

**A POLÍTICA DE COTAS NAS UNIVERSIDADES: EM BUSCA DA EFETIVIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO\***

**THE POLICY OF SHARES IN UNIVERSITIES: LOOKING FOR EFFECTIVENESS OF THE RIGHT TO EDUCATION**

**Claudinei J. Göttems  
Thiago de Barros Rocha**

**RESUMO**

Ao estabelecer que o Estado brasileiro rege-se pelo regime democrático, a Constituição de 1988 não só incorporou ao texto cimeiro da ordem jurídica os anseios sociais da época, como ditames estanques. Ao contrário, o ordenamento constitucional, distante de ser conselhos ou opiniões, traduz-se em regras impositivas que vinculam o administrador e os administrados, reconhecendo-se a força normativa dos preceitos constitucionais. O direito fundamental à educação, comando normativo consagrado no artigo 205 da Constituição Federal, revela-se necessário para a consecução da dignidade humana e imperioso para o desenvolvimento pátrio. Garantir o acesso à educação, através de ações afirmativas, é fator decisivo para mitigar os entraves históricos e culturais que suprimiram de parcela da população usufruir deste direito fundamental e assegurar a igualdade substancial. Necessário, porém, que sejam repensadas as políticas de cotas a fim de não se negar vigência ao direito à igualdade, fundamento da democracia, sob a argumentação de se prevalecer, em qualquer hipótese, a inclusão das minorias.

**PALAVRAS-CHAVES:** DIREITO FUNDAMENTAL. EDUCAÇÃO. IGUALDADE. MINORIAS.

**ABSTRACT**

When it was determined that the Brazilian State is ruled by the democratic system, the Constitution of 1988 hasn't only incorporated the social wishes of that time as strong principals to the constitutional papers. Otherwise, the constitutional papers are able to translate the rules which affect the administration agent and the society, recognizing the strength of these constitutional principals. The fundamental right to education, constitutional clause written in the article 205 of the Constitution, is necessary to reach human dignity and essential to the State development. Assuring the access to this right to education through positive actions is an important attitude to soften the historical and cultural obstacles which have taken from society the possibility of this constitutional right's usufruct and guaranteeing the substantial equality. However, it is also necessary to re-think about the policy of shares in universities in order not to deny legal effect to

---

\* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

the right to equality, which is the reason of democracy, under the argument of prioritizing the inclusion of minorities in all situations.

**KEYWORDS:** FUNDAMENTAL RIGHTS. EDUCATION. EQUALITY. MINORITIES

## **Introdução**

O movimento de constitucionalização dos Estados, iniciado no final do século XVIII, trouxe para o centro da justificação jurídico-política os textos constitucionais.

Inicialmente concebida como mera carta de intenções, a Constituição tinha como função exclusiva organizar politicamente o Estado.

A evolução constitucionalista, vivida especialmente a partir da segunda metade do século XX, consagrou a Constituição como norma jurídica erigida à fundamentalidade do ordenamento jurídico. Os textos normativos fundamentais incorporaram as promessas da modernidade: limitação e separação do Poder estatal, supremacia das normas constitucionais, reconhecimento e fruição dos direitos fundamentais.

Desde a concepção inicial, contudo, a igualdade sempre foi fator que se fez presente nas Constituições, consequência dos ideais iluministas que culminaram com a Revolução de 1789, e tinha a função de democratizar a sociedade. Não se demorou a perceber que a democracia formal, pautada na lei, não era suficiente para consolidar os ideais democráticos.

A percepção de que a igualdade formal é insuficiente para caracterizar a democracia, visto que é, também, do conteúdo democrático, a fruição dos direitos fundamentais, conduziu à necessidade de assegurar para a sociedade a efetividade normativa da Constituição, reconhecendo-se que as normas nela insertas, sejam regras ou princípios, em especial as que consignem os direitos e garantias fundamentais, são impositivas.

Feita esta constatação, primou-se em garantir que os comandos constitucionais são normas jurídicas e, como tais, têm caráter vinculativo, incumbindo ao Estado e aos cidadãos sua observância.

Especialmente em países periféricos, de democracia tardia, como é o caso do Brasil, as promessas constitucionais não devem se limitar a meros indicadores do caminho a ser trilhado, a sugestões futuristas. Os direitos fundamentais, ao contrário, conclamam imediata concretização, e sua efetividade é essencial para a consolidação da democracia. Reconhecer, portanto, a imposição normativa dos comandos constitucionais é contribuir para a formação de consciência democrática e, por conseguinte, da consolidação da democracia substancial.

