

EDUCAÇÃO E AÇÕES AFIRMATIVAS COMO DIREITO À PARTICIPAÇÃO E AO PROCEDIMENTO

Education and affirmative action as procedure and participation rights

GEZIELA IENSUE

Doutora pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Pesquisadora bolsista do CNPq/ FUNDECT vinculada ao Mestrado em Direitos Humanos da Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Professora Voluntária da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). E-mail: igeziela@gmail.com

LUCIANI COIMBRA DE CARVALHO

Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora adjunta da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Professora do mestrado profissional PROFIAP e do mestrado acadêmico em direito da UFMS. E-mail: luciani.carvalho@ufms.br

RECEBIDO EM: 10.08.2015

APROVADO EM: 15.02.2016

DOI: 10.5585/rdb.v10i5.282

RESUMO

O presente artigo visa analisar as ações afirmativas na modalidade de políticas de cotas para acesso pelos afrodescendentes ao ensino superior, à luz do direito à participação e ao procedimento. Para tanto, buscar problematizar o direito fundamental à educação, evidenciando-se às suas finalidades, assim como o seu caráter peculiar e multifacetado, a partir da análise de suas dimensões, especialmente, à sua dimensão social, no que tange às facetas objetiva e subjetiva, visando aclarar o seu conteúdo juridicamente exigível. Ademais, procura sublinhar que o direito fundamental à educação ao integrar as várias dimensões dos direitos fundamentais encontra-se voltado à satisfação e ao desenvolvimento humano, em seu sentido mais amplo, ao invés de concebê-lo tão somente como um processo de produção de capital humano, como sustentam diversas concepções meramente econômico-utilitaristas. A partir desse entendimento, de educação como um processo destinado ao desenvolvimento humano holístico, procura defender a tese, segundo a qual, as ações afirmativas na modalidade de políticas de cotas para acesso pelos afrodescendentes

ao ensino superior configuram-se em instrumentos de correção e de adequação do direito à participação e procedimento nos processos seletivos de acesso à educação superior, evidenciando a possibilidade de relativização do critério republicano do mérito (puro) em face da concretização de outros direitos e liberdades fundamentais da minoria em comento, assim como beneficia todo o corpo social, vez que, dada a natureza pública por excelência da educação, esta constitui instrumento de ação política.

PALAVRAS-CHAVE: AÇÕES AFIRMATIVAS, DIREITO À EDUCAÇÃO, MERITOCRACIA, DESENVOLVIMENTO HUMANO.

ABSTRACT

This article aims to examine affirmative action in the form of quota policies for access to higher education by Afro-descendants in light of the right to participation and the procedure. To this end, seek to question the fundamental right to education, demonstrating with its purposes as well as its peculiar and multifaceted character, from the analysis of its dimensions, especially its social dimension, with respect to the objective and subjective aspects, aiming to clarify its legally required content. In addition, it seeks to emphasize that the fundamental right to education by integrating the various dimensions of fundamental rights, is focused on the satisfaction and human development in its broadest sense, rather than conceive of it only as a production process human capital, as merely supporting various economic and utilitarian conceptions. Based on this understanding of education as a process intended for holistic human development, seeks to defend the thesis, according to which affirmative action in the form of quota policies for access to higher education by Afro-descendants are configured in correction tools and adequacy of the right to participate in selection processes and procedures of access to higher education, highlighting the possibility of relativization of republican criterion of merit (pure) in view of the realization of other fundamental rights and freedoms of minority under discussion, as well as benefits the entire body social, since, given the public nature of education par excellence, it is this instrument of political action.

KEYWORDS: AFFIRMATIVE ACTION, RIGHT TO EDUCATION, MERITOCRACY, HUMAN DEVELOPMENT.

SUMÁRIO: Introdução. 1. As dimensões do direito fundamental à educação. 2. O direito fundamental à educação a partir de sua dimensão social. 3. O direito ao acesso ao ensino superior: as ações afirmativas para os afrodescendentes à luz do direito à participação e ao procedimento. Conclusões. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe-se a examinar as ações afirmativas na modalidade de política de cotas para acesso ao ensino superior pelos afrodescendentes, à luz do direito à participação e ao procedimento. Sustentar-se-á que a política de cotas constituem mecanismos de ação política e social, vez que propiciam a parcela vulnerável em comento, o acesso/concretização do direito fundamental à educação.

Primeiramente, procurar-se-á apresentar um possível delineamento da expressão “educação” na linguagem jurídica, haja vista, a vagueza e a falta de clareza comum aos enunciados linguísticos de cunho prescritivo. Buscar-se-á problematizar o direito fundamental à educação, evidenciando as suas distintas dimensões, especialmente, a sua dimensão social, posto que, situam-se precisamente nesta, os maiores desafios em termos de concretização dos direitos prestacionais.

Sublinhar-se-á o caráter humanista quanto à definição da “educação”, encarando-a como um processo formativo que visa alcançar determinadas finalidades não necessariamente de cunho econômico-utilitarista, mas sim pode constituir um fim em si mesmo e voltar-se, precipuamente, ao desenvolvimento humano. Destacar-se-á o caráter multidimensional do direito fundamental à educação com vistas a esclarecer o seu conteúdo juridicamente exigível, bem como evidenciar que face à finitude dos recursos, ao Estado não é possível atender todas as demandas sociais.

Conclusivamente, procurar-se-á defender a tese segundo a qual, as ações afirmativas constituem instrumentos que melhor viabilizariam, em curto prazo, a distribuição dos recursos reputados escassos, no caso em tela, o direito fundamental ao acesso à educação superior pelos afrodescendentes.

Mencionadas políticas afirmativas podem ser compreendidas como instrumentos de correção e adequação do direito à participação e ao procedimento, no tocante aos processos seletivos voltados ao acesso ao ensino superior público pelos afrodescendentes, na medida em que, permitem a relativização e/ou superação do critério do mérito (puro) propiciam uma maior democratização do acesso à educação universitária.

Destarte, as ações afirmativas ao garantir o acesso ao direito fundamental à educação pela minoria em comento, permite que se concretizem ainda, outros direitos e garantias fundamentais voltados ao pleno desenvolvimento da personalidade e condição humanas, podendo resultar, dado o caráter multidimensional da educação em ganhos para todo o corpo social.

