¹ Os argumentos contrários às ações afirmativas serão mais bem comentados no quarto capítulo deste trabalho monográfico, quando a Lei nº 12.990/2014 passará pelos exames dos sub-elementos da regra da proporcionalidade, quais sejam adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Neste sentido, a controvérsia acerca da constitucionalidade das ações afirmativas em prol dos afro-descendentes chegou ao Supremo Tribunal Federal em sede do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186, do Distrito Federal, proposta em face da instituição de cotas raciais para o ingresso de estudantes na Universidade de Brasília.

No caso, o Supremo Tribunal Federal asseverou que a adoção de medidas como a citada no parágrafo anterior não ofende o princípio da igualdade, mas, em verdade, o promove. Segundo aquela suprema corte de justiça¹¹², “o modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade”. Assim, a previsão de um determinado número de vagas para negros fomentaria o pluralismo e a diversidade de concepções no ambiente universitário, o que traria benefícios não apenas para o cotista, mas para todo o ambiente acadêmico.

Este, inclusive, foi um dos argumentos adotados pelo ministro Ricardo Lewandowski, relator do feito, para fundamentar a constitucionalidade da referida medida inclusiva, conforme se depreende do seguinte trecho de seu voto:

É certo afirmar, ademais, que o grande beneficiado pelas políticas de ação afirmativa não é aquele estudante que ingressou na universidade por meio das políticas de reserva de vagas, mas todo o meio acadêmico que terá a oportunidade de conviver com o diferente [...]. É preciso, portanto, construir um espaço público aberto à inclusão do outro, do *outsider* (sic) social. Um espaço que contemple a alteridade. E a universidade é o espaço ideal para a desmitificação dos preconceitos sociais com relação ao outro e, por conseguinte, para a construção de uma consciência coletiva plural e culturalmente homogênea, aliás, consentânea com o mundo globalizado em que vivemos.

Assim, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade de seus componentes, julgou constitucional as cotas para estudantes afro-descendentes na Universidade de Brasília, autorizando, tacitamente, a adoção desta ação afirmativa em outras entidades de ensino superior. Entretanto, em que pese o posicionamento firmado por aquela suprema corte no julgamento da ADPF nº 186, a Lei nº 12.990/2014 sugere uma nova discussão acerca da constitucionalidade das ações afirmativas.

É que o mencionado diploma legal, já sob a influência do Estatuto da Igualdade Racial¹¹³, reservou cotas de 20% (vinte por cento) das vagas dos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública

¹¹² BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186, Requerentes: Democratas – DEM. Relator: ministro Ricardo Lewandowski. Acórdão proferido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 26 de abril de 2012. ADPF julgada improcedente por unanimidade.

¹¹³ BRASIL. Lei n. 12.288, de 20 de julho de 2010. Institui o Estatuto da Igualdade Racial. Vade Mecum Saraiva, 17ª ed, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1185 - 1190.

federal, das autarquias, das fundações públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Trata-se de uma inovação no ordenamento jurídico, pois restou instituída uma nova regra a ser aplicada nos concursos públicos.

Percebe-se que as cotas raciais superaram o âmbito universitário e chegaram ao serviço público. Neste sentido, deve-se observar a sua concordância com os princípios relacionados à atividade administrativa, como o da eficiência administrativa, prevista no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.

Conforme será demonstrado mais adiante, a eficiência administrativa pressupõe que o serviço público seja desempenhado pelos melhores agentes, para que os anseios da sociedade sejam atingidos da forma mais satisfatória possível. Trata-se do dever de a Administração Pública prestar à população um serviço público de qualidade.

Neste sentido, a hipótese levantada por esta pesquisa consiste na possibilidade de o princípio da eficiência administrativa ser restringido pelo estabelecimento das cotas raciais em concursos públicos. Tal fato se justificaria na medida em que a seleção dos agentes mais capacitados para a prestação do serviço público seria mitigada pela reserva de parte das vagas em prol de afro-descendentes, em que pese a existência de candidatos não cotistas mais bem avaliados pela banca examinadora do certame.

Assim, exposto o conceito da igualdade material, passa-se à análise do outro princípio a ser considerado no exame da proporcionalidade da Lei nº 12.990/2014, a eficiência administrativa.

3.2 Da eficiência administrativa – conceito e implicações.

O ordenamento jurídico brasileiro possui duas previsões normativas referentes à eficiência administrativa, quais sejam no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988¹¹⁴ - incluído pela Emenda Constitucional nº 19/1998 - e no artigo 2º, *caput*, da Lei nº 9.784/99¹¹⁵, a qual, embora se proponha a regular o processo administrativo no âmbito federal, enumera uma série de princípios a serem obedecidos pela Administração Pública e por quem esteja atuando em seu nome.

A eficiência administrativa situa-se em um contexto revelador de uma nova face do Estado Social. Este passa a não se limitar à prestação dos serviços públicos, mas a exigir

¹¹⁴ BRASIL, 1988, artigo 37, *caput*.

¹¹⁵ BRASIL, Lei n. 9.784 de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 4 de maio de 2015.

que a Administração Pública otimize, em prol da coletividade, as suas ações, os seus resultados e a economia dos recursos públicos. Trata-se, portanto, de um dever a ser cumprido pelo Poder Público e por quem o represente.

O referido princípio tem por conteúdo a obrigatoriedade da atividade estatal sempre se pautar pela diligência no agir, prudência com o uso do dinheiro público e efetividade dos serviços prestados à sociedade.

José dos Santos Carvalho Filho¹¹⁶ subdivide o núcleo do princípio da eficiência em dois fatores, produtividade e economicidade, enaltecendo a necessidade de o gestor da coisa pública evitar gastos desnecessários e impor a prestação dos serviços públicos com “presteza, perfeição e rendimento funcional”.

De fato, a noção de eficiência administrativa influi naqueles dois âmbitos citados por Carvalho Filho, pois não se pode conceber uma Administração Pública irresponsável na utilização dos recursos advindos do contribuinte e incapaz de proporcionar à sociedade serviços públicos de qualidade. Uma atuação do Poder Público com essas características esvaziariam a efetividade da eficiência administrativa.¹¹⁷

Neste sentido, Hely Lopes Meirelles¹¹⁸ discorre acerca do princípio sob análise, asseverando a necessidade de a Administração Pública sempre buscar os melhores resultados possíveis, não apenas limitando-se em agir conforme os parâmetros firmados pela lei, conforme se depreende da seguinte passagem:

O princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.

Esta concepção de Meirelles expõe uma importante relação entre o princípio da legalidade com o da eficiência administrativa, entretanto, não deixa evidente a subordinação deste ao primeiro.

Em que pese Meirelles afirmar que a função administrativa “já não se contenta em

¹¹⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Atlas. 2012, p.29.

¹¹⁷ Paulo Modesto, professor de Direito Administrativo da Universidade Federal da Bahia, contribuiu para as discussões doutrinárias acerca do princípio da eficiência administrativa com o artigo científico intitulado “*Notas para um debate sobre o princípio da eficiência*” publicado pela Revista do Serviço Público, em 2000, logo após a positivação do referido princípio no texto constitucional pela Emenda nº 19/1998. No mencionado trabalho, o professor analisa com mais detalhes essas duas dimensões da eficiência administrativa, as quais ele denominou “exigência de economicidade” e “qualidade da ação administrativa”, dando exemplos de dispositivos constitucionais que consagram essas duas máximas.

¹¹⁸ MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38ª ed. São Paulo: Malheiros. 2012, p. 100-101.

ser desempenhada apenas com legalidade”, pressupondo que esta última deva ser respeitada, essa relação entre os mencionados princípios deve ser feita de forma mais acintosa, a fim de não fomentar a ideia de que a eficiência possa ser buscada sob qualquer custo, à margem do ordenamento jurídico.

Na verdade, como bem ressalta Odete Medauar¹¹⁹, aperfeiçoando aquela passagem de Meireles e salientando a interação entre a eficiência e a legalidade, “os dois princípios constitucionais da Administração devem conciliar-se, buscando esta atuar com eficiência, dentro da legalidade”.

Assim como Medauar, Maria Sylvia Zanella di Pietro¹²⁰ ressalta que a eficiência administrativa deve ser levada em conta juntamente com os outros princípios relacionados à atividade administrativa, “não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito”.

O mesmo entendimento pode ser encontrado na obra de Celso Antônio Bandeira de Mello¹²¹, o qual preceitua que o princípio da eficiência “não pode ser concebido [...] senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência”.

Percebe-se, a partir da interpretação das passagens destes doutrinadores, a impossibilidade de o Poder Público agir ao arrepio da lei, mesmo se tratando de ato eficiente e proveitoso à coletividade, sob pena de violação da previsibilidade das atividades estatais e a supremacia da lei, ambas noções relacionadas ao Estado Democrático de Direito.¹²²

Assim, o próprio ordenamento jurídico deve colocar à disposição da Administração Pública instrumentos que possibilitem o atingimento das suas metas, pois a mera previsão no texto constitucional não é suficiente para qualificar a Administração Pública como eficiente¹²³.

Há um longo caminho a ser percorrido pelo gestor da coisa pública até se chegar à eficiência. É neste contexto que surgem os mecanismos otimizadores da atividade

¹¹⁹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p.142.

¹²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Atlas. 2012, p.85.

¹²¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros. 2012, p.125.

¹²² O descompasso entre a atuação estatal e o ordenamento jurídico, assim como assevera di Pietro, causa sérias violações à segurança jurídica e ao Estado Democrático de Direito. Tal constatação se justifica por ser a lei a) uma previsão da forma de agir do Estado em uma determinada situação e b) um limite a esta atuação, tendo em vista que o Estado também é subordinado ao Direito. Desta forma, o agir estatal fora dos ditames legais é capaz de, ao mesmo tempo, gerar uma instabilidade na população em razão da imprevisibilidade de suas ações (quebra da segurança jurídica) e romper com a supremacia da lei, sob a qual também se submete o Estado (ofensa ao Estado Democrático de Direito).