Neste contexto, sobreleva-se o direito fundamental à educação que assegura a todos o direito ao ensino e impõe ao Estado a obrigação de promover a educação com fundamento nos princípios consagrados constitucionalmente.

Reconhecer a normatividade das disposições constitucionais que estabelecem os direitos, garantias e princípios que regem a educação, assegurando aos cidadãos a concretude dos ditames da Constituição, é a garantia de caminhar firme rumo à democracia substancial e à consolidação do Estado Democrático de Direito.

Diante da impossibilidade fática de assegurar a todos a fruição dos direitos fundamentais, especialmente em países periféricos, as ações afirmativas constituem importante mecanismo que visa a mitigar ou eliminar óbices, sejam culturais, étnicos, econômicos ou sociais, impeditivos do acesso a concretude das normas constitucionais.

No âmbito educacional, as ações afirmativas se caracterizam pela adoção de políticas de quotas nas universidades que visam a permitir o acesso das minorias aos bancos universitários. Não se pode, contudo, deixar de assegurar a observância dos critérios de igualdade. Portanto, a fim de se permitir o acesso sem vilipendiar o princípio da igualdade, necessário a adoção de medidas que assegurem o acesso das minorias excluídas com a observância do princípio da igualdade.

## **1. A Constituição como norma jurídica**

Impulsionada pelos ideais iluministas e sob a tríplice bandeira da igualdade, liberdade e fraternidade, a Revolução Francesa teve como ápice a Declaração de Direitos, cunhada em 1789, em que já se proclamava a inexistência de Constituição em toda sociedade onde não estivesse assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação de poderes.

Fundamentado em matriz ideológica burguesa, o novo Estado, criado a partir da consagração da separação de poderes, tinha como finalidade limitar os poderes da Coroa e assegurar a igualdade. Erigiu-se a lei, geral e abstrata, como mecanismo apto a suplantar as desigualdades do Antigo Regime e assecuratório dos direitos do cidadão frente ao Estado.

Elegeu-se, então, o parlamento como responsável por assegurar, através da lei, o direito à igualdade. Percebeu-se, porém, que a lei, dotada de generalidade e abstração, não era suficiente para garantir a igualdade, que se traduziu numa igualdade meramente formal, visto que as desigualdades sociais ainda persistiam.

Superado o marco inicial de contraposição ao *Ancien Régime* era necessário garantir à lei o *status* de norma superior.

A par das codificações que regulamentavam o direito privado, as constituições passaram a regulamentar o direito público, inaugurando uma nova concepção de Estado, que o qualificava como um Estado constitucional.

A Constituição, agora escrita, passa a ser concebida como uma ordenação (direito ordenador), a norma fundamental que valida o direito posto e as normas inferiores, organizando o Estado, respeitando o primado da separação de poderes, e limitando sua forma de atuação na esfera privada, com vistas a garantir os direitos fundamentais, consistindo numa “[...] ordenação sistemática e racional da comunidade política através

de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político”[1].

Embora ciente de que às Constituições da época não era dado o valor que o constitucionalismo atual lhes atribui, certo é que os ideais que fundamentaram o Estado burguês, sob a égide de um ordenamento jurídico superior e imutável, contrapondo-o à vontade soberana do monarca, foram imprescindíveis para a atual compreensão da vinculação que a ordem constitucional impõe ao ordenamento jurídico.

A superação do Estado legislativo pelo Estado constitucional “pressupõe o caráter normativo das Constituições, as quais passam a integrar um plano de juridicidade superior, vinculante e indisponível, em linha de princípio para todos os poderes do Estado”[2].

A Constituição já não se atém somente em fixar os limites do poder estatal frente à liberdade e a organizar a formação política do Estado, senão se converte em positividade jurídica dos valores eleitos pela sociedade como fundamentais, vinculando a administração à busca pela efetividade e consolidação dos direitos consagrados socialmente.

Desde a advertência de Ferdinand Lassalle em não se transformar a Constituição em meras folhas de papel, distante da realidade social, até os dias atuais, com o reconhecimento da normatividade dos princípios constitucionais, muito se evoluiu acerca da doutrina constitucional e da efetividade do texto normativo fundamental.

