

O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO EM FACE DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO EDUCATION IN FACE OF AFFIRMATIVE ACTION

Mário Ângelo Oliveira*
Giovanna Cunha Mello**
Tiago Santos Issa***

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo analisar a adoção das ações afirmativas no sistema de ensino brasileiro como mecanismo de concretização do direito fundamental social à educação. Aborda o desenvolvimento da educação como direito humano, tanto em âmbito nacional quanto internacional, e a consequente positividade deste direito no cenário nacional, conferindo caráter fundamental ao direito à educação. Para tanto, ao elencar o direito à educação como direito fundamental, exige-se do legislador infraconstitucional e do administrador pátrio a adoção de políticas públicas claramente delineadas e eficazes, para a presente consubstanciação.

Palavras-chave: Direito fundamental social à educação. Ações afirmativas.

Abstract: The present work aims to analyze the adoption of affirmative action in the Brazilian educational system as a mechanism for achieving the fundamental social right to education. Discusses the development of education as a human right, both nationally and internationally, and subsequent positivization this right on the national scene, giving the fundamental character of the right to education. To do so, to listing the right to education as a fundamental right to require the legislature and the administrator infra paternal adoption of public policies clearly defined and effective for the present embodiment.

Keywords: Social fundamental right to education. Affirmative action.

* Advogado; pós-graduado em Direito da Administração Pública pela Universidade Federal de Uberlândia; marioangeloj@gmail.com

** Advogado; pós-graduado em Direito Processual Civil Uberlândia; giovannagadia@yahoo.com.br

*** Advogado; pós-graduado em Direito Empresarial pela Universidade Federal de Uberlândia; ttiagoissa@yahoo.com.br

Introdução

As transformações presenciadas no ordenamento jurídico pátrio nas últimas décadas estão diretamente relacionadas ao desenvolvimento de questões normativo-ideológicas consubstanciadas na nova ordem jurídica, inaugurada com a promulgação da Constituição de 1998. Exige do legislador constituinte derivado, em sua atividade legiferante, orientar-se pela nova principiologia apresentada pela Carta Magna de 1988, a busca precípua da concretização e garantia dos direitos fundamentais.

O desenvolvimento da concepção dos direitos fundamentais na Constituição Federal é construído calcado na teoria das dimensões dos direitos fundamentais, apresentado pela doutrina balizada. Estas dimensões são resultados de uma consagração progressiva e sequencial dos textos constitucionais, escritos e consuetudinários. Os direitos humanos, compreendidos em âmbito internacional, normatizados por meio de tratados e convenções transnacionais, são recepcionados e positivados pelo constituinte originário de determinado país. Dessa forma, confere-se aos indivíduos direitos subjetivos, tanto em seu aspecto material quanto processual.

Os direitos fundamentais sociais, uma das espécies dos direitos fundamentais, apresentados no art. 6º e em outros dispositivos constitucionais objetivam, precipuamente, assegurar, mediante a compressão das desigualdades sociais, o exercício de uma liberdade real e efetiva, que pressupõem comportamento ativo do Estado. Com típico direito social, o direito à educação obriga o Estado a oferecer o acesso a todos os interessados, especialmente àqueles que não possam custear uma educação particular. Dessa forma, o direito à educação, de natureza social, tem uma dimensão que ultrapassa a consideração de interesses meramente individual, caracteriza-se como um bem comum, indissociável à concretização da dignidade da pessoa humana de todos os cidadãos.

O direito fundamental à igualdade, juntamente com o direito fundamental social à educação, positivados pelo constituinte originário, por isso sua característica de fundamental, exige, tanto do legislador quanto do administrador, mecanismos e instrumentos de efetivação desses direitos. Nesse contexto, surge a adoção das ações afirmativas na sistemática normativa nacional como tentativa de efetivar o direito fundamental à educação de maneira ampla e eficaz. Destaque à atuação do Governo Federal no âmbito das políticas públicas, e pela regulamentação destas ações pelo legislador infraconstitucional. Entretanto, essa empregabilidade deverá ser pautada em critérios claramente delimitados e prefixados, não sendo norteada em aspectos estritamente raciais, visando, de maneira digna, a concretizar a plenitude do direito à educação, elencado na Carta Magna de 1988.

Ademais, importante ressaltar que a adoção de ações afirmativas no seio das Universidades deverá ser norteada pelo princípio constitucional da autonomia universitária. Para melhor delimitar o presente estudo, destacar-se-ão a criação e a constitucionalidade do Programa Universidade para Todos (Prouni), como instrumento inaugural e legal de implementação de determinadas ações afirmativas no sistema de ensino brasileiro.