¹²³ Cf. CARVALHO FILHO, *ob. cit.*, p.29.

administrativa. Pode-se citar, como exemplo, a) o controle externo dos gastos públicos, realizados pelos Tribunais de Contas; b) os procedimentos licitatórios, viabilizadores do reconhecimento das ofertas mais vantajosas à Administração - pelo menos, em tese - e as súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal, as quais possibilitam o julgamento mais célere de demandas repetitivas e garantem o direito fundamental à razoável duração do processo.

Entretanto, conforme já mencionado neste trabalho, a eficiência não deve ser característica exclusiva da Administração Pública, mas também dos agentes que atuam em seu nome, cabendo a estes uma atuação competente e zelosa com a coisa pública. Corroborando com tal entendimento, di Pietro¹²⁴ salienta a influência do princípio da eficiência administrativa no “modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados”.

Assim, no intuito de garantir a ocupação dos postos de trabalho na Administração Pública pelos indivíduos mais bem preparados para o cumprimento de tal mister, a Constituição Federal de 1988 definiu, como condição à investidura em cargos ou empregos públicos, a prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, excepcionando os cargos comissionados definidos em lei como de livre nomeação e exoneração¹²⁵.

Trata-se o concurso de público de procedimento administrativo voltado para a seleção dos indivíduos mais bem preparados para desempenhar as funções públicas. Desta forma, não se pode negar a influência que o princípio da eficiência administrativa exerce sobre os concursos públicos.

A fim de amparar tal entendimento, colaciona-se as palavras de Agapito Machado Júnior¹²⁶ acerca da finalidade dos concursos públicos, *in verbis*:

O concurso público é o instrumento democrático de seleção de pessoal adotado pelo Estado, visando a obter os indivíduos do povo mais qualificados (critério do mérito) para o exercício de certas atribuições funcionais. Aqui há notório interesse da Administração na qualidade do material humano a ser selecionado, pois o serviço ou atividade a ser prestado já se pressupõe previsão legal a demonstrar o interesse público, sendo, pois, funções ou serviços públicos. O concurso é, pois, adotado para selecionar o pessoal qualificado para desempenhar função, cargo ou emprego público (art. 37, I e II, da CF/88).

Das palavras de Machado Júnior, pode-se afirmar que os concursos públicos são uma garantia à sociedade de que o serviço público será prestado por agentes selecionados

¹²⁴ DI PIETRO, *ob. cit.* p.84.

¹²⁵ BRASIL, 1988, artigo 37, inciso II.

¹²⁶ MACHADO JÚNIOR, Agapito. **Concursos Públicos**. 1ª Ed. São Paulo: Editora Atlas. 2008, p.111.

pelos seus méritos individuais, e não em critérios relacionados à características estranhas às atividades a serem desempenhadas.

Pelo exposto, já se pode pontuar a restrição ao princípio da eficiência administrativa causada pela reserva de parte das vagas dos concursos públicos federais para os afro-descendentes., pois a Lei nº 12.990/2014 estabeleceu um critério que não exclusivamente o mérito pessoal para o provimento dos cargos e empregos públicos da Administração Pública Federal direta e indireta¹²⁷.

Estaria se preterindo um indivíduo mais preparado em prol de um não tão qualificado segundo a banca examinadora, pelo simples fato deste último ser afro-descendente. Portanto, esta seria a lesão sofrida pelo princípio da eficiência em virtude das disposições da Lei nº 12.990/2014. A possibilidade desta restrição ser justificada pela promoção do princípio da igualdade material é o questionamento principal desta pesquisa, o qual se tentará responder a pela regra da proporcionalidade de Robert Alexy no próximo capítulo deste trabalho.

¹²⁷ O artigo 1º da Lei nº 12.990/2014: Ficam reservados aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, na forma desta lei.

4 A VERIFICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE DA LEI Nº 12.990/2014.

Após a exposição da regra da proporcionalidade nos termos da teoria de Robert Alexy, dos conceitos e implicações dos princípios da igualdade material e eficiência administrativa e a forma como cada um destes é, respectivamente, promovido e restringido pelas disposições da Lei nº 12.990/2014, chega-se ao trecho mais importante deste trabalho, consistente na análise de qual daqueles princípios deve prevalecer na colisão imposta pelas cotas raciais em concursos públicos.

Primeiramente, a Lei nº 12.990/2014 passará sob o crivo do elemento adequação. Conforme o exposto no primeiro capítulo deste trabalho, uma medida será considerada adequada, nos termos da regra da proporcionalidade, quando for apta a fomentar a realização dos seus objetivos. Assim, neste primeiro exame, serão expostas as finalidades a serem alcançadas por aquela lei e a capacidade de suas previsões as fomentarem¹²⁸.

Após a análise da adequação, passar-se-á ao exame da necessidade. Nesta segunda fase da aplicação da regra da proporcionalidade, a Lei nº 12.990/2014 será comparada com outras medidas igualmente adequadas ao fomento dos seus objetivos, no intuito de se verificar a existência de uma alternativa que satisfaça, em maior medida, essas finalidades e restrinja, em menor intensidade, o princípio da eficiência administrativa¹²⁹.

Ato contínuo, a aprovação da medida estatal no exame da necessidade a credencia para a última fase da aplicação da regra da proporcionalidade, a proporcionalidade em sentido estrito. É neste momento em que se realizará o sopesamento propriamente dito. Tentar-se-á responder se a restrição ao princípio da eficiência administrativa poderá ser justificada pela promoção do princípio da igualdade material no contexto imposto pela Lei nº 12.990/2014.

Para isto, será utilizado um instrumento idealizado por Robert Alexy com a finalidade de garantir uma padronização e controle da racionalidade das decisões de sopesamentos de princípios. Trata-se da fórmula do peso, mecanismo revelador das questões que devem, necessariamente, ser fundamentadas pelo aplicador da proporcionalidade em sentido estrito¹³⁰.

Está exposta, portanto, a sequência lógica da investigação reservada a este capítulo. Assim, feitas essas considerações, passar-se, enfim, à análise da Lei nº 12.990/2014 à luz da regra da proporcionalidade, nos termos da teoria de Robert Alexy.

¹²⁸ Cf., o tópico 1.4.3.1 deste trabalho, dedicado ao elemento adequação.

¹²⁹ Cf., o tópico 1.4.3.2 deste trabalho, dedicado ao elemento necessidade.

¹³⁰ Cf., o tópico 1.4.3.3 deste trabalho, dedicado ao elemento proporcionalidade em sentido estrito.

4.1 A análise da adequação da Lei nº 12.990/2014.

A primeira etapa da aplicação da regra da proporcionalidade importa no exame de dois fatores, quais sejam as finalidades definidas pelo Poder Público e a capacidade de os meios empregados fomentarem a realização destes objetivos. Neste sentido, para responder estes questionamentos, revela-se necessário o estudo das pretensões do Estado quando da elaboração da Lei nº 12.990/2014 e das disposições literais deste diploma legislativo, a fim de se constatar a compatibilidade entre meios e fins.

A referida lei adveio do Projeto de Lei nº 6.738/2013, de autoria do Poder Executivo. As suas disposições foram sujeitas à apreciação da Comissão de Direitos Humanos e Minorias (CDHM), da Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público (CTASP) e da Comissão de Constituição, Justiça e de Cidadania (CCJC). Do debate dos parlamentares nestas comissões pode-se depreender os argumentos favoráveis e contrários à reserva de vagas em concursos públicos federais para negros e pardos, razão pela qual serão retirados dessas discussões muitos fundamentos necessários à análise da proporcionalidade da Lei nº 12.990/2014.

O deputado Leonardo Picciani¹³¹, relator do projeto de lei perante à CCJC, destacou o caráter de ação afirmativa da política de cotas raciais nos concursos públicos, justificando a sua implementação em virtude da diferença dos percentuais de negros no serviço público federal e na população como um todo. Segundo o referido parlamentar, o principal objetivo da adoção das cotas raciais nos concursos públicos federais é o aumento da representatividade de negros e pardos nos cargos e empregos da administração pública federal, garantindo efetividade aos enunciados dos incisos do artigo 3º da Constituição Federal de 1988.

Em contraposição à estas ideias, o deputado Marcos Rogério pugnou pela inconstitucionalidade do Projeto de Lei nº 6.738/2013, advertindo não serem as cotas raciais o meio apto à fomentação da igualdade material, ressaltando que a cor da pele não é o principal fator discriminatório dos brasileiros, mas as diferenças econômicas existentes entre eles. Além disso, caracterizou as cotas raciais como uma “séria ameaça de popularização do racismo”.

¹³¹ BRASIL, **Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania. Projeto de Lei nº 6.738/2013**. Reserva aos negros vinte por cento das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Voto do relator deputado Leonardo Picciani, proferido em 17 de dezembro de 2013. Disponível em: <www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_pareceres_substitutivos_votos.jsessionid=2D5A55A5A155DAE472BDE399F651AB41.proposicoesWeb1?idProposicao=600255>. Acesso em 15 de abril de 2015.

Nas palavras daquele deputado¹³²:

As cotas raciais não são o caminho ideal para superar as deficiências do processo de escolarização, eliminar o preconceito da sociedade e reparar negros e pardos brasileiros pelas injustiças historicamente sofridas. Devemos oferecer boas condições de preparação para que os estudantes negros e pardos possam concorrer às vagas do serviço público nas mesmas condições que os demais postulantes.

Analisando estes argumentos, não se pode negar a insuficiência das cotas raciais como a única política estatal contra as desigualdades étnicas. Os próprios defensores das ações afirmativas, como Joaquim Barbosa¹³³, fazem essa advertência.