1. AS DIMENSÕES DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO

Pode-se afirmar, que a partir do célebre *Tractatus Logico-Philosophicus* de

autoria de Ludwig Wittgenstein, foi evidenciada a importância da linguagem para a construção do conhecimento e do próprio contexto social, em seu célebre¹. A partir dessa compreensão, o fenômeno jurídico, encarado como linguagem dotada de normatividade, se configura como um sistema resultado da cultura humana dotado de estrutura organizacional prescritiva, ou seja, direcionado a estimular e modificar a conduta humana, por meio de comandos deonticos.

Desse modo, dada a intensa vagueza e a necessidade de clareza em seus enunciados linguísticos prescritivos, definições amplas como “educação” encerram grande desafio. Por conseguinte, antes de se problematizar o direito fundamental à educação a partir de suas dimensões, faz-se necessário, apresentar um possível delineamento da expressão “educação” na linguagem jurídica. Com vistas a isto, valer-se á aqui, de algumas definições da expressão “educação” positivas nos documentos e instrumentos jurídicos internacionais e na própria Constituição Brasileira de 1988.

O relatório de Monitoramento Educação para Todos da UNESCO menciona, que a “educação” deve ser compreendida como um processo formativo intelectual, sobretudo, de crianças, a ser desenvolvido e conduzido por gerações mais velhas². A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, ao expressar já em seu preâmbulo, que é por meio da educação que os povos e nações devem promover os direitos e liberdades ali declarados, e de igual modo, diversos instrumentos jurídicos internacionais em alguns de seus dispositivos acenam algum conteúdo a “educação”.

Assim, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em seu art. 13, item 1³, expressamente reconhece a toda pessoa o direito à educação como condição ao seu pleno desenvolvimento e como condição indispensável ao respeito e fortalecimento dos direitos e liberdades fundamentais.

Nessa esteira, o art. 29 da Convenção sobre Direitos da Criança⁴ enumera

1 Acerca da incapacidade humana de acessar os acontecimentos materiais em si, mas tão somente à linguagem sobre os mesmo ver, WITTGENSTEIN, L. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Trad. Luiz Henrique Lopes dos Santos. 2ª edição revista e ampliada. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1994.

2 UNESCO, *International Standard Classification of Education – ISCED*, 1997, p. 10.

3 Art. 13, (1) assim preceitua: “os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e a fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz”. O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi incorporado ao direito interno brasileiro pelo Decreto n. 591, de 06 de julho de 1992.

4 Sobre o tema conferir o comentário geral n. 13 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e da relatora especial KATARINA TOMASEVSKI acerca da definição normativa do direito à educação: disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e adaptabilidade. OR-

um rol de finalidades a serem alcançadas por meio da educação pelos países signatários do presente instrumento internacional, quais sejam, a promoção do desenvolvimento da personalidade da criança, dos seus dons e aptidões físicas e intelectuais; inculcar na criança o respeito pelos direitos e liberdades fundamentais e pelos princípios consagrados na Carta das Nações Unidas; despertar o respeito pelos pais, pela sua identidade cultural, língua e valores, pelos valores nacionais do país em que vive, do país de origem e pelas civilizações diferentes da sua. Além disso, constitui finalidades a serem obtidas por meio da “educação” o preparo da criança à assunção das responsabilidades privadas e sociais, ensinando-lhe o respeito aos valores de paz, de tolerância étnica e religiosa, ao meio ambiente e à igualdade de gênero.

Evidencia-se a partir dos dispositivos mencionados que tais instrumentos, a despeito de não apresentarem uma definição ao instituto, atribuem-no um significado teleológico, vez que, ao eleger as finalidades para as quais a educação deve estar orientada, possibilita compreendê-la.

Aliás, solução semelhante, é a adotada pela Carta Magna de 1988, ao consignar em seu art. 205 que, a “educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.⁵ Destarte, pode-se compreender a educação como um processo formativo, que visa alcançar determinadas finalidades preestabelecidas.

Nesse ínterim, cabe indagar, especificamente, no que tange à titularidade e aplicação do direito à educação, se este deve ser compreendido pelo direito interno, a partir de uma perspectiva ampla, como a do direito internacional dos direitos humanos. Ressalta-se que, a partir desta perspectiva internacionalista ampla, a “educação” pode se constituir “um fim em si mesmo”, posto que, como resta claro dos precitados documentos e instrumentos jurídicos internacionais, a “educação” destina-se à satisfação e ao desenvolvimento humano, em seu sentido mais amplo.

Nessa toada, restam afastadas as concepções de cunho econômico-utilitárias⁶ que vislumbram na educação tão-somente um processo de produção de capital humano. Sustentam, dessa maneira, a produção de indivíduos qualificados, por período de tempo, em quantidade e qualidade exigidas pela economia. A visão de capital humano, como salienta TOMASEVSKI é incompatível com a noção de sujeito de direito, vez que pode gerar para tal linha de entendimento, efeitos reputados “contraproducentes” ou “nocivos”, basta pensar, v.g. tal lógica aplicada à educação de pessoas especiais, ou seja, uma educação geralmente de alto custo, com evidente

GANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, *General Comment 13: The right to Education*, 1999.

5 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 205.

6 MINGAT, T. *The strategy used by high performing Asian economies in education: some lessons for developing countries*, *World Development*, p. 697.

baixo retorno econômico.⁷

O desenvolvimento de capacidades visando o aumento de produtividade econômica desvela-se apenas como um dos resultados esperados da educação. Ao se adotar uma perspectiva ampliada de desenvolvimento educacional visando o desenvolvimento integral das capacidades e da personalidade humanas, evita-se a adoção de soluções reducionistas.

Com efeito, mostra-se imprescindível evidenciar a existência de um direito à educação que visa permitir ao sujeito o alcance de determinados resultados, sendo de igual maneira importante, de um ponto de vista jurídico-pragmático, ter clareza quanto ao processo formativo⁸ a que se faz jus. Tal entendimento é de supina relevância, sobretudo, ao se considerar que a exigibilidade jurídica recai mais propriamente sobre o instrumento, ao invés apenas dos resultados econômicos em si.