1 Direitos humanos e direitos fundamentais: delimitação

Em que pese sejam ambos os termos, “direitos humanos” e “direitos fundamentais” comumente utilizados como sinônimos, é necessário realizar uma importante distinção entre eles. “Direitos fundamentais” aplicam-se aos direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, por sua vez, a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal. Esta última independe de qualquer vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspira à validade universal, para todos os povos não delimitados no espaço e, temporariamente, possuindo caráter supranacional. É inequívoca a concepção do termo “direitos humanos” ser sinônimo do termo “direitos naturais”, isso porque, de acordo com lúcida lição de Bobbio (2008, p. 26):

[...] a própria positivação em normas de direito internacional, já revelou, de forma incontestável, a dimensão histórica e relativa dos direitos humanos, que assim se desprenderam – ao menos em parte (mesmo para os defensores de um jusnaturalismo) – da ideia de um direito natural.

Entretanto, ressalta-se o que os direitos humanos (internacionais) e fundamentais (constitucionais) caminham no reconhecimento, pelo direito positivo, de uma série de direitos naturais do homem, que, nesse sentido, assumem uma dimensão pré-estatal, isto é, antes da institucionalização do Estado. Nessa esteira, observam-se as seguintes expressões “diretos naturais”, no sentido de direitos naturais não, ou ainda não positivados; “direitos humanos”, positivados na esfera do direito internacional, e “direitos fundamentais”, direitos reconhecidos e protegidos pelos direitos constitucionais internos de cada Estado.

A utilização da expressão “direitos do homem” é de conotação marcadamente jusnaturalista, pois sua relevância para a concepção contemporânea dos direitos fundamentais e humanos é de destacável importância, uma vez que corroborou para o reconhecimento destes pelo direito positivo interno e internacional, e que, por isso, também pode ser denominada de uma “pré-história” dos direitos fundamentais (SARLET, 2010, p. 30).

De acordo com o ensinamento do conceituado jurista hispânico Pérez Luño, o critério mais adequado para determinar a diferenciação entre ambas as categorias é o de concreção positiva, uma vez que o termo “direitos humanos” se revelou conceito de contornos mais amplos e imprecisos que a noção de direitos fundamentais, de tal sorte que estes possuem sentido mais preciso e restrito, à medida que constituem o conjunto de direitos positivos de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito (LUÑO, 2008, p. 129).

No cenário internacional destacam-se Tratados e Convenções inauguradores de uma nova concepção humanística, referente aos direitos basilares de qualquer cidadão. Inicialmente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 surge como principal documento em matéria de direitos humanos, após as atrocidades da Segunda Guerra Mundial. Em seus 30 artigos, enumera os direitos fundamentais inerentes ao homem e proclama direitos específicos, como a segurança social, realização dos direitos econômicos, sociais e culturais considerados indispensáveis à dignidade humana e ao desenvolvimento de sua personalidade. No mesmo diapasão, a Declaração de Genebra, de 1924 e a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, aprovado no Brasil em 1990, estabeleceram a necessidade de proporcionar às crianças uma proteção especial e o direito às respectivas medidas por parte da família, da sociedade e do Estado.

Embora ricas de conteúdo, as Declarações de Direitos não são consubstanciadas, sendo facilmente desobedecidas, uma vez que não há um órgão com força suficiente para fazer valer tais direitos e impor sanções. Esses instrumentos internacionais apresentados podem ser caracterizados pelo valor positivo-normativo direto que possuem ou por serem simples requerimentos ao legislador para estabelecer uma norma ulterior, tratando-se de expressões “programáticas”, que aconselham ou recomendam o respeito a determinadas normas de conduta ou ao cumprimento de alguns deveres. Sobretudo, os chamados pelas constituições modernas de direitos sociais, como o direito à educação, tão ampliado nas Declarações atuais, mas que não passam faticamente do campo “programático”. Melhor seria, como sustenta Bobbio (2008, p. 26), que houvesse condições necessárias para que os direitos declarados pudessem ser efetivamente cumpridos:

a) que o reconhecimento e a proteção de pretensões ou exigências contidas nas declarações provenientes de órgãos e agências do sistema internacional sejam considerados condições necessárias para que um Estado possa pertencer à comunidade internacional; b) a existência, no sistema internacional, de um poder comum suficientemente forte para prevenir ou reprimir a violação dos direitos declarados.

Entretanto, as Declarações não deixam de ser essenciais e de significativa importância, visto que, inspiradas no direito natural, norteiam o legislador no estabelecimento de normas sancionadoras, no caso de violação dos direitos fundamentais reconhecidos e positivados internamente, por determinado ordenamento jurídico.

Pelo exposto, será adotado no trabalho em tela tanto o direito fundamental à educação como um direito humano, quanto o direito à educação como um direito fundamental, apresentando, para tanto, as consequências dessa classificação.

