
ANÁLISE DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADPF – 186 À LUZ DA HERMENÊUTICA FENOMENOLÓGICA E DO ATIVISMO JUDICIAL¹

Luana Paixão Dantas do Rosário²

Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC)

Fernando Leal Menezes³

Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC)

Artigo recebido em: 15/09/2019.

Artigo aceito em: 18/09/2019.

Resumo

Com o objetivo de analisar o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 186, a fim de traçar o seu perfil epistemológico, o presente trabalho parte da hipótese de que, à luz da hermenêutica fenomenológica e do ativismo judicial, o julgamento nessa ADPF foi hermenêuticamente ativista. Para tanto, traz à abordagem a compreensão da hermenêutica fenomenológica, com fundamento em Heidegger e Gadamer – na

medida em que apresenta o julgamento como uma possibilidade de verdade que se desvela por meio de um processo que se dá entre o texto e o intérprete –, bem como a concepção do ativismo judicial com base em Garapon e Dworkin, demonstrando como se efetiva a postura ativa do juiz no âmbito da efetivação dos preceitos fundamentais. O método empregado foi o hermenêutico fenomenológico. A técnica empregada foi a pesquisa documental e bibliográfica.

1 Este trabalho resulta das pesquisas realizadas ao longo de um ano de pesquisa na Iniciação Científica, como pesquisador voluntário – na esfera do plano de trabalho “análise teórico-epistemológica” do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF – 186 (cotas raciais) no âmbito do projeto “Jurisdição Constitucional e Democracia: uma análise hermenêutica da ADPF à luz do ativismo judicial”, do Grupo de Pesquisa em Jurisdição Constitucional, Hermenêutica e Democracia – JCHD

2 Doutora e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professora de Direito Constitucional na UESC. Editora da Dikê. Líder do Grupo de Pesquisa Jurisdição Constitucional, Democracia e Hermenêutica JCHD/DgpCNPq. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6276-8697> / e-mail: lpdrosario@uesc.br

3 Bacharel em Direito pela UESC. Pesquisador no Grupo de Pesquisa Jurisdição Constitucional, Democracia e Hermenêutica JCHD/DgpCNPq. E-mail: flealmenezes@gmail.com

Conclui-se que, conquanto não haja referência expressa, é possível identificar no julgamento da ADPF 186 a influência da hermenêutica heidegger-gadameriana e do ativismo hermenêutico Dworkin/Garapon, e que é

possível a aproximação epistemológica dos referidos marcos teóricos, para que se proponha o ativismo hermenêutico fenomenológico.

Palavras-chave: ADPF 186; ativismo

ANALYSIS OF THE CLAIMS OF NON-COMPLIANCE WITH FUNDAMENTAL PRECEPT – ADPF – 186 IN THE LIGHT OF THE PHENOMENA HERMENEUTIC AND JUDICIAL ACTIVISM

Abstract

With the intent of analyzing the judgement of Claims of Non-compliance With a Fundamental Precept (ADPF) n. 186, in order to trace its epistemological profile, the current work starts from the hypothesis that it's possible to analyze its judgement under the judicial activism and phenomenological hermeneutics light. Therefore, it brings to its approach the phenomenological hermeneutics way of understanding, based on Heidegger and Gadamer – so far as it introduces the judgement as a possibility of truth that unveils itself in a process between the text and its interpreter –, as well as the conception of judicial activism presented by Garapon and Dworkin, demonstrating how it consolidates the judge's active

stance in the field of fundamental precept's consolidation. The method used will be the hermeneutics, the research technique will be bibliographic and documental. Concludes that, as long as there's no explicit reference, it's possible to identify in the ADPF 186's judgement the influence of heidegger-gadamerian hermeneutics and the Dworkin/Garapon hermeneutic activism, and that the epistemological approach of the referred theoretical frameworks is possible, with the intent to propose the phenomenological hermeneutic activism.

Keywords: ADPF 186; judicial activism; phenomenological hermeneutics.

Introdução

O Poder Judiciário, mormente a Jurisdição Constitucional, tem experimentado um fenômeno cada vez mais sensível a uma análise atenta: a ascensão da autoridade judiciária. O processo judicial assume um espaço simbólico e torna-se o instrumento por meio do qual é viável a exigência pela efetivação do pacto democrático. Por isso, cada vez mais, os juízes são chamados a se pronunciar sobre casos que exigem uma atividade interpretativa complexa e inovadora – não arbitrária, porém. É nesse contexto que surgem as discussões concernentes à busca pela justificativa para o comportamento do julgador/intérprete, naqueles casos que trazem o questionamento em relação à originalidade da decisão e o respeito ao que está insculpido no texto normativo, que serão objetos de análise neste artigo.

Desse modo, o presente artigo pretende analisar o julgamento da ADPF n. 186 à luz do marco teórico do ativismo judicial e da hermenêutica fenomenológica. O problema que se coloca a essa pesquisa é perquirir qual o perfil teórico epistemológico do julgamento da ADPF n. 186 à luz do marco teórico do ativismo judicial de Antoine Garapon e Ronald Dworkin (ainda que esses dois autores não se considerem, necessariamente, representantes do que se tem denominado ativismo – sobre o qual nos deteremos adiante) e da hermenêutica de matriz fenomenológica de Heidegger/Gadamer.

A hipótese de trabalho foi que a análise hermenêutica e do discurso do ministro relator e daqueles que o seguiram na decisão plenária expressam forte influência filosófica do ativismo judicial hermenêutico de Dworkin/Garapon e da hermenêutica de Gadamer, de matriz heideggeriana. O método empregado, em sentido amplo e epistemológico, foi o hermenêutico fenomenológico. A técnica empregada foi a pesquisa documental, em análise qualitativa do julgamento mencionado, em consulta aos autos disponíveis no site do Supremo Tribunal Federal e a pesquisa bibliográfica na consulta ao marco teórico selecionado.

Para alcançar as metas traçadas, a pesquisa parte do delineamento das ações afirmativas, que estabelecem meios correccionais ou mitigadores dos efeitos deixados em sociedades cujos ordenamentos jurídicos permitiram, no passado, a discriminação racial como fonte de injustiças, visando à efetivação das garantias fundamentais trazidas pela Constituição. Dar-se-á seguimento pela demonstração do objeto discutido na ADPF 186, qual seja, o sistema de reserva de vagas com base no critério étnico-racial (cotas raciais). A partir de então, segue-se pelas obras de Heidegger e Gadamer, para discorrer a respeito da hermenêutica fenomenológica, além de apreciar o ativismo judicial de Garapon (ressaltando desde já a sua posição crítica ao ativismo) e Dworkin (embora ele não se admita enquanto tal), a fim

de propor o ativismo hermenêutico fenomenológico, como método de análise epistemológica, e de traçar o perfil teórico epistemológico do julgamento da ADPF 186.

A pesquisa tem pertinência teórica e social porquanto a ADPF constitui um instrumento original do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, originalidade reconhecida pela diversidade de constitucionalistas pátrios, a exemplo de Dirley da Cunha Júnior (2016) e Gabriel Dias Marques da Cruz (2011), de suma importância na discussão de temas que atingem a comunidade política.

1 Políticas de ações afirmativas

As ações afirmativas, conhecidas por realizar uma distinção no presente para reparar uma discriminação do passado, que produziu uma injustiça que alcança o presente, são uma espécie de política pública. Segundo Hofling (2001), políticas públicas, sob a perspectiva social, traduzem ações que determinam o padrão de proteção social implantado pelo Estado, que visam à redistribuição dos benefícios sociais com intuito de diminuir as desigualdades estruturais produzidas pelo desenvolvimento socioeconômico. Bucci (2006) elucida que são um conjunto de processos de planejamento de governo e orçamentário, juridicamente regulamentados, que objetivam coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Hofling (2001, p. 31) arremata “é o Estado implantando um programa de governo, através de programas, de ações voltadas para setores específicos da sociedade”.

Entre essas ações estão as chamadas políticas de ações afirmativas, que, de acordo com Gomes e Silva (2002), podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas – compulsórias, facultativas ou voluntárias – concebidas com o objetivo de combate a discriminações, como a racial, bem como para corrigir ou mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, com vistas à concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. As políticas afirmativas privadas ganham relevo em razão da eficácia horizontal⁴, explicação de tal locução, ao menos, em nota de rodapé dos Direitos Fundamentais, mas fogem ao recorte deste trabalho, que se referirá às políticas públicas de ações afirmativas, especificamente,

4 A eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais representa o fenômeno da sua incidência no âmbito das relações privadas. Nas palavras de Sarlet (2012, p. 9), “cuida, principalmente, de uma interpretação conforme a Constituição das normas de Direito Privado e da incidência da Constituição no âmbito das relações entre sujeitos privados, seja por meio da concretização da Constituição pelos órgãos legislativos, seja pela interpretação e desenvolvimento jurisprudencial”.

adiante, sobre o sistema de reserva de vagas com base no critério étnico-racial.

Conforme Gomes e Silva (2002), as discussões a respeito das ações afirmativas resultam de uma superação da concepção constitucional formal e liberal acerca da igualdade; pela qual a lei, genérica e abstrata, deve ser igual para todos, sem qualquer distinção ou privilégio, exigindo do Estado a devida neutralidade na aplicação do texto normativo. Porém, as experiências, política e jurídica, têm demonstrado que a igualdade formal, tal como foi pensada pela escola liberal, não passa de uma mera ficção. Por isso é necessária a construção de uma concepção constitucional substancial da igualdade, que leve em consideração 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. Essa concepção é o fundamento basilar das políticas de ações afirmativas.

A mudança de perspectiva sobre o direito à igualdade relaciona-se à evolução dos Direitos Humanos, em suas variadas dimensões. Segundo Flávia Piovesan (2005), é no contexto da especificação do sujeito de direito – em grupos que passam a ser vistos em sua especificidade e nas peculiaridades de sua condição social – que floresce o direito à diferença, traduzido no esforço do combate à discriminação. Embora, como adverte a autora, o combate à diferença não seja suficiente para alcançar a igualdade de fato, senão aliada a políticas compensatórias.