De fato, o problema da inclusão de negros e pardos nos diversos segmentos da sociedade, como o mercado de trabalho, merece tratamento muito mais complexo e profundo, pois as carências de grande parte daqueles grupos étnicos advém desde a precariedade do ensino público até a dificuldade de ingresso em um curso superior que proporcione melhores perspectivas de vida.

Contudo, em que pese o posicionamento do deputado Marcos Rogério não estar totalmente equivocado, sobretudo quando se ressaltou a necessidade de melhorias no processo de escolarização, a adoção das cotas raciais em concursos públicos não prejudica a implementação de outras ações voltadas ao desenvolvimento do sistema educacional como um todo.

Neste sentido, as cotas raciais nos concursos públicos consistem em um meio mais célere para a redução da discrepância entre a quantidade de brancos, negros e pardos nos postos de trabalho da administração pública federal, diferença esta que obsta o desenvolvimento da sociedade pluralista desejada pelo preâmbulo da Constituição Federal de 1988.

Sob a perspectiva do princípio da igualdade material, o Estado deve ser um ator proativo no combate às desigualdades de todo tipo, promovendo ações inclusivas nos mais variados âmbitos. Assim, é verdade que as cotas raciais não devem ser o único remédio adotado contra as diferenças de representatividade entre negros e brancos nos segmentos da sociedade. Mas tais medidas não anulam o dever da implementação de outras ações mediatas, cujos resultados só serão observados em um médio ou longo prazo, a exemplo de um melhor investimento na infra-estrutura do ensino público e na formação de seus professores.

A fim de ilustrar quantitativamente a diferença do número de negros e brancos no

¹³² BRASIL. *Ibid.*, Voto em separado do deputado Marcos Rogério, proferido em 25 de março de 2014. Disponível em: www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_pareceres_substitutivos_votos.jsessionid=2D5A55A5A155DAE472BDE399F651AB41.proposicoesWeb1?idProposicao=600255. Acesso em 15 de abril de 2015.

¹³³ Cf., GOMES, 2003, p.25.

serviço público federal, a Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (Seppir)¹³⁴, com o auxílio do Ministério do Planejamento, apontou que dos 519.369 (quinhentos e dezenove mil e trezentos e sessenta e nove) servidores do Poder Executivo Federal que declararam a cor no Sistema Integrado de Administração de Recursos Humanos (Siape), somente 30% (trinta por cento) se classificaram como negros ou pardos. Destaque-se a disparidade entre este percentual e o da quantidade de negros e pardos na população brasileira, o qual, segundo Censo Demográfico¹³⁵ de 2010, organizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), encontra-se no patamar de 50,7% (cinquenta vírgula sete por cento).

Em razão da regra de os cargos e empregos públicos só poderem ser providos por indivíduos que lograram aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, resta evidente o patamar inferior em que os negros e pardos se encontram na concorrência por essas vagas.

Trata-se de um reflexo do difícil acesso à educação de qualidade que a maioria dos integrantes destes grupos sofre. Se isto não fosse verdade, a proporção entre negros e brancos no serviço público seria mais equânime.

Isto posto, tendo em vista que o objetivo da Lei nº 12.990/2014 é a promoção do aumento da representatividade de negros e pardos nos cargos e empregos públicos da administração direta e indireta no âmbito federal, não se pode negar que a reserva de vagas em concursos públicos para indivíduos que se auto-declarem negros ou pardos consiste em meio apto à fomentação daquela finalidade. Assim, a Lei nº 12.990/2014 pode ser considerada adequada, nos termos da regra da proporcionalidade, estando apta a passar pelo exame da necessidade.

4.2 Análise da necessidade da Lei nº 12.990/2014.

O exame da necessidade é a segunda etapa da verificação da proporcionalidade de um ato estatal, consistindo em uma comparação entre a medida adotada pelo Poder Público e outras que sejam igualmente adequadas para o fomento dos objetivos definidos pelo Estado¹³⁶.

¹³⁴ BRASIL. Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial. Funcionalismo público não reflete diversidade do povo brasileiro. Disponível em: <http://www.seppir.gov.br/noticias/ultimas_noticias/2013/11>. Acesso em 15 de abril de 2015.

¹³⁵ IBGE. **Censo Demográfico 2010**. Características da população e dos domicílios. Rio de Janeiro, 2011, p. 75-76. Disponível em: <www.ibge.gov.br>. Acesso em 5 de maio de 2015.

¹³⁶ Cf., ALEXY, 2008, p.590-593.

O aplicador da regra da proporcionalidade deve se atentar para dois fatores, quais sejam os graus de satisfação das finalidades traçadas pelo Estado e os de afetação ao princípio jurídico atingido, no intuito de se reconhecer a existência de uma alternativa que fomente aqueles objetivos na mesma intensidade, mas que restrinja, em menor medida, o princípio afetado.

Isto posto, a Lei nº 12.990/2014, a qual será representada mais a diante pelo símbolo M1, será comparada com outras duas medidas igualmente adequadas para o fomento dos objetivos daquela lei. Por fins didáticos, será dedicado um sub-tópico para a comparação de M1 com cada uma dessas alternativas.

Trata-se *a)* da reserva de vagas em concursos públicos federais para candidatos que comprovem baixa renda, independentemente da cor da pele, e *b)* do estabelecimento de uma cota racial qualificada pelo requisito baixa renda, não bastando a auto-declaração como negro ou pardo para o usufruto do benefício da reserva de vaga, sendo também necessária a comprovação deste segundo requisito. Essas medidas alternativas serão representadas pelos símbolos M2 e M3, respectivamente.

Por fim, antes do início das comparações entre M1 e suas alternativas, deve-se realizar alguns apontamentos para se esclarecer os limites da cognição do exame da necessidade da Lei nº 12.990/2014.

A implementação de cotas baseadas no poder aquisitivo é a alternativa mais frequentemente sugerida pelos críticos às cotas raciais. Trata-se de uma questão muito polêmica, pois promove a controvérsia acerca de qual seria a maior razão das discriminações no Brasil: a pobreza ou a cor da pele. Responder este questionamento exigiria um trabalho muito mais complexo do que este.

Isto posto, no exame da necessidade da Lei nº 12.990/2014, não se deve analisar exaustivamente todos os argumentos relacionados aos motivos das discriminações ocorridas no Brasil, mas apenas verificar a existência de uma alternativa que satisfaça o princípio da igualdade material tanto quanto aquela lei, mas que afete o princípio da eficiência administrativa em menor medida.

Feitas essas considerações, passa-se ao exame comparativo entre a Lei nº 12.990/2014, M1, e as medidas alternativas sugeridas neste trabalho, M2 e M3.

4.2.1 Teste comparativo entre a reserva de vagas em concursos públicos para negros (M1) e as cotas para candidatos de comprovada baixa renda (M2).

O Poder Executivo do âmbito da União Federal atestou um fato: há uma discrepância entre o número de negros e o de brancos no serviço público naquela esfera de poder. Conforme exposto no tópico destinado à análise da adequação da Lei nº 12.990/2014, apesar de negros e pardos representarem pouco mais da metade da população brasileira - 50,7% (cinquenta vírgula sete por cento), apenas 30% (trinta por cento) dos postos de trabalho da administração pública federal são ocupados por servidores que se auto-declararam como negros ou pardos¹³⁷.

No intuito de mitigar o descompasso existente entre os referidos números, a Presidência da República propôs ao Congresso Nacional a elaboração de uma lei que reservasse 20% (vinte por cento) das vagas dos concursos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mistas controladas pela União para quem se declarasse negro ou pardo.

Como não poderia ser diferente, tal proposta foi recebida com muita polêmica pelos parlamentares, em razão de as cotas raciais suscitarem acalorados debates em relação a constitucionalidade deste tratamento diferenciado.

Em oposição à implementação das cotas raciais perante a Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania, a pobreza foi destacada pelo deputado Marcos Rogério¹³⁸ como o real fator discriminatório entre os brasileiros, asseverando que

O combate à pobreza, uma disposição constitucional, deve abranger todos os extratos mais humildes de sua população, não só o contingente negro. Se não for assim, o que dizer dos milhões de pardos e brancos, tão pobres quanto muitos negros em situações de pobreza? Os brancos em situação de pobreza que sempre viveram à margem da sociedade, como os negros pobres, sempre serão preteridos pelo regime de cotas. É a pobreza, não o fator racial, que se caracteriza como determinante da exclusão em nossa sociedade.

Das palavras daquele parlamentar, depreende-se a ideia de que, se houvesse um fator discriminatório ensejador de um legítimo tratamento diferenciado entre as pessoas, este fator deveria ser a pobreza, e não a cor da pele.

Tal entendimento é amparado pelas concepções de outros estudiosos das ciências

¹³⁷ Cf., a estatística colacionada no tópico 3.2 deste capítulo.

¹³⁸ Cf., a referência feita ao voto do deputado Marcos Rogério, perante a Comissão de Constituição de Justiça e Cidadania, na nota número 5 deste capítulo, exposta no tópico 3.2.

humanas, dos quais, a título de exemplo, pode-se citar Yvone Maggie e Peter Fry, ambos professores de Antropologia do Instituto de Filosofia e Ciências Sociais da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

Em artigo científico publicado em 2004, quando já se começava a observar os primeiros exemplos de ações afirmativas nas universidades públicas, Maggie e Fry¹³⁹ já advertiam que a adoção do fator pobreza na implementação de medidas inclusivas seria capaz de aumentar, indiretamente, o número de negros e pardos beneficiados por elas, em razão da íntima relação entre pobreza e cor da pele no Brasil, a qual pode ser empiricamente constatada pelas seguintes estatísticas.

Segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílio (PNAD)¹⁴⁰, realizada pelo IBGE em 2013, entre o 1% (um por cento) das pessoas mais ricas do Brasil, 83,6% (oitenta e três vírgula seis por cento) são brancos, enquanto apenas 14,6% (catorze vírgula seis por cento) são negros ou pardos. Além disso, entre os 10% (dez por cento) das pessoas mais pobres do país, 23,9% (vinte e três vírgula nove por cento) são brancos, na medida em que 76,0% (setenta e seis por cento) são negros ou pardos.