2 Direitos fundamentais e a Constituição de 1988

É de suma importância ressaltar que o reconhecimento e a declaração de um direito no Texto Constitucional são insuficientes para assegurar sua efetividade,

sendo necessários mecanismos capazes de protegê-lo contra potenciais violações. A Constituição Federal de 1988 representou significativa conquista na positivação dos direitos fundamentais em âmbito constitucional e consequentemente na legislação extravagante. A análise de algumas características da atual Carta Magna ajuda a compreender esse aspecto inovador. Isso porque, a Constituição vigente é de cunho marcadamente programático e dirigente, resultante do grande número de disposições constitucionais dependentes de regulamentação legislativa, estabelecendo programas, fins, imposições legiferantes e diretrizes a serem perseguidos, implementados e assegurados pelos poderes públicos. Nesse diapasão, destaca-se o direito fundamental à educação, que será depois detalhadamente analisado.

A situação topográfica dos direitos fundamentais positivados no início da Constituição, logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais, demonstra maior rigor lógico e principiológico adotado pelo constituinte originário, visto que, os direitos fundamentais podem ser compreendidos como parâmetro hermenêutico para toda a Carta Magna de 1988. Nessa perspectiva,

[...] a acolhida dos direitos fundamentais sociais em capítulo próprio no catálogo dos direitos fundamentais ressalta, por sua vez, de forma incontestável sua condição de autênticos direitos fundamentais, já que nas Cartas anteriores os direitos sociais se encontravam positivados nos capítulos da ordem econômica e social, sendo-lhes, ao menos em princípio e ressalvadas algumas exceções, reconhecido caráter meramente programático. (SARLET, 2010, p. 66).

Não há dúvidas de que o constituinte originário aumentou, sem precedentes, o elenco dos direitos protegidos. O catálogo dos direitos fundamentais contempla direitos fundamentais das diversas dimensões, demonstrando, além disso, estar em sintonia com a Declaração Universal de 1948, bem assim como os principais pactos internacionais sobre Direitos Humanos, o que também deflui do conteúdo das disposições integrantes do Título I – Dos Direitos e Garantias Fundamentais.

A distinção entre direitos fundamentais no sentido formal e material não tem sido objeto de muitos estudos e grandes divergências doutrinárias, ao menos no âmbito de literatura luso-brasileira. De modo geral, os direitos fundamentais em sentido formal podem, na esteira de Hesse (1991, p. 125), serem definidos como aquelas posições jurídicas da pessoa que por decisão expressa do legislador-constituinte foram consagradas no catálogo dos direitos fundamentais.

Conforme elucidada Canotilho (1999, p. 539), os direitos fundamentais em sentido material são aqueles que, apesar de se encontrarem fora do catálogo, por seu conteúdo e por sua importância podem ser equiparados aos direitos formais e materialmente fundamentais.

Portanto, o catálogo dos direitos fundamentais elencados na Carta Magna de 1988 não está adstrito ao seu art. 5º. O conceito materialmente aberto de direitos fundamentais consagrados no art. 5º § 2º da nossa Constituição é de amplitude ímpar, encerrando expressamente, ao mesmo tempo, a possibilidade de identificação e construção jurisprudencial de direitos materialmente fundamen-

tais não escritos, bem como de direitos fundamentais constantes em outras partes do Texto Constitucional e nos tratados internacionais (SARLET, 2010, p. 155).

3 Sistema de educação brasileiro: mecanismos de desenvolvimento e efetivação

Para garantir o exercício do direito, no que diz respeito ao dever do Estado, a Constituição discrimina encargos e competências precisas para o sistema de ensino da União, dos Estados e dos Municípios (CF, art. 211), e os correspondentes percentuais da receita de impostos para aplicação na manutenção e desenvolvimento do ensino (CF, art. 22, XXIV, 24, VIII, 30, VI, 208 e 212) (BRASIL, 1988). Neste modelo, a partir da ênfase à competência genérica comum, dá-se a indicação dos níveis de atuação prioritária, mas não exclusiva, para cada esfera de governo, à exceção do federal, o que reclama e evidencia a necessidade de organização dos respectivos sistemas em regime de colaboração, especialmente enfatizado com referência ao ensino obrigatório.

Assim, compete aos municípios atuar prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil, aos Estados e ao Distrito Federal no ensino fundamental e, médio, e à União, atuar supletivamente para garantir a equalização de oportunidades educacionais e o padrão mínimo de qualidade de ensino, mediante assistência técnica e financeira aos Estados, Distrito Federal e municípios, em todos os níveis de ensino (CF, art. 211, § 1º) (BRASIL, 1988).

A competência coordenadora da União, em matéria de política nacional de educação é reforçada, na legislação infraconstitucional, pelo art. 8º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), Lei n. 9.394/96 (BRASIL, 1996), visando a articular os diferentes níveis (básico e superior) e sistemas de ensino. Em razão de a Constituição Federal não ter indicado nenhum nível de ensino para a atuação prioritária da União, reforça-se a sua ação supletiva e redistributiva em todos os níveis.