É conhecido o ensinamento de José Afonso da Silva sobre a efetividade das normas constitucionais. Segundo o ilustre constitucionalista pode-se separá-la em três grupos: normas de eficácia plena, de eficácia contida e de eficácia limitada. Para o autor, sinteticamente, as normas de eficácia plena são aquelas normas constitucionais de aplicabilidade direta, imediata e integral que, quando entram em vigor, estão aptas a produzir os seus efeitos totais sem a necessidade de serem integradas pela legislação ordinária. As normas constitucionais de eficácia contida possuem aplicabilidade direta e imediata, mas seu campo de aplicação poderá ser restringido pelo legislador ordinário, permanecendo, porém, plenamente eficazes enquanto não houver lei infraconstitucional que limite sua abrangência. Por fim, as normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas de aplicabilidade mediata e reduzida, que necessitam de lei ordinária que integre seu conteúdo e lhe permita produzir todos seus efeitos, dividindo-se em: normas constitucionais de princípio institutivo, que tem como finalidade a estruturação de instituições, órgãos ou entidades do Estado; e normas constitucionais de princípios programáticos que tem a finalidade de apontar as perspectivas que devem guiar o Estado e a finalidade que se pretende para o futuro.<sup>[3]</sup>

Celso Antônio Bandeira de Mello[4], por sua vez, sem desconsiderar o modelo oferecido por José A. da Silva, classifica as normas constitucionais em relação à possibilidade de que possuem de gerar direitos imediatos para os administrados, dividindo-as em:

a. Normas que outorgam um poder-direito e que, portanto, não necessitam de uma prestação alheia para seu desfrute. “O bem jurídico é protegido e desfrutável em si mesmo – não como *contrapartida* de vínculo estabelecido em *relação jurídica*”, sendo

exemplos as normas que asseguram o direito de ir e vir, de inviolabilidade do domicílio, direito de propriedade, dentre outras. Para a fruição de tais direitos, não é necessária uma ação positiva, mas, ao contrário, reclamam uma abstenção, uma omissão para que não se embarace o seu exercício. Tais normas outorgam, de imediato, (i) uma utilidade concreta e (ii) a possibilidade de exigir esta utilidade em caso de embaraço ou turbação por outrem.

b. Normas que estabelecem o necessário para gerar uma utilidade concreta, mas que, ao contrário das normas que outorgam um poder-direito, dependem de uma prestação alheia. Caracterizam-se por estabelecer um direito em sentido estrito cuja fruição é consequência de uma relação jurídica entre o detentor do direito e o obrigado a prestá-lo. Portanto, para que seja possível a fruição do direito, a norma constitucional deve estabelecer qual o comportamento específico para sua concreta satisfação. Exemplifica a presente dicção a norma do artigo 210, parágrafo 1º, da Constituição que estabelece o ensino religioso como disciplina do ensino fundamental, de matrícula facultativa. A simples existência da norma permite ao administrado a fruição do ensino religioso e a exigência que ele seja ministrado.

c. As normas constitucionais podem, ainda, estabelecer apenas uma finalidade a ser cumprida pelo Poder Público, sem apontar os meios necessários para atingi-la. Tais normas, diferentemente do que ocorre com as primeiras, não estabelecem poder-direito ou outorgam um direito em sentido estrito, mas nem por isso deixam de ter finalidade, pois outorgam ao administrado a (i) possibilidade de se opor ao cumprimento de regras contrárias ao preceito constitucional e (ii) exigir, nas prestações jurisdicionais, interpretação e decisão orientadas por tais normas quando estiver em pauta os interesses por elas protegidas.

Verifica-se, destarte, que a divisão proposta pelo doutrinador tem como finalidade a distinção entre as normas constitucionais em conformidade com a fruição de seu conteúdo pelo administrado.

Embora guarde similitude com a divisão proposta por José Afonso, a classificação ora proposta dela se distingue na medida em que a primeira toma em conta a eficácia das normas em si mesmas sem a preocupação quanto à “consistência da posição jurídica que deferem aos administrados”.[\[5\]](#)

A evolução do movimento constitucionalista levou a consagração da imperatividade normativa da Constituição. Desde a concepção inicial de norma destinada a regulamentar o poder estatal até o reconhecimento contemporâneo da força normativa dos princípios constitucionais, a Constituição assumiu importante papel na consagração dos direitos fundamentais nela insertos.