Ainda corroborando a relação entre renda e etnias no Brasil, o Censo realizado pelo IBGE¹⁴¹ no ano de 2010 apontou que, dos homens que recebem até $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo, 28% (vinte e oito por cento) são brancos, enquanto 70,22% (setenta vírgula vinte e dois por cento) são negros ou pardos. Ao seu turno, 84% (oitenta e quatro por cento) dos homens que recebem mais de 30 (trinta salários mínimos) são brancos, enquanto apenas 13% (treze por cento) são negros ou pardos.

Pelo exposto, não se pode negar que uma lei que reservasse vagas em concursos públicos para pessoas que comprovassem baixa renda, independentemente da cor da pele (M2), seria capaz de fomentar os mesmos objetivos da Lei nº 12.990/2014 (M1), pelo fato de a maioria dos pobres brasileiros serem negros, conforme as citadas estatísticas.

Contudo, apesar de M2 ser uma medida adequada, nos termos da regra da proporcionalidade, não se pode observar o mesmo êxito no exame da necessidade, quando comparada com a Lei nº 12.990/2014 (M1), pois, apesar de ambas restringirem o princípio da eficiência administrativa na mesma intensidade, M1 promove o princípio da igualdade material em maior medida, conforme será demonstrado a seguir.

¹³⁹ MAGGIE, Yvone; FRY, Peter. A reserva de vagas para negros nas universidades brasileiras. **Estudos Avançados**, Ribeirão Preto, v.18, n.50, Jan/Apr. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142004000100008&script=sci_arttext&tlng=es>. Acesso em 16 de abril de 2015.

¹⁴⁰ IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios**: Síntese de indicadores. Rio de Janeiro, 2014.

¹⁴¹ IBGE. Censo Demográfico 2010. Características da população e dos domicílios. Rio de Janeiro, 2011, p. 75-76. Disponível em: <www.ibge.gov.br>. Acesso em 5 de maio de 2015.

No que atine ao grau de restrição do princípio da eficiência administrativa, M1 e M2 se equivalem pois ambas tratam de uma preterição de candidatos mais bem avaliados pela banca examinadora em favor da inclusão de uma quantidade certa de indivíduos portadores de característica adotada como fator discriminante. Assim, não há nenhuma diferença qualitativa entre M1 e M2 em relação ao grau de afetação ao princípio da eficiência administrativa.

Ao seu turno, analisando a intensidade da potencial realização da igualdade material destas medidas, as cotas raciais se revelam meio mais apto à realização daquele princípio do que as cotas sociais, pois dados estatísticos e sociológicos revelam que a pouca representatividade dos negros nos mais variados aspectos da sociedade justifica o tratamento diferenciado aquele grupo.

Além das já citadas estatísticas que relacionaram a pobreza com a cor da pele no Brasil, a Síntese de Indicadores Sociais do ano de 2013, promovida pelo IBGE¹⁴², atesta outras tristes realidades suportadas pelos negros e pardos brasileiros. Neste sentido, passar-se-á à colação de algumas estatísticas relacionadas à educação superior dos brasileiros em função da cor da pele.

Dos jovens de 18 a 24 anos, estudantes de cursos superiores, estão 69,5% (sessenta e nove vírgula cinco por cento) dos estudantes brancos e 40,7% (quarenta vírgula sete por cento) dos negros ou pardos¹⁴³. No entanto, apesar de ainda prevalecer a presença de brancos nos cursos superiores, já se pode observar o efeito das políticas de cotas raciais para ingresso nas universidades, pois, em 1999, quando realizada a primeira PNAD, as amostras apontavam que apenas 7,5% (sete e meio por cento) e 8,0% (oito por cento) dos estudantes negros e pardos, respectivamente, frequentavam algum curso superior naquela faixa etária de 18 a 24 anos de idade.

Em relação a quantidade de pessoas de 25 a 34 anos que concluíram um curso superior em 2013, a discrepância entre brancos e negros ou pardos aumenta, pois 23,3% (vinte e três vírgula três por cento) dos brancos conseguiram o diploma, enquanto apenas 8,4% (oito vírgula quatro por cento) dos negros ou pardos lograram o mesmo êxito¹⁴⁴.

Levando-se em conta esses dados atinentes ao ensino superior, bem como aqueles relacionados à distribuição de renda e ao número de negros ou pardos no serviço público federal, chega-se à conclusão da existência de um flagrante descompasso entre as

¹⁴²IBGE. **Síntese dos indicadores sociais**. Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: ftp://ftp.ibge.gov/indicadores_sociais/sintese_de_indicadores_sociais_2014.pdf#page118. Acesso em: 5 de maio de 2015.

¹⁴³ *Ibid*, p. 119.

¹⁴⁴ *Ibid*, p. 122.

possibilidades de ascensão social entre brancos, negros e pardos.

Pelo exposto, percebe-se uma resistência da segregação racial no Brasil, mesmo que de forma velada. Dito de outro modo, tão importante quanto erradicar a pobreza, nos termos do artigo 3º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, é a mitigação da discriminação ainda sofrida pelos negros e pardos no Brasil.

Neste sentido, vale a transcrição do argumento utilizado pelo ministro Ricardo Lewandowski¹⁴⁵ em sede do julgamento da ação de descumprimento de preceito fundamental nº 186/DF, ressaltando a necessidade da adoção do critério étnico-racial nas ações afirmativas em detrimento do critério baixa renda, nos seguintes termos:

[...] justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes. **Esse modo de pensar revela a insuficiência da utilização exclusiva do critério social ou de baixa renda para promover a integração social de grupos excluídos mediante ações afirmativas**, demonstrando a necessidade de incorporar-se nelas considerações de ordem étnica e racial. (grifo nosso).

Corroborando com tal entendimento, Zygmunt Bauman¹⁴⁶ ressalta, sob uma perspectiva sociológica, a necessidade de as pessoas conviverem com as diferenças, de modo a se potencializar o diálogo e a tolerância com aquilo que lhe é estranho. Nas palavras daquele sociólogo:

Quanto mais as pessoas permanecem num ambiente uniforme – na companhia de outras 'como elas' com as quais podem ter superficialmente uma 'vida social' praticamente sem correrem o risco da incompreensão e sem enfrentarem a perturbadora necessidade de traduzir diferentes universos de significado -, mais é provável que 'desaprendam' a arte de negociar significados compartilhados e um modus operandi agradável. Uma vez que esqueceram ou não se preocuparam em adquirir as habilidades para uma vida satisfatória em meio à diferença, não é de se esperar que os indivíduos que buscam e praticam a terapia da fuga encarem com horror cada vez maior a perspectiva de se confrontarem cara a cara com estranhos. Estes tendem a parecer mais e mais assustadores à medida que se tornam cada vez mais exóticos, desconhecidos e incompreensíveis [...]

Assim, pelo o fato de o objetivo da Lei nº 12.990/2014 consistir no aumento da representatividade dos negros e pardos no serviço público federal, o que é benéfico para o desenvolvimento de uma sociedade pluralista e tolerante com as diferenças, a adoção do critério étnico-racial proposto pela Lei nº 12.990/2014 (M1) consiste em um meio que promove, em maior intensidade, o princípio da igualdade material quando comparado com o

¹⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186, proposta por Democratas – DEM. Relator: ministro Ricardo Lewandowski. Acórdão proferido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 26 de abril de 2012. ADPF julgada improcedente por unanimidade. Voto do ministro Ricardo Lewandowski disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em 17 de abril de 2015.

¹⁴⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Tempos Líquidos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007, p. 94-97.

critério social (M2), razão pela qual M1 é medida mais necessária do que M2, nos termos da regra da proporcionalidade.

4.2.2 Teste comparativo entre a reserva de vagas em concursos públicos para negros (M1) e as cotas para candidatos que comprovassem, cumulativamente, o requisito étnico e social (M3).

Da mesma forma quando comparou-se a Lei nº 12.990/2014 (M1) com uma hipotética lei que reservasse uma quantidade determinada de vagas em concursos públicos para candidatos que comprovassem baixa renda (M2), a restrição do princípio da eficiência administrativa se dá na mesma intensidade tanto por M1 quanto pela outra medida alternativa sugerida para o exame da necessidade, qual seja a reserva de vagas para candidatos que comprovassem, ao mesmo tempo, o critérios étnico e social (M3).

Utilizando-se a mesma fundamentação adotada no sub-tópico anterior, tanto M1 quanto M3 importam em uma preterição de candidatos mais bem avaliados num concurso público em prol de uma determinada quantidade de indivíduos possuidores das características adotadas como fator discriminante. Dessa forma, a eficiência administrativa seria restringida em grau semelhante por ambas as medidas.

Contudo, nesta comparação, ocorre um fenômeno que não pôde ser observado na comparação entre M1 e M2. As duas medidas ora em análise - M1 e M3 - realizam o princípio da igualdade material na mesma intensidade, pois apenas negros e pardos seriam beneficiados por elas.

Neste sentido, M1 não pode ser classificada como desnecessária para os fins da regra da proporcionalidade, pois, nas palavras de Virgílio Afonso da Silva¹⁴⁷, “no teste da necessidade não se deve perguntar se há medidas mais eficientes que a medida estatal adotada, mas apenas se há medidas *tão eficientes quanto* (sic), mas que restrinjam menos o direito afetado”.

Em outras palavras, como M1 e M3 se equivalem tanto no grau de realização do princípio da igualdade material como no de restrição do princípio da eficiência administrativa, a escolha de uma dessas medidas consiste em uma discricionariedade do Poder Legislativo, a qual não pode ser invalidada pelo aplicador da regra da proporcionalidade, o Poder Judiciário. Assim, a medida M3 não foi capaz de rechaçar a Lei nº 12.990/2014 no exame da

¹⁴⁷ SILVA, 2010, p. 173-174.

necessidade.