[...] como poderoso instrumento de inclusão social, situam-se as ações afirmativas. Elas constituem medidas especiais e temporárias que, buscando remediar um passado discriminatório, objetivam acelerar o processo com o alcance da igualdade substantiva por parte de grupos vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais e as mulheres, entre outros grupos. Por meio delas transita-se da igualdade formal para a igualdade material e substantiva (PIOVESAN, 2005, p. 49).

Os Estados Unidos são exemplo de segregação racial histórica e pioneirismo na adoção das ações afirmativas. Segundo Moehleck (2002), os anos 1960 nos Estados Unidos foram marcados por reivindicações democráticas internas, expressas, principalmente, no movimento pelos direitos civis, cuja bandeira central era a extensão da igualdade de oportunidades a todos. Foi na década de 1960 que se deu início à eliminação das leis segregacionistas, juntamente com pressões no sentido de exigir do Estado postura ativa para melhoria das condições de vida da população negra e políticas públicas que objetivassem a superação da desigualdade dessa parte da população.

Entre os movimentos norte-americanos que marcaram a luta pela igualdade racial, na década de 1960, Oliven (2007) destaca o movimento pelos direitos civis, liderado pelo pastor Martin Luther King Júnior, e o *Black Panther Party* (Partido dos Panteras Negras). Enquanto Martin Luther King Júnior pregava a não violência e a integração dos negros na sociedade (embora seu movimento tenha assumido caráter mais combativo após sua morte), o *Black Panther Party* apoiava, para a luta pelo poder, o uso de armas por parte de negros e negras.

Segundo Johnson (2002), o Partido dos Panteras Negras foi a organização política afro-americana mais importante e radical do movimento negro nas décadas de 1960 e 1970 e surgiu como uma organização que visava contribuir efetivamente para a ascensão social, econômica e política dos negros. Na percepção dos seus fundadores, o movimento dos direitos civis havia fracassado no tratamento das necessidades das massas negras.

Um grande marco na luta pela igualdade racial ocorreu em 1954, quando a Suprema Corte Norte-Americana, no julgamento do caso *Brown v. Board of Education*, decidiu pela inconstitucionalidade da segregação racial praticada pelos estados federativos e pelas escolas públicas. O caso *Brown v. Board of Education* é um importante precedente judicial na luta pelos direitos fundamentais e na história do ativismo judicial. A segregação racial praticada em diversos serviços públicos, como transportes e escolas, não obstante a décima quarta emenda à Constituição norte-americana⁵ pregasse o direito à igualdade, havia encontrado respaldo nas decisões da Suprema Corte Norte-Americana, até a decisão do caso *Brown v. Board of Education*.

Dworkin (2014, p. 462) analisa que parte da população acreditava ter até mesmo argumentos morais para sustentar a segregação racial como “a vontade de Deus, ou que todos tinham o direito de viver com a sua gente”, que a Suprema Corte sustentou, por longo período, a tese de “separados, mas iguais” para seguir caminho interpretativo de que a segregação racial não violaria a décima quarta emenda, e que haveria argumentos de utilidade (de política), contrários à pronta erradicação judicial da segregação racial, como a falta de estrutura do sistema escolar.

Mas, conforme Dworkin, a decisão pela erradicação da segregação racial tomada no caso *Brown v. Board of Education* é a *única decisão possível* que considera o direito em sua integridade, a realizar um direito que deve ser levado a sério, que

5 XIV Emenda à Constituição norte-americana, seção 1: “Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas à sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos, nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou bens sem o devido processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição igual proteção das leis”. (Universidade Estadual de Londrina. Tradução no original, disponível em: <<http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUARecDidaPESSOALJNETO.pdf>>. Acesso em: 25/05/2019.

considera uma questão de princípio: a dimensão irreduzível do ser humano de ser tratado como tal. A decisão que atenta ao cumprimento da igualdade. Sendo, por isso, a única decisão *possível* em uma Democracia fundada na igualdade política.

Desse modo, com fundamento em Dworkin (1999), não é possível, sob nenhuma perspectiva, considerar a segregação racial constitucional, mesmo que, a pretexto de se justificar essa ideia, apresente-se o argumento de que foram consideradas as preferências de uma maioria.

As ações afirmativas surgem, pois, em países que têm a sua história marcada pela discriminação e opressão a grupos relegados à margem da sociedade. No Brasil, um país que foi escravocrata por mais de trezentos anos, a atividade econômica por muito tempo se desenvolveu à custa da mão de obra escrava, ou, após a abolição, precarizada. Desse modo, a situação do negro no país é resultado de discriminação histórica. Luciana Jaccoud (2008) afirma que a desigualdade entre brancos e negros é considerada uma das mais perversas dimensões do tecido social no Brasil. Segundo a autora, as grandes diferenças raciais marcam quase todos os campos da vida social brasileira, conforme demonstram as divulgações de indicadores econômicos, e essa diferença, que se faz presente no campo da educação e da saúde, por exemplo, gera empregos instáveis, violência ou diminuição na expectativa de vida.

Nesse íterim, há que se ressaltar que à época da propositura da ADPF 186 (2009), consoante dados apresentados pelos arguidos, colhidos do voto do relator, ministro Lewandowski (2012), a população negra ocupava apenas 2% do contingente universitário do país, conquanto representassem 45% da população brasileira. De acordo com a Síntese de Indicadores Sociais: em uma análise das condições de vida da população brasileira, divulgada em 2016, pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2005, apenas 5,5% dos jovens entre 18 e 24 anos, de cor preta ou parda, cursavam o nível superior. Em 2015, esse número apresentou significativo crescimento, alcançando 12,8%. Mas, de acordo com os mesmos indicadores, esses números demonstram a diferença representativa em relação aos jovens brancos da mesma faixa etária, que, em 2005, já era de 17,8%, e, em 2015, alcançou 26,5%. Verifica-se, pois, que apesar da distância do percentual entre jovens negros (considerados pretos e pardos) e brancos na Universidade continuar alta, o crescimento percentual de jovens negros na Universidade é de extrema relevância, o que destaca, portanto, a importância das políticas públicas de ações afirmativas.

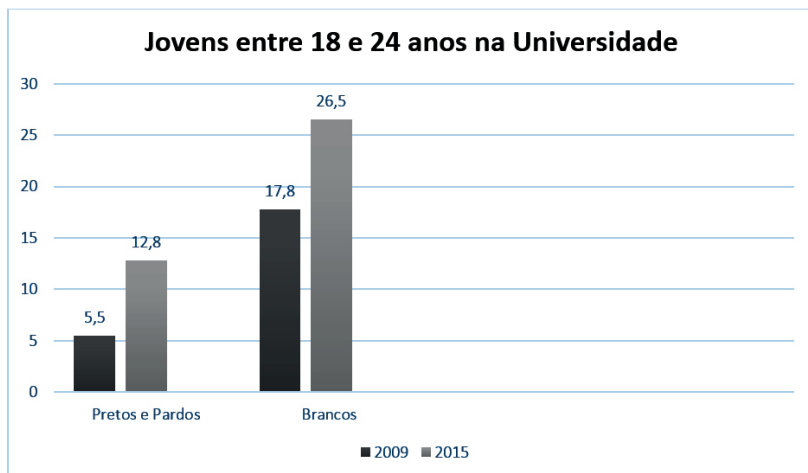


Gráfico 1: Jovens entre 18 e 24 anos na Universidade.

Fonte: elaborado pelos autores.

As mudanças desses percentuais, provocadas por força das ações afirmativas buscam promover mudanças na realidade. Segundo Cecchin (2006), a noção de justiça compensatória/reparatória constitui um dos fundamentos das ações afirmativas. Conforme o autor, a justiça compensatória/reparatória está relacionada a fatos históricos, com o escopo de corrigir erros do passado. As minorias, afirma Cecchin (2006), sofrem até os dias atuais os reflexos das injustiças – como a escravidão – cometidas a seus antepassados e que marcam a sociedade brasileira, tendo em vista que ainda não se instituíram instrumentos eficazes à efetiva correção das arbitrariedades praticadas contra grupos discriminados em toda nossa afirmação histórica. Por essa razão, afirma-se que as ações afirmativas, como as cotas raciais, “visam corrigir distorções do passado, reparando as atrocidades cometidas por grupos dominantes, em prejuízo dos dominados” (CECCHIN, 2006, p. 337).

Feitas, então, essas considerações, segue-se à análise da ADPF 186, proposta pelo Partido Democratas, sobre as políticas de ações afirmativas para reserva de vagas em universidades públicas brasileiras, com base e critério étnico-racial.

2 A arguição de descumprimento de Preceito Fundamental n. 186

Cunha Júnior (2016) elucida que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) – instituto de criação do ordenamento jurídico brasileiro, introduzido pela Constituição Federal de 1988 – constitui uma ação constitucional específica que visa à proteção exclusivamente dos preceitos fundamentais, face à ameaça ou lesão resultante de qualquer ato ou omissão do poder público, destinada a provocar a jurisdição constitucional concentrada do Supremo Tribunal Federal. Ela está prevista no art. 102, § 1, que dispõe que será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal.

O autor ressalta, porém, que, para a compreensão do instituto em comento, é preciso registrar a existência de outros institutos na legislação comparada, que podem ter servido de inspiração para o legislador – constituinte e ordinário – brasileiro, conquanto a ADPF seja uma criação pátria. Elenca como exemplos, entre outros, o *writ of certiorari* do direito norte-americano, a *popularklage* do direito bávaro, o recurso de amparo do direito espanhol e o *Verfassungsbeschwerde* do direito alemão. Esses institutos, ainda conforme Cunha Júnior (2016), foram pensados como meio de proteção especial dos Direitos Fundamentais – demonstrando a ideia de adoção de parâmetro restrito de controle de constitucionalidade, que influenciou o constituinte brasileiro na criação de uma ação especial de proteção somente dos chamados preceitos fundamentais. Essa atenção dedicada aos preceitos fundamentais, aliás, para André Ramos Tavares (2001), é a primeira observação que deve ser feita em relação à ADPF, por terem recebido uma medida jurídica específica, que visa à reparação do seu descumprimento.

