

# Da epistemologia à hermenêutica: compreendendo as ações afirmativas

Jahyra Helena P. dos Santos  
Ivanna Pequeno dos Santos

## RESUMO

As políticas de cotas, sejam elas em decorrência de cor, sexo ou deficiência, são objeto de debates sociais e jurídicos. As ações afirmativas utilizadas com a pretensão de diminuir as desigualdades e favorecer grupos historicamente segregados são chamadas de discriminação às avessas. O princípio da igualdade é objeto de questionamento, seja por aqueles que se manifestam favoravelmente ou contra tais políticas. Mostra-se, assim, relevante compreender a hermenêutica aplicada e, para isto, são abordados os vários métodos de interpretação que podem ser empregados para acolhimento de mencionada política pública. Inicia-se com o conceito de epistemologia, que já estabelece a ciência do direito como passível de refutações. Percebe-se que a linguagem expressa o conhecimento sobre determinado assunto, e este conhecimento embasará a interpretação e aplicação do Direito. Registram-se os métodos de interpretação de Alexy, Ávila, Friedrich Müller, bem como o entendimento de Dworkin sobre a justiça das cotas. Conclui-se com o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a destinação de cotas no ensino superior.

**Palavras-chave:** Epistemologia. Hermenêutica. Igualdade. Ações afirmativas.

## Epistemology of hermeneutics: Understanding affirmative action

### ABSTRACT

Quota policy whether because of color, sex or disability are subject to social and legal debates. Affirmative actions are used with the intention to reduce inequalities and promote historically segregated groups are called reverse discrimination. The principle of equality is subject to questioning, either by those who manifest favor or against such policies. It is shown, therefore, important to understand hermeneutics applied, and it examines the various methods of interpretation that can be used to host the mentioned public politics. It begins with the concept of epistemology, which has already established the science of law and subject to refutation, one realizes that the language expresses knowledge about a subject and this knowledge will stress out the interpretation and application of law. Join the methods of interpreting Alexy Avila, Friedrich Muller and understanding Dworkin about the justice of the quota. It concludes with the understanding of the Supreme Court on the allocation of quotas in higher education.

**Keywords:** Epistemology. Hermeneutics. Equality. Affirmative Action.

---

Jahyra Helena P. dos Santos é professora da Universidade Regional do Cariri-URCA, mestranda do Programa de Pós-Graduação da Universidade de Fortaleza – UNIFOR.

Ivanna Pequeno dos Santos é professora da Universidade Regional do Cariri-URCA, mestranda do Programa de Pós-Graduação da Universidade de Fortaleza – UNIFOR.

# 1 INTRODUÇÃO

A Constituição pátria de 1988 trouxe uma proposta de objetivos a serem alcançados pelo Estado Democrático de Direito. Dentre estes, encontram-se os princípios que foram consagrados historicamente e que carecem de concretização, visto que se irradiam para as diversas leis infraconstitucionais, servindo de parâmetro para situações práticas, quando da aplicação da hermenêutica.

O texto constitucional é fruto de uma sociedade pluralista, abriga, portanto, uma variedade de ideias e interesses contrapostos. Esta característica também se manifesta nos seus intérpretes, pessoas com compreensões diversas, que tentam esclarecer, estabelecer ou delimitar o significado de algum dispositivo.

Este artigo propõe-se a fazer uma análise da discussão da política de cotas, sua interpretação e posterior aplicação. Neste intuito, inicia-se com a compreensão do que é ciência, pontuando a importância da imaginação, entendida como reflexão sobre algum assunto, e o acreditar no que se investigam partes desta sucessão de fazer e refazer construir e desconstruir determinado conceito. O Direito, como ciência, não pode ficar alijado do processo de refutações, não deve consistir numa simples significação de palavras.

Para a compreensão do acolhimento das ações afirmativas, discorre-se sobre o princípio constitucional da igualdade, em torno do qual orbitam os debates das políticas públicas, registrando a sua presença nos diversos textos constitucionais.