É importante verificar que desde os primeiros movimentos revolucionários que se opuseram ao regime monárquico, o conteúdo da igualdade sempre esteve presente, visto ser este o primado da democracia.

Acreditava-se que assegurar a igualdade através da lei era sucedâneo da participação democrática. Contudo, a falaciosa assertiva sucumbiu à evolução social, tendo a sociedade percebido que a igualdade formal não é suficiente para garantir a democratização do Estado, vez que a lei não é apta a romper com as desigualdades

factuais e a democracia não se constrói senão com a efetividade dos direitos fundamentais.

Reconhecendo-se a normatividade da Constituição como ordem jurídico-imperativa e tendo ela em seu arcabouço consagrado os direitos fundamentais eleitos pela sociedade ao longo dos anos, é de se concluir ser corolário para a efetivação do Estado democrático a efetividade das normas constitucionais, em especial as que estabelecem direitos fundamentais.

## 2. O direito fundamental à educação

O reconhecimento de que os direitos do homem são fundamentais conduziu à necessidade de salvuardá-los de supressão pelo legislador ordinário. A fim de não se deixar ao legislador comum a possibilidade de mutação dos direitos consagrados com o passar histórico, a positivação dos direitos naturais e inalienáveis do indivíduo mereceu a dimensão de “[...] *Fundamental Rights* colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais”, sem o que os “[...] direitos do homem são esperanças, aspirações, idéias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política”.<sup>[6]</sup>

A constitucionalização, desta forma, garante aos direitos fundamentais sua indisponibilidade ao legislador ordinário e ao Poder Constituinte Derivado eis que consagrados como estrutura fundamental da ordem jurídico-constitucional e dotados de imutabilidade em sede de normas constitucionais derivadas.

Além de garantir a imutabilidade dos direitos erigidos à Constituição, a constitucionalização tem ainda, como consequência, o controle judicial de constitucionalidade de atos reguladores destes direitos, vinculando os poderes estatais, devendo, desta forma, os direitos fundamentais serem “[...] compreendidos, interpretados e aplicados como *normas jurídicas vinculativas* e não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes ‘declarações de direitos’”.<sup>[7]</sup>

A normatização dos direitos fundamentais na Constituição traz consigo a consagração da ideia de fundamentalidade formal dos direitos, e tem como consequência que (i) as normas que consagram os direitos fundamentais estão no ápice da ordem jurídica e sua alteração deve passar pelo crivo de um processo legislativo diferenciado, constituindo, em muitos casos, (ii) óbice à edição de normas, ainda que constitucionais, tendentes à modificação ou extinção destes direitos, assim como, por se tratarem de normas que veiculam direitos fundamentais, (iii) têm aplicabilidade imediata.

A história constitucional brasileira, desde a Carta de 1824, reconhece a fundamentalidade do direito à educação. Assim é que o artigo 179, inciso XXXII da Constituição de 1824 já assegurava o direito à educação primária gratuita.

A atual carta constitucional, no artigo 6º, consagrou a “[...] educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados” como direitos sociais. Vislumbra-se, assim, que ao lado de outros direitos sociais, a educação foi tratada pelo legislador constituinte como fundamental.

Para dar concretude ao aludido direito, o texto constitucional normatizou em capítulo próprio, inserido no Título VIII – Da ordem Social, o direito à educação estabelecendo que se constitui “[...] direito de todos e dever do Estado e da família” tendo como finalidade “[...] o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (Art. 205).

Denota-se, da letra normativa, que a Constituição erigiu o princípio da universalidade como orientador do direito à educação, consistindo em direito de todos frente ao Estado, estabelecendo, também, o fim que deve nortear a consecução do ensino. Combinado com o Art. 6º, a educação é elevada ao nível dos direitos fundamentais do homem, exigíveis, portanto, judicialmente se não for prestado espontaneamente.

José Afonso da Silva afirma que a normatização da forma explicitada

[...] significa, em primeiro lugar, que o Estado tem que aparelhar-se para fornecer, a todos, os serviços educacionais, isto é, oferecer ensino, de acordo com os princípios estatuídos na Constituição (Art. 206); que ele tem que ampliar cada vez mais as possibilidades de que todos venham a exercer igualmente esse direito; e, em segundo lugar, que todas as normas da Constituição, sobre educação e ensino, hão que ser interpretadas em função daquela declaração e no sentido de sua plena e efetiva realização.<sup>[8]</sup>

O artigo 206 estabelece os princípios que devem nortear o ensino, destacando-se a igualdade de condições para acesso (inciso I), gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais (inciso IV) e a gestão democrática do ensino público (inciso VI).