Para os Estados, o Distrito Federal e Municípios, restam os encargos federativos de execução dos planos nacional e estaduais de educação, à vista do dever do Estado com a educação (CF, art. 205,) (BRASIL, 1988), e por força dos arts. 10 e 11, da Lei n. 9.394/96 (BRASIL, 1996). Ainda, há os encargos de organização, manutenção e desenvolvimento dos respectivos sistemas de ensino, em relação aos quais deverá ser aplicado, no mínimo, 25% da receita resultante de impostos, conforme previsto no art. 212 da Carta Magna, e no âmbito destes, a autorização e avaliação das instituições de ensino. No plano das competências legislativas, reserva-se à União competência privativa para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional (CF, 22, XXIV), para estabelecer o plano nacional de educação (CF, 214), e competência concorrente à dos Estados e Distrito Federal para legislar sobre educação mediante normas gerais (CF, art. 25, IX) (BRASIL, 1988).

A cautela singular que o constituinte originário reservou ao direito à educação recebeu delimitação orçamentária específica, por isso determina que pelo menos 18% (caso da União) e 25% (caso dos Estados, Municípios e Distrito Federal) de receita proveniente de impostos deveria ser destinada à manutenção e

desenvolvimento do ensino. Além disso, a Emenda Constitucional n. 14/96 criou o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental (Fundef) e a Valorização dos Profissionais da Educação. Destina-se ao ensino fundamental; os recursos são distribuídos aos municípios de forma proporcional ao número de alunos nas respectivas redes de ensino fundamental. Pelo estabelecido no referido fundo, o total solicitado aos Estados, Municípios e Distrito Federal, já indiciado, pelo menos 60% deveria ser destinado ao ensino fundamental, objetivando sua universalização e remuneração condigna do magistério.

No caso da União, a base de incidência dos 18% é o conjunto das receitas de impostos federais (CF, arts. 153 e 154), deduzidas as transferências constitucionalmente obrigatórias aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como aos Fundos Regionais, estabelecidos nos arts. 153, § 5º, 157, I e II, e 159 da Carta Magna. Para os Estados com base de incidência de 25%, é o conjunto de receitas de impostos estaduais (art. 155 da CF), deduzidas as transferências obrigatórias aos Municípios, por força dos arts. 158, III e IV, e 159, § 3º, da Carta Magna, acrescidas as mencionadas transferências recebidas da União. Por sua vez, a base de incidência dos 25% é o conjunto de receitas de impostos municipais (art. 156 da CF), acrescidas das transferências recebidas da União e do Estado (BRASIL, 1988):

Nesse sentido, preleciona Chaves (2004, p. 182) no Programa de Formação Continuada de Gestores de Educação Básica (Proged), apresentado no Curso de Formação de Gestores de Sistemas Educacionais:

[...] em uma realidade profundamente desigual como a brasileira contudo, os mecanismos de vinculação de receitas são insuficientes na medida em que o volume gerado em cada ente federado é extremamente diferenciado entre Estados e dentro de cada Estado. A equidade na educação, portanto, passa pela existência de mecanismos redistributivos que assegurem um patamar mínimo de investimentos na educação e cada brasileiro, independentemente do local ou região em que tenha nascido no país.

Por esse desequilíbrio fático existente, o § 3º do art. 212 estabelece que a distribuição dos recursos públicos deverá priorizar o ensino obrigatório, nos termos do Plano Nacional de Educação (PNE). De acordo com o art. 208, I, da CF, a prioridade é, portanto, do ensino fundamental. Um importante aspecto, nesse contexto, é a “[...] ampliação dos canais de participação da sociedade civil na elaboração, fiscalização e controle das políticas públicas” (DUARTE, 2006, p. 708), por meio dos conselhos educacionais, nas três esferas federativas.

A educação, no Brasil, obedece ao princípio da gratuidade, quando oferecida em estabelecimentos oficiais. Significa, pois, que é vedado ao Poder Público cobrar do indivíduo pelo oferecimento da educação em estabelecimentos próprios; o dever de oferecer a estrutura necessária para satisfazer “[...] está intimamente ligado ao problema da democracia do acesso à educação e constitui um direito, não uma concessão ou um favorecimento.” (DUARTE, 2006, p. 705).

A educação (gratuita), contudo, somente é considerada dever do Estado em relação ao ensino fundamental e obrigatório, mas inclui a educação para aqueles

que não tiveram acesso a esses níveis na época (idade) própria (inciso I do art. 208) (BRASIL, 1988). Quanto ao ensino médio gratuito, a Constituição apenas exige sua “progressiva universalização” (inciso II do art. 208) (BRASIL, 1988), e para o que denomina “níveis mais elevados de ensino, da pesquisa e da criação”, declara que o acesso acontecerá consoante a capacitação, os méritos próprios de cada um. Contudo, há uma vertente a ser considerada no contexto dos direitos sociais: as ações afirmativas para o acesso às universidades, que serão trabalhadas posteriormente. A capacitação decorrente dos méritos próprios de cada um, conforme citado, deve ser compreendida partindo dos pressupostos de que cada indivíduo tenha igualdade de condições materiais (econômico-social) disponíveis, caso contrário, não seria mérito individual.