Impende delinear o conceito de preceitos fundamentais, usado para auxiliar o entendimento da ADPF. Dirley da Cunha Júnior (2016, p. 325) orienta que o preceito fundamental deve ser entendido como toda norma constitucional – tomada em sentido amplo, abrangendo, pois, norma-regra e norma-princípio –, advinda direta ou indiretamente da Constituição, que

[...] serve de fundamento básico de conformação e preservação da ordem jurídica e política do Estado. São as normas que veiculam os valores supremos de uma sociedade, sem os quais a mesma tende a desagregar-se, por lhe faltarem os pressupostos jurídicos e políticos essenciais. [...]. É o seu núcleo central, a sua alma, o seu espírito, um conjunto de elementos que lhe dão vida e identidade, sem o qual não há falar em Constituição.

A ADPF 186, objeto deste trabalho, foi proposta, em 2009, pelo partido Democratas (DEM), o qual questionou atos administrativos do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília (Cepe/UnB), criando a reserva de vagas oferecidas pela Universidade com base em critério étnico-racial. O proponente postulou basicamente, segundo o relatório do ministro Ricardo Lewandowski (2012), a declaração de inconstitucionalidade dos atos da Universidade de Brasília (UnB), do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília (CEPE) e do Centro de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília (CESPE), que instituíram o sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial (20% de cotas étnico-raciais) no processo de seleção para ingresso de estudantes. A alegação do proponente da ADPF 186 foi que os atos da UnB ofenderiam aos arts. 1º, *caput*, III (dignidade humana); 3º, IV (objetivo de promover o bem de todos); 4º, VIII (repúdio ao racismo); 5º, I (a igualdade de homens e mulheres em direitos e obrigações); 5º, II (o comando de ninguém é obrigado a fazer ou deixar alguma coisa senão em virtude de lei); 5º, XXXIII (o dever de todos os órgãos prestarem aos indivíduos informações de seu interesse particular, ou coletivo); 5º, XLI (o imperativo de que será punida qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais); 5º, LIV (o princípio do devido processo legal), 37, *caput* (os princípios que regem a administração pública), 205 (o direito de todos à educação), 206, *caput*, I (os princípios que norteiam o ensino – a igualdade de condições para o acesso e a permanência na escola), 207, *caput* (a autonomia didático-científica das universidades), e 208, V (o acesso aos níveis mais elevados do ensino, segundo a capacidade de cada um), todos da Constituição Federal. O arguente sustentou, em síntese, que a discriminação existente no Brasil seria uma questão social e não racial.

Percebe-se da leitura do relatório (2012) que o proponente aduziu ainda que não se mostraria factível a adoção da teoria da justiça compensatória, seja porque não se poderia responsabilizar as gerações presentes por erros cometidos no passado ou porque seria impossível identificar quais seriam os legítimos beneficiários dos programas de natureza compensatória.

Ainda conforme se apreende do relatório do ministro relator (2012), o proponente também arguiu contra os atos da UnB, que inexistia o conceito de raça, o que, segundo o arguente, teria sido olvidado nas discussões sobre as ações afirmativas. Asseverou, ademais, que as desigualdades entre brancos e negros não teriam origem na cor e que a “opção” pela escravidão destes teria ocorrido em razão dos lucros auferidos com o tráfico negreiro e não por qualquer outro motivo de cunho racial. Nesse momento, estamos nos atendo a relatar os argumentos dos proponentes, sem, ainda, realizarmos críticas, visto que nosso objetivo é analisar os

votos decisórios. Embora já adiantemos que consideramos esse argumento, com o perdão da expressão, risível.

No mesmo relatório (2012), os arguidos, por meio do reitor da UNB, do diretor do CESPE e do presidente do CEPE, verificaram os argumentos de defesa do ato que realizou a reserva de vagas. A começar pela afirmação de que o combate à discriminação por meio apenas da proibição da discriminação, por si só, é medida insuficiente à implantação da igualdade, sendo fundamental combinar a proibição da discriminação com políticas que promovam a igualdade. Contra o argumento, usado para invalidar a reserva de vagas, de que, do ponto de vista científico, não existiria raça, os arguidos alegaram que a discriminação é resultante da cor e da aparência do indivíduo e não de sua identidade genética. Afirmaram, ademais, que o sistema de reserva de cotas raciais é importante para a democratização do ensino superior, e que só deve ser abandonado quando forem eliminadas todas as restrições ao acesso de certas categorias sociais à universidade.

Postas essas colocações, de forma a situar o tema abordado na ADPF 186, passemos à análise dos votos apresentados pelo ministro relator e da plenária do Supremo Tribunal Federal (STF) naquela ocasião. O ministro relator Ricardo Lewandowski (2012), já no início do seu voto, deixa claro que, para decidir pela constitucionalidade dos programas de ação afirmativa instituídos pela Universidade de Brasília e outros estabelecimentos de ensino superior no país, é necessário que o STF discuta o tema da forma mais ampla possível, com atenção especial aos princípios e valores sobre os quais a Carta Magna foi elaborada, principalmente o da igualdade, em sua acepção formal e material.

Lewandowski (2012) reconhece que a intenção do constituinte, ao proclamar no art. 5, *caput*, da Constituição Federal de 1988 que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, foi acolher a ideia decorrente da tradição de que o Estado não deve fazer qualquer distinção entre aqueles que estão sob o seu abrigo. Ressalta, todavia que, levando-se em conta toda a evolução política, doutrinária e jurisprudencial pela qual passou o conceito de igualdade, o constituinte buscou a máxima concreção a esse importante postulado, de forma a assegurar a igualdade material/substancial, considerando-se, pois, a diferença que distingue os indivíduos por razões naturais, culturais, sociais, econômicas ou até mesmo acidentais, além de atentar, de modo especial, para a distinção no mundo dos fatos entre os distintos grupos sociais. É nesse contexto que floresce a necessidade de o Estado

[...] lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminado 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 (LEWANDOWSKI, 2012, p. 50).

A ministra Rosa Weber (2012) afirmou, em sua colocação, que a igualdade formal permite que todos sejam tratados, em abstrato, da mesma forma, sem considerar outros critérios que não seja o seu reconhecimento como sujeito de direito; é, pois, nas palavras da ministra uma igualdade presumida, posto que não leva em conta processos sociais concretos de formação de desigualdades. E uma vez “identificadas essas desigualdades concretas, a presunção de igualdade deixa de ser benéfica e passa a ser um fardo, enquanto impede que se percebam as necessidades concretas de grupos que, por não terem as mesmas oportunidades, ficam impossibilitados de galgar os mesmos espaços daqueles que desfrutaram de condições sociais mais favoráveis” (WEBER, 2012, p. 125).

Dando continuidade à sua argumentação, Lewandowski (2012) traz a abordagem da justiça distributiva, como um instrumento de transformação do direito à isonomia em igualdade de possibilidades, de forma que se assegure a igualdade no ponto de partida. O ministro esclarece que:

Só ela permite superar as desigualdades que ocorrem na realidade fática, mediante uma intervenção estatal determinada e consistente para corrigi-las, realocando-se os bens e oportunidades existentes na sociedade em benefício da coletividade como um todo (LEWANDOWSKI, 2012, p. 53).

Outra questão levantada pelos arguentes da ADPF 186 e analisada pelo relator diz respeito aos critérios de ingresso no ensino superior. Nesse ponto, o ministro buscou enfrentar e pacificar a discussão em torno do conflito da chamada meritocracia e as necessidades de adoção de critérios diferenciados que asseguram determinadas vantagens a alguns indivíduos, de forma que supere as desvantagens do plano fático. Consoante às palavras do ministro relator, a Constituição de 1988, adota, simultaneamente, a igualdade de acesso, o pluralismo de ideias e a gestão democrática como princípios norteadores do ensino, e acolhe a meritocracia como parâmetro para a promoção aos seus níveis mais elevados (LEWANDOWSKI, 2012)⁶. Ressalta, porém, que o constituinte buscou equilibrar o rigor da aferição do mérito dos candidatos que almejam o ingresso na universidade com o princípio

6 Aqui, o ministro refere-se aos art. 206, I, III e IV, 208, V, todos da Constituição Federal.

da igualdade material que permeia todo o texto magno (LEWANDOWSKI, 2012). Isso porque critérios objetivos de seleção – pretensamente isonômicos e parciais –, empregados de forma linear em sociedades tradicionalmente marcadas por desigualdades profundas, a exemplo da brasileira, acabam por consolidar ou, até mesmo, acirrar as distorções existentes (LEWANDOWSKI, 2012).

Lewandowski (2012) analisa, ainda, outra questão de suma importância para o tema em debate, qual seja, a referente à adoção do critério étnico-racial, para fins de qualquer seleção de pessoas, dada a comprovação científica da inexistência do conceito biológico ou genético de raça no concernente à espécie humana. A esse respeito, conclui o ministro:

Cumpra afastar, para os fins dessa discussão, o conceito biológico de raça para enfrentar a discriminação social baseada nesse critério, porquanto se trata de um conceito histórico-cultural, artificialmente construído, para justificar a discriminação ou, até mesmo, a dominação exercida por alguns indivíduos sobre certos grupos sociais, maliciosamente reputados inferiores (LEWANDOWSKI, 2012, p. 65).

Dada a importância da discussão, é preciso trazer o pensamento dos estudiosos da questão racial sobre o conceito de raça utilizado nesse contexto. Assim, atestando a afirmação do ministro, Bernardino (2002) declara que a recusa em reconhecer raças no Brasil é uma estratégia colocada em prática, apenas, nos momentos de conceder benefícios àqueles que são identificados como membros do grupo de menor *status*. O que não indica, contudo, que a não separação de raças do ponto de vista biológico signifique “que elas não estejam separadas, do ponto de vista social, da concessão de privilégios e distribuição de punições morais, econômicas e judiciais” (BERNARDINO, 2002, p. 255).