Estudam-se alguns instrumentos que são usados pelos intérpretes para a concretização das Ações Afirmativas, como a distinção entre regras e princípios e o seu alcance, observando-se o entendimento de Alexy (2008) e Ávila (2012), e as considerações de Dworkin (2005) sobre a justiça de tais medidas, para concluir-se com a concretização de Friedrich Muller (2005).

As políticas de cotas significam um importante passo em direção à desobstaculização de práticas discriminatórias, alcançando pessoas que, por serem de determinada cor, sexo ou portadoras de alguma limitação física, foram impossibilitadas de ter acesso à educação ou ao trabalho.

Cumprir lembrar que são usadas em diversos países, que as justificam como medidas de reparação para as classes historicamente discriminadas. A sua finalidade é a aplicação de uma justiça distributiva, são objeto de debates sociais e jurídicos.

No Brasil, a política de cotas para negros, na Universidade de Brasília, foi discutida em Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADP 186, interposta pelo partido Democratas – DEM. O Supremo Tribunal Federal entendeu tratar-se de medida de reparação, de inserção dos historicamente discriminados, e teria uma função pedagógica, ao ensinar, aos que discriminam, a dividirem espaços com indivíduos de cor, gênero, condição social diversa, bem como em relação aos discriminados, ao possibilitar enxergar pessoas com sua mesma cor, sexo ou limitação ocupando um ambiente que antes não lhes eram permitidos.

## 2 DA EPISTEMOLOGIA À HERMENÊUTICA DO DIREITO

Inicia-se este trabalho com a abordagem da epistemologia porque não se faz a hermenêutica sem um conhecimento prévio de algum assunto. Segundo Ludwig Wittgenstein que os limites da linguagem do indivíduo significam os limites do seu mundo. Assim, o processo de conhecimento antecede a interpretação.

A palavra epistemologia, de origem grega, é composta de duas partes. *Epistémé*, significando ciência, verdade, e *logos*, estudo, discurso. Unindo-as, ter-se-á o estudo da ciência.

Este artigo contextualiza, inicialmente, o Direito como uma ciência social, que carece da pluralidade de pessoas para que possa se desenvolver. Esta, como as demais ciências, usa a investigação para obter o conhecimento sobre determinado objeto.

Recorda-se que o saber pode se manifestar de várias formas, científico, vulgar ou filosófico. Faz parte da vivência do homem a investigação dos elementos que o cercam.

Com a função de explicar o objeto pesquisado surgem as teorias, que o fazem ora baseadas no sujeito, ora no objeto. O empirismo credita ao objeto, do qual sairia o vetor epistemológico, chegando até ao sujeito, ente racional. O momento do conhecimento se concretizaria no contato do sujeito com o objeto. O racionalismo atribui ao sujeito o fundamento do conhecer. A razão forneceria os elementos que deságuam no conhecimento. As críticas a estas teorias resultam na epistemologia dialética, que põe a ênfase na relação concreta do ato de conhecer, quando da sua elaboração. Marques Neto (2001, p.94) afirma:

O que caracteriza a ciência é muito mais o enfoque teórico sob o qual cada uma procura explicar a realidade, do que os objetos concretos de que se ocupam, ou mesmo os métodos que empregam. De fato, cada disciplina científica estuda uma realidade a partir de um referencial teórico que permite ao pesquisador construir não apenas seu método de trabalho, mas também o próprio objeto a ser investigado.

Denota-se a importância de posições e contraposições, dependendo do enfoque teórico sobre a realidade investigada, para se construir a ciência. Alguns elementos como a imaginação e a crença contribuem para esta conclusão.

Na elaboração do conhecimento, toma-se como origem, principalmente do conhecimento científico, a imaginação. O pesquisador reflete sobre determinados fatos, discernindo sobre as possibilidades destes se relacionarem com o seu trabalho, a imaginação tem o papel de impulsionar a pesquisa. Juntamente na edificação deste processo, faz-se presente a crença, sendo primordial para o pesquisador, acreditar no objeto de sua busca, para retirá-lo do potencial ao concreto.