Para tanto, o direito à educação beneficia-se das garantias constitucionais próprias aos direitos e garantias fundamentais, expressas no § 1º, do art. 5º e do § 1º IV, inciso IV, do art. 60, e também das normas internacionais relativas aos direitos humanos, conforme assegura o § 2º do art. 5º, como outrora tratado. Assim, para melhor delimitarmos o tema em tela apresentado, analisar-se-á o direito à educação, concernente ao ensino superior, constitucionalmente garantido a todos, e as ações afirmativas, como medidas assecuratórias deste direito.

3.1 Adoção das ações afirmativas como forma de consubstanciação da igualdade material

A mobilidade social foi uma das principais conquistas do Estado de Direito. A superação do modelo de sociedade baseado na divisão por *status*, pautado na condição de nascimento, foi efetivamente uma das maiores revoluções operadas pelo Homem. Esta conquista do mundo ocidental que se universalizou deve ser garantida às futuras gerações. Assim, a educação tem um papel fundamental na consolidação da mobilidade, pois deve colocar todos no mesmo ponto de partida, proporcionar a todos os cidadãos a oportunidade de estudo, fundamental, médio ou superior.

Em um sistema escolar democrático, deve promover a igualdade de oportunidades, a equidade e a escolaridade universal. A equidade acentua a ideia de que a educação deve estar acessível aos diversos grupos sociais, junto com os necessários apoios financeiro e pedagógico para o aproveitamento das oportunidades de desenvolvimento que se oferecem, em especial para os grupos que mais carecem socialmente. Além disso, a escolaridade universal refere-se à aspiração de que todos os membros de uma sociedade devem ter a oportunidade de ir à escola e obter os elementos culturais e as ferramentas para viverem e se desenvolverem socialmente. A escolaridade universal implica a obrigatoriedade escolar de um determinado número de anos de estudos mediante determinações legais as quais especifiquem as condições em que aplicará a medida, bem como o seu cumprimento.

Para um país, como o Brasil, que possui um histórico de desigualdade social e de concentração de renda, o tema da igualdade de acesso à educação deve ser visto com muita atenção. A igualdade jurídica formal, a chamada igualdade diante da lei, deve ser sempre vista sob o ponto de vista da realidade à qual será concre-

tizada. Se o intérprete da norma constitucional não tiver sensibilidade para compreender o ambiente social no qual a norma será aplicada, por certo poderá atingir finalidade contrária ao disposto no texto da Constituição, ou seja, a igualdade. A própria Constituição, no art. 3º, III, relativiza o primado clássico da igualdade perante a lei ao claramente demonstrar que o Estado e o direito também devem ser instrumentos na busca por esta igualdade. Trata-se de uma

[...] igualdade através da lei, uma igualdade que é buscada pela lei por meio da regulação diferenciada das situações desiguais. A premissa de que haveria uma igualdade jurídico-abstrata é substituída pelo inverso desta afirmação e pela confirmação de que as desigualdades devem encontrar, na Constituição e nas leis instrumentos jurídicos de libertação e não de opressão. (MALISKA, 2001, p. 171).

Embora sejam comumente abordadas no contexto da igualdade, no âmbito da igualdade tradicionalmente chamada material, uma das principais polêmicas da tese referente às ações afirmativas encontra-se exatamente na sua aplicação ao ensino, particularmente ao ensino universitário. Conforme preleciona Tavares (2010, p. 534), “[...] as denominadas ‘ações afirmativas’ compõem um grupo de institutos cujo objetivo precípua é, sinteticamente, por meio das políticas públicas ou privadas, os séculos de discriminação a determinadas ‘raças’ ou segmentos.” A adoção de cotas raciais ou sociais no ingresso ao ensino superior tornou-se por várias razões sinônimo de ação afirmativa no Brasil. Todavia, cotas não devem ser compreendidas como o mesmo que ação afirmativa, mas como uma das muitas formas de ação afirmativa.

O termo ação afirmativa (*affirmative action*) foi usado pela primeira vez em 1965 pelo Presidente dos Estados Unidos Lyndon Johnson, que convidou os americanos a “tomarem ações afirmativas” para garantir que candidatos sejam empregados e uma vez empregados sejam tratados igualmente, independentemente de sua raça (CHÁVEZ, 2000, p. 21). Isso porque o conceito se aplicava apenas ao mercado de trabalho, no entanto, o objetivo perseguido passou a se concentrar no acesso às universidades.

Em 1978, a Corte Suprema norte-americana julga *case Regents of the University of California v. Bakke*. Em apertada síntese, o querelante Bakke, ex-engenheiro, almejado, torna-se médico, concorreu a uma vaga na Faculdade de Medicina da Universidade da Califórnia, na qual não foi admitido. Bakke ciente de que tal faculdade tinha como política destinar certo número de vagas às minorias e verificando que grande parte dos aprovados, por meio desta política, possuíam notas menores que a sua, levou o caso à Justiça, alegando contrariedade à 14ª Emenda, e, por conseguinte, à igualdade.