4.2.3 Considerações finais acerca do exame da necessidade da Lei nº 12.990/2014.

Conforme se ressaltou no primeiro capítulo deste trabalho¹⁴⁸, o exame da necessidade não exige o esgotamento das comparações entre a medida adotada pelo Estado e todas as suas alternativas possíveis e imagináveis, pois a proteção da coletividade contra um ato estatal eventualmente desproporcional não se encerra no exame da necessidade.

Neste sentido, o aplicador da regra da proporcionalidade não deve se ater demasiadamente no exame da necessidade, pois, caso a medida adotada pelo Poder Público importar numa restrição exacerbada de um princípio constitucional, esse descompasso será identificado no terceiro estágio da regra da proporcionalidade, consistente em um sopesamento entre os princípios colidentes.

Trata-se do exame da proporcionalidade em sentido estrito, o qual, segundo Virgílio Afonso da Silva¹⁴⁹, “tem como função principal justamente evitar esse tipo de exagero, ou seja, evitar que medidas estatais, embora adequadas e necessárias, restrinjam direitos fundamentais além daquilo que a realização do objetivo perseguido seja capaz de justificar”.

Assim, tendo em vista o êxito da Lei nº 12.990/2014 nas duas comparações realizadas com as medidas M2 e M3, em sede do exame da necessidade, a colisão dos princípios da igualdade material e da eficiência administrativa, inerente às disposições daquele diploma legislativo, já está apta para passar pelo exame da proporcionalidade em sentido estrito.

4.3 Análise da proporcionalidade em sentido estrito da Lei nº 12.990/2014 a partir da fórmula do peso de Robert Alexy.

Chega-se, enfim, ao momento mais importante deste trabalho: a resolução da colisão entre o princípio da igualdade material com o da eficiência administrativa, imposta pelas disposições da Lei nº 12.990/2014, que reservou uma cota de 20% (vinte por cento) das vagas dos concursos públicos da administração direta e indireta do âmbito da União Federal

¹⁴⁸ Cf. o tópico 1.4.3.2. deste trabalho.

¹⁴⁹ SILVA, 2010, p.175.

para candidatos que se declarassem negros ou pardos.

Para fins didáticos, antes do início do sopesamento propriamente dito, revela-se necessário reiterar algumas explicações já expostas no primeiro capítulo deste trabalho.

Inicialmente, diferentemente dos conflitos entre regras, solucionados por meio de uma subsunção, as colisões entre princípios são resolvidas através de um sopesamento, exercício capaz de apontar qual princípio deverá prevalecer sob o outro segundo as particularidades de um caso concreto¹⁵⁰.

Neste sentido, Robert Alexy¹⁵¹ foi muito feliz ao esclarecer os fatores que, necessariamente, devem ser levados em conta em um sopesamento em sede do exame da proporcionalidade em sentido estrito. O referido jurista alemão reduziu todos eles em uma fórmula semelhante às utilizadas na matemática, a qual, conforme exposto anteriormente, não possui a pretensão de emprestar a mesma certeza das ciências exatas para o exame da proporcionalidade de uma medida estatal, mas de servir como um parâmetro racional para a fundamentação de tais decisões. A seguir, a fórmula do peso será exposta para possibilitar explicação de cada uma de suas variáveis, *in verbis*:

$$S = \frac{W_a \cdot I_a \cdot R_a}{W_b \cdot I_b \cdot R_b}$$

Conforme o exposto no primeiro capítulo deste trabalho, na análise da proporcionalidade de uma medida M que implique na restrição do princípio “A” e na promoção do princípio “B”, Alexy advertiu que o aplicador da regra da proporcionalidade deve se pronunciar sobre: 1) o peso abstrato do princípio restringido pela medida estatal (W_a); 2) o peso abstrato do princípio promovido pela medida estatal (W_b.); 3) a intensidade da restrição ao princípio A pela implementação da medida estatal (I_a); 4) a intensidade da restrição ao princípio B em caso de não adoção da medida estatal (I_b.); 5) as razões empíricas que justificam o item “3” (R_a) e 6) as razões empíricas que justificam o item “4” (R_b).

Trazendo esses fatores para o caso concreto deste trabalho, considerando a eficiência administrativa como o princípio “A” e igualdade material como o princípio “B”¹⁵², dever-se-á analisar: 1) o peso abstrato do princípio da eficiência administrativa (W_{e.a.}); 2) o peso abstrato do princípio da igualdade material (W_{i.g.}); 3) a intensidade da restrição ao

¹⁵⁰ ALEXY, 2008, p. 92-94.

¹⁵¹ Marcelo Lima Guerra sinalizou a grande relevância da proposição Robert Alexy para a resolução das colisões entre princípios, advertindo que a reunião de todos os questionamentos que necessariamente devem ser enfrentados em um sopesamento permitiu “uma melhor e mais objetiva aplicação da própria Lei do Sopesamento, isto é, do princípio da proporcionalidade em sentido estrito”. Cf. GUERRA, 2007, p.30.

¹⁵² Ao lado de cada variável da fórmula do peso de Alexy, inseriu-se as iniciais dos princípios da igualdade material (i.g.) e da eficiência administrativa (e.a.), no intuito de facilitar a visualização e o entendimento daquela fórmula.

princípio da eficiência administrativa causada pela Lei nº 12.990/2014 (Ie.a.); 4) a intensidade da restrição ao princípio da igualdade material caso a Lei nº 12.990/2014 não fosse elaborada (Ii.g.); 5) as razões empíricas que justificam o afirmado em “3” (Re.a.) e 6) as razões empíricas que justificam o afirmado em “4” (Ri.g.).

A cada uma dessas variáveis será atribuída uma grandeza, podendo ser classificadas como *leve*, *moderada* e *séria*. Ato contínuo, para fins do cálculo matemático a ser realizado ao final do sopesamento, serão atribuídos os valores numéricos 1, 2 e 4, a cada uma daquelas grandezas, respectivamente.

Após a fundamentação de cada variável e o seu preenchimento com os respectivos valores numéricos, realizar-se-á uma operação matemática de divisão entre o produto das variáveis relacionadas à eficiência administrativa - expostas no numerador da fórmula do peso - e o produto das variáveis atinentes à igualdade material - expostas no denominador da fórmula do peso.

Se o quociente desta divisão for maior que 1, é sinal que as variáveis contidas no numerador daquela fração, relacionadas à eficiência administrativa, tiveram um peso maior do que as atinentes à eficiência administrativa, de modo que aquele primeiro princípio deverá prevalecer no sopesamento¹⁵³.

De outro modo, se a mencionada divisão tiver resultado menor que 1, estará indicado que as variáveis relacionadas à igualdade material, contidas no denominador da fração, tiveram um maior peso do que as variáveis relacionadas à eficiência administrativa, expostas no numerador. Neste caso, a igualdade material prevaleceria na colisão em análise.

Finalmente, caso a divisão tenha resultado igual a 1, restar-se-á sinalizado que todas as variáveis da fórmula do peso se equivalem, razão pela qual não se terá evidências racionais para a afirmação categórica da preponderância de um princípio sobre o outro.

No intuito de garantir uma maior clareza na explicação do uso da fórmula do peso no caso concreto imposto por este trabalho, serão desenvolvidas, primeiramente, as variáveis contidas no denominador da referida fórmula, relacionadas ao princípio da igualdade material. Logo após, será a vez da fundamentação das variáveis atinentes ao princípio da eficiência administrativa, presentes no numerador daquela fração.

Dito isto, passar-se-á à análise de todas as variáveis da fórmula do peso de Robert Alexy, atinentes ao exame da proporcionalidade em sentido estrito da Lei nº 12.990/2014.

¹⁵³ Acerca da significância do resultado numérico da fórmula do peso, Cf. ALEXY, 2008, p.606.

4.3.1 O peso abstrato do princípio da igualdade material (Wi.g.).

Para fins de aplicação da fórmula do peso de Robert Alexy, o peso abstrato de um princípio consiste na sua relevância para o ordenamento jurídico, independente de uma situação de colisão entre normas jurídicas daquela natureza. Trata-se de uma análise absoluta da importância de tal princípio para o sistema jurídico. Esta variável é representada na fórmula do peso pela letra “W,” em alusão a palavra inglesa *weight*, que significa “peso”.

A igualdade material, conforme já exposto exaustivamente neste trabalho, veicula a ideia de que o Estado deve ter uma postura ativa no combate às desigualdades e exclusões étnicas e sociais. Dito de outro modo, o Estado não pode se manter numa postura neutra e inerte em relações às demandas sociais, sob pena de estas desigualdades se perpetuarem ao longo do tempo.

Atento à necessidade de o Estado ser um ente mais participativo nas transformações sociais, o poder constituinte originário não só previu, implicitamente, o princípio da igualdade material no nosso ordenamento jurídico, mas o consagrou como um dos objetivos a serem alcançados pela República Federativa do Brasil, no bojo do artigo 3º da Constituição Federal de 1988.

Da leitura deste dispositivo constitucional, depreende-se que o Estado deve *construir* um sociedade livre, justa e solidária; *garantir* o desenvolvimento nacional; *erradicar* a pobreza e a marginalização; *reduzir* as desigualdades sociais e regionais e *promover* o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Assim, todos esses objetivos pressupõem um comportamento ativo do Estado, o que vai ao encontro do mandamento do princípio da igualdade material.

Pelo exposto, não se pode negar a alta relevância que aquele princípio possui na ordem constitucional brasileira, razão pela qual se deve atribuir a grandeza *séria* (4) à variável do peso abstrato do princípio da igualdade material (Wi.g.).

4.3.2 A intensidade da restrição ao princípio da igualdade material caso a Lei nº 12.990/2014 não fosse elaborada (Ii.g.) e da força das razões empíricas que fundamentam tal perspectiva (Ri.g.).