O conhecimento científico, no entendimento de Popper (1975), manifesta-se como algo distinto do conhecimento comum, rompendo, inclusive, com o substrato deste. Constrói-se, cientificamente, um dado, com o autoquestionamento, refutações e retificações. A ciência é construída na falsificabilidade.

No que pertine às ciências sociais, estas percorreram um longo caminho até obterem credibilidade em relação às suas construções teóricas e metodológicas. Suscitava-se que o seu objeto de estudo se concentrava na sociedade, objeto cambiante, o que dificultava a pesquisa. E dentro destas ciências que se coloca o Direito.

O Direito é ciência que carece do social para se desenvolver. Não se faz necessário regulamentar condutas, se não existe pluralidade de pessoas, com interesses distintos. Em nenhuma situação poder-se-á estudar o Direito subtraindo a sociabilidade do homem.

Dentre as acepções da palavra Direito, percebe-se que ele pode ser estudado como ciência, a epistemologia, ou como norma, e ainda como justo. Buscam, porém, todas as acepções da palavra que o Direito seja aplicado da melhor e maior forma possível, seja regulando as relações sociais, seja concretizando a justiça.

Percebe-se, porém, que, muitas vezes, a compreensão do Direito requer uma interpretação, a procura do alcance do enunciado, para uma efetiva aplicação. Este papel é desenvolvido pela hermenêutica, palavra derivada do grego *hermeneuein*, que Streck (2007) define como a busca de tradução de algo que não é compreensível, para uma linguagem acessível. Palmer (1969, p.24) assim dispõe: “... as várias formas da palavra sugerem o processo de trazer uma situação ou uma coisa, da inteligibilidade a compreensão”.

Estes conceitos remetem ao papel que o intérprete deve desempenhar, Grau (2005, p.82) aborda essa função:

[...] a atividade do interprete – quer julgando, quer cientista – não consiste em meramente descrever o significado previamente existente dos dispositivos. Sua atividade consiste em construir esses significados. Em razão disso, também não é plausível aceitar a ideia de que a aplicação do Direito envolve uma atividade de subsunção entre conceitos prontos antes mesmo desse processo de aplicação.

A atividade do intérprete, nesta construção de significados, pode se desenvolver baseada em alguns elementos fornecidos pela hermenêutica. No estudo em questão, que compreende as ações afirmativas, observa-se o aporte fornecido pelas regras e princípios, que dão fundamento à sua utilização.

### 3 REGRAS E PRINCÍPIOS

A distinção entre regras e princípios, no entender de Alexy (2008, p.91-92) pode ser assim percebido:

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. Já as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.

Percebe-se o alcance que deve ser dado a cada uma das normas constitucionais. Os princípios podem ser satisfeitos em graus variados, e as regras ou se aplicam ou não se aplicam.

O autor ainda chama a atenção para o caráter *prima facie* das regras e princípios. Por exigirem que algo seja realizado na maior medida possível, os princípios não teriam um mandamento definitivo, mas *prima facie*. Inversamente, as regras exigem o cumprimento de seus enunciados, a sua prescrição.

Cumpra lembrar que, historicamente, existem princípios já consagrados que foram acolhidos pela Constituição Federal de 1988, e que, juntamente com as regras, representam as normas constitucionais. No entanto, a previsão constitucional não significa a pronta concretização do enunciado, faz-se necessária uma ação do Estado para aplicação dos princípios. É isso que se observa em relação ao princípio da igualdade, que dá sustentáculo à implantação de políticas afirmativas. Barroso (2011, p.05) contextualiza, historicamente, a força dos princípios na Constituição.

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspecto da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sob o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação do Direito e da ética.

O autor defende que os princípios e regras são integrantes da nova hermenêutica e serviriam de fórmulas, no intuito de compreender o desejo da Constituição. Os

métodos gramaticais, históricos, sistemáticos e teleológicos não seriam descartados, apenas acrescidos por outros elementos.