A Corte Maior norte-americana, ao receber o caso, não o decidiu de forma pacífica. Os *justices* demonstraram as mais variadas opiniões, resultando que Bakke deveria ser imediatamente integrado ao quadro de alunos da faculdade e a possibilidade de as Universidades valerem-se de critérios raciais para fins de admissão. A decisão sobre Bakke se fundamentou no fato de o *Civil Act* de 1964 prever, em seu art. 621, que “Nenhuma pessoa nos Estados Unidos poderá, como base na raça,

cor ou origem nacional, ser excluído de participar de, ter negado benefícios de, ou estar sujeita à discriminação segundo qualquer programa ou atividade que recebia ajuda financeira federal.” (MENEZES, 2001, p. 99).

Dessa forma, em decorrência da Universidade da Califórnia receber fundos federais, seria impossível discriminar determinados candidatos no momento da escolha ao ingresso na referida Universidade, sendo, então, ilegal a sua conduta. No que se refere à constitucionalidade do uso do critério *raça* para fins de admissão, a Suprema Corte entendeu que essa medida é justificável para que se tenha um corpo discente variado, permitindo-se, assim, às instituições educacionais valerem-se de tal política. No entanto, importante destacar que referente à constitucionalidade da ação afirmativa adotada na decisão:

[...] nenhum membro da Suprema Corte supôs que as preferências raciais são sempre inválidas. Em alguns casos, a Corte exigiu o exato cumprimento do respeito à igualdade entre cores. E em outras, tolerou a consciência de cor, pois, se a negasse, estaria derrotando toda a luta contra o racismo e seus efeitos danosos. (TRIBE, 1988, p. 1521).

Embora o acesso ao ensino universitário, na Constituição brasileira, não seja colocado como um direito de titularidade universal (pelo contrário, a Constituição remete à “capacidade de cada um” no art. 208, inciso V), sua conjugação com as ações afirmativas (como decorrência de igualdade) tem ocasionado a divulgação de um direito social de acesso, por meio de ações afirmativas e, em geral, de um sistema de quotas.

Tal fato decorre, principalmente, da égide da Constituição de 5 de outubro de 1998, em que a técnica das ações afirmativas conquistou de imediato discípulos, difundindo-se por meio de medidas tendentes a ampliar o leque de oportunidades de acesso à educação superior, principalmente para os afrodescendentes e a população de baixa renda. De acordo com Gomes (2001, p. 39):

[...] inicialmente, as ações afirmativas definiam como um mero ‘encorajamento’ por parte do Estado a que as pessoas com poder decisório nas áreas públicas e privada levassem em consideração, nas suas decisões relativas a temas sensíveis como o acesso à educação e ao mercado de trabalho, fatores até então tidos como formalmente irrelevantes pela grande maioria dos responsáveis políticos e empresariais, quais sejam a raça, a cor, o sexo e a origem nacional das pessoas. Tal encorajamento tinha por meta, tanto quanto possível, ver concretizado o ideal de que tanto as escolas quanto as empresas refletissem em sua composição e representação de cada grupo na sociedade ou no respectivo mercado de trabalho.

Todavia, posteriormente, as ações afirmativas tornaram-se verdadeiras concessões de preferências, benefícios, com objetivo certo: incremento das oportunidades. A busca por oportunidades iguais a todas as classes, raças, etnias, passou a ser “[...] uma grande força compressora na sociedade Americana, algo que toda

e qualquer pessoa deve ter como um direito fundamental e cuja negação é moralmente inaceitável.” (LEMANN, 1999, p. 155).

As justificativas para ação afirmativa são de origens e fundamentação diversa, a depender do grupo e do contexto nos quais são defendidas. Os líderes do movimento negro vêm propondo cotas como uma forma de reparação histórica. Isso porque, os negros foram trazidos para o Brasil como escravos, e com a posterior abolição da escravidão não existiu nenhum mecanismo ou política de inclusão que permitisse a efetiva integração social e econômica dos escravos libertos. Portanto, nessa ótica, o Estado deve uma reparação aos seus descendentes pelos danos sofridos. Houve, portanto,

[...] um processo de alteração conceitual do instituto, que passou a ser associado à idéia, mas ousada, de realização da igualdade de oportunidade através da imposição de cotas rígidas de acesso de representantes das minorias a determinados setores do mercado de trabalho e a instituições educacionais. (GOMES, 2001, p. 40).

