



Pedro Estiguer Henriques

**Ação afirmativa e controle de
constitucionalidade**
**Limites do Judiciário na análise de fatos e
prognoses legislativos**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional da PUC-Rio como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

Orientador: José Ribas Vieira

Rio de Janeiro
Março de 2008



Pedro Estiguer Henriques

**Ação afirmativa e controle de
constitucionalidade**
**Limites do Judiciário na análise de fatos e
prognoses legislativos**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional da PUC-Rio como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Prof. José Ribas Vieira

Orientador

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Adrian Sgarbi

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof^a. Ana Lúcia de Lyra Tavares

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Nizar Messari

Vice-Decano de Pós-Graduação do Centro de
Ciências Sociais – PUC-Rio

Rio de Janeiro, 26 de março de 2008

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização do autor, do orientador e da universidade.

Pedro Estiguer Henriques

Graduou-se em Direito na UFJF (Universidade Federal de Juiz de Fora) em 2006. É advogado.

Ficha Catalográfica

Henriques, Pedro Estiguer

Ação afirmativa e controle de constitucionalidade: limites do Judiciário na análise de fatos e prognoses legislativos / Pedro Estiguer Henriques ; orientador: José Ribas Vieira – Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Direito, 2008.

187 f.; 30 cm

Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito.

Inclui referências bibliográficas.

1. Direito – Teses. 2. Judiciário. 3. Controle de constitucionalidade. 4. Ação afirmativa. 5. Princípio da igualdade. 6. Fatos e prognoses legislativos. 7. Princípio da proporcionalidade. I. Vieira, José Ribas. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

Agradecimentos

Ao meu orientador, Professor José Ribas Vieira, pelo estímulo e parceria para a realização deste trabalho.

Ao CNPq e à PUC-Rio, pelos auxílios concedidos, sem os quais este trabalho não poderia ter sido realizado.

Aos meus pais, pelo apoio e confiança e por estarem, sempre, ao meu lado.

Aos amigos e demais professores da PUC-Rio.

A todos aqueles que, direta ou indiretamente, auxiliaram na confecção do presente trabalho.

Resumo

Henriques, Pedro Estiguer; Vieira, José Ribas. **Ação afirmativa e controle de constitucionalidade: limites do Judiciário na análise de fatos e prognoses legislativos.** Rio de Janeiro, 2008. 187 p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

O trabalho desenvolvido pretende compreender o controle concentrado de constitucionalidade de eventual norma instituidora de discriminação positiva, através do mecanismo de quotas raciais para ingresso no ensino superior público. Ficou demonstrada a necessidade de que tal controle seja realizado por meio do princípio da proporcionalidade. Isso porque, de um lado, a implementação de tais medidas acarreta restrição a um direito fundamental, qual seja, a igualdade em sentido formal. De outro, envolve a consideração de fatos e prognoses legislativos pelo Poder Judiciário. Assim, somente logra legitimidade se levada a efeito em consonância com os critérios de racionalização impostos pelo princípio em questão. É tarefa do legislador buscar meios para efetivar a isonomia substancial, como forma de concretizar os mandamentos constitucionais, os quais não podem significar um reles corpo programático de normas, e sim um instrumento para a realização do objetivo primordial do Constitucionalismo contemporâneo: a dignidade da pessoa humana. Portanto, restou clara a patente necessidade de racionalização do vínculo entre legislador e direitos fundamentais, precipuamente de modo a delimitar suas margens de ação. Para que a vinculação apontada seja realmente efetiva, torna-se indispensável a atuação da jurisdição constitucional, dentro dos limites traçados, de modo a obter legitimidade como importante instrumento de defesa do Estado Democrático de Direito. O controle realizado seguiu a máxima da proporcionalidade. Desse modo, a aferição dos fatos e prognoses legislativos ficou circunscrita aos subprincípios concretizadores da adequação (aptidão dos meios empregados para a consecução dos fins) e da necessidade (inexistência de outro meio menos gravoso, em atenção à idéia de menor ingerência possível). Já a análise da tensão entre igualdade material e

formal foi feita consoante o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, pelo qual se opera um juízo de ponderação dos valores jurídicos em conflito.

Palavras-chave

Judiciário; controle de constitucionalidade; ação afirmativa; princípio da igualdade; fatos e prognoses legislativos; princípio da proporcionalidade.

Abstract

Henriques, Pedro Estiguer; Vieira, José Ribas. **Affirmative action and control of constitutionality: judicial limits in the analysis of legislative facts and prognoses.** Rio de Janeiro, 2008. 187 p. MSc. Dissertation – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

This work aims to understand the concentrated judicial control of constitutionality of any given positive discrimination law, based on the mechanism of preferred admissions for racial minorities in the public Universities. It's been demonstrated that such control must follow the proportionality principle. That's because, on one side, the implementation of these measures involves a restriction on a fundamental right, that is, equality on its formal conception. Otherwise, it also involves the consideration of legislative facts and prognoses by the judiciary. Thus, this instance of control is only legitimate if carried out in line with the rules of rationalization imposed by the principle in question. It's duty of the legislator to seek for the means capable of implementing the substantial conception of equality, as a way to put into practice the constitutional commandments, which may not be just ideological standards, but instruments for achieving the main objective of contemporary constitutionalism: the dignity of the human person. Therefore, it is necessary to rationalize the linkage between legislator and fundamental rights, especially in order to limit the margins of action. Indeed, the action of the judiciary branch is essential, restrained by the appointed limits, with the purpose of obtaining legitimacy as an important instrument of defense of a Democratic State. The suggested constitutionality control followed the principle of proportionality. Thus, legislative facts and prognoses were limited by the sub-principles of adequacy (suitability of the employed means to achieve the aimed purposes) and necessity (inexistence of other harmlessly means, in attention to the idea of the smallest degree of intrusion as possible). In addition, the analysis of the stress between formal and material conceptions of equality was carried out considering the sub-principle of

proportionality in the strict sense, which operates a balancing of legal values in conflict.