Destacamos, também, as palavras de Lewandowski (2012, p. 66) no que concerne à consciência étnico-racial como fator de exclusão. Afirma que outro aspecto a ser considerado é o fato de que os programas de ação afirmativa adotam como ponto de partida a consciência de raça existente nas sociedades com o escopo final de eliminá-la. Isto é, o escopo desses programas é colocar um fim àquilo que foi seu termo inicial, ou seja, o sentimento subjetivo de pertencer à determinada raça ou de sofrer discriminação por integrá-la.

Para o ministro (LEWANDOWSKY, 2012), a criação de lideranças entre esses grupos discriminados, capazes de lutar pela defesa de seus direitos, além de servirem como paradigmas de integração e ascensão social, é outro resultado significativo das políticas de ações afirmativas. E isso acarreta uma mudança

subjettiva na atitude dos integrantes dos grupos que foram historicamente relegados à margem da sociedade. A nosso ver, a partir de uma leitura foucaultiana, são nessas relações e jogos de poder, nas quais indivíduos e grupos são cunhados como marginais, que surgem as possibilidades de resistência. Uma vez que, consoante Foucault, só há relação de poder, quando há para os sujeitos a possibilidade de fuga, pois o poder, em sua visão, não é algo estático, o que o leva a caracterizar as relações de poder como móveis, reversíveis e instáveis (FOUCAULT, 2006). Destarte, a introspeção, pelos indivíduos integrantes da população negra, de que é possível libertar-se da situação de submissão da qual sempre foram vítimas, é possível avançar nessa difícil tarefa e se opor a uma realidade que insiste em se pautar na desigualdade.

Destarte, as políticas de ações afirmativas, mais especificamente as cotas raciais, desempenham importante papel na construção positiva da identidade negra. Como afirma Bernardino (2002, p. 263), a adoção de políticas racializadas possibilita a atribuição de um valor positivo à classificação social do negro, nas palavras do autor “as políticas de ação afirmativa contribuem para a ampliação do número de pessoas que compartilham a identidade negra”.

Colocadas essas questões, segue-se com a abordagem de temas que contribuirão para a conclusão acerca do perfil epistemológico da decisão da ADPF 186.

3 Ativismo hermenêutico fenomenológico na arguição de descumprimento de Preceito Fundamento 186

O termo ativismo judicial carrega uma indeterminação de nomenclatura, que causa confusões, tornando-lhe alvo de críticas, além de resultar na sua utilização de forma pejorativa. Não nos deteremos, porém, às discussões a respeito da sua terminologia, tendo em vista os objetivos traçados para este trabalho. Ao se referir ao ativismo judicial, então, deve-se ter em mente, aqui, a concepção apresentada por Barroso (2009) de uma postura, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, simbolizando uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência do Judiciário no espaço de atuação dos outros dois poderes. Enseja, pois, conforme Cittadino (2004), uma expansão da ação judicial, característica marcante das sociedades democráticas contemporâneas, e, viabilizada pela incorporação de princípios aos textos constitucionais, que acaba por permitir interpretações construtivas.

De acordo com as lições de Barroso (2009), essa postura pode ser concretizada por diferentes condutas, que abarcam: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de legítima violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

O surgimento dessa nova postura construtiva do intérprete, proporcionada, como foi mencionado, pela inclusão de princípios nas Constituições, justifica, segundo Lenio Streck (2002), o reconhecimento da função estratégica do Poder Judiciário, especialmente da Jurisdição Constitucional, nas Constituições do pós-guerra e pode se consolidar, segundo o autor, pela vertente substancialista ou procedimentalista. Na síntese salutar de Eduardo Appio (2007), o valor mais importante para os procedimentalistas são as regras do jogo democrático, enquanto para os substancialistas, são os Direitos Fundamentais. Grosso modo, para os procedimentalistas, a melhor maneira de preservar os Direitos Fundamentais é assegurar o funcionamento dos procedimentos democráticos e dar acesso às minorias a essas estruturas, de modo que os juízes exerçam uma função de reforço e preservação das estruturas da democracia. Para substancialistas, em apertada síntese, por mais importante que seja o procedimento ele pode não ser suficiente para assegurar o mais importante e que autoriza a atuação dos juízes: a correção.

Dos autores pelos quais abordaremos o ativismo judicial um é substancialista (Dworkin) enquanto outro se aproxima do procedimentalismo (Garapon). Essa função estratégica do Poder Judiciário, quer mais ou menos substantiva ou procedimentalista será interpretativa. Daí a importância, em nossa ótica, da virada fenomenológica sobre a interpretação. Em síntese simplificadora, precária e não rigorosa, somos seres interpretativos, lançados no mundo, interpretando outros seres, limitados por nossa finitude. Passemos, portanto, à breve análise da fenomenologia hermenêutica heideggeriana.

Heidegger (2005, p. 58) enuncia que fenômeno quer dizer “o que se mostra, o que se revela”. Carneiro (2011) ensina que, ao percorrer o caminho em direção ao ser, é preciso tomar o ente como um ponto de partida. E é pelo fato de se direcionar ao sentido do ser, que a fenomenologia heideggeriana é uma fenomenologia hermenêutica.

A postura construtiva do intérprete em face de princípios e direitos fundamentais, e, no caso desse artigo, especificamente, preceitos fundamentais, no exercício interpretativo, da referida função estratégica do Poder Judiciário, requer a aproximação da literatura acerca do ativismo judicial com a hermenêutica

fenomenológica. Apresentamos, então, como proposta epistemológica de análise o ativismo hermenêutico fenomenológico como a postura do intérprete diante do texto normativo – marcado pela temporalidade, pela tradição e por conceitos prévios –, na busca da construção de um sentido, entre várias possibilidades – que se torna possível porque a verdade, segundo a concepção heideggeriana, não está na proposição (texto), mas é alcançada, enquanto possibilidade, pelo processo de desvelamento histórico, que se dá entre o texto e o intérprete. Ressaltando, desde já, que essa construção não se apresenta de forma arbitrária, porquanto os juízos presentes quando nos colocamos diante do fenômeno estão constituídos e circundados na realidade histórica. Intérpretes, como sujeitos de linguagem, seres finitos e históricos não são absolutos sujeitos independentes e senhores de suas consciências. Mas, sim, por isso, será necessária a vigilância do sujeito, para que tenha consciência das suas pré-compreensões, para que faça na maior medida possível a entrada correta no círculo hermenêutico, como passaremos a expor. Limites metodológicos, portanto, sempre serão precários e insuficientes, a questão não é metodológica, é ontológica. Decidir é fazer um desvelamento provisório na historicidade, que por força da decidibilidade do direito, será provisoriamente definitivo, ou melhor, estável. É claro que neste desvelamento hermenêutico ontológico, compõem a tradição os conteúdos ou comandos éticos ou de correção, que contribuem para a força dessa estabilidade.

3.1 O desvelamento na historicidade

Realizar direitos fundamentais, incluindo minorias e preservando a democracia, é um grande desafio interpretativo. Requer a realização do que é devido, do que é bom, razoável, justo, do que é melhor. Os campos deontológico e axiológico sobrepõem-se e exigem uma análise de correção, dito em outros termos, da verdade. Esse sempre foi um grande desafio filosófico e hermenêutico. O questionamento acerca da verdade é tema essencial no pensamento de Heidegger, e, muito caro à virada fenomenológica sobre a interpretação, aqui abordada. A verdade, segundo a concepção heideggeriana, não está na proposição (texto), mas é alcançada, enquanto possibilidade, pelo processo de desvelamento histórico, que se dá entre o texto e o indivíduo. “A interpretação se funda existencialmente na compreensão e não vice-versa. Interpretar não é tomar conhecimento do que compreendeu, mas elaborar as possibilidades projetadas na compreensão” (HEIDEGGER, 2005, p. 204).

Segundo Heidegger (2001, p. 286) “a proposição verdadeira significa: ela descobre o ente em si mesmo. Ela propõe, indica, ‘deixa ver’ o ente em seu ser

e estar descoberto. O ser verdadeiro (verdade) da proposição deve ser entendido no sentido de ser-descobridor”. Carneiro (2001), elucidando o pensamento de Heidegger afirma que o *logos*, aquilo que faz ver, a proposição, não é o lugar da verdade. Portanto, a verdade não é a concordância entre o juízo e seu objeto, como nossa tradição aristotélica insiste, mas, remete à ontologia fundamental. Razão pela qual o ente se mostra, mas não em sua totalidade. Não por um defeito da verdade, e sim por uma imposição das nossas limitações compreensivas, de forma que a tentativa de compreender a totalidade do ente que se mostra será sempre frustrada pela nossa finitude. Heidegger (2005, p. 161) afirma que “‘deixar-ser’ significa o entregar-se ao ente [...] entregar-se ao aberto e à sua abertura, no qual todo ente entra e permanece, e que cada ente traz, por assim dizer, consigo”.

Aqui surge, porém, outra questão (que já antecipamos no tópico anterior), qual seja, a de saber se o que se mostra não é uma característica objetiva do ente, o acontecer da verdade, ou a construção/antecipação do sentido do ente (texto normativo), seria uma subjetividade arbitrária. Carneiro (2011, p. 123) explica que, conquanto o que se mostra não seja o ente objetivamente, “também não é um sentido subjetivo que implique a arbitrariedade do intérprete e que coloque a compreensão à ‘disposição’ do sujeito”. O autor declara que há algo de subjetivo na compreensão, uma vez que o que acontece depende da história do sujeito – da temporalidade, como afirmamos –, o que não significa que esse acontecer seja arbitrário, porque ele não terá tempo para optar por um projeto compreensivo determinado.

A essa altura podemos afirmar, então, que a verdade se dá enquanto desvelamento, isto é, enquanto um movimento que se dá entre o texto e o sujeito, que carrega consigo a sua história, sua tradição, seus conceitos prévios, o seu projeto compreensivo, que vai ser o ponto de partida para a antecipação de sentido daquilo se mostra (nesse caso, o texto), e, posteriormente à interpretação, conforme novos elementos se apresentem e forcem a revisão constante dos projetos compreensivos.