Por seu turno, o artigo 208 estabelece o dever do Estado com a educação explicitando a forma de sua efetivação.

A exequibilidade, destarte, do direito à educação subsiste na forma de prestações positivas do Estado para garantir a expansão do ensino como forma de garantir ao homem a incorporação a seu patrimônio cultural pessoal de conhecimento que lhe permita o desenvolvimento, o exercício da cidadania e a capacitação para o trabalho. Observa-se, com isso, que o conteúdo de fundamentalidade do direito à educação o é tendo em vista que esse direito constitui patrimônio inalienável do ser humano e condição que lhe possibilita o conhecimento, exercício e exigibilidade dos direitos individuais.

A imposição normativa, desta feita, estabelece o *modus* pelo qual o poder estatal deve dar azo à concretização dos ditames constitucionais. Por se tratar, segundo a classificação proposta por Celso Antonio B. de Mello, de direito que depende de prestação positiva do Estado, a omissão do poder público em cumprir as imposições constitucionais assegura ao administrado a tutela jurisdicional do direito violado.

Deixando o poder estatal de dar integral cumprimento aos ditames constitucionais que asseguram o direito à educação, na forma preconizada no Texto Maior, vilipendiando, assim, o direito fundamental assegurado ao administrado, *ex surge* para este a faculdade de exigir o adimplemento obrigacional através da tutela jurisdicional.

Incumbe, portanto, ao Legislativo a adoção de leis que propiciem a fruição do direito à educação; ao Executivo a adoção de políticas implementadoras; e ao Judiciário, excepcionalmente, a interferência em caso de omissão dos demais órgãos do poder.

### 3. Política de cotas e igualdade

A população afro-descendente, as mulheres, as crianças e demais grupos fragilizados ou preteridos socialmente devem ser vistos nas individualidades e peculiaridades de sua condição social. Desta assertiva emerge a situação, ou lhe serve de amparo, de que ao lado do direito à igualdade surge o direito à diferença com vistas à distinção e um tratamento especial.

O direito à igualdade, assim, quando verificado sob a análise da concessão de benefícios, privilégios, tratamento especial para determinados grupos, afasta-se da sua vertente formal preconizada no *caput* do artigo 5º, da Carta Magna de 1988.

A igualdade formal, sob a bandeira de que todos são iguais perante a lei, sede lugar para a igualdade material e seu ideal de justiça social e distributiva, adotando, para o reconhecimento desta igualdade substantiva, os critérios de gênero, orientação sexual, raça, condição econômica etc.

Nas oportunas palavras de Boaventura de Souza Santos[9] a questão acerca da igualdade material/substantiva foi assim reduzida:

Temos o direito de ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades.

É de se consignar que na Carta Magna há previsões de busca pela igualdade material, servindo como referência exemplificativa desta hipótese o prelecionado em seu art.37, inciso VII.

Assim, na busca da igualdade material as ações afirmativas são instrumentos de inclusão social, consistentes em medidas especiais que têm por escopo regular a origem discriminatória de determinados grupos com a aceleração do processo de busca pela igualdade.

Neste cenário, com o escopo formal de se eliminar a segregação racial, que nos dizeres de Flávia Piovesan[10] ocorre “quando somos tratados iguais, em situações diferentes; e diferentes, em situações iguais”, adotam-se políticas compensatórias que aceleram ao processo igualitário, com estímulo à inserção e inclusão de grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais. As denominadas ações afirmativas.

Nas palavras de Flávia Piovesan[11], as ações afirmativas “constituem medidas concretas que viabilizam o direito à igualdade, com a crença de que esta deve se moldar na forma do respeito à diferença e à diversidade”.

Desta feita, através de ações afirmativas busca-se a concretização de medidas especiais de proteção ou incentivo a grupos ou indivíduos, com vistas a promover sua inserção e ascensão na sociedade, objetivando o alcance da igualdade substantiva em prol de grupos socialmente vulneráveis.

No Brasil, o debate sobre políticas que resultem na adoção de ações afirmativas é recente, tendo tido maior repercussão com o posicionamento favorável acerca de políticas públicas que venham a favorecer grupos historicamente discriminados nas áreas da educação e do trabalho na III Conferência das Nações Unidas de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, ocorrida em Durban, África do Sul, de 31 de Agosto a 07 de Setembro de 2001.