Por guardarem uma estreita relação entre si, optou-se pela demonstração conjunta das variáveis relacionadas à intensidade da restrição causada no princípio da igualdade

material, caso a Lei nº 12.990/2014 não fosse elaborada, representada pelo símbolo “I.g.”, e à força das razões empíricas que atestam tal conclusão, indicada, por sua vez, pelo símbolo “Ri.g.”.

Muitos dos argumentos que serão apresentados neste tópico já foram mencionados na exposição teórica do mencionado princípio. Contudo, a reiteração destes comentários é muito pertinente à fundamentação da presente variável, pois garantirá um maior grau de racionalidade a esta fundamentação.

Conforme se asseverou anteriormente, a atual noção do princípio da igualdade, sobretudo nos Estados de bem estar social, implica num comportamento ativo do Poder Público no combate às distorções existentes na sociedade. O Estado passa a ter a obrigação de estar atento às particularidades de cada grupo social para identificar aqueles que devem ter o desenvolvimento subsidiado por medidas inclusivas, em razão da existência de empecilhos que obstam a melhoria da qualidade de vida destes grupos. Assim, neste viés material do princípio da igualdade, o Estado deve adotar uma postura ativa para a mitigação das desigualdades, utilizando-se de instrumentos concretos como as ações afirmativas, viabilizando a inclusão social de grupos menos favorecidos.

A necessidade de uma discriminação positiva em favor de negros e pardos, neste caso, pode ser justificada pelas estatísticas trazidas em sede do exame da necessidade¹⁵⁴. Em todas elas, os representantes daquela etnia aparecem em nítida desvantagem em relação aos brancos.

Essa discrepância entre os indicadores sociais de brancos, negros e pardos não restou desapercibida pelo Estado brasileiro, o qual passou a amadurecer a implementação de ações afirmativas desde meados da década 90¹⁵⁵. Contudo, foi em julho de 2010 que a promoção da igualdade material por meio de ações afirmativas passou a ser, explicitamente, uma política de Estado, com a promulgação do Estatuto da Igualdade Racial¹⁵⁶. Este documento positivou a necessidade de o Poder Público, juntamente com a iniciativa privada, adotar medidas mediatas e imediatas no combate às desigualdades raciais, conforme pode-se observar da leitura de alguns incisos do artigo 4º daquele Estatuto:

Artigo 4º – A participação da população negra, em condição de igualdade de oportunidade, na vida econômica, social, política e cultural do País será promovida, prioritariamente, por meio de:

[...]

II - adoção de medidas, programas e políticas de ação afirmativa;

¹⁵⁴ Cf. os dados estatísticos colacionados no tópico 3.3. deste capítulo.

¹⁵⁵ Sobre a evolução histórica do debate das ações afirmativas no Brasil, Cf. PIOVESAN 2008, p.891-893.

¹⁵⁶ BRASIL. Lei n. 12.288, de 20 de julho de 2010. Institui o Estatuto da Igualdade Racial. Vade Mecum Saraiva, 17ª ed, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1185 - 1190.

III - modificação das estruturas institucionais do Estado para o adequado enfrentamento e a superação das desigualdades étnicas decorrentes do preconceito e da discriminação étnica;

[...]

V - eliminação de obstáculos históricos, socioculturais e institucionais que impedem a **representação da diversidade étnica nas esferas pública e privada**;

VI - **estímulo, apoio e fortalecimento de iniciativas oriundas da sociedade civil** direcionadas à promoção da igualdade de oportunidades e ao combate às desigualdades étnicas, inclusive mediante a implementação de incentivos e critérios de condicionamento e prioridade no acesso aos recursos públicos; [...] (Grifo nosso).

É este contexto jurídico-institucional que ampara medidas como a Lei nº 12.990/2014, que consistiu numa resposta do Estado brasileiro à pouca representatividade da população negra e parda no serviço público federal. Neste sentido, não se pode negar que caso o Estado brasileiro não tivesse elaborado aquela lei, o princípio da igualdade material seria restringido, pois o Poder Público estaria se eximindo do mister de promover políticas voltadas aos negros e pardos.

Isto iria de encontro ao multicitado artigo 3º da Constituição Federal de 1988, o qual pressupõe um comportamento ativo do Estado no combate à todos os fatores fomentadores de desigualdades. Desta forma, a intensidade da restrição ao princípio da igualdade material na hipotética omissão estatal analisada neste sub tópico não pode ser considerada *leve*, pois o Estado estaria se furtando de cumprir uma obrigação imposta pelo próprio texto constitucional.

A exclusão social pautada pelo critério étnico é algo que deve ser abominado, razão pela qual qualquer postura estatal, seja comissiva ou omissiva, que não seja capaz de diminuir tal segregação, reflete uma desobediência ao ideal pluralístico de sociedade definido pela Constituição Federal de 1988. Esta constatação é amparada pelo ensinamento de Aílton Cocurutto¹⁵⁷, cujas palavras valem serem transcritas:

Assim, todo e qualquer fator que implique em exclusão social deve ser afastado na medida em que afronta a Constituição Federal, atingindo as bases que servem para a unificação do sistema normativo e as prioridades do Estado Democrático de Direito na sua forma pluralística. O subjetivismo político ofende a ordem constitucional na medida em que exclui o pluralismo democrático. Na verdade, o interesse geral e o constitucional se apresentam no sentido de que não haja nenhuma pessoa socialmente excluída e, se eventualmente as políticas públicas conduzirem a alguma exclusão social, estará maculada pelo vício da inconstitucionalidade, que poderá ser arguida perante o Poder Judiciário.

Assim, resta evidente não só a possibilidade, mas também a obrigação do Estado brasileiro lançar mão de ações afirmativas para mitigar as desigualdades que ainda insistem em atingir o Brasil.

¹⁵⁷ COCURUTTO, Aílton. **Os princípios da dignidade da pessoa humana e da inclusão social**. São Paulo: Malheiros, 2008, p.46.

Contudo, em que pese tal entendimento, ressalte-se que as ações afirmativas não se limitam à instituição de cotas raciais, sejam elas para o ingresso no ensino superior ou no serviço público. Esta constatação é feita, inclusive, por defensores das ações afirmativas, os quais apontam que o sistema jurídico nacional ainda é muito carente de medidas afirmativas que não sejam as cotas. A fim de ilustrar este entendimento, cabe colacionar a lição de Joaquim Barbosa¹⁵⁸, *in verbis*:

[...] falta ao direito brasileiro um maior conhecimento das modalidades e técnicas que podem ser utilizadas na implementação de ações afirmativas. Entre nós, fala-se quase exclusivamente do sistema de cotas, mas esse é um sistema que, a não ser que venha amarrado a um outro critério inquestionável objetivo, deve ser objeto de uma utilização marcadamente marginal. [...] podem ser utilizados, além do sistema de cotas, o método do estabelecimento de preferências, o sistema de bônus e os incentivos fiscais (como instrumento de motivação do setor privado. [...])

Neste sentido, apesar de já se ter afirmado que a intensidade da restrição ao princípio da igualdade material, na hipótese de não elaboração da Lei nº 12.990/2014, não poder ser classificada como *leve*, de outro modo, também não poderá ser considerada *séria*, tendo em vista a possibilidade de serem implementadas por outras medidas que não as cotas raciais.

Assim, pelo fato de a suposta omissão estatal em não reservar aos negros e pardos uma determinada quantidade de vagas nos concursos públicos poder ser sanada pela adoção de outras ações afirmativas, a intensidade da restrição ao princípio da igualdade material deve refletir um grau intermediário, razão pela qual, para fins da fórmula do peso, à esta variável será atribuída a grandeza *moderada* (2). Ao seu turno, a força das razões que fundamentaram este entendimento deve ser classificada como *séria* (4), por terem sido retirados do texto constitucional, da doutrina relacionada às ações afirmativas e da atual interpretação dada ao princípio da igualdade material, inerente à ideologia de um Estado de bem estar social, como o brasileiro.

4.3.3 O peso abstrato do princípio da eficiência administrativa (*We.a.*).

Já se ressaltou que o princípio da eficiência administrativa foi incluído no texto constitucional pela Emenda nº 19/1998. Contudo, o fato de tal princípio não ter sido previsto pelo poder constituinte originário não esvazia a sua fundamentalidade para o ordenamento jurídico, sobretudo em relação ao modelo de atuação esperada da Administração Pública.

Antes mesmo da positivação expressa do princípio em análise, a administração

¹⁵⁸ GOMES, 2003, p. 25.

pública não possuía o direito de agir de forma ineficiente, conforme se depreende de alguns dispositivos do texto original da Constitucional de 1988, como as regras que preceituam a necessidade de se manter um controle interno no âmbito dos três poderes com a finalidade de avaliar a eficiência dos gastos dos recursos públicos pelo Estado e pelas entidades de direito privado (artigo 74, inciso II); a autorização constitucional dos Tribunais de Contas para investigar a legitimidade e economicidade dos atos praticados pelos administradores da coisa pública (artigo 71, *caput* e incisos); a instituição do critério do merecimento para a promoção de magistrados (artigo 93, inciso II, alínea b) e a necessidade de se manter a eficiência das atividades dos órgãos de segurança pública por meio de leis que disciplinem a sua organização e funcionamento (artigo 144, § 7º)¹⁵⁹.

Além disso, já se pode observar a presença do princípio da eficiência administrativa até mesmo em alguns dos direitos e garantias fundamentais trazidos pelo artigo 5º da Constituição Federal, como a previsão trazida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, consistente na necessidade de o Estado garantir a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Não se pode negar que esta norma possui como conteúdo o princípio da eficiência administrativa, na medida em que impõe ao Estado o ônus de assegurar uma tutela jurisdicional rápida e efetiva¹⁶⁰.

Por estas razões, nos termos da fórmula do peso de Robert Alexy, será atribuído ao peso abstrato do princípio da eficiência administrativa a grandeza *séria* (4), assim como aconteceu com o princípio da igualdade material.