O projeto compreensivo constitui elemento central para o pensamento de Heidegger sobre o que ele denomina círculo hermenêutico e que vai influenciar o pensamento de Gadamer. Para Heidegger (2005, p. 198), a compreensão é existencial, pois ela “não é uma coisa, mas o ser como existir”. Por isso, Carneiro afirma (2011, p. 69), “sempre compreendemos; estamos condenados à compreensão”. Nós somos o ente privilegiado capaz de compreender o ser dos demais entes (CARNEIRO, 2011). E compreendemos enquanto ser-no-mundo, isto é, nós compreendemos o ente que se mostra enquanto seres históricos e finitos que somos. É nessa condição histórica que nos colocamos diante do ente (e do texto) já possuindo a compreensão dele, de tal forma que só compreendemos

porque já temos a compreensão. É nessa circularidade que Heidegger fará a distinção entre compreensão e interpretação, ao afirmar que:

[...] O projetar da compreensão possui a possibilidade própria de se elaborar em formas. Chamamos de interpretação essa elaboração. Nela, a compreensão se apropria do que compreende. Na interpretação a compreensão se torna ela mesma e não outra coisa. A interpretação se funda existencialmente na compreensão e não vice-versa. Interpretar não é tomar conhecimento do que compreendeu, mas elaborar as possibilidades projetadas na compreensão (HEIDEGGER, 2005, p. 204).

Gadamer (2015, p. 354) afirma a necessidade de “corrigir a autocompreensão que se exerce constantemente na compreensão, livrando-a de adaptações inadequadas”, a necessidade de “corrigir a autocompreensão que se exerce constantemente na compreensão, livrando-a de adaptações inadequadas”. Para o autor, quem pretender compreender um texto, realiza sempre um projetar, e, a compreensão do que está posto no texto consiste na elaboração desse projeto prévio, que precisa ser constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido. A busca pela compreensão está sujeita a erros por conta de opiniões prévias que não se confirmam nas próprias coisas, sendo necessário elaborar projetos corretos (a entrada correta no círculo hermenêutico) e adequados às coisas (GADAMER, 2015). Segundo Gadamer (2015, p. 355), “é preciso que o intérprete volte o seu olhar para as ‘as coisas mesmas’⁷, o que concebe verdadeiramente ‘a tarefa primeira, constante e última do intérprete’”, destacando, pois, que toda interpretação correta terá que se proteger da arbitrariedade de intuições repentinas.

3.2 A presença de Heidegger e Gadamer na ADPF 186

Após a exposição teórica que ampara este trabalho, chega-se à tarefa primordial proposta, qual seja, a análise dos votos da plenária do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186, com o escopo de evidenciar a tese do seu perfil ativista de teor hermenêutico de fundo fenomenológico, ainda que não se encontre uma reflexão expressa acerca dos autores aqui trabalhados. Neste tópico, debruçar-nos-emos sobre o inteiro teor do acórdão daquele julgamento, na busca da presença de Heidegger e Gadamer.

Ao iniciarmos a leitura do voto do ministro Ricardo Lewandowsky, relator da ADPF 186, é possível, desde logo, perceber em suas palavras a ideia levantada

⁷ Que, segundo ele, para filólogos, são textos com sentido, que tratam, por seu turno, de coisas.

por Heidegger de que a verdade não se encontra, necessariamente, na proposição (isto é, no texto), vez que ela pode enunciar ou não a verdade. Apontamos essa conclusão no sentido de expressar o esforço do ministro para defender que os textos normativos não apresentam sentidos engessados, ou unívocos. Isso é feito no momento em que o julgador enfrenta a tese dos arguintes da ADPF 186 de que as políticas de reserva de vagas, baseadas no critério étnico-racial seriam inconstitucionais, porquanto violam o disposto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Como apontamos anteriormente, a verdade ocorre enquanto desvelamento, isto é, enquanto movimento entre o texto e o sujeito, que se lança na tarefa de interpretá-lo. Essa interpretação, porém, não se dá de forma imediata e de uma vez por todas; pelo contrário nós interpretamos, segundo a concepção heideggeriana-gadameriana, porque ao nos colocarmos diante do texto já temos, em relação a ele, a nossa compreensão, isto é, lançamos sobre o nosso projeto compreensivo – que busca antecipar as possibilidades de sentidos do texto. A interpretação se dá, então, na medida em que novos elementos se apresentam, e nós precisamos refazer o nosso projeto compreensivo.

Isso fica claro, por exemplo, no instante em que o relator busca revisitar o princípio da igualdade inserido na Constituição – à luz dos princípios e valores sobre os quais ela repousa –, como primeiro passo para que se efetive uma ampla discussão acerca da constitucionalidade das ações afirmativas. Ele declara que é preciso discuti-lo em seu duplo aspecto, formal e material (LEWANDOWSKY, 2012). Defende que o legislador constituinte de 1998

[...] não se restringiu apenas a proclamar solenemente, em palavras grandiloquentes, a igualdade de todos diante da lei. À toda evidência, não se ateve ele, simplesmente, a proclamar o princípio da isonomia no plano formal, mas buscou emprestar a máxima concreção a esse importante postulado, de maneira a assegurar a igualdade material ou substancial a todos os brasileiros e estrangeiros que vivem no País, levando em consideração – é claro – a diferença que os distingue por razões naturais, culturais, sociais, econômicas ou até mesmo acidentais, além de atentar, de modo especial, para a desigualdade ocorrente no mundo dos fatos entre os distintos grupos sociais (LEWANDOWSKY, 2012, p. 49-50).

Afirmamos identificar, aqui, a presença de Heidegger na medida em que o ministro busca o sentido do preceito de igualdade insculpido na Carta Magna não de forma superficial e linear, por meio, apenas, das palavras positivadas no texto, e sim buscando elementos que o auxiliem na tarefa de alcançar o sentido mais completo possível. Dessa forma, conforme se aprofunda nas possibilidades de sentidos que se apresentam, e, que forcem a reformulação do seu projeto compreensivo, a verdade (ou o significado correto possível) desvela-se nessa circularidade entre o texto e o intérprete. Essa postura, aliás, foi seguida por todos os ministros que o seguiram, que procuraram interpretar corretamente o problema que se apresentava naquela ocasião, buscando, para isso, olhar a problemática (fenômeno) para além do texto normativo, trilhando um caminho de diferentes possibilidades de significações. E depreendemos a mesma conclusão da leitura do voto do ministro Luiz Fux (2012), quando ele afirma que, para se chegar a uma solução justa, buscou unir a técnica a fatores externos, como a história brasileira marcada pela escravidão.

Essa busca pela interpretação correta – compreendida a correção como possibilidade – foi estruturada, para além de uma entrada correta no círculo hermenêutico, por uma compreensão do problema no próprio contexto histórico, na história da sociedade brasileira, com a consciência, pois, da ideia defendida por Gadamer de que é preciso, antes de refletirmos sobre o texto que se mostra, compreender a nossa história, já que pertencemos a ela, e, toda significação é construída no seu desenrolar, na conjuntura. Constata-se essa concepção gadameriana nas palavras da ministra Cármen Lúcia, em sua antecipação de voto, em que ela afirma que fará as suas observações, para pontuar a questão como ela a entende (ROCHA, 2012) – e é como ela a entende em sua história. A ministra, após expor os pontos sobre os quais o seu voto repousara – no que é a igualdade e igualação, a questão da liberdade de ser, e sobre a responsabilidade social e estatal de fazer que o princípio da igualdade se cumpra – relata duas experiências de vida, que a inspiraram a escrever e pensar sobre o princípio da igualdade, e, claro, contribuíram para a sua interpretação da questão em julgamento (ROCHA, 2012).

O primeiro relato da ministra diz respeito a uma ocasião na qual ela apresentou duas sobrinhas com duas bonecas negras, causando de imediato uma reação negativa de uma das meninas. Ao questionar a criança sobre o motivo que levava àquele comportamento, obteve a seguinte resposta: “[...] é feia, parece comigo” (ROCHA, 2012, p. 133). Esse fato levou Cármen Lúcia à seguinte conclusão:

A família descobriu que, em algum lugar sem amor, a menina construía dentro de si uma imagem negativa de si a partir de algo que nem sabíamos. A marca de uma pessoa que tem um espelho que é o outro, tão diferente, é uma marca que assinala a fragilidade humana, difícil de se recompor quando atingida. Ninguém nunca disse nada sobre a cor em minha casa, até onde me consta. Aquela menina é que, nas escolas onde frequentava, não se reconhecia como padrão, como modelo que não era aquele dela. Por isso ela não aceitava o meu presente (ROCHA, 2012, p. 133).

O segundo caso relatado pela ministra descreve uma situação vivida por ela na PUC de Minas. Cármen Lúcia conta que ao entrar em uma lanchonete, uma menina, chamada Lucia, pediu-lhe que comprasse um salgado, entregando-lhe o dinheiro. Sem entender, a ministra, pediu que explicasse o motivo de ela mesma não comprar, já que o dinheiro era seu. A criança, então, lhe responde: “Eu não posso entrar aí, porque sou negra, e, se eu entrar, vão achar que o dinheiro não é meu” (ROCHA, 2012, p. 133). E, a respeito desse fato, afirma a ministra:

E ela estava numa condição absolutamente igual a qualquer pessoa que, com dinheiro, queria e poderia comprar o que quisesse. O que significa que, quando a gente marca, na infância, com um sinal de inferioridade, pela desigualdade de oportunidades comuns, não pode ser desconhecido pela sociedade como se nada tivesse acontecido, como se nós tivéssemos uma democracia racial, como se não tivéssemos nenhuma dificuldade. E desconhecer isso não muda, de jeito nenhum, a sociedade (ROCHA, 2012, p. 133-34).