Neste diapasão, o caráter aberto do texto constitucional não mais comportaria uma hermenêutica tradicional, os princípios demarcam seu espaço, quando da procura do sentido da norma. Peter Haberle (1997, p.13) assim dispõe:

Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos ‘vinculados às corporações’ e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nelas envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade. Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.

Nota-se que foram modificados os elementos que levam ao conhecimento da norma, bem como os intérpretes do texto constitucional; este papel se estendeu a outros participantes ou formadores da sociedade.

Ávila (2013) aborda os postulados, que são condições essenciais para apreciação de determinado objeto, e que teriam um funcionamento diverso dos princípios e das regras. Os princípios têm caráter finalístico, com aspiração de complementar algo. As regras têm o desejo de decisão, são descritivas. Em relação à aplicação dos postulados, assim se posiciona no que pertine à igualdade (2013, p.204): “O postulado da igualdade estrutura a aplicação do Direito quando há relação entre dois sujeitos em função de elementos (critério de diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim.)”.

Analisados esses conceitos distintivos entre regras e princípios, faz-se uma contextualização da igualdade e sua elevação a princípio constitucional. Porém, para se chegar ao princípio da igualdade, parte-se da dignidade da pessoa humana, seguindo assim a metodologia de Carmem Lúcia Antunes, no seu voto, na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 186, em que se discutiu a política de cotas para negros na Universidade de Brasília.

### **3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana**

Os fundamentos deste princípio estão no ideário cristão e no pensamento clássico. O pensamento cristão coloca o homem como a imagem e semelhança de Deus; no pensamento clássico é a racionalidade que caracteriza o homem. Estes elementos ou elevam o homem, quando o colocam como imagem e semelhança de Deus, daí ser

passível de dignidade, ou o trazem para terreno bem firme, quando lhe atribuem a razão como elemento singular entre as demais espécies.

Cumpra lembrar que este valor precede o Estado e o Direito, e tem a pessoa como destinatário e objeto. Ganha positividade com a atual significação, em decorrência do nazismo na Segunda Guerra Mundial. Encontrando espaço nas diversas ordens constitucionais.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 reconhece este princípio como fundamental. Toda interpretação a ser feita deve tê-lo como parâmetro, em decorrência de sua posição no texto constitucional. Servirá como luz para subsunção e integração da norma. Rocha (1999, p.03) assim pontua:

A justiça humana, aquela que se manifesta no sistema de Direito e por ele se dá a concretude, emana e se fundamenta na dignidade da pessoa humana. Essa não se funda naquela, antes é dela fundante. Dignidade é o pressuposto da ideia de justiça humana, porque ela é que dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento. Por isso é que a dignidade humana independe de merecimento pessoal ou social. Não se há de ser mister ter de fazer por merecê-la, pois ela é inerente a vida e, nessa contingência, é um direito pré-estatal.

Trata-se de princípio intransmissível, indisponível e absoluto. Mesmo que a pessoa não tenha consciência de sua vida, quer por problemas psíquicos, quer físicos, é portadora de dignidade. A dignidade não se encontra apenas onde é reconhecido e assegurado pelo Direito, mas por ser um valor que o antecede.

Este princípio tem forte ligação com a igualdade, porém Rocha (1999, p.06) esclarece o campo de cada um deles:

Tem-se acentuado que a dignidade da pessoa humana irmana-se e, eventualmente até se confunde com a igualdade jurídica. Se é da humanidade que emerge o fundamento daquele princípio é na humanidade igual de todas as pessoas que se põe a base desse último princípio. Dito de outra forma, a humanidade que é idêntica em berço (o qual pode ser, contudo, dessemelhante) não altera a igualdade da pessoa, o que a sepultura testemunhal igual em qualquer canto do mundo. Mas conquanto seja exato que a igualdade funda-se na dignidade que a humanidade da pessoa assegura, não parece correto pensar-se haver confusão de princípios, pois aquele é mais amplo em seu conteúdo e em sua eficácia como fundamento do Direito. Aliás, a dignidade da pessoa humana é fundamento do princípio da igualdade jurídica sem que haja absorção de um pelo outro.