O direito à “educação” é comumente definido pelos autores como um direito fundamental social, cujo objetivo é permitir o pleno desenvolvimento do indivíduo, ou seja, prepará-lo para o exercício da cidadania e qualificá-lo ao trabalho, a ser exigido em face do Estado, da família e da sociedade⁹. Contudo, é possível perceber que esta definição fornece a natureza, a titularidade e o (s) sujeito (s) passivo (s), mas não propriamente o objeto. Destarte, a própria pluralidade de dimensões da educação enquanto enunciado normativo, pode assumir uma acepção peculiar.

Resta esclarecer, para fins de compreensão do direito à educação, que o presente artigo cingir-se-á a análise da “educação” a partir de seu sentido como processo formativo organizado institucionalmente, isto é, a educação oferecida em estabelecimentos oficiais ou não oficiais sujeitos aos atos autorizativos do Estado, com fiscalização quanto à qualidade, bem como certificada pelo mesmo.

A justificativa desta eleição deve-se ao fato de que, é sob este significado que o art. 205 e seguintes da Constituição Federal de 1988 tratam o direito à educação, aliás com extensa pormenorização. Ademais, este também parecer ser o delineamento tracejado pelos Tribunais Superiores em seus diversos julgados no que pertine às políticas públicas educacionais, como se verá adiante.

Não obstante, estabelecidos os fins e a forma do direito à educação, a questão ainda permanece irresoluta quanto ao esclarecimento do conteúdo juridicamente

7 TOMASEVSKI, K, op. cit, 37.

8 Trata-se da educação formal ou informal? Da pública ou da privada? Diz respeito a todas as atividades inerentes à educação ou somente algumas? Cf. RANIERI, N. B. S. **O Estado Democrático de Direito e o sentido da exigência de preparo da pessoa para o exercício da cidadania pela via da educação**. São Paulo, 2009, p. 281.

9 Nessa linha de raciocínio, com variação em maior ou menor medida no que se refere à exigibilidade face ao Estado. RANIERI, N. B. S. *Ibidem*; GARCIA, E. O direito à educação e suas perspectivas de efetividade. In: GARCIA, E. (Coord.) **A efetividade dos direitos sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 149-178. SIFUENTES, M. **Direito Fundamental à educação: a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 40.

exigível do direito à educação.

O direito à educação reúne diferentes dimensões, sendo, portanto, polifacetado por tratar-se de direito que transita livremente entre a esfera pública e a esfera individual.¹⁰ Assim, este direito pode ser encarado como um elemento integrante do bem comum de determinada sociedade voltado ao desenvolvimento social, bem como um direito estritamente de cunho individual voltado ao desenvolvimento da personalidade e das capacidades do indivíduo.

Portanto, afigura-se um direito peculiar integrando-se as várias dimensões dos direitos fundamentais¹¹. Tendo em vista a característica de simultaneidade de direito individual, social e coletivo, alternar-se-á, por conseguinte, os seus titulares e os seus sujeitos passivos.

Demanda um conjunto de obrigações jurídicas diversas, consistente em distintas obrigações de fazer e de não-fazer conforme o sujeito passivo seja o Estado, a coletividade ou o indivíduo. Seu regime jurídico é, desse modo, complexo vez que conjuga os distintos poderes e capacidades de exercício, com a sujeição inerente ao regime jurídico dos direitos fundamentais, mesmo quando requerer prestações materiais e recursos econômicos.

Cumprе ressaltar, no que pertine ao direito à educação, em sua dimensão de liberdade individual os seus aspectos de laicidade e da liberdade de ensino. Aliás, tais aspectos já integravam o direito à educação antes mesmo deste se conformar em direito às prestações positivas.¹² A dimensão de liberdade individual refere-se a dimensão não-prestacional do direito à educação, consistente no direito de livre escolha, “sem interferências do Estado, quanto à orientação educacional, conteúdos materiais e opções ideológicas”.¹³ Nesta dimensão, a satisfação do direito à educação acontece por meio da pluralidade de conteúdos irrestritos, da abstenção em impor

10 HOROWITZ, J. T. *The right to education in occupied territories*. In: **Yearbook of International Humanitarian Law**, v. 7, 2004, p. 250-251.

11 Sobre o desenvolvimento da afirmação histórico-filosófica dos direitos fundamentais, uso da terminologia, e desenvolvimento das “dimensões” dos direitos fundamentais, ver BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 24-25; LAFER, C. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 131 e ss; WEISS, C. **Direitos Humanos Contemporâneos**. São Paulo: Malheiros editores, 2006, p.39; CANOTILHO, J.J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 465-470; ALEXU, R. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 419. RANIERI, N.B.S. O Estado Democrático, op. cit., p. 286.

12 Sobre o tema, PRÉLOT, Pierre-Henri. **La Séparation des Églises et de l'État**. In: *Revue du Droit Public*, t. 122, v. 3, 2006, p. 625.

13 Quanto à orientação educacional, conteúdos materiais e opções ideológicas, sem interferências do Estado, ver TAVARES, A.R. Direito Fundamental à educação. In: SOUZA NETO, C. P. de; SARMENTO, D. (Coords.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 777.

versões da história e pela não imposição de uma religião aos estabelecimentos de ensino.

Nessa esteira, pode-se afirmar que o Estado assume um duplo perfil em relação a todo direito, integra ele o conjunto das liberdades civis ou o dos direitos sociais¹⁴. Assim, o poder público assume obrigações de abstenções, devendo evitar ameaçar ou lesar os direitos dos particulares, não obstante, também assume obrigações positivas, também denominadas de obrigações de concretização e regulação.

Nessa esteira, o direito à educação enquanto liberdade de ensinamento e aprendizagem revela-se típico direito fundamental de primeira dimensão, faceta esta que tem passado despercebida na atualidade, haja vista a tônica sob o prisma das imposições regulamentares e de concretização de resultados impostas ao Estado e a coletividade, prisma este que tem prevalecido, indubitavelmente.

Assim, também subsistem obrigações negativas, isto é, o direito social à educação impõe uma dimensão de autonomia e liberdade face à ingerência arbitrária do poder público, tanto quanto impõe ao Estado a necessidade de regular a atividade educacional, bem como a fornecer prestações que possibilitem aos indivíduos a concretização deste direito fundamental.

CANOTILHO evidencia que os direitos sociais constituem autênticos direitos subjetivos inerentes à própria existência digna do indivíduo. Por consequência, de tais direitos decorrem um dever simultâneo do Estado de criação de condições materiais de exercício e uma aptidão do indivíduo para exigir as prestações que lhe são devidas,¹⁵ à todo direito corresponde um dever que pode ser de não-fazer, de fazer ou de ambos.

O direito à educação pode ser encarado ainda, a partir de sua relação com o bem comum, ou seja, a partir da dimensão coletiva do direito, uma vez que, quanto ao direito à educação existe um direito subjetivo combinado com uma obrigação pública de exercer o direito.¹⁶ A sua satisfação excede a esfera individual, beneficiando evidentemente o indivíduo, contudo, vai além.

Devida a sua natureza pública, por excelência, interessa à democracia, aos ideais republicanos, ao bem comum, ao Estado e constitui instrumento de ação política.¹⁷ Portanto, ao satisfazer o direito à educação de um indivíduo, o Estado está na verdade satisfazendo uma pretensão de todo corpo social, assim, a titularidade do direito, além de individual, é também social.

O direito à educação, é dotado de um caráter instrumental muito mais evidente do que se nota, nos demais direitos sociais, sendo inteiramente defensável

14 Cf. ABRAMOVICH, V; COURTIS, C. *El Umbral de la Ciudadanía. El significa de los derechos sociales en el Estado social constitucional*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006, p. 8-10, p. 24.

15 Cf. CANOTILHO, J.J.G. *Direito Constitucional*, pp. 467-468.

16 Cf. COMPARATO, F.K. *Educação, Estado e Poder*. São Paulo: Brasiliense, 1987, p. 91-94.

17 MARSHALL, T. H. *Ciudadanía*, op. cit, p.311.

diante de fundamentos econômicos, ou seja, ao invés de ser concebido apenas como uma demanda social, a educação deve ser vista sob a forma de insumo, cujo custo é relativamente pequeno frente aos benefícios obtidos em termos de produtividade e de ganho de capacidade associados à ampliação da educação.¹⁸

Sublinha-se que, o caráter coletivo do direito à educação submete tanto o Estado, quanto o indivíduo, este, além de credor do direito está subordinado a um dever jurídico de educar-se. Desta feita, o benefício recíproco obtido pelo indivíduo e pela sociedade explica porque diversamente de outros direitos sociais, o direito à educação seja compulsório, ao menos nos primeiros níveis.

Salienta-se ainda, que o caráter coletivo do direito à educação implica a obrigatoriedade de escolarização, além de outras limitações à autonomia privada, dentre as quais, a regulação de períodos e de conteúdos mínimos de ensino e a necessidade de exames de admissão a graus de superiores de ensino.¹⁹

Na linha de pensamento até aqui exposta, cabe indagar, quanto à possibilidade de reconhecimento estatal, ao direito à prestação positiva exigível. O tema da efetividade do direito subjetivo à educação revela-se como uma questão crucial ao exercício do direito à educação.²⁰ Com vistas a tal problematização, faz-se necessária análise deste direito fundamental a partir de sua dimensão social.

2. O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO A PARTIR DE SUA DIMENSÃO SOCIAL

Certamente, é partir da dimensão social que o direito à educação encontra sua maior expressividade e os maiores desafios em termos de concretização²¹. Acer-

18 Estas são as conclusões de um estudo realizado pela Organização Internacional do Trabalho acerca dos custos e benefícios da eliminação do trabalho infantil mediante a universalização da educação. Conforme o relatório, ações voltadas a universalização da educação de crianças até a idade de 14 anos como mecanismo de eliminação do trabalho infantil, demandariam à América Latina entre o período 2000 a 2020, um custo de 38,7 bilhões de dólares, compreendendo a relação aluno/professor e aluno/sala de aula à razão de 40:1 e o estabelecimento de um gasto mínimo não inferior a 15% do orçamento com educação com livros e outros materiais de ensino; os benefícios obtidos, em contrapartida, no mesmo período seriam da ordem de 403,4 bilhões de dólares. Organização Internacional do Trabalho. *In: Investing in Every Child: An Economic Study of the Costs and Benefits of Eliminating Child Labour*. Genebra, ILO, 2003, pp. 64-67.

19 DUARTE, C. S. A educação como direito fundamental social. *In: Educação e Sociedade*. Campinas, v. 28, n. 100, 2007, p. 697.

20 A formatação do direito à educação e do modo de seu exercício são definidos de acordo com determinado ordenamento jurídico.

21 André Ramos Tavares esclarece que o conteúdo mínimo do direito à educação consiste no direito ao processo formativo oferecido de forma regular e organizada, que atenda às determinações constitucionais específicas a tal atividade. TAVARES, A.R., op. cit., p. 775.

ca desta questão, as lições de CANOTILHO são de grande valia, o jurista lusitano pontua que os direitos sociais possuem duas dimensões, a saber, a dimensão objetiva e a dimensão subjetiva²².

As normas constitucionais de direitos sociais assumem duas formas principais, ou seja, como imposições legiferantes que indicam a obrigatoriedade de o legislador atuar positivamente, criar condições materiais e institucionais para o exercício dos direitos sociais, e bem assim, impõe ao Estado o fornecimento de prestações aos cidadãos, ao densificar a dimensão subjetiva fundamental destes direitos, executando o cumprimento das imposições institucionais.²³

Desse modo, além das imposições legiferantes destinadas precipuamente ao legislador, há a criação e organização de um conjunto de prestações que densificam juridicamente a dimensão subjetiva desse direito, operam a densificação jurídico-constitucional do direito social.²⁴

Desse movimento de concretização²⁵, resultam dois direitos derivados ao indivíduo, i) *o direito de igual acesso*, obtenção e utilização de todas as instituições públicas criadas pelos poderes públicos; (ii) *o direito de igual quota-parte (participação)* nas prestações fornecidas por estes serviços ou instituições à comunidade²⁶. Ambos direitos derivados sustentam a conotação de direito à participação por todos os indivíduos, e em igual medida, nas prestações públicas de efetivação dos direitos sociais.

Em relação ao direito à educação, reconhecem-se no direito brasileiro, notadamente, na Constituição Federal de 1988, ambos os direitos precitados, ultrapas-

22 A dimensão subjetiva diz respeito ao conteúdo que se incorpora no âmbito de titularidade do sujeito, por conseguinte os direitos sociais, do mesmo modo que os direitos e liberdades civis e políticos ostentam dignidade subjetiva. Já a dimensão objetiva representa a dimensão da operatividade prática dos direitos sociais, e neste ponto, residem as diferenças entre estes direitos e os direitos civis e políticos. CANOTILHO, J.J. G. **Direito Constitucional**, p. 463.

23 CANOTILHO, J.J.G. **Direito Constitucional**, p. 466.

24 O autor português acrescenta à dimensão subjetiva dos direitos sociais, a identificação de direitos originários e direitos derivados. Os *direitos originários* são aqueles que obrigam ao Estado a prover as condições materiais necessárias ao exercício dos direitos sociais, e a prerrogativa ao indivíduo de reclamar que lhe sejam asseguradas tais previsões. Por outro lado, *os direitos derivados*, decorrem da própria concretização dos direitos sociais pelo Estado, são oriundos do conjunto de ações do poder público em função da efetivação desses direitos. CANOTILHO, J.J.G. *Idem*, p. 506.

25 Interessante estudo de ALSTON e BUTHA sobre a defesa do direito à educação frente aos fundamentos econômicos. ALSTON, P. et. BUTHA, N. **Human Rights and Public Goods: Education as a Fundamental Right in India**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

26 *Idem*, pp. 468-469. O mestre lusitano explica que os direitos a prestação também devem ser encarados como direitos à participação na organização e no procedimento. *Idem*, p. 547.

sando mera previsão programática, vez que determina, a previsão genérica do art. 6º *caput*, e mais imposições legiferantes de concretização, presentes nos artigos 211, 212, 213 e 214 e no art. 60 do Ato das Disposições Transitórias.

Tais direitos derivados de concretização atuam como verdadeiros definidores do conteúdo dos direitos sociais, funcionando como barreiras de retrocesso, ou seja, garantias que o nível de concretização alcançado não será retirado. Tratam-se das conhecidas cláusulas de proibição de retrocesso social, reconhecidamente inerentes aos direitos fundamentais, e especialmente, aos direitos sociais.²⁷ Este aspecto guarda importância fulcral relativamente ao direito à educação no que tange à progressiva ampliação do acesso ao sistema de ensino, conforme se discutirá adiante.²⁸

No que se refere à titularidade do direito à educação, faz-se necessário conjugar o art. 6º com o art. 205 da CF/88, sendo, o primeiro aspecto essencial, para fins de titularidade, que se pode extrair desses dispositivos a: (i) topografia constitucional do art. 6º e (ii) a expressão “direito de todos” presente no art. 205.

A localização do art. 6º no Título II evidencia que, para o ordenamento jurídico brasileiro, os direitos ali arrolados são direitos fundamentais e, portanto, o direito à educação, está positivado como uma das prerrogativas necessárias à convivência digna, livre e igual em sociedade, sem o qual, o indivíduo poderá não atingir sua própria realização, tampouco a de seu meio.

O art. 205 retoma noções de essencialidade e generalidade ao mencionar que a educação é *direito de todos* (os seres humanos). Não obstante, sobretudo, no âmbito dos direitos sociais, o indivíduo deve ser encarado a partir de suas diferenciações e especificidades, cuja relevância requer um tratamento diferenciado pelo ordenamento.²⁹

Estas considerações são relevantes à compreensão da expressão “direito de todos” presente no art. 205, o qual refere-se ao direito à educação. No intuito de esclarecer *quem são todos*, menciona-se na seara constitucional o art. 208, incisos I a V, e a Lei n. 9.394/96 – Lei de Diretrizes e Bases, especialmente, art. 4º inciso IV,

27 Idem, p.469. Neste trecho o jurista português menciona trecho do acórdão 39/84 do Tribunal Constitucional português, em que se entendeu que, a partir do momento que o Estado cumpre total ou parcialmente as tarefas constitucionalmente impostas à realização de um direito social, a observação constitucional deste, deixa de consistir apenas numa obrigação positiva, para se transformar também numa obrigação negativa.

28 Quanto a pretensão à participação igual conferir HESSE, K. **Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 289.

29 Nesse sentido BOBBIO, N. op. cit, p. 82-87. ABRAMOVICH, V. COURTIS, C. *El umbral*, op. cit., p. 15 e 16; DUARTE, C. S. **Direito Público Subjetivo e políticas educacionais**. São Paulo em perspectiva, v. 18(2), 2004, p. 115; RANIERI, N. S. **O Estado Democrático**, op. cit.,p. 315-316; Monteiro, A. dos R. O pão do direito à educação. **Educação e Sociedade**, v. 24, n. 84, 2003, p. 768.

art. 29, art. 30, art. 32, *caput* e art. 35, *caput*.³⁰ Hodiernamente, após edição da EC 53 é cogente uma interpretação dos art. 4º, inciso IV, art. 29 e art. 30 em conformidade com a Constituição. Dessa feita, o período de educação infantil dá-se do zero aos cinco anos de idade.

O ensino fundamental conforme estabelecido no art. 32 na Lei de Diretrizes e Base, deve iniciar-se aos seis anos e ter duração de nove anos, posteriormente, aos quinze anos de idade, inicia-se o ensino médio, cuja duração mínima, consoante expresso no art. 35, *caput*, do mesmo diploma legal, será de três anos.

Por conseguinte, tais dispositivos esclarecem três patamares de titularidade direta do direito à educação, correspondendo cada qual uma modalidade de prestação estatal: (a) crianças de zero a cinco anos, atendidas por meio de educação infantil em creches e pré-escolas; (b) crianças a partir dos seis anos até findarem os nove anos de ensino fundamental, atendidas em instituições de ensino fundamental; (c) adolescentes que terminam o ensino fundamental, atendidos por mais três anos no mínimo.³¹

Nesse passo, menciona-se a EC 59/2009 que alterou o inciso I do art. 208.³² Há um temperamento do direito à educação, expresso no inciso V do art. 208, ao estabelecer que a progressão no processo de ensino se dá aliada a meritocracia individual de seus sujeitos, ou seja, é necessário o preenchimento de requisitos de mérito pessoal.³³ Esta ressalva guarda importância no diz respeito ao ensino superior, haja

30 Todavia, percebe-se uma incongruência entre a redação do inciso IV do art. 208 da CF/88 e o disposto nos artigos 4º., inciso IV, art. 29 e art. 30, inciso II da Lei n. 9394/96, no que se refere à idade limite da educação infantil, isto é, seis anos da lei ordinária e cinco anos no texto constitucional.

31 A este rol de titulares a CF/88 acrescenta no art. 208, inciso I, àqueles que não tiveram acesso ao ensino fundamental na idade própria, acrescentando mais um grupo de titularidade direta ao direito à educação. Ver Emenda constitucional 14/1996. E os portadores de necessidade especiais e idade escolar que devem ser atendidos em estabelecimentos da rede regular de educação básica. No particular conferir Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 30 de março de 2007, aprovada pelo Congresso Nacional através do procedimento formal das emendas constitucionais, em conformidade com o art. 5º. Parágrafo 3º. CF/88.

32 O art. 208 conta com a seguinte redação: É dever do Estado (...) a garantia de: I – educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiverem acesso na idade própria. Portanto, a Constituição define além do teto da educação infantil (cinco anos), também o teto da educação básica (dezessete anos), restando a norma infraconstitucional definir apenas quanto se deve cumprir no ensino fundamental e no ensino médio, respectivamente, no momento, nove e três anos.

33 Todavia, como nos advertiu há muito, Pontes de Miranda, não se deve permitir que os mecanismos de promoção se transformem em obstáculos ao acesso à edu-

vista, a Lei n. 9394/96 possibilitar as instituições de ensino superior à atribuição de fixar requisitos e exigências de acesso aos cursos sequenciais, de pós-graduação e de extensão, bem como a organização do processo seletivo para o acesso aos cursos de graduação.³⁴ Cumpre ressaltar, que o direito à educação previsto nos artigos 205 a 214 da CF/88 é regulado por extensa normatização infraconstitucional refere-se à educação formal³⁵.

Ao analisar-se o conjunto de elementos essenciais que as previsões constitucionais caracterizam o direito social a educação, HORTA os sintetizam como sendo: (a) o acesso às prestações educacionais; (b) o sentido teleológico da atividade educacional constitucionalmente estabelecido; (c) a gratuidade da educação em estabelecimentos de ensino; (d) o direito a programa suplementares e a garantia da educação com qualidade.³⁶

Destaca-se o sentido teleológico da atividade educacional expresso no artigo 205 da Carta Maior, cuja educação deve se voltar ao pleno desenvolvimento do indivíduo, com vistas a prepará-lo para o exercício da cidadania, bem como qualificá-lo para o labor.³⁷ No que tange ao caráter gratuito da educação em estabelecimentos

cação. PONTES DE MIRANDA, F. C. **Direito à Educação**. Rio de Janeiro: Alba, 1933, pp. 94-95.

34 Neste particular, menciona-se proibição trazida pela lei 12.089 de 2009 estabelecendo a proibição de que um sujeito curse simultaneamente, dois cursos de graduação em instituições públicas de ensino superior.

35 Refere-se a um compromisso do poder público e que deve se relacionar com os fundamentos e objetivos da República brasileira, *v.g.*, dignidade humana, cidadania, valor social do trabalho. PIERDONÁ, Zélia Luiza. Objetivos constitucionais da educação e sua relação com os fundamentos do Estado Brasileiro. *In*: FERREIRA, Dâmares. **Direito Educacional em Debate**. São Paulo: cobra, 2004, p. 113-129. Por conseguinte, no âmbito da educação escolar, o principal submetido à oponibilidade do direito social à educação é o Estado, em relação à família e à sociedade e as previsões são menos contundentes e em menor número, assim, encerram uma natureza de complementaridade ou de viabilização em relação à atuação estatal no atendimento ao direito à educação.

36 Em relação ao primeiro elemento elencado, constitui parte do objeto do direito à educação as diversas fases do processo de ensino institucional, educação básica (infantil, fundamental e médio), além do ensino superior àqueles que cumprirem os requisitos necessários. Cada uma destas fases corresponde ao objeto essencial do direito social à educação da parcela etária que detém sua titularidade. Vale dizer, que o ensino deve-se dar em igualdade de acesso e permanência, em atendimento ao previsto no art. 206, inciso I da Constituição Federal. HORTA, José Luiz Borges. **Direito Constitucional da Educação**. Belo Horizonte: Decálogo, 2007, pp. 125 a 128.

37 Marcos Augusto Maliska compreende uma relação entre os objetivos insitos ao art. 205 e os fundamentos da República como uma indicação de que a educação deve cumprir ao menos dois papéis essenciais: a promoção da autonomia individual e constituir instrumento permanente de aperfeiçoamento humanístico da sociedade. MALISKA, Marcos Augusto.

oficiais, o mesmo se consubstancia em princípio do ensino pátrio, aplicável a integralidade do processo oficial educacional. Acerca da extensão do previsto no inciso IV do artigo 206, o intérprete pode-se valer da exegese já realizada pelo Supremo Tribunal Federal em sede do recurso extraordinário n. 500.171-7, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski.³⁸ Acrescenta-se ainda, a análise da matéria o disposto na súmula vinculante n. 12, a qual reconhece a inconstitucionalidade da cobrança de taxa de matrícula em universidades públicas.

O direito a programas suplementares também compõe o direito social à educação, e se destinam a viabilizar a concretização do direito à educação através do estabelecimento e do desenvolvimento de necessidades materiais, v.g. transporte, alimentação, material didático-escolar e assistência à saúde. Assim, da análise da jurisprudência pátria em diversas decisões forçoso o reconhecimento quanto à normatividade do direito fundamental à educação.³⁹

Educação, Constituição e Democracia. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord). **Direitos Sociais, Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 790. Neste sentido ainda, artigos 27, 32, incisos II, III e IV, 35, inciso III da Lei n. 9.394/96.

38 Decidiu-se acerca da inconstitucionalidade da cobrança de taxa de matrícula em universidades públicas federais, matéria, aliás, cuja repercussão geral para fins de acesso a via extraordinária já havia sido decidida em sede de recurso extraordinário n. 567.801/08. BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 500171, Ministro Relator Ricardo Lewandowski, DJ 23.10.2008. Nesse sentido, tal entendimento quanto à gratuidade de ensino fundamentou decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, reconhecendo inclusive quanto às taxas de inscrição em vestibulares para acesso a ensino superior. ESTADO DE SÃO PAULO, TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Apelação Cível n. 444.127.5/6-00, Relator Desembargador Ricardo Feitosa. DJ 13.01.2010.

39 Tal extensão goza de aplicabilidade imediata, isto porque, o artigo 6º da EC 59/09 estabelece a implementação progressiva de suas alterações, até o ano de 2016, exclusivamente no tocante à universalização da educação básica obrigatória e gratuita dos quatro aos dezesseis anos. No que diz respeito ao transporte escolar, o dever dos Estados, Distrito Federal e Municípios encontra-se nos artigos 10, inciso VII e art. 11, inciso VI, da Lei n. 9.394/1996. Os programas suplementares encontram-se previstos no inciso VII do artigo 208 da Constituição Federal de 1988, prevendo inicialmente em texto original o dever estatal somente quanto ao ensino fundamental. Entretanto, com as alterações trazidas pela Emenda Constitucional n. 59/2009, a obrigação estatal de fornecer programas suplementares foi ampliada a toda educação básica. Registra-se ainda que, para fins de atendimento aos percentuais mínimos de aplicação de recursos na educação, expressos no artigo 212 da CF/88, as despesas com os programas suplementares podem ser encarados como gastos com o desenvolvimento e manutenção do ensino, subsumindo-se as hipóteses elencadas no artigo 70 da Lei n. 9.394/1996. É possível ainda encontrar entendimentos jurisprudenciais que compreendem os programas suplementares como elementos inerentes ao direito social à educação, v.g. Suspensão de Tutela Antecipada (STF) n.318; Apelação Cível n. 320.9625/1-00, n. 538.341.5/2-00, e n. 683.982.5/00 todas do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Todavia, sublinha-se, que além de acesso, gratuidade e programas suplementares é preciso assegurar ainda, a qualidade da prestação do processo educativo. Certamente é na “qualidade” da educação onde se evidencia a ineficácia do direito à educação.⁴⁰ A correção deste desvio pelas vias jurídicas, demanda clareza quanto à definição do dever corresponde ao direito à educação com qualidade, isto é, é necessário estabelecer com algum nível de exatidão em que consiste tal prestação.

Por fim, cabe evidenciar que é relativamente acorde entre doutrinadores o entendimento de que o legislador constituinte brasileiro teria dedicado tratamento diferenciado ao ensino fundamental, posto que, apenas em relação a ele conferiu de maneira expressa a característica da justiciabilidade imediata, decorrente de sua classificação como direito subjetivo público⁴¹. Daí a necessidade de se delinear com clareza a estrutura do direito à educação, e de se investigar como se empreendeu acima acerca da titularidade, da oponibilidade e do objeto do direito social à educação.⁴²

40 Se por um lado, a Constituição Federal estabelece a garantia da qualidade da educação, nos artigos 206, inciso VII, art. 209, inciso II, art. 60 parágrafo 1º do Ato das Disposições Transitórias, por outro ela não indica seu significado. Observa-se que, o constituinte deixou a cargo do legislador ordinário estabelecer o que é qualidade, quando e de que modo será assegurado tal padrão. De fato, a qualidade do ensino depende de uma complexa conjugação de diversos instrumentos, condições materiais para o ensino, tanto das instituições de ensino, como dos alunos, como existência de número suficiente de instituições de ensino, boas condições estruturais, equipamento físico disponível, limpeza e manutenção efetivos, fornecimento regular de água, energia elétrica; condições dos recursos humanos ligados ao ensino, formação adequada, atualização constante, remuneração condigna; condições de natureza pedagógica, currículos adequados, metodologias apropriadas ao perfil do alunado; resultados cognitivos do processo de aprendizagem aferíveis por meio de avaliações, dentre outras. Cf. FURTADO, M. G. Padrão de qualidade de ensino, *In*: RANIERI, N. B.S. e RIGHETTI, S. **Direito à educação**: aspectos constitucionais. São Paulo: EDUSP, 2009, p. 177.

41 Acerca das diversas acepções da ideia de direito subjetivo ver KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra Armenio Amado, 1984, p. 184. JELLINEK, G. **Teoría General del Estado**. Trad. Fernando De Los Ríos. México: fondo de cultura económica, 2000, p. 38. Dessa feita, parece que ao afirmar no § 1º do art. 208, que o ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo o constituinte pretendeu evidenciar aos intérpretes da CF/88 que ao direito ao ensino obrigatório e gratuito corresponde um poder jurídico concedido ao indivíduo de valer-se dos meios processuais cabíveis com vistas a exigir o cumprimento do dever correspondente. Portanto, ao menos no que concerne ao ensino obrigatório e gratuito, é garantido ao particular o recurso ao controle judicial, em caso de lesão ao direito social à educação, sob pena de ofensa à Constituição. Cf. DUARTE, C. S. **Direito Público Subjetivo e Políticas educacionais**. São Paulo em perspectiva, n. 18, 2004.

42 A educação escolar encontra-se organizada pelo artigo 21 e seguintes da Lei n. 9.394/1996 em educação básica e educação superior. A primeira divide-se em educação infantil, ensino fundamental e ensino médio. Os mesmos conceitos, ainda que sem o mesmo nível de definição são encontrados no artigo 206, incisos V e VII; art. 208, incisos I, II, IV e VII, e parágrafo 3º; artigo 210, *caput*; artigo 211, §§ 2º, 3º, e 5º; art. 212, § 5º; e, art. 213, § 1º, tais

Tendo em vista a finitude dos recursos, ao Estado não é possível atender todas as demandas sociais. Neste contexto, aduz-se frequentemente a construção da ideia de mínimo existencial⁴³. A ideia de mínimo existencial tem sido a resposta dada pela doutrina e pela jurisprudência ao problema da ineficácia dos direitos sociais. Defende-se a viabilidade da identificação de um patamar mínimo de concretização necessária de direitos sociais do qual corresponde direitos perfeitamente exigíveis do poder público.⁴⁴

Nesta perspectiva, as ações afirmativas constituem instrumentos que melhor viabilizariam, em curto prazo, a distribuição dos recursos reputados escassos, no caso em tela, o direito fundamental à educação superior às parcelas sociais vulneráveis, garantindo a estes um patamar mínimo de concretização do “mínimo existencial”.

No item subsequente, discutir-se-á o acesso ao ensino superior, especialmente, a partir da análise do critério do mérito e sua relativização ante as políticas de cotas raciais como instrumentos de garantia à participação e ao procedimento.

3. O DIREITO AO ACESSO AO ENSINO SUPERIOR: AS AÇÕES AFIRMATIVAS PARA OS AFRODESCENDENTES À LUZ DO DIREITO À PARTICIPAÇÃO E AO PROCEDIMENTO.

Diante do processo de universalização, multiplicação/proliferação dos direitos fundamentais, urge abandonar a abordagem sobre o homem em abstrato, como sujeito genérico, e adotar um enfoque a partir das especificidades do indivíduo concreto, localizando-o no tempo e no espaço, ou seja, homens, mulheres, crianças, portadores de necessidades especiais, afrodescendentes, dentre outros.

A multiplicação da titularidade por especificidade importa sobremaneira

dispositivos delineiam, em linhas gerais, o conteúdo mínimo do direito social à educação.

43 Sobre a temática conferir, SARLET, I. W. **A eficácia dos Direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 298-303. Ver ainda, KRELL, A. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 51-65. Acerca do tema ver, BARCELLOS, A. P. de. **O Mínimo existencial e algumas fundamentações**: *John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy*. In: TORRES, R.L. (org.) **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 109. Consigna-se ainda, a decisão monocrática do STF proferida na ADPF n. 45 quanto à implementação da garantia do mínimo existencial. Ainda, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 271.286-8/RS, publicado no DJU em 24.11.2000 de relatoria do Ministro Celso de Mello.

44 SARLET apoiado nas teorias alexyanas ensina, que os direitos às prestações implicam também, os direitos subjetivos negativos, impedindo restrições que violem o seu respectivo núcleo essencial. SARLET, I.W.; TIMM, L.B. (orgs.). **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 15.

aos direitos sociais, tendo em vista, a distribuição de recursos sociais que caracteriza as prestações sociais. Desta feita, a destinação dos recursos é feita através da eleição de grupos determinados da sociedade tendo por base sua vulnerabilidade.

No Brasil, o acesso à educação superior sempre se pôs como tema polêmico, notadamente, por que confronta, de um lado, visões elitistas que buscam a manutenção do prestígio dos diplomas e o *status* dos profissionais no mercado de trabalho, e de outro, as visões de ampliação de acesso das camadas mais populares visando inserção profissional que propicie ascensão social.⁴⁵

A Lei n. 9.394/1996 confirmou a autonomia das universidades no que diz respeito às formas de acesso dos concluintes do ensino médio ao ensino superior. Não obstante, a autonomia concedida às universidades, nota-se uma diversificação quanto aos processos de seleção⁴⁶, contudo, a “elitização” e a “seletividade social” ainda permanecem.

Apesar da expansão da oferta⁴⁷ e da autonomia concedida às universidades ainda permanece o impasse de como democratizar o acesso mediante a construção de processos seletivos mais equânimes; e, como promover a permanência na educação superior e prestar um ensino de qualidade. Nessa toada, como vislumbrar tais transformações, se os princípios de igualdade de oportunidade, de demonstração das capacidades e aptidões naturais, meritocracia e livre concorrência continuam a ser os balizadores às novas formas de seleção.

Vislumbra-se na imensa maioria dos processos seletivos que o critério do mérito “naturaliza” a seleção, posto que, ao idealizarem processos reputados isentos, justificam as diferenças individuais e a hierarquização social.⁴⁸ Nesta esteira, BOURDIEU e PASSERON asseveram que o vestibular, de caráter eliminatório e

45 O vestibular historicamente representa uma limitação, desde sua adoção em 1911, visa selecionar os mais “aptos” ao ensino superior.

46 Segundo dados do INEP, existem atualmente diversas formas de ingresso no ensino superior, dentre as quais: vestibular, ENEM, Avaliação seriada no ensino médio, entrevista e exame curricular, dentre outras.

47 Segundo os dados do Censo da Educação Superior elaborado pelo INEP, havia no Brasil, em 2004, 4.163.733 alunos matriculados, sendo que apenas 1.178.328 (28,3%) estavam inscritos em IES públicas e 2.985.405 (71,7%) estudantes frequentavam IES privadas. Não obstante, os dados do censo da educação superior, em 2004, indicam que há 1.178.328 alunos inscritos em IES públicas, o Brasil ainda encontra-se distante de alcançar o estágio de massificação na educação superior, tal número revela-se inexpressivo ante o dado do número populacional, da diversidade e da proveniência social. Isto justifica a adoção de políticas direcionadas para os segmentos vulneráveis da sociedade, especialmente, afrodescendentes, indígenas e estudantes oriundas da escola pública.

48 É corrente na sociologia que o mérito é socialmente construído, não obstante, prevalecem na seleção, os critérios naturais de aptidão e inteligência, em detrimento das variáveis socioeconômicas.

classificatório constitui uma estratégia velada de reprodução das elites.⁴⁹

Nesse contexto, insere-se a análise quanto à objeção da vulneração do critério do mérito oposta às políticas afirmativas, especificamente na modalidade de cotas para acesso ao ensino superior pelos afrodescendentes⁵⁰. Os opositores destas medidas vislumbram um suposto ferimento como portador de efeitos negativos das ações afirmativas sobre a igualdade de oportunidades⁵¹.

Alegam ainda que, a Constituição Federal, no art. 206, inciso I, e art. 208, inciso V, estabelecem a igualdade de acesso ao ensino e o ingresso nos níveis superiores de acordo com a capacidade de cada um.⁵² O critério meritocrático, calcado na ideia da ética do trabalho e da exaltação à mobilização pessoal, sempre foi amplamente disseminado na sociedade brasileira.

Embora, *a priori*, pareça plausível tal objeção, eis que, a adoção das ações afirmativas afronta relativamente, os critérios meritocráticos tradicionais, soa estranha a ideia de aprovação de um candidato com “pior desempenho” e a simultânea reprovação de candidato com “melhor desempenho”, contudo, tal situação revela-se apenas aparente.

Primeiramente, a aparente subversão é típica de