Concluímos, então, por uma presença da hermenêutica de Gadamer, na medida em que a ministra procura enfrentar a questão das ações afirmativas, mais especificamente das cotas raciais, tomando como ponto de partida, como referência, a sua condição histórica, a sua condição de ser-no-mundo, e, que, por isso, não pode (ou não consegue) se esquivar de uma análise que perpassasse as diferentes possibilidades de interpretação. Em outras palavras, a ministra, ao analisar a questão da constitucionalidade das cotas raciais, tinha a consciência de que era preciso ir além de uma leitura linear e superficial da Constituição a respeito da igualdade. Ela, assim como os outros julgadores daquela plenária, analisaram a problemática tomando como ponto de partida as suas concepções prévias, seu conhecimento acerca da sociedade na qual estamos inseridos, que como afirmamos, foi “construída” à custa do sofrimento da população negra. E, por essa razão, não é justo tomar o texto normativo como parâmetro absoluto,

como algo que resolve, ou apaga, as desigualdades que, ainda, se perpetuam na comunidade política.

Nesse mesmo sentido, aliás, aponta o ministro Gilmar Mendes (2012) ao destacar em seu voto que a solução para a inclusão social daqueles que não têm acesso a bens fundamentais, como a educação e o emprego, requer uma interpretação do texto constitucional que considere as especificidades históricas e culturais da sociedade brasileira. Assim como o ministro Luiz Fux (2012, p. 105), quando defende que umas das premissas indispensáveis para o correto enquadramento jurídico-constitucional das políticas de ações afirmativas é de que “a abolição do regime escravocrata ocorrida no final do século XIX, embora tenha suprimido formalmente a submissão do negro, não apagou o código racial que até hoje viceja dissimuladamente nas relações sociais do país”. É imprescindível, portanto, a consciência de que a (des)construção de uma realidade normativa, não significa, necessariamente, a (des)construção de uma realidade fática e social.

3.3 A presença de Antoine Garapon na ADPF 186

O crescente protagonismo do Poder Judiciário face à derrocada da instituição política é a consequência de uma democracia desorientada, afirma Antonie Garapon (2001). Segundo o jurista francês, os juízes, nas últimas décadas, são chamados a se manifestarem em um número da vida social cada vez mais extenso, de forma que o contencioso e as jurisdições passaram a afirmar, cada vez mais, a sua autoridade (GARAPON, 2001). E, esse fenômeno é detectado primeiro na vida política, com o desenvolvimento do que os norte-americanos denominaram de “ativismo judicial”, quando o juiz passa a ser eleito como árbitro de costumes, bem como da moralidade política, além de tornar-se uma referência do indivíduo moderno, que já se encontra sem raízes, na busca de uma identidade (GARAPON, 2001). Em suas palavras:

O juiz surge como um recurso contra a implosão das sociedades democráticas que não conseguem administrar de outra forma a complexidade e a diversificação que elas mesmas geraram. O sujeito, privado das referências que dão identidade [...] procura no contato com a justiça uma muralha contra o desabamento interior (GARAPON, 2001, p. 27).

É preciso, todavia, ter-se em mente que o desenvolvimento do ativismo judicial é apenas um sintoma de um processo complexo, pois não se pode concebê-lo como uma transferência de soberania para o juiz, e sim como uma

transformação da própria democracia, uma vez que o direito tenha se transformado no instrumento das demandas políticas, por causa da desilusão em um Estado inativo (GARAPON, 2001). Por isso, Garapon (2001) salienta, para evitar conclusões distorcidas, que o ativismo judicial “não se trata da ação esporádica de alguns juízes desmiolados que querem brigar com o poder político”, mas é resultado do lugar simbólico conquistado pelo julgador (terceiro imparcial). E a sociedade busca cada vez mais essa referência simbólica em razão do descrédito que degenera as instituições políticas clássicas. Assim, defende o autor (GARAPON, 2001, p. 49), “justiça torna-se um espaço de exigibilidade da democracia”, pois os processos judiciais “circunscrevem novos compromissos, colocam problemas sociais, tornam visíveis categorias da população, abraçam esperanças [...]” (p. 48).

Embora a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186 não tenha sido proposta por setores representantes da população negra, com o escopo de ter reconhecido o seu direito de acesso à educação, não se pode negar a importância da referida ação, porquanto tenha proporcionado visibilidade à questão, e, sobretudo possibilitado o exercício da cidadania, ou seja, a exigibilidade da democracia destacada por Garapon. Possibilitou, ainda, que o Poder Judiciário estabelecesse um instrumento de efetivação da garantia constitucional da igualdade à população negra, tendo em vista a inércia política nesse sentido, como bem destacou o ministro Ayres Brito (2012, p. 212), quando registra que a Constituição não se mostra efetivamente cidadã “não por deficiência do respectivo conteúdo, mas pela ausência de vontade política de implementá-la”. Na mesma direção, pontuou o ministro Luiz Fux (2012, p. 96) que “a instância reflexiva do Poder Judiciário só se instaura quando há uma inação do parlamento. A supremacia, a instância hegemônica, que eventualmente se possa categorizar o Poder Judiciário, ocorre somente nas lacunas e no vácuo da atividade legiferante”.

Essa emancipação do juiz resulta, destaca o autor, da conjugação de dois fatores: o colapso da lei que garantia a subordinação do juiz, e a nova possibilidade de julgar a lei oferecida pelos textos que contêm princípios superiores, como a Constituição (GARAPON, 2001). A lei deixa de apresentar todos os elementos essenciais para a decisão do juiz, que deve buscar fontes externas antes de proferir suas sentenças; ela (a lei), ainda que mantenha certa importância, já não pode mais figurar como o único fundamento possível de todo o sistema jurídico (GARAPON, 2001). Esse mesmo autor escreve que não se concebe a vontade geral (expressada na lei) como a única fonte de produção de direito, de modo que ela deve tornar-se compatível com os princípios contidos nos textos básicos, como a Constituição.

Garapon (2001), porém, não se exime de apontar os perigos que podem advir do ativismo judiciário. Segundo ele, o juiz representa a caricatura do novo anjo da democracia e passa a ser titular de um *status* privilegiado – do qual ele próprio expulsou o político –, eleva-se à posição de domínio, blindado à crítica popular; por isso, alerta, a justiça pode justificar o processo de despolitização da democracia (GARAPON, 2001). Por tal motivo, ele questiona se o ativismo judiciário seria possível sem a mídia, que desarticula a base da instituição judiciária, desorganizando o rito processual, na tentativa expor uma representação fiel da realidade (GARAPON, 2001).

A ministra Rosa Weber mostrou-se sensível às percepções de Garapon – ainda que não se encontre referência expressa – no que concerne à influência da Constituição na emancipação do juiz, por conta dos princípios contidos em seu texto e de que o judiciário tem proporcionado o exercício da democracia. Destarte, a ministra Rosa Weber (2012, p. 123) afirma que:

[...] o Supremo Tribunal Federal tem contribuído, e muito, a meu juízo, para o aperfeiçoamento da percepção da pluralidade, em nosso país, e a criação de espaços democráticos de debate, em que diferentes perspectivas se sustentam, a evidenciar a abertura não apenas dos textos normativos – e somos todos nós, cidadãos brasileiros, intérpretes da Constituição –, mas também do sistema como um todo [...].

Importante consideração é feita por Garapon (2001, p. 162) ao afirmar que “o julgamento judiciário é sempre em situação e, podemos acrescentar, de uma situação. O que lhe dá força e, ao mesmo tempo, fragilidade. É um julgamento sob o horizonte da finitude”. Compreendemos que a força é perceptível ao considerarmos que o juiz não fará um julgamento sem ponderar o fato que se coloca diante dele (o fenômeno de Heidegger), e, pois, não tomará a lei como o único filtro de julgamento, sem antes compreender a própria situação, sua história, sem antes compreender-se na sociedade (como alertou Gadamer). E sem apreciar o seu conteúdo, como ele próprio afirma (GARAPON, 2001). Sua fragilidade, por outro lado, é apresentada pelo próprio Garapon (2001) quando escreve que o contato que se opera entre o juiz e a realidade é sempre intermediado pelo direito, pelo processo, não sendo possível um julgamento “puro”, alheio às condições físicas de sua realização.

O juiz, aliás, exerce o papel, segundo Garapon (2001, p. 186), de “preservação da memória para preencher o vazio existencial e permanente da tradição”, gerado pelo esquecimento do passado, típico das sociedades democráticas. Por isso, o autor

ressalta que “O juiz é o guardião da memória, mas de uma memória reforçada: aquela das promessas que os fundadores fizeram em nossa intenção” (GARAPON, 2001). Ademais, é possível afirmar que a ideia expressa por Garapon corrobora a concepção heideggeriana, já apresentada anteriormente, da nossa condição de seres existenciais e finitos, e que, por isso, não compreende senão existencialmente.

A concepção de que o julgamento é sempre de uma situação, e, pois de que o juiz deve, ao julgar, levar em consideração o fato que está sob julgamento foi percebida pelo ministro Cezar Peluso ao analisar a compatibilidade das ações afirmativas com o princípio constitucional da igualdade, ou com outro princípio constitucional, e, estabelecer como premissa o

[...] fato sócio-histórico incontroverso, ao qual chamou ‘déficit educacional e cultural da etnia negra’, observado desde os primórdios do processo histórico da vida brasileira, em virtude das graves e conhecidas barreiras institucionais de acesso dos negros às fontes da educação e da cultura (PELUSO, 2012, p. 155).

Reconheceu, por conseguinte, conforme a nossa compreensão, que não é possível um julgamento calcado apenas no texto normativo, sem que se considerasse a situação sob julgamento naquela plenária, qual seja, a desvantagem da população negra no plano fático.

Por fim, trazemos o modo como Garapon aborda esse papel ativo do juiz, que, adiantamos, encerra uma visão procedimentalista. Segundo o autor, os novos espaços da justiça representam uma forma de democracia descentralizada, tendo em vista que o Estado passa a exercer o seu papel normativo pela negociação coletiva, isto é, homologando o direito estabelecido pelas próprias partes, o que garante uma correlação entre o direito e a realidade social (GARAPON, 2001). O processo apresenta-se como um meio de apreender a realidade, posto que a norma não goza mais de “conteúdo geral e universal deduzido *a priori*, cabendo ao juiz atualizar e contextualizar seu espírito, incessantemente” (GARAPON, 2001, p. 238). Ou seja, o conteúdo da norma é alcançado pelo processo de conjugação entre texto abstrato e realidade concreta – é o processo gadameriano de compreensão da realidade e interpretação do texto.