A questão crucial é quem (indivíduo/grupo) terá acesso às oportunidades que as ações afirmativas assegurarão. Outro argumento usado para a adoção das ações afirmativas é o da justiça social. Grupos historicamente discriminados e, em particular, os mais pobres, têm dificuldade em relação ao acesso ao ensino superior. Programas de ação afirmativa, que garantam aos mais pobres acesso ao ensino superior, têm forte apelo no sentido de diminuir as desigualdades. A referida justificativa foi utilizada como fundamentação precípua na adoção de cotas em diversas Universidades brasileiras. Nesse diapasão, importante ressaltar que a maioria das universidades nacionais que adotaram alguma das espécies de ação afirmativa se fundamenta na desigualdade social e não exclusivamente na questão racial.

3.2 Programa Universidade para Todos: mecanismo de ações afirmativas no ensino brasileiro

O trabalho em tela advoga pela adoção das ações afirmativas pautada em um aspecto social, isto é, norteadas pela significativa desigualdade social presente na população brasileira. A adoção de tais políticas, que levam à superação de uma perspectiva meramente formal do princípio da isonomia, integra o próprio cerne do conceito de democracia. A empregabilidade de ações afirmativas não deverá ser norteadas pelos aspectos estritamente étnicos ou raciais, sendo essa modalidade no mínimo desarrazoada.

Entre as três marcantes decisões proferidas pela Suprema Corte em 2012, referentes à adoção de cotas, destaca-se a constitucionalidade do Programa Universidade para Todos (Prouni), visto que, entre os objetivos visados com o presente trabalho, é a legitimidade das ações afirmativas desde que observados aspectos socioeconômicos.

Em 3 de maio de 2012, o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 3.330, ajuizada pela Confederação Nacional dos

Estabelecimentos de Ensino (Confenem), pelo Partido Democratas (DEM) e pela Federação Nacional dos Auditores-Fiscais da Previdência Social (Fenafisp), contra a Medida Provisória n. 213/2004, convertida na Lei n. 11.096/2005, que instituiu o Prouni, regulou a atuação de entidades de assistência social no ensino superior, e deu outras providências. O Prouni, instituído pela norma adversada, concedera bolsas de estudo em universidades privadas a alunos que cursaram o ensino médio completo em escolas públicas ou em particulares, como bolsistas integrais, cuja renda familiar fosse de pequena monta, com quotas para negros, pardos, indígenas e àqueles com necessidades especiais.

Existente desde 2005, o Prouni concede bolsas de estudo integrais e parciais em universidades particulares a estudantes cuja renda familiar não ultrapasse três salários-mínimos e que tenham cursado o ensino médio em escola pública ou em instituição particular na condição de bolsista integral. Entre estas bolsas, um percentual igual ou maior aos cidadãos autodeclarados indígenas, pardos ou pretos, segundo o último censo do IBGE, é direcionado aos estudantes que se declarem pertencentes a esses grupos, bem como a pessoas com deficiência.

Segundo a ação direta de inconstitucionalidade, é clara a afronta aos princípios da igualdade, da isonomia, da não discriminação e do devido processo legal ao argumento de que não se afiguraria legítimo no ordenamento, que vagas no ensino superior fossem reservadas com base na condição socioeconômica do aluno ou em critério racial ou de suas condições especiais. Salientou-se que a igualdade seria o valor que teria, no combate aos fatores de desigualdade, o seu modo próprio de realização. Além disso, a distinção em favor dos estudantes que tivessem cursado o ensino médio em escolas públicas e os egressos de escolas privadas contemplados com bolsa integral, constituiria discriminação para compensar anterior e factual inferioridade.

A Lei n. 11.096/2005 apresenta cinco critérios distintos e concomitantes para que o estudante possa se candidatar a uma bolsa, mantida pelo Prouni em uma Universidade Privada, são eles: ser brasileiro; não ser possuidor de diploma de curso superior, cuja renda familiar mensal *per capita* não exceda o valor de até um salário-mínimo e meio; ter cursado o ensino médio completo em escola da rede pública ou em instituições privadas na condição de bolsista integral; e, ser submetido e aprovado no processo seletivo aplicado pela instituição.

Por maioria de votos (vencido apenas o Ministro Marco Aurélio), o Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade do sistema de bolsas do Prouni. O Ministro Relator Ayres Britto salientou o alcance do programa e a colaboração deste para a efetivação do direito básico à educação: “Ele tem o mérito de atender a essa necessidade coletivamente sentida chamada educação, que é o primeiro dos direitos sociais listados pela Constituição, com absoluta procedência”, concluiu. Com essa decisão, valida-se o sistema de cotas no ensino superior brasileiro, o Supremo Tribunal consolidou a constitucionalidade das ações afirmativas direcionadas a grupos vulneráveis.

No que pese à importância das decisões proferidas pela Suprema Corte pela constitucionalidade das ações afirmativas, destacando a Lei n. 11.096/2005 que

cria o Prouni; a referida norma infraconstitucional, além dos critérios apresentados, elenca no art. 7º, II, “[...] o direito de bolsas de estudo destinado à implementação de políticas afirmativas de acesso ao ensino superior de portadores de deficiência ou de autodeclarados indígenas e negros.”

Dessa forma, importante estabelecer as espécies/modalidades de ações afirmativas e, por consequente, as cotas estabelecidas pelo presente Programa Federal. O Prouni reserva bolsas aos cidadãos portadores de deficiência e aos autodeclarados negros, pardos ou índios. O percentual de bolsas destinadas aos cotistas é igual àquele de cidadãos negros, pardos e índios, por Unidade da Federação, segundo o último censo do IBGE. Vale lembrar que o candidato cotista também deve se enquadrar nos demais critérios de seleção do programa, citados anteriormente.

Infelizmente, o critério pautado em aspectos étnico-raciais não nos parece o melhor a ser adotado na implementação das ações afirmativas, visto que, a orientação pautada em critérios socioeconômicos demonstra uma melhor escolha na busca de mitigar a extrema desigualdade no acesso e distribuição da educação brasileira. Ademais, clama-se por regras claramente delimitadas e consubstanciadas na legislação infraconstitucional norteadas por princípios constitucionais. As decisões do Supremo Tribunal Federal favoráveis às cotas nas universidades para afrodescendentes, indígenas e alunos, que cursaram o ensino público, são importantíssimas para nortear as políticas de ação afirmativas no ensino educacional brasileiro. Todavia, conforme presente nos votos dos Ministros da Corte Maior, a adoção das referidas ações deverá-se orientar pela brevidade e temporalidade, isto é, o sistema de cotas justifica-se com a concretização do princípio da igualmente material constitucionalmente defendido pelos ministros.

Conclusão

O objeto traçado pelo presente trabalho que ora se busca concluir é a educação como um direito fundamental de caráter universal, legítimo de toda e qualquer sociedade, cabendo ao Estado a implementação das políticas públicas para a sua concretização. O direito à educação é um direito inerente à natureza do homem que precede a própria natureza do Estado, devendo este ser assegurado desde a sua origem, não podendo considerá-lo apenas como um direito social, visto que é um instrumento fundamental para que o homem se realize como tal.

O objetivo do direito fundamental à educação é a completa expansão da personalidade humana. Para que isso ocorra, faz-se necessário que o Poder Público assegure os pressupostos para o uso deste direito, caso contrário, o direito não possui valor algum. Para tanto, observou-se a implementação do sistema de cotas como instrumento concretizador do direito fundamental social à educação.

O Brasil, norteadas pelas conquistas internacionais, buscando constantemente a mitigação das desigualdades sociais, visualiza no direito à educação ferramenta essencial para efetivar a dignidade da pessoa humana. Todavia, faz-se necessário a adoção de medidas materiais e fáticas para implementar a educação em âmbito nacional, tendo como resultado significativo, conforme apresentado,

a unificação, mesmo que em curso, do sistema de seleção para ingresso em curso superior no Brasil. Ademais, este sistema unificado de seleção possui como principal elemento as ações afirmativas, possibilitando que determinados indivíduos excluídos até então, do sistema educacional brasileiro, ingressem em instituições de ensino superior, fazendo valer, de forma efetiva, o direito fundamental à educação previsto na Lei Maior.

A adoção de ações afirmativas no sistema educacional brasileiro pautada em critérios socioeconômicos demonstra-se uma melhor escolha na busca de mitigar a extrema desigualdade no acesso e distribuição da educação brasileira. A partir das decisões do Supremo Tribunal Federal e do reconhecimento da constitucionalidade do Prouni, o Estado brasileiro busca abrangência tanto do acesso à educação quanto da sua qualidade, preceitos básicos de desenvolvimento de qualquer Estado-soberano.

Referências

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BRASIL. *Constituição*: República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Lei das Diretrizes e Bases da Educação Nacional n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 23 dez. 1996.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1999.

CHÁVEZ, L. Key dates in the battle over affirmative action policy. In: *Sex, race & merit: Debating affirmative action in education and employment*. Ann Arbor: F. J. Crosby e C. VanDeVeer, Eds.: The University of Michigan Press, 2000.

DUARTE, Clarice Seixas. Direito Público subjetivo e políticas educacionais. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade*: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

HESSE, Korand. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991.

LEMANN, Nicholas. *The big test: the secret history of the american meritocracy*. New York: Farrar: Straus and Giroux, 1999.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez.. La positividad de los derechos humanos em El marco constitucional. In: SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de; TEIXEIRA, Bruno Costa; MIGUEL, Paula Castello (Coord.). *Uma homenagem aos 20 anos da Constituição Brasileira*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à Educação e a Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TAVARES, André Ramos. Direito Fundamental à Educação. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. 2. ed. Mineola: The Foundation Press, 1988.

Data da submissão: 12 de maio de 2012
Avaliado em: 27 de maio de 2012 (Avaliador A)
Avaliado em: 24 de julho de 2012 (Avaliador B)
Avaliado em: 28 de maio de 2012 (Avaliador C)
Aceito em: 3 de setembro de 2012