Keywords

Judiciary; control of constitutionality; affirmative action; principle of equality; legislative facts and prognoses; proportionality principle.

Sumário

1. Introdução	12
2. Sobre limites e legitimidade: a jurisdição constitucional entre democracia e constitucionalismo	16
2.1. Considerações preliminares	16
2.2. Proposta liberal: minimalismo constitucional	18
2.2.1. Transição do paradigma de Estado e evolução do constitucionalismo	21
2.3. Substantialistas e procedimentalistas: a posição dos Tribunais Constitucionais em Ronald Dworkin e Jürgen Habermas	28
2.3.1. Teoria substantiva da Constituição: Dworkin e a ofensiva dos direitos	28
2.3.2. Habermas e os contornos de uma jurisdição constitucional procedimentalista	33
2.4. Gizando os contornos: constitucionalismo e legitimidade da jurisdição constitucional	40
2.4.1. Constitucionalismo democrático?	40
2.4.2. Legitimidade: da justificativa ontológica à questão dos limites	44
3. Princípio da igualdade e ações afirmativas	49
3.1. A evolução da igualdade: aspectos gerais	49
3.2. Ações Afirmativas	55
3.2.1. Intróito: recortes teóricos	55
3.2.2. Deslindes conceituais e características	59
3.2.3. A questão pelo prisma constitucional	64
3.3. Especificidades do princípio da igualdade	69
3.3.1. O problema da valoração e o critério do arbítrio	70
3.3.2. Pelos óculos de Alexy: o paradoxo da igualdade	74
4. Teoria das margens de ação	79
4.1. Gizando os contornos do debate	79
4.2. A Constituição que constitui e a liberdade do legislador	82
4.3. Discricionariedade e liberdade de conformação	86
4.4. As margens de ação do legislador: limites estruturais e epistêmicos	88
5. Controle concentrado de constitucionalidade e apreciação de fatos e prognoses legislativos	96
5.1. O enfoque administrativista	96
5.1.1. A aplicação jurídica da textura aberta do Direito	96
5.1.2. Conceitos jurídicos determinados e indeterminados	99
5.1.3. Conceitos de prognose: indeterminação (verdadeira?) e margens de ação do administrador	101
5.2. A questão pelo prisma constitucional	106

5.2.1. Controle abstrato e dados da realidade	106
5.2.2. O sentido dos fatos e prognoses legislativos	110
5.2.3. Controle jurisdicional das prognoses e seus critérios	114
5.2.3.1. O caso português	114
5.2.3.2. A experiência germânica	117
5.2.3.3. Contextualizando o caso brasileiro	126
6. Norma instituidora das ações afirmativas e princípio da proporcionalidade	133
6.1. Antinomias normativas e conflitos constitucionais	133
6.2. Recorte estrutural do princípio da proporcionalidade	139
6.3. A proporcionalidade no contexto democrático	146
6.4. A norma de ação afirmativa e o crivo da proporcionalidade	150
6.4.1. O subprincípio da adequação ou idoneidade	152
6.4.2. O subprincípio da necessidade ou da menor ingerência possível	157
6.4.3. O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito	161
6.4.3.1. A fórmula-peso	163
7. Conclusão	173
8. Bibliografia	181

A porta da verdade estava aberta
mas só deixava passar
meia pessoa de cada vez.

Assim não era possível atingir toda a verdade,
porque a meia pessoa que entrava
só conseguia o perfil de meia verdade.
E sua segunda metade
voltava igualmente com meio perfil.
E os meios perfis não coincidiam.

Arrebentaram a porta. Derrubaram a porta.
Chegaram ao lugar luminoso
onde a verdade esplendia os seus fogos.
Era dividida em duas metades
diferentes uma da outra.

Chegou-se a discutir qual a metade mais bela.
Nenhuma das duas era perfeitamente bela.
E era preciso optar. Cada um optou
conforme seu capricho, sua ilusão, sua miopia.

(A verdade dividida – Carlos Drummond de Andrade)

Encontrei hoje em ruas,
separadamente, dois amigos meus
que se haviam zangado um com
outro. Cada um me contou a
narrativa de por que se haviam
zangado. Cada um me disse a
verdade. Cada um me contou suas
razões. Ambos tinham razão. Ambos
tinham toda a razão. Não era um que
via uma coisa e outro, outra, ou que
um via um lado das coisas e outro
um lado diferente. Não: cada um via
as coisas exactamente como se
havam passado, cada um as via com
um critério idêntico ao do outro, mas
cada um via uma coisa diferente, e
cada um, portanto, tinha razão.
Fiquei confuso com esta dupla
existência da verdade.

*(Alguns textos do Barão de Teive –
Fernando Pessoa)*