Em termos educacionais, no estado brasileiro há o programa de bolsa escola, que atua no favorecimento de populações de baixa renda com incentivo na manutenção dos filhos nas escolas; ação que visa, ainda, a combater o trabalho infantil.

Quanto a educação superior não há um consenso sobre qual o caminho com maior aspecto de ideal deve-se tomar, existindo questões com altas indagações no tocante ao *discrímén* a adotar como diferenciador apto à percepção destes ou daqueles benefícios, donde ora se tem a raça (cotas raciais), outrora a posição econômica (critério econômico), noutrora ambos em combinação.

A questão que nos mostra crível a ser debatida é se a adoção de cotas raciais para o ingresso de estudantes negros nas universidades é um remédio que se justifica de fato com vistas a sua aptidão para supressão das diferenças étnicas e os efeitos gerados através da efetivação das medidas que terão este propósito.

Uma pesquisa acerca dos efeitos das ações afirmativas e da adoção de cotas realizada na Malásia, Índia, Sri Lanka, na Nigéria e em outros países daquele continente, revela posição oposta àqueles que debruçam suas opiniões em conclusões favoráveis aos resultados obtidos com a implementação de ações afirmativas consistentes em sistema de cotas. Tal qual expõe Ali Kamel, além das previsíveis reações, há aquelas motivadas pelo atijamento do preconceito.

Na Índia, os registros de atrocidades contra os intocáveis eram de 13 mil nos anos 1980; pularam para mais de vinte mil nos anos 1990 (o número de mortos era quatro vezes maior nos 1990 do que nos 1980). Na Nigéria, a adoção de políticas de preferência racial levou a uma guerra civil, provocando o cisma que criou Biafra (mais tarde reincorporada), sinônimo de fome e miséria. Sri Lanka, quando da independência, era uma nação em que duas etnias, com língua e religião diferentes, conviviam harmoniosamente. Com a adoção de políticas de preferência étnica, o que se viu foi uma das mais sangrentas guerras civis. [\[12\]](#)

No Brasil não teremos guerras civis nem atrocidades físicas contra grupos favorecidos pela implementação de políticas compensatórias, não pela inexistência de revolta dos que irão se sentir desprestigiados, mas pelas características do povo brasileiro.

Dentre os não beneficiados pela política de cotas emergirá o sentimento de que o mérito não mais importa, ou então de que tal atributo não é mais determinante para a conquista de um posto de trabalho ou vaga na universidade.

Há ainda que se considerar que por suas características as políticas de cotas detenham, obrigatoriamente, caráter temporário, mantendo-as até a supressão da desigualdade ou mitigação da inferioridade.

Ora, uma vez praticada, a supressão dos benefícios resultaria em ato político impopular, pois inegavelmente afastaria de determinados grupos certas facilidades, sendo consequência bastante significativa para que, uma vez implantadas, tornem-se perpétuas no cenário político brasileiro.

Em paralelo a estas hipóteses navega em velas sem ventos populistas a opinião daqueles que propõem a radicalização de um processo que resulte no aumento de qualidade do ensino fundamental e médio, garantindo a todos, brancos, negros, pardos, pobres ou ricos, iguais ou desiguais, um ensino de qualidade, dando-lhes chance de ingresso em uma universidade, recompensando com mérito a dedicação ao trabalho e estudo.

O oposto é permitir a conclusão de que os negros por si não são aptos a conquistar uma vaga em universidades públicas, condição que se mostra injustificada, eis que certa a capacidade intelectual o respectivo poder de aprendizagem, faltando-lhes apenas a equivalência de oportunidades na construção da base de seu conhecimento.

Ocorre que este desequilíbrio de oportunidades também é imposto a brancos de classes sociais desprestigiadas, bem como a alguns grupos da sociedade (moradores de favelas e filhos de egressos, por exemplo). Na hipótese concreta da concessão de benefícios a negros que se encontrem no mesmo patamar econômico de brancos há, indubitavelmente, a impingência a estes últimos do sentimento de injustiça, pois foram preteridos na concessão de benefícios mesmo estando em condições de igualdade com os beneficiados.