Percebe-se que o intérprete deve trabalhar com a ideia de que todos têm igual dignidade, valor amplo, que impede a existência de preconceitos que agridam uns em detrimento de outros.

## **3.2 Princípio da igualdade**

Podem ser abordados três momentos deste princípio. A primeira ideia era a desigualdade; posteriormente igualdade de todos perante a lei. Esta seria aplicada, igualmente, a todos os integrantes de uma camada social, e, por momento final do princípio, a observância das desigualdades. Do momento inicial, transcreve-se o entendimento de Rocha (1996, p.89):

A sociedade cunhou-se ao influxo de desigualdades artificiais, fundadas especialmente, nas distinções entre ricos e pobres, sendo patenteada e expressa a diferença e a discriminação. Prevaleram, então, as timocracias, os regimes despóticos, assegurando-se privilégios e sedimentando-se as diferenças, especificadas em lei. As relações de igualdade eram parcas e as leis não as revelavam, nem resolviam as desigualdades.

Torna-se nítida a diferença entre os possuidores de riquezas e os desprovidos dela, não havia necessidade de igualar essas pessoas que pertenciam a patamares diferentes em decorrência de sua riqueza.

Na Idade Média, regida por uma sociedade feudal, os servos e senhores tinham seus lugares bem estabelecidos, os que possuíam terra eram senhores e os que nela trabalhavam eram servos.

A emergência da Idade Moderna traz o foco para as cidades. A riqueza gira em torno do comércio e surge a burguesia, reivindicando uma igualdade de tratamento. Assim, observa-se a igualdade perante a lei, igualdade formal, sem olhar as desigualdades reais.

Neste viés, as Constituições que surgem no século XVIII contêm, em seu bojo, o princípio da igualdade. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, expressa que os homens nascem e mantêm-se livres em direitos, preceito que é um dos fundamentos do Estado Moderno. As Constituições brasileiras não podiam ficar neutras em relação aos acontecimentos mundiais. No que pertine aos valores de igualdade, eles foram acolhidos nas várias constituições que o país possuiu, porém, com uma feição diversa da que é reconhecida hoje.

### ***3.2.1 O princípio da igualdade nas constituições brasileiras***

Mesmo vigendo em uma sociedade escravocrata, a igualdade se manifesta na Constituição de 1824, pontuado, pelo contrassenso, já que, ao mesmo tempo em que apregoava a igualdade, preservava a propriedade sobre os escravos, que eram vistos como coisas e não pessoas, os quais tinham valor comercial e pertenciam aos senhores.

Em 1891, na primeira Constituição da República, foram abolidos alguns privilégios das classes superiores, o que não impediu que, de fato, estas continuassem a se sobrepor às demais.

As desigualdades, em decorrência do nascimento, sexo, raça, classe ou ideias políticas, são recriminadas em 1934. Com isto, garante-se o voto feminino. Em 1937, a inovação ocorre através da Consolidação das Leis do Trabalho, proibindo as diferenças salariais entre pessoas de sexos diferentes, nacionalidade ou idade.

A Constituição de 1946 proíbe a propaganda com conotação de preconceitos de raça ou classe. Não se percebe inovação em 1964, quanto ao princípio da igualdade, porém, em 1967, tem-se a constitucionalização do preconceito de raça. Posteriormente, o Brasil ratifica documento, fruto da Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de racismo.

A Constituição atual já traz, em seu preâmbulo, o princípio da igualdade como valor supremo “...de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social...”. Bem como, em seu art. 3º, pontua, dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a promoção do bem comum e o alcance deste, sem qualquer tipo de discriminação, inciso IV, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outra forma de discriminação.” Este dispositivo constitucional traz a base das Ações Afirmativas, exigindo uma conduta ativa do Estado e da sociedade.

Afirma Mello (2012, p.23), configurar-se uma ação afirmativa, em razão da: “[...] percepção de que o único modo de se corrigir as desigualdades é colocar o peso da lei, com a imperatividade que ela deve ter em um mercado desequilibrado, a favor daquele que é discriminado, que é tratado de forma desigual”.

Percebe-se que a garantia de igualdade foi pontuada em todas as Constituições, porém elas carecem de elementos que concretizem este direito assegurado em vários documentos. Ao Estado, cabe assumir o papel ativo, de movimento, para averiguar as desigualdades práticas e criar instrumentos de equiparação de oportunidades, na busca da justiça social.

Piovesan (1996, p.30) chama a atenção para a individualização do sujeito na sociedade, manifestando suas necessidades, aptidões:

[...] do ente abstrato, genérico, destituído de cor, sexo, idade, classe social, dentre outros critérios, emerge o sujeito de direito concreto, historicamente situado, com especificidades e particularidades. Daí apontar-se não mais ao indivíduo genérica e abstratamente considerado, mas ao indivíduo especificado, considerando-se categorizações relativas ao gênero, idade, etnia, raça, etc.

Denota-se a necessidade do homem de ter seus direitos não só previstos em dispositivos legais, mas aplicados, observando-se as especificidades de cada categoria. É a busca da igualdade material.

Rocha (1996) lembra que, até a década de sessenta, os países não atentaram para a necessidade dessa equiparação. Embora estivesse presente o respeito à dignidade da pessoa humana, o negro, o pobre, os marginalizados pela preferência sexual, religião, não tinham acesso a iguais oportunidades.

Um dos instrumentos de atenção às minorias são as ações afirmativas, que surgem na sociedade americana, voltadas para a situação dos negros. Posteriormente, elas se estenderam às demais minorias.

Cumprir lembrar que as ações colocam o Estado em movimento, a igualdade se manifesta como política pública a ser implantada, visando a combater a discriminação e objetivando transformações na sociedade com a aceitação da diversidade.

## 4 AÇÕES AFIRMATIVAS

Termo originário do Direito americano, onde, na década de sessenta, discutia-se a implementação da igual oportunidade para todos. A questão da segregação racial se manifestou, acentuadamente, neste país, e os movimentos eclodiram na busca de mecanismos de atenção para os negros. Foi neste cenário que surgiram as ações afirmativas, exigindo do Estado ações para melhoria da vida de parcela da sociedade.

Vários outros países seguiram este modelo, sendo as ações chamadas, na Europa, de ação ou discriminação positiva. No ano de 1982, estas ações foram inseridas no Programa de Ação para a Igualdade de Oportunidades da Economia Europeia. Elas se manifestaram como ações voluntárias, de caráter obrigatório ou estratégia mista; programas governamentais ou privados; leis e orientações a partir de decisões jurídicas ou agências de fomento e regulação.

No Brasil, podem ser encontrados os sistemas de cotas, que determinam um percentual a ser ocupado por grupo específico, como a cota para negros nas universidades, o percentual para mulheres nos partidos políticos, o percentual para deficientes nos concursos públicos, instrumentalizando a inserção destas minorias no mercado de trabalho, ensino superior ou representação política. Gomes (2002, p.09) assim define as ações afirmativas:

[...] conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem, bem como para corrigir ou mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal da efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como educação e emprego.

Nota-se que estas medidas procuram infundir, na sociedade, transformações de ordem pedagógica, desmistificando ideias de superioridade de raça ou sexo. A

discriminação será, paulatinamente, modificada, quando grupos minoritários conseguirem ocupar seu espaço nos vários setores da sociedade.

A justificação destas medidas foi bastante discutida nas Cortes americanas, e objeto de estudo de alguns filósofos, dentre estes, Ronald Dworkin, que pontua a justiça destas medidas.

#### **4.1 Ronald Dworkin**

Nos debates sociais e jurídicos, ponderou-se que as cotas seriam privilégios, discriminação ao avesso, que um grupo seria beneficiado em detrimento de outro, sem a observância ao mérito individual.

Dworkin (2000) abordou o caso Bakker, emblemático nas Cortes americanas. A questão envolvia as cotas, nas universidades, para negros, e sua aplicação suscitou debates sobre a constitucionalidade e a justiça de tais medidas.

Bakker questionou, nas Cortes americanas, as medidas tomadas pela Faculdade de Medicina da Califórnia, que destinava um percentual de suas vagas para minorias com dificuldades econômicas e educacionais. Seus defensores discorreram sobre a inconstitucionalidade das ações afirmativas, pois violariam os direitos individuais daqueles que não conseguiam as vagas na universidade.

Dworkin (2005), abordando a questão do mérito, afirmara que ninguém pode ser prejudicado pelas ações de terceiros, no entanto, contrapõe-se na situação, um objetivo social desejável, o maior acesso de pessoas negras às instituições de ensino. Sobre o princípio da igualdade (2005, p.1), quando discorre sobre as ações afirmativas, assim se manifesta: “a consideração igualitária é a virtude soberana da comunidade política.” Em seguida, questiona se “[...] a igualdade e não apenas uma atenuação da desigualdade deve ser meta legítima da comunidade.” Desenvolve, portanto o autor, as ações afirmativas como possibilidade de correção das injustiças sociais.

O ponto comum entre a teoria de igualdade de Dworkin e as ações afirmativas é o argumento acerca da justiça destas, visto que um dos seus objetivos principais é a construção de uma sociedade mais justa, que represente, eficazmente, os seus membros. Pretende-se, com estas ações, a concretização da justiça.

Neste diapasão o intérprete, segundo o entendimento de Müller, deve desempenhar um papel, quando da decisão, de acolhimento de comentários, manuais didáticos, precedentes do direito comparado, para que a norma possa ser concretizada.

## **5 CONCRETIZAÇÃO DE FRIEDRICH MÜLLER**

Müller usa como argumento de interpretação a concretização das normas através da Teoria Estruturante do Direito. Afirma que a concretização tem como propósito deixar

em destaque a normatividade do caso concreto, sobressaindo-se esta por meio do texto e da norma. Müller (2005, p.39) sobre o assunto, discorre:

Essa propriedade do direito, de ter sido elaborado na forma escrita, lavrado e publicado segundo um determinado procedimento ordenado por outras normas, não é idêntica a sua qualidade de norma. Muito pelo contrário, ela é conexas a imperativos do Estado de Direito e da democracia, característicos do Estado constitucional burguês da modernidade. Mesmo onde o direito positivo dessa espécie predominar, existe praeter constitutionem um direito constitucional consuetudinário com plena qualidade de norma. Além disso, mesmo no âmbito do direito vigente, a normatividade que se manifesta nas decisões práticas não está orientada linguisticamente apenas pelo texto da norma jurídica concretizada. A decisão é elaborada com a ajuda de materiais legais, de manuais didáticas, de comentários e estudos monográficas, de precedentes e do Direito comparado, quer dizer com a ajuda de numerosos textos que não são idênticos, mas transcendem o teor literal da norma.

Percebe-se a conceituação diversa de normatividade, norma e texto da norma. A norma difere de seu conteúdo literal, o texto da norma seria o ápice deste processo, o início da concretização. A decisão judicial deve ser norteada com a cooperação de outros elementos, diversos, e que ultrapasse o teor literal da norma.

Ele não se desfaz dos elementos gramaticais, históricos, teleológicos, nem dos princípios da interpretação, conforme a constituição. Agrega à unidade elementos do âmbito da norma, dogmáticos, elementos da teoria, da técnica de solução, de política do Direito e política constitucional. Haveria um papel de complemento desempenhado por esses elementos.

A realidade tem importância na concretização, embora sempre vinculada aos programas normativos. Possuindo o Direito um caráter dinâmico, a ordem jurídica e a realidade devem estar em constante interação.

## 6 CONCLUSÃO

O Direito, como ciência social, tem como objeto de sua aplicação os fatos, as necessidades que permeiam as relações humanas. Neste contexto, percebem-se diversos grupos sociais subalternizados que procuram seu espaço social. Torna-se, portanto, necessário, fomentar práticas sociais includentes.

As políticas afirmativas se apresentam, neste sentido, como instrumento de aplicação da justiça aos historicamente discriminados. No entanto, estas ações são objeto de vários questionamentos sociais e jurídicos.

O intérprete teve um papel primordial quando da discussão destas medidas. O princípio da igualdade serviu de parâmetro para as decisões. Os métodos de interpretação

visam contribuir para uma maior intelecção sobre determinado assunto, e, em relação às ações afirmativas, identificam-se alguns destes métodos.

O papel dos princípios, no texto normativo, e como este é compreendido por alguns intérpretes; a existência de uma sociedade aberta, com participantes do processo social, como formadores da sociedade e; a concretização do disposto no texto constitucional foi o que se fomentou no artigo.

O que é identificado como justo, num ambiente plural de indivíduos, pode ser de extrema complexidade. E o intérprete, buscando uma hermenêutica agregadora e atenta à realidade social e às normas abrigadas no ordenamento jurídico brasileiro, entendeu pela constitucionalidade de tais medidas, quando em discussão a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

A proposta destas políticas de atenção aos historicamente discriminados pode ser identificada nas cotas para mulheres nos partidos políticos, nas vagas para deficientes nos concursos públicos, bem como nas cotas sociais e para negros no ensino superior. Não são elas definitivas, a sua existência tem um caráter inclusivo; cumprida a sua proposta, não se carece mais da sua existência. A certeza de cumprimento de sua proposta só poderá ser percebida após alguns anos, se puderem ser identificadas as pessoas a quem foram direcionadas as ações ocupando os mais diversos espaços na sociedade.

## REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício Leitão. A concretização constitucional de Friedrich Muller. *Revista da Esmape*, S.I, v.2, n.3, p.223-232, jan./fev. 1997.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro*. Disponível em: <Download.rj.gov.br/10112/revista\_57Doutrina-p-305-344.pdf>. Acesso em: 9 nov. 2013.
- BOBBIO, N. *Era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1988.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.
- CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 3.ed. Coimbra: Portugal, 1999.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- \_\_\_\_\_. *A virtude soberana: teoria e prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes. 2005.

- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3.ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2005.
- GOMES, Joaquim Barbosa. *O debate constitucional sobre as ações afirmativas*. In: SANTOS, Renato Emerson dos; LOBATO, Fátima (Org.). *Ações afirmativas*. Rio de Janeiro Renovar, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre. 1997. Reimpressão 2002.
- MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A ciência do direito*. Conceito, objeto, método. 2.ed. São Paulo: Renovar, 2001.
- MAGALHÃES, Marco Túlio Reis. *Hermenêutica constitucional, comparação das teorias de Konrad Hesse e Friedrich Muller*. Disponível em: <Buscalegis.ccj. ufsc.br>. Acesso em: 12 nov. 2013.
- MACHADO DRAY, Guilherme. *O Princípio da Igualdade no Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 1999.
- MELLO, C. A. B. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3.ed. Peter Naumann. Trad. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1999.
- PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- POPPER, Karl Raimund. *A lógica da pesquisa científica*. Trad. de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo, Cultrix, Ed. da Universidade de São Paulo, 1975.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa. O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista de informação legislativa*, Brasília, ano 33, n.131, jul./set. 1996.
- \_\_\_\_\_. Princípio da dignidade da pessoa humana e exclusão social. *Revista Interesse Público* ano 1, n.4, out./dez. 1999.
- STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 5.ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- TRIBE, Laurence; DORF, Michael. *Hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.