4.3.4 A intensidade da restrição ao princípio da eficiência administrativa causada pela implementação da Lei nº 12.990/2014 (Ie.a.) e da força das razões empíricas que fundamentam tal perspectiva (Re.a.).

Da mesma forma quando se expôs a fundamentação das variáveis relacionadas ao princípio da igualdade material, a intensidade da restrição ao princípio da eficiência administrativa causada pela implementação da Lei nº 12.990/2014 e a força das razões empíricas que sustentam este entendimento serão demonstradas em conjunto, tendo em vista a intrínseca relação entre elas.

Conforme relatou-se, a reserva de vagas em concursos públicos para negros e

¹⁵⁹ Cf. MODESTO, *op. cit.*, p.108-109.

¹⁶⁰ Cf. MEIRELES, *op. cit.*, p.101 e CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p.34.

pardos viola o princípio da eficiência administrativa na medida em que um não cotista, detentor de uma maior pontuação no certame, possa ser preterido por um candidato abrangido pelas cotas, mesmo que tenha sido menos bem avaliado pela banca do concurso. Assim, mais que atestar a existência de uma violação ao princípio constitucional, o exame da proporcionalidade em sentido estrito impõe o estudo da extensão dessa restrição.

Em relação à eficiência administrativa, suspeita-se que a Lei nº 12.990/2014 não implica em uma grave restrição àquele princípio, segundo as razões demonstradas a seguir.

Inicialmente, em que pese a reserva de vagas para negros e pardos nos concursos públicos, a obrigatoriedade de aprovação nestes certames para o provimento de cargos e empregos na administração pública, nos termos do artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, não foi abolida. Desta forma, os negros e pardos que ingressarem no serviço público pelo benefício das cotas raciais não serão dispensados de lograr aprovação naqueles procedimentos seletivos.

Além disso, mesmo após a aprovação nos referidos certames, o cotista, agora servidor público, não estará isento da obrigação de manter um padrão de conduta eficiente, tendo em vista a obrigatoriedade de aprovação em estágio probatório de três anos, nos termos do artigo 41, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

Neste lapso temporal, o servidor, seja ele cotista ou não, deverá demonstrar assiduidade, disciplina, capacidade de iniciativa, produtividade e responsabilidade, conforme o artigo 20 da Lei nº 8.112/1990.

Após o término deste período, a Constituição Federal prevê uma avaliação do servidor por meio de uma comissão instituída especialmente para esta finalidade. Caso o servidor seja reprovado no estágio probatório, a administração promoverá a sua exoneração e a conseqüente quebra do vínculo firmado com o Poder Público.

Ato contínuo, mesmo que o servidor seja aprovado em estágio probatório e passe a gozar da estabilidade garantida pelo artigo 41 da Constituição Federal, aquele continuará subordinado aos ditames da eficiência administrativa, pois ainda passará por avaliações periódicas de desempenho, no intuito de se fiscalizar a manutenção da prestação do serviço. Ressalte-se ainda que a reprovação nestas avaliações sazonais importa na perda do cargo pelo servidor, assegurada a ampla defesa, conforme o artigo 41, §1º, inciso III, da Constituição Federal.

Enfim, percebe-se que a ordem constitucional vigente fornece vários instrumentos capazes de garantir a controlabilidade da eficiência administrativa no serviço público. Neste

sub-tópico, citou-se apenas alguns deles, quais sejam o concurso público, o estágio probatório, a avaliação por comissão criada especificamente para analisar o rendimento do servidor no estágio probatório e, mesmo após o gozo de estabilidade, as avaliações periódicas de desempenho que podem resultar até no perda do cargo pelo servidor público, caso este não mantenha a eficiência esperada.

Além disso, o artigo 6º da Lei nº 12.990/2014¹⁶¹ adverte que tal diploma legislativo terá vigência de 10 (dez) anos, o que atende um dos requisitos para a implementação das ações afirmativas, o seu caráter temporário.

Sinalizando a necessidade de as ações afirmativas terem um período certo de duração, Cármen Lúcia Antunes Rocha¹⁶² afirma que

[...] não se quer verem produzidas novas discriminações com a ação afirmativa, agora em desfavor das maiorias, que, sem serem marginalizadas historicamente, perdem espaços que antes detinham face aos membros dos grupos afirmados pelo princípio igualador no Direito. [...]

De fato, a transitoriedade é algo que deve ser observado em qualquer ação afirmativa, pois, com o passar do tempo, caso o tratamento diferenciado não seja extinto, o grupo beneficiado por aquelas ações passará a gozar de uma vantagem indevida sobre os outros segmentos não abrangidos pelas cotas. Assim, a classe que antes era demasiadamente incluída, passaria a ser indevidamente excluída.

Desta forma, como a Lei nº 12.990/2014 causa uma mitigação de 20% (vinte por cento) em apenas um dos instrumentos voltados à realização do princípio da eficiência administrativa - o concurso público - tem-se que a intensidade da restrição causada naquele princípio pelas disposições da mencionada lei deve ser classificada como *leve* (1), ainda mais pelo fato de tal restrição durar tempo determinado de 10 (dez) anos. Ao seu turno, as razões que justificam que este entendimento devem ser classificadas como *sérias* (4), pois os argumentos empíricos demonstrados neste exame foram todos retirados do próprio texto constitucional.

¹⁶¹ Artigo 6º da Lei nº 12.990/2014 – Esta lei entre em vigor na data de sua publicação e terá vigência pelo prazo de 10 (dez) anos.

¹⁶² ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa – o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista Trimestral de Direito Público**. n. 15, 1996, p.88.

4.4 Preenchimento da fórmula do peso e conclusões acerca do sopesamento entre os princípios da igualdade material e da eficiência administrativa no contexto da Lei nº 12.990/2014.

De posse de todos os valores numéricos relacionados a sua respectiva variável, torna-se possível o preenchimento da fórmula do peso de Robert Alexy e, possivelmente, a conclusão sobre qual princípio deve prevalecer na colisão inerente as disposições da Lei nº 12.990/2014. Para se ter uma melhor visualização dos termos da referida fórmula, reitere-se a sua transcrição:

$$S = \frac{We.a. \cdot Ie.a. \cdot Re.a.}{Wi.g. \cdot Ii.g. \cdot Ri.g.}$$

Em relação às variáveis relacionadas ao princípio da igualdade material, expostas no denominador daquela fração, chegou-se a conclusão de que o peso abstrato do referido princípio deve ser classificado como *grave* (Wi.g.), grandeza cuja representação numérica se dá pelo número 4. Por sua vez, demonstrou-se que a intensidade da restrição causada no princípio da igualdade material em caso de não elaboração da Lei nº 12.990/2014 é de natureza *moderada* (Ii.g.) representada pelo número 2. Por fim as razões empíricas que ampararam as conclusões relacionadas à variável anterior foram classificadas como *sérias* (Ii.g.), simbolizada pelo número 4.

No que atine às variáveis relacionadas ao princípio da eficiência administrativa, localizadas no numerador da fórmula do peso, restou fundamentado o caráter *sério* do peso abstrato daquele princípio (We.a.), sendo representado pelo número 4; a *leve* restrição sofrida pela adoção da Lei nº 12.990/2014, representada pelo número 1 e a força dos argumentos que fundamentaram esta última variável, classificada como *séria*, sendo representada pelo número 4. Pelo exposto, passa-se, enfim, ao preenchimento da fórmula do peso com os valores numéricos atribuídos pela fundamentação racional de cada uma das seis variáveis, *in verbis*:

$$S = \frac{4 \cdot 1 \cdot 4}{4 \cdot 2 \cdot 4} = 0,5.$$

Percebe-se a equivalência entre as variáveis do peso abstrato dos princípios colidentes e da força dos argumentos empíricos que fundamentaram a intensidade da restrição de cada princípio. Assim, o fator decisivo neste sopesamento foi o grau de intensidade da restrição do princípio da igualdade material, na hipótese de o Estado não ter elaborado a Lei nº 12.990/2014, e da eficiência administrativa, no caso da implementação daquele diploma legislativo.

Desta forma, tendo em vista que o resultado da operação matemática imposta pela fórmula do peso foi menor do que 1 (um)¹⁶³, chega-se à conclusão de que o princípio da igualdade material - cujas variáveis estavam expostas no denominador daquela fração - possui um maior peso concreto em relação ao princípio da eficiência administrativa na perspectiva da Lei nº 12.990/2014, razão pela qual aquele primeiro princípio deve prevalecer neste sopesamento.

Assim, pode-se afirmar que a restrição à eficiência administrativa provocada pela Lei nº 12.990/2014 pode ser justificada pela satisfação da igualdade material causada por aquela lei, pois o grau da importância da realização deste princípio é maior do que o grau de afetação naquele outro. Portanto, trata-se a Lei nº 12.990/2014 de uma medida proporcional, sendo plenamente compatível com a ordem constitucional vigente.

Por fim, cabe uma ressalva acerca da forma como se chegou a esta conclusão. No caso, não foi a matemática que solucionou este sopesamento, mas a força e racionalidade dos argumentos empíricos atrelados a sua respectiva variável da fórmula do peso, a qual, nunca é demais lembrar, representa um instrumento metafórico idealizado por Robert Alexy para padronizar a fundamentação e garantir uma maior racionalidade nas decisões sobre sopesamento de princípios. Assim, espera-se que este trabalho tenha contribuído para demonstrar uma aplicação da regra da proporcionalidade; expor a possibilidade de, por meio da fórmula do peso de Robert Alexy, fundamentar racionalmente decisões sobre sopesamento de princípios e ainda contribuir para a discussão acerca das cotas raciais nos concursos públicos.

¹⁶³ Cf. os tópicos 1.4.3.3 e 3.2 do presente trabalho monográfico, pois ambos elucidam as conclusões inerentes ao resultado aritmético da fórmula do peso de Robert Alexy.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.