Por derradeiro, nos dizeres de Ali Kamel a síntese importa que

Os negros brasileiros não precisam de favor. Precisam apenas de ter acesso a um ensino básico de qualidade, que lhes permita disputar de igual para igual com gente de toda cor.[\[13\]](#)

No aspecto histórico, a questão de inserção de estudantes negros em universidades públicas encontra amparo no julgamento do caso *Brown v. Board of Education* pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1954.

Quando do julgamento deste caso foi feita uma opção em favor das minorias, posto que um grupo de estudantes negros apelou da decisão de uma Corte estadual que havia mantido a segregação racial nas escolas públicas estaduais, requerendo a aplicação da cláusula constitucional de igual proteção. Em sua conclusão, restou estabelecido que a regra de segregação racial, em qualquer contexto, viola a Emenda 14 à Constituição dos Estados Unidos. Este julgamento não fixou condições para implementação da sua decisão, fato superado somente em *Brown v. Board of Education II*, em 1955, em que a Suprema Corte dos Estados Unidos determinou que as Cortes inferiores fossem responsáveis por supervisionar a implementação do precedente fixado em 1954.[\[14\]](#)

Em 1971 um estudante negro ingressou com ação (*Swann x Charlotte-Mecklenburg Board of Education*) em uma Corte Federal alegando que sua escola estava

descumprindo a decisão fixada em Brown, argumentando que em razão do descumprimento a Corte Distrital local foi levada a elaborar um plano visando o fim da segregação, que incluía cotas a serem observadas pelas escolas públicas, uma vez que estas continuavam a segregar alunos pela cor. A Suprema Corte manteve o plano judicial sob o fundamento de que uma vez que as autoridades escolares falharam, as Cortes distritais tinham discricção para empregar seus poderes em favor do precedente fixado em Brown[15].

No cenário norte-americano a questão referente a segregação racial, e posteriormente às cotas, se desenvolveu através do Poder Judiciário, através de atos de justiciabilidade, tendo a Suprema Corte fixado paradigmas e estendendo as condições para que as Cortes inferiores promovessem a inclusão de estudantes negros nas cadeiras universitárias.

Sem a adstrição aos precedentes emanados dos Tribunais superiores, o cenário nacional assiste a proposições de projetos de leis que determinam regras para a reserva de vagas no ingresso nas instituições de ensino superior das redes federal e estadual com a fixação de critérios de inclusão por razões de etnia com critérios universais de renda.

Em meados de 1967 o estado brasileiro tornou-se signatário da Convenção Internacional Sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial da Organização das Nações Unidas, situação que por corolário o fez se comprometer à aplicação de ações afirmativas como forma de promoção da igualdade para inclusão de grupos étnicos historicamente excluídos no processo de desenvolvimento social.

Com vistas à efetivação deste compromisso está em tramitação o Projeto de Lei nº 180, de 2008, que dispõe sobre o ingresso de estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas e para estudantes autodeclarados negros, pardos e indígenas nas universidades federais e estaduais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio, assegurando um total de 50% das vagas existentes para este grupo de alunos.

A Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado declarou a constitucionalidade material do projeto de Lei, asseverando que suas proposições buscam dar cumprimento ao princípio da isonomia, pois estabelece políticas de ação afirmativa que visa a compensar a histórica desvantagem a que foram submetidos os grupos sociais e étnicos beneficiados com a garantia de vagas que busca proporcionar.

Enquanto este projeto de Lei mantém sua tramitação, a questão da reserva de vagas vem sendo tratada diretamente pelas universidades e de forma esparsa pelos Tribunais nacionais, os quais, por característica, não adotam precedentes como paradigmas, situação que resulta a prolação de sentenças fundamentadas em motivos isolados, quando não contraditórias entre si.

## **Conclusões**

O direito à educação deve ser analisado sob a ótica da Carta Constitucional com vistas a assegurar sua concretização, fator importante para garantir à sociedade a busca pela igualdade, consubstanciada não só pelo formalismo legal, mas, em maior medida, pela

efetividade dos direitos fundamentais. Neste aspecto, o direito à educação está intrinsecamente ligado à democracia.

O acesso ao processo educacional é fonte mitigadora das desigualdades e fundamento para a cultura democrática, processo que se reveste da busca pela igualdade fática, uma vez que a democracia não pode ser vista como mero aparato normativo-político.

Garantir à sociedade a participação política é apenas uma faceta da democracia que reclama, atualmente, a efetivação dos direitos fundamentais.