3.4 A presença de Ronald Dworkin na ADPF 186

A obra de Ronald Dworkin representa incontestável contribuição à doutrina jurídica, mormente à discussão acerca da teoria do Direito. Não temos, porém, a intenção de elaborar um ensaio sobre as teses defendidas pelo autor, tendo em

vista os limites traçados para este trabalho, qual seja, a análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186, com vistas à identificação, ainda que não explicitamente, da influência do ativismo judicial de Dworkin.

Segundo o autor, em alguns momentos os juristas lidam com problemas que não são técnicos, sobre os quais não há consenso sobre o modo de proceder (DWORKIN, 2005). São os casos difíceis, na denominação dada pelo autor. Difíceis porque sobre eles não há consenso, ultrapassam a técnica, trazem desafios e discussões sobre os limites da atuação da função judicante. Nessa linha conceitual, certamente se pode dizer que a ADPF 186 foi um caso difícil.

Para Dworkin (2005), ao levantar questionamentos sobre a postura dos juízes diante de casos difíceis, como se eles estivessem seguindo regras gerais e abstratas (e de onde elas provêm e o que as tornam válidas), ou se os juízes estão decidindo o caso de acordo com suas próprias crenças morais e políticas; o que se questiona, de fato, não é o sentimento de que os juízes que criam regras novas estão agindo de maneira imprópria, e sim sobre até que ponto a justificativa para o poder dos juízes, disponível para os casos fáceis – aquela segundo a qual o juiz está aplicando normas já estabelecidas –, estende-se também aos casos difíceis. Querem saber, portanto, quanto e que tipo de justificação suplementar é exigida por esses casos difíceis. A questão, no fundo, é pela justificativa para o uso do poder.

Para Dworkin, quando da interpretação e aplicação dos dispositivos normativos, o positivismo não se sai bem quanto a essa questão da justificativa para o uso do poder. No fim, restará apenas a discricionariedade para o uso do poder, sem a justificativa. “O positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para os direitos nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras” (DWORKIN, 2005, p. 36).

No entanto, adverte o autor estadunidense, mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa, isto é, “o juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes”. Para Dworkin, ao fazer isso, o juiz não está a “inventar novos direitos retroativamente” (DWORKIN, 2005, p. 127). Está, hermeneuticamente, a realizar os direitos veiculados fora dos padrões das regras, as “questões de princípio”⁸. E ressalva que não há procedimento mecânico para essa realização.

8 Na obra de Dworkin, a diferença entre regras e princípios é de natureza lógica, isso porque as regras se aplicam à maneira do tudo ou nada – ou são válidas, e, por isso, seu conteúdo deve ser aceito, ou não são, e neste caso não contribuem para uma decisão –, ao passo que um princípio “ao contrário, enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas [ainda assim] necessita uma decisão particular” (DWORKIN, 2005, p. 41). Os princípios apresentam uma dimensão de peso ou importância, que as regras não têm.

Ainda que sem menção expressa a Dworkin, percebe-se essa perspectiva de inovar dentro da tradição, realizar um novo direito, porém na perspectiva de um direito princípio já existente no julgamento da ADPF 186. Embora a decisão em prol da ação afirmativa tenha sido inédita, foi fundamentada no já existente direito à igualdade, ao qual foi conferido “novo” significado. Conforme se verifica do excerto do voto do ministro Ricardo Lewandowsky, já transcrito alhures:

[...] (o legislador constituinte) não se restringiu apenas a proclamar solenemente, em palavras grandiloquentes, a igualdade de todos diante da lei. A toda evidência, não se ateve ele, simplesmente, a proclamar o princípio da isonomia no plano formal, mas buscou emprestar a máxima concreção a esse importante postulado, [...] levando em consideração – é claro – a diferença que os distingue por razões naturais, culturais, sociais, econômicas ou até mesmo acidentais, além de atentar, de modo especial, para a desequiparação ocorrente no mundo dos fatos entre os distintos grupos sociais (LEWANDOWSKY, 2012, p. 49-50).

Para aqueles que consideram que o Judiciário estaria agindo como legislativo ao julgar os casos difíceis, Dworkin (2005) alerta ser errôneo pressupor que os juízes estão legislando quando vão além de decisões políticas tomadas anteriormente. Pressupor o contrário seria olvidar a importância de uma distinção feita pelo próprio Dworkin entre argumentos de princípio e argumentos de política⁹ (DWORKIN, 2005, p. 129). Nesse caso, pois, seriam (e foram) os argumentos de princípios utilizados no julgamento da ADPF 186, para justificar a necessidade das ações afirmativas, visando a garantia da inclusão a uma minoria em estado de desigualdade social. Dworkin (2007, p. 129-30), aliás, conquanto não se referindo, especificamente, às cotas, mas à discriminação racial, afirmou que “o argumento em favor das leis contra a discriminação, aquele segundo o qual uma minoria tem direito à igualdade de consideração e respeito, é um argumento de princípio”.

Como já assentado há pouco, os ministros do Supremo Tribunal Federal, quando da argumentação favorável à constitucionalidade das ações afirmativas que visam à garantia do acesso/inclusão da população negra ao espaço que sempre lhe foi negado, sustentaram que as referidas ações estavam em concordância com o princípio constitucional da igualdade, em seu aspecto material – que assegura o tratamento desigual àqueles que, na realidade, se encontram em situação desfavorável. Nesse sentido, posicionou-se o ministro Cezar Peluso (2012, p. 156):

⁹ Os argumentos de política, explica Dworkin (2005), justificam uma decisão política, que apoia ou protege algum objetivo comum da comunidade, enquanto os argumentos de princípios justificam, também, uma decisão política, mas mostrando que a decisão respeita ou garante um direito ou de um grupo.

[...] a responsabilidade ética e jurídica do Estado e da sociedade é adotar políticas públicas [...] na tentativa de desenvolver um processo – que, por definição, não se realiza num dado momento, mas que se faz e aperfeiçoa ao longo do tempo – capaz de viabilizar a desejada igualdade material e, portanto, de desfazer a injustiça histórica de que os negros são vítimas no Brasil.

Dworkin (2005) ressalta que os juristas acusam os juízes que julgam de maneira original de criar novas leis de maneira pessoal. Para ele, a questão problema é explicar como essas diferentes contribuições à decisão de um caso difícil podem ser identificadas e conciliadas. A explicação mais satisfatória acerca dessa constante interação entre a moralidade pessoal e moralidade institucional é dada pela tese segundo a qual as decisões judiciais tornam efetivos os direitos políticos existentes. E, tomando essa tese como válida, afirma Dworkin (2005), a história institucional (isto é, os precedentes) não como uma restrição do juízo político dos juízes, e sim como um componente de tal juízo. Os direitos políticos¹⁰, proclama o autor, “são criações tanto da história, quanto da moralidade” (DWORKIN, 2005, p. 136), por isso se dilui a alegada tensão entre originalidade judicial e história institucional, porquanto os juízes devam fazer novos julgamentos sobre o direito das partes, mas esses direitos políticos, antes de opor, refletem as decisões políticas tomadas no passado. Mesmo porque os juízes devem tomar decisões que também justifiquem decisões futuras, por conta da sua responsabilidade política (DWORKIN, 2005).

A ideia de Dworkin, de que as decisões que “criam” novos direitos estão perpassadas pela moralidade pessoal e institucional, pode ser detectada ao longo de todo o julgamento, porquanto os julgadores tenham válido, ao compreenderem e interpretarem o texto normativo, de suas histórias, tradições – isto é, concepções originais e pessoais –, pautaram-se, também, pela moralidade institucional, na medida em que buscaram argumentos apresentados em decisões anteriores do próprio STF. É o que se verifica, por exemplo, no voto da ministra Carmen Lúcia (2012), quando esta, para justificar a necessidade de superar fatores de desigualdade concreta/social, traz argumentos explicitados no julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 26.071/DF, Relator ministro Ayres Britto, em que a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu que a compensação e superação dos fatores de desigualdade factual é uma tarefa calcada no objetivo de uma sociedade fraterna inscrita no preâmbulo da Constituição Federal.

Para Dworkin, então, os juízes, quando julgam casos difíceis, não devem ser considerados legisladores, no sentido de criar novas leis, sem observar aquelas que

10 Quando se refere a direitos políticos, Dworkin está se referindo às questões de princípios (que possuem dimensão moral), por considerar o Direito como integridade, e, por isso, os indivíduos e grupos têm o direito de sempre obterem uma decisão judicial, pois os seus direitos são questões de princípios.

já foram determinadas anteriormente. Isto é, o julgamento não está à disposição do juiz, de forma que ele possa proferir suas sentenças de acordo, apenas, com seus padrões morais. Por isso, ele afirma que “os juízes não decidem os casos difíceis em duas etapas, avaliando, em um primeiro momento, os limites das restrições institucionais, para só então deixar os livros de lado e resolver as coisas a seu próprio modo. As restrições institucionais que eles intuem estão disseminadas, e perduram até a própria decisão” (DWORKIN, 2005, p. 136).

Podemos perceber as ideias de Dworkin no julgamento da ADPF 186, na medida em os ministros, ao fazerem suas colocações concernentes às ações afirmativas, apesar de levarem em consideração as particularidades da situação sob julgamento (a desigualdade da população negra), bem como suas próprias histórias, fundamentaram suas posições na Constituição de 1988, em seu conjunto – atentos, portanto, às decisões tomadas pelo constituinte, além de basearem em julgamentos daquela corte sobre temas sensíveis a questões semelhantes. Essa limitação é percebida, por exemplo, no voto do ministro Cezar Peluso (2012, p. 156), que expôs o seguinte:

Ora, basta uma visão sistemática da Constituição Federal para perceber, logo, que, em nome da igualdade, ela tutela classes ou grupos em situação de vulnerabilidade socioeconômica. Não preciso nem citar os casos das mulheres, dos menores, dos hipossuficientes. Há, portanto, na Constituição mesma, tratamentos excepcionais, concordes com o princípio da igualdade em relação a tais pessoas [...]