De todo o exposto neste trabalho, conclui-se que a regra da proporcionalidade revela a compatibilidade da Lei nº 12.990/2014 com a ordem constitucional vigente, pois este diploma legislativo promove o princípio da igualdade material em intensidade superior à restrição causada ao princípio da eficiência administrativa.

O tratamento diferenciado dispensado aos negros e pardos pela lei objeto deste trabalho vai ao encontro das pretensões do Estado brasileiro, consistentes na redução das desigualdades ilegítimas impostas por circunstâncias de cunho histórico e sociológico. O fato de o Brasil ter sido um dos últimos países americanos a abolir a escravidão contribui para que os afro-descendentes sofram, ainda uma hoje, uma segregação velada.

O estudo dos dados estatísticos colacionados no decorrer deste trabalho atestam, empiricamente, o fato de o Brasil ainda estar muito longe de atingir um quadro de justiça social. Neste sentido, conforme o conteúdo do princípio da igualdade material, o Poder Público não pode se eximir da responsabilidade de subsidiar o desenvolvimento de segmentos que historicamente sofrem com a escassez de oportunidades de ascensão social, o que justifica a implementação de ações afirmativas como a reserva de vagas para negros e pardos em concursos públicos.

Além disso, assevere-se a utilidade do instrumento proposto por Robert Alexy para decisões de sopesamentos como o deste trabalho, a fórmula do peso. Tal mecanismo delimitou os questionamentos que necessariamente deveriam ter sido respondidos quando do exame da proporcionalidade em sentido estrito da Lei nº 12.990/2014, o que garantiu um maior controle da racionalidade e objetividade dos argumentos utilizados neste trabalho.

Em relação à metáfora matemática, ressalte-se que as operações aritméticas inerentes à fórmula do peso não foram determinantes para a decisão pelo prevalectimento da igualdade material sobre a eficiência administrativa. Na verdade, o relevante nesta decisão foi a fundamentação de cada variável daquela fórmula e a atribuição de grandezas condizentes com os argumentos apresentados. A matemática, neste caso, serviu apenas para demonstrar, de maneira simbólica, o maior peso concreto da igualdade material em relação à eficiência administrativa, consagrando a Lei nº 12.990/2014 como medida constitucional.

Infelizmente, apesar de os tribunais recorrerem corriqueiramente ao argumento de que uma medida estatal fere, ou não, a proporcionalidade, dificilmente se encontra um julgado que contenha a aplicação de tal regra da forma como ela foi concebida. Além disso, mesmo

quando se comenta a sua subdivisão em três elementos, quais sejam a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, estes também raramente são aplicados da maneira como se deve. A regra da proporcionalidade, nestes casos, é utilizada de forma puramente retórica, sem nenhum embasamento científico. Assim, o mal uso daquele instrumento angaria razões para os seus críticos a rechaçarem cada vez mais, imputando-lhe características indevidas, como a de ser um modo demasiadamente subjetivo para solucionar colisões entre princípios jurídicos.

Neste sentido, conforme tentou-se demonstrar no presente trabalho, o uso correto da regra da proporcionalidade em todos os seus estágios a qualifica como um útil instrumento para a resolução de situações complexas como a imposta da Lei nº 12.990/2014, em que dois princípios constitucionais estejam em colisão.

Dito isso, acredita-se que este presente trabalho cumpriu com o seu objetivo de, ao mesmo tempo, demonstrar o uso da regra da proporcionalidade nos termos da teoria Robert Alexy e ainda ter contribuído para a discussão acerca da constitucionalidade das cotas raciais nos concursos públicos imposta pela Lei nº 12.990/2014, um tema bastante relevante e que ainda requer uma maior difusão na literatura jurídica nacional.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 221, jul./set., 2000, p.159-188.
- BAUMAN, Zygmunt. **Tempos Líquidos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.
- BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 1ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 4ª ed. Brasília: EdUNB, 1994.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- _____. **Do estado liberal ao estado social**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. O princípio da igualdade como limitação à atuação do Estado. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 2, jul./dez., 2003.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**: promulgada em 5 de outubro de 1988. in: Vade Mecum Saraiva. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- _____. **Lei n. 12.990/2014, de 9 de junho de 2014**. Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12990.htm>. Acesso em 20 de março de 2015.
- _____. **Decreto n. 65.810, de 8 de dezembro de 1969**. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em:<<http://legis.senado.gov.br/legislação/ListaTextoIntegral.action?id=94836>>. Acesso em: 2 de abril de 2015.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Ação de descumprimento de preceito fundamental nº 186/DF. Requerente: Democratas – DEM. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Acórdão proferido pelo pleno. Acórdão proferido em 26/02/2012. ADPF julgada improcedente por

unanimidade.

_____. **Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999.** Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 4 de abril de 2015.

_____. Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania. Projeto de Lei nº 6.738/2013. Reserva aos negros vinte por cento das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Voto do relator deputado Leonardo Picciani, proferido em 17 de dezembro de 2013. Disponível em: <www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_pareceres_substitutivos_votos.jsessionid=2D5A55A5A155DAE472BDE399F651AB41.proposicoesWeb1?idProposicao=600255>. Acesso em 15 de abril de 2015.

_____. Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial. Funcionalismo público não reflete diversidade do povo brasileiro. Disponível em: <http://www.seppir.gov.br/noticias/ultimas_noticias/2013/11>. Acesso em 15 de abril de 2015.

_____. **Lei n. 12.288, de 20 de julho de 2010.** Institui o Estatuto da Igualdade Racial. Vade Mecum Saraiva, 17ª ed, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1185 – 1190.

_____. **Lei n. 9.100, de 29 de setembro de 1995.** Estabelece normas para a realização das eleições municipais de 3 de outubro de 1996, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9100.htm>. Acesso em 18 de março de 2015.

_____. **Decreto n. 1.904, de 13 de maio de 1996.** Institui o Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1904.htm>. Acesso em 18 de março de 2015.

_____. **Lei n. 10.558, de 13 de novembro de 2002.** Cria o Programa na Universidade, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10558.htm>. Acesso em 18 de março de 2015.

_____. **Lei 10.678, de 23 de maio de 2003.** Cria a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, da Presidência da República, e dá outras providências. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.678.htm>. Acesso em 18 de março de 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COCURUTTO, Aílton. **Os princípios da dignidade da pessoa humana e da inclusão social.** São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando direitos a sério**. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

GOMES, Joaquim Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 38, n. 151, jul./dez., 2001, p.129-151.

_____. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. Ações afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais. Rio de Janeiro: **DP&A**, 2003, p.1-27.

GUERRA, Marcelo Lima. A proporcionalidade em sentido estrito e a 'fórmula do peso' de Robert Alexy: significância e algumas implicações. **Revista da Procuradoria Geral do Estado**. v. 31, n. 65, jan./jun. 2007, p. 25-39.

_____. **Interpretação e Argumentação**: O Modelo Toulmin e a fundamentação racional das decisões judiciais. Texto inédito cedido pelo autor. Fortaleza, 2015

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: RCS, 2007.

_____. Noção essencial do princípio da proporcionalidade. **RCJ**, Ano XXXIII, n. 148, jul./ago., 2009, p.170-189.

IBGE. **Censo Demográfico 2010**: Características da população e dos domicílios. Rio de Janeiro, 2011, p. 75-76. Disponível em: <www.ibge.gov.br>. Acesso em 5 de maio de 2015.

_____. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios**: Síntese de indicadores. Rio de Janeiro, 2014.

_____. Síntese dos indicadores sociais. Disponível em: ftp://ftp.ibge.gov/indicadores_sociais/sintese_de_indicadores_sociais_2014.pdf#page118. Acesso em: 5 de maio de 2015.

MACHADO JÚNIOR, Agapito. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008.

MAGGIE, Yvone; FRY, Peter. A reserva de vagas para negros nas universidades brasileiras. **Estudos Avançados**., Ribeirão Preto, v.18, n.50, Jan/Apr. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010340142004000100008&script=sci_arttext&tlng=es>. Acesso em 16 de abril de 2015.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Marco Aurélio. Ótica constitucional – a igualdade e as ações afirmativas. *In*:

SEMINÁRIO DISCRIMINAÇÃO E SISTEMA LEGAL BRASILEIRO. Tribunal Superior do Trabalho, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras, p. 371, *in*: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet Branco, **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**, Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. **Revista do Serviço Público.** a. 51, n. 2, abr./jun., 2000, p.105-120.

PIOVESAN, Flávia. As ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. **Cadernos de pesquisa**, v. 35, n. 124, jan/abr., 2005, p.43-55.

_____. Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas. **Estudos feministas.** Florianópolis, 16 (3): 424, set./dez., 2008, p.887-896.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. [*S.l.: s.n*], p.1-16.

_____. Ação afirmativa – o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal.** n. 131, jul./set., 1996, p.283-295.

SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela e PIOVESAN, Flávia. **Igualdade, direitos sociais e direitos humanos.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

SILVA, Luís Virgílio da. Princípio e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, São Paulo, v. 1, 2003, p.607-630.

_____. **Direitos fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais.** n. 798, 2002, p.23-50.

_____. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico, *in*: _____ (org.), **Interpretação constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2008.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica.** 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

**APÊNDICE A – EMENTA DA AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE
PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 186.**

Ementa: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ATOS QUE INSTITUÍRAM SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS COM BASE EM CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL (COTAS) NO PROCESSO DE SELEÇÃO PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO SUPERIOR. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, CAPUT, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, CAPUT, 205, 206, CAPUT, I, 207, CAPUT, E 208, V, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. I – Não contraria - ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no caput do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares. II – O modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade. III – Esta Corte, em diversos precedentes, assentou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa. IV – Medidas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico-raciais e sociais em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros, devendo, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro. V - Metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição. VI - Justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes. VII – No entanto, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de

exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos. VIII – Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente. (ADPF 186, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 26/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-205 DIVULG 17-10-2014 PUBLIC 20-10-2014)