A atual Constituição brasileira estabeleceu a educação como direito social fundamental, determinando os mecanismos que devem ser adotados para a sua consecução, gerando para os administrados um direito em sentido estrito, que exige do Poder Público a adoção de medidas que assegurem a efetividade constitucional.

O Poder Constituinte, assim o fazendo, consubstanciou o direito educacional como patrimônio inalienável do ser humano e ínsito ao atual estágio de evolução dos direitos fundamentais, vinculando os administradores na tarefa de bem cumprir os comandos normativos, incumbindo-lhes o encargo de editar e adotar instrumentos que resultem em ações com o propósito único de implementá-lo.

A omissão na adoção e execução de políticas públicas tendentes a efetivar a educação garante ao administrado a busca pela tutela jurisdicional do direito violado, cumprindo ao Poder Judiciário, através da jurisdição constitucional, zelar pela efetividade normativa da Constituição.

Garantir, assim, a efetividade do direito à educação, é permitir que a sociedade evolua culturalmente rumo à democracia substancial, buscando, além da participação política, a consecução dos direitos fundamentais, importante para a evolução e consolidação do Estado Democrático.

A implementação de políticas públicas que reflitam ações afirmativas com o escopo de garantir à determinados grupos privilégios que objetivem a mitigação de preconceitos e desprestígio de acesso a oportunidades é encargo constitucional fixado em desfavor dos legisladores infraconstitucionais e dos dirigentes do poder executivo.

Ante a ausência de regulamentação específica para a adoção de medidas mitigadoras dos óbices ao acesso dos grupos minoritários, incumbe ao Judiciário a análise de casos concretos a fim de prover ações afirmativas que resultem na concretização do acesso igualitário ao direito educacional, assegurando o direito a igualdade material.

Hodiernamente, derivada da inexistência de disposição normativa abstrata e geral, as universidades normatizam a política de cotas com base em critérios isolados que, não raras vezes, desprestigiam a igualdade material e a isonomia, lançando ao Judiciário a obrigação de readequação do *discrímen* adotado a fim de equacionar o direito fundamental do acesso à educação dos grupos e classes minoritárias compatibilizando-o com o princípio da igualdade formal e material.

## Referências

- APPIO, Eduardo. **Direito das Minorias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 10ª ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000
- BURDEAU, Georges. **A democracia**. Tradução de Paulo António dos Anjos. 2ª ed. Coleção Saber. Ciência jurídicas, econômicas e sociais. S.l.: s.e., s.d.
- CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. 2ª ed. Campinas: Millenium, 2007
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003
- \_\_\_\_\_. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002
- FRISHCEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2000
- HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.
- KAMEL, Ali. **Não somos Racistas: uma reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor**. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2006
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira**. Barueri: Manole, 2003.
- MEIRELLES, Helly Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. Malheiros, 2009
- MIRANDA, Pontes de. **Democracia, liberdade, igualdade**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2002.
- MORENO, Beatriz González. **El Estado Social: naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales**. Madrid: Civitas Ediciones, 2002.
- PIOVESAN, Flávia. **Cotas Raciais no Ensino Superior: Ações Afirmativas sob a perspectiva dos direitos humanos**. Curitiba: Juruá, 2009
- SANTOS, Boaventura de Souza. **Reconhecer para libertar: Os caminhos do cosmopolitanismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional positivo**. 28ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. 2ª ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. 2ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004

TEZANOS, José Félix. *La democracia incompleta: el futuro de la democracia postliberal*. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, 2002.

TOCQUEVILLE, Aléxis de. **A democracia na América**: sentimentos e opiniões. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

---

[1] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 48.

[2] CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. 2ª ed. Campinas: Millenium, 2007, p. 18

[3] SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 126, 138 e 164.

[4] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. Malheiros, 2009, p.22 e ss.

[5] *Idem*, p.17

[6] Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 377.

[7] *Idem*, p.377.

[8] *Op. cit.*, p. 313.

[9] SANTOS, Boaventura de Souza. **Reconhecer para libertar**: Os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p.56

[10] PIOVESAN, Flávia. **Cotas Raciais no Ensino Superior**: Ações Afirmativas sob a perspectiva dos direitos humanos. Curitiba: Juruá, 2009, p.18

[11] *Op.cit.*, p.21

[12] KAMEL, Ali. **Não somos Racistas**: uma reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2006, p.92

[13] *Op. Cit.*, p.95

[14] APPIO, Eduardo. **Direito das Minorias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 17.

[15] *Op. Cit.*, p.226/227