Vejamos o trecho do voto do argumento do ministro Gilmar Mendes (2012, p. 180):

Se, por um lado, a clássica concepção liberal de igualdade como um valor meramente formal há muito foi superada, em vista do seu potencial de ser um meio de legitimação da manutenção de iniquidades, por outro o objetivo de se garantir uma efetiva igualdade material deve sempre levar em consideração a necessidade de se respeitar os demais valores constitucionais.

O primeiro trecho colacionado refere-se ao princípio da igualdade, o segundo aos valores constitucionais, aí incluído, dada a redação, o valor da igualdade em seu aspecto material. Referências expressas a princípio e valor constitucional da igualdade. Embora não haja menção expressa a Dworkin, esse é o princípio basilar de sua teoria do Direito como integridade. Tal como a decisão contra a segregação racial no caso *Brown vs Board of Education*, a decisão a favor das cotas

é a *única decisão possível*¹¹ que considera o direito em sua integridade, a realizar um direito que deve ser levado a sério, que considera uma questão de princípio: a dimensão irreduzível do ser humano de ser tratado como tal. A decisão que atenta ao cumprimento da igualdade.

Considerações finais

Compreender a condição histórica do ser humano, sua limitação interpretativa, é de relevância singular, posto que possibilita a compreensão do seu comportamento frente ao fenômeno que se mostra, por exemplo, a sua postura no ato de interpretação/decisão. A questão acerca da postura do juiz no que concerne à tensão entre originalidade e limites do ato decisório é questão antiga da Filosofia do Direito, que ganha relevância com a ampliação da Jurisdição Constitucional e é primordial no caso da ADPF 186.

Este trabalho lança-se sobre teorias que, em nosso entendimento, obtêm algum acerto na compreensão da questão desafiadora da definição de sentido e dos tensos possíveis limites do ato decisório: a hermenêutica heidegger-gadameriana, o pensamento de Ronald Dworkin e de Antoine Garapon.

Assim, visitou as premissas hermenêutico heidegger-gadamerianas, pelas quais o intérprete cria o significado do texto normativo a partir de um leque plural que lhe é possibilitado pela tradição na qual está imerso. De modo que compreender, interpretar e aplicar o Direito são uma só operação ontológica e, portanto, não são métodos pueris que impedirão a dita arbitrariedade do julgador – além da própria noção do que é arbitrariedade passar por uma mudança, a partir do momento que o texto é possibilidade e o intérprete é compreendido como sujeito histórico. Entretanto, que a comunidade político-normativa fez escolhas sobre significados comunitariamente construídos aos quais julgou que devem funcionar como balizas, mas que estão a todo tempo sob ameaça de violações, quando não de ressignificação pela própria comunidade.

No julgamento da ADPF 186, percebe-se a manifestação da hermenêutica heidegger/gadameriana, na medida em que aquele se desenvolveu com o desvelamento de uma possibilidade de verdade para o texto normativo, que se mostrou ao intérprete no círculo hermenêutico ontológico, ao criar um novo projeto compreensivo para o princípio da igualdade no que diz respeito ao acesso às vagas do ensino superior no Brasil. Assim, o STF concretizou o sentido de igualdade a partir da compreensão da realidade sócio-histórica-cultural dos intérpretes que vivem sob a égide da Constituição.

¹¹ E que resulta da correta entrada no círculo hermenêutico, em termos gadamerianos.

A análise buscou em Ronald Dworkin (1999; 2007; 2014) substrato para tratar da obrigação e legitimidade do juiz para julgar as questões de princípios, aquelas questões máximas da comunidade político-normativa, decorrentes da própria noção do princípio da igualdade, sobre o qual se assentam as comunidades políticas democráticas, mesmo quando contrariamente ao Poder Legislativo e encontrou, na decisão analisada, ressonância dessas ideias.

A pesquisa identificou, pela análise dos votos, a presença do ativismo judicial de Ronald Dworkin na atuação dos ministros do STF no julgamento da ADPF 186. Os juízes constitucionais reverberaram Dworkin, ao declarar a constitucionalidade das cotas por critérios raciais, concretizando os direitos dos indivíduos e grupos que não foram efetivados no campo político, por considerarem que se tratava de questões de princípios.

O trabalho expõe, e concorda com o pensamento de Antoine Garapon (2001), para quem a maior margem de conformação do Poder Judiciário na definição de sentidos normativos que dizem respeito a questões centrais da comunidade política se deve ao desmoronamento do poder político, tal como se deu, em nossa análise, na decisão da ADPF 186. Tal julgamento evidencia a transferência para o Poder Judiciário das questões da moralidade pública, em parte pela inaptidão dos outros dois Poderes. Ao decidir sobre as cotas para acesso ao Ensino Superior os juízes da Suprema Corte atuaram como importantes guardiões das promessas do pacto democrático, representadas por direitos positivados em textos normativos que encontram dificuldade de se concretizar na arena política tradicional, não sem o risco de se converterem no guardião da moral.

De modo que a pesquisa conclui por um perfil teórico ativista de teor hermenêutico de fundo fenomenológico no julgamento da ADPF 186, embora não encontre nela uma reflexão, coesão epistemológica ou identificação explícita de marcos teóricos a esse respeito.

Referências

- AGRA, W. M. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: a densificação da jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- APPIO, E. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2007.
- BARROSO, L. R. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid,

n. 13, p. 17-32, 2009. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5124286&orden=0&info=link>>. Acesso em: 30 set. 2016.

BARZOTTO, L. F. Justiça social – gênese, estrutura e aplicação de um conceito. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 5, n. 48, maio 2003. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/747/738>>. Acesso em: 15 set. 2016.

BERNARDINO, J. Ação afirmativa e a rediscussão do mito da democracia racial no Brasil. *Estudos Afro-Asiáticos*, Brasília, v. 24, n. 2, p. 247-273, 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-546X2002000200002>. Acesso em: 18 out. 2016.

BRITO, C. A. A. F. Voto. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186 – Inteiro teor do acórdão*. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 2 set. 2016.

BUCCI, M. P. D. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, M. P. D. (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-47.

CARNEIRO, W. A. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CECCHIN, A. J. Ações afirmativas: inclusão social das minorias. *Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar*, Umuarama, v. 9, n. 2, p. 325-354, 2006. Disponível em: <http://www.dcoms.unisc.br/portal/upload/com_arquivo/acoes_afirmativasinclusaoasocialdasminorias.pdf>. Acesso em: 15 set. 2016.

CITTADINO, G. Poder judiciário, ativismo judiciário e democracia. *ALCEU*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 9, p. 105-113, jul./dez. 2004. Disponível em: <http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu_n9_cittadino.pdf>. Acesso em: 30 set. 2016.

CRUZ, G. G. M. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: lineamentos básicos e revisão crítica no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2011.

CUNHA JÚNIOR, D. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. 8. ed. rev. amp. atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, R. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, R. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FOUCAULT, M. A ética do cuidado de si como prática da liberdade. In: MOTTA, M. B. (Org.). *Ética, sexualidade e política*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

FUX, L. Voto. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186 – Inteiro teor do acórdão*. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 2 set. 2016.

GADAMER, H.-G. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução: Flávio Paulo Meuer. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

GARAPON, A. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GOMES, J. B. B.; SILVA, F. D. L. L. As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL – AS MINORIAS E O DIREITO, 2002, Brasília, DF. *Anais [...]*. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal, 2002. Disponível em: <<http://sites.multiweb.ufsm.br/afirme/docs/Artigos/var02.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2016.

HEIDEGGER, M. *Ser e tempo: parte I*. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

HOFLING, E. M. Estado e políticas (públicas) sociais. *Cad. CEDES*, Campinas, 2001, v. 21, n. 55, p. 30-41. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ccedes/v21n55/5539.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2016.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira – 2016*. Rio de Janeiro: IBGE, 2016. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv98965.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2017.

JACCOUD, L. O combate ao racismo e à desigualdade: o desafio das políticas públicas de promoção da igualdade racial. In: THEODORO, M. (Org.). *As políticas públicas e a desigualdade racial no Brasil 120 anos após a abolição*. Brasil: Ipea, 2008, p. 45-64.

JOHNSON, O. A. Explicando a extinção do partido dos panteras negras: o papel dos fatores internos. *CADERNO CRH*, Salvador, n. 35, p. 93-125, jan./jun.

2002. Disponível em: <<https://www.portalseer.ufba.br/index.php/crh/article/view/18631/12005>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

LEWANDOWSKI, R. Voto. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186 – Inteiro teor do acórdão*. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 2 set. 2016.

MENDES, G. F. Voto. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186 – Inteiro teor do acórdão*. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 2 set. 2016.

MOEHLECKE, S. *Ação afirmativa: história e debates no Brasil. Cadernos de Pesquisa*, n. 117, p. 197-217, nov. 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/n117/15559>>. Acesso em: 11 set. 2016.

OLIVEN, A. C. *Ações afirmativas, relações sociais e política de cotas nas universidades: uma comparação entre os Estados Unidos e o Brasil. Educação*, Porto Alegre, n. 1, p. 29-51 jan./abr. 2007. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/faced/article/view/539>>. Acesso em: 3 abr. 2017.

PELUSO, A. C. Voto. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186 – Inteiro teor do acórdão*. Brasília. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 2 set. 2016.

PIOVESAN, F. *Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. Cadernos de Pesquisa*, São Paulo, v. 35, n. 124, p. 43-55, jan./abr. 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/v35n124/a0435124.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2016.

ROCHA, C. L. A. Voto. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186 – Inteiro teor do acórdão*. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 2 set. 2016.

WEBER, R. M. P. Voto. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186 – Inteiro teor do acórdão*. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 2 set. 2016.

SARLET, I. W. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no

direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. *Civilistica.com – Revista Eletrônica de Direito Civil*, a. 12. n. 1, 2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Sarlet-civilistica.com-a.-1.n.1.2012.pdf>>. Acesso em: 3 mar. 2019.

STEIN, E. *Compreensão e finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana*. Ijuí: Unijuí, 2001.

STRECK, L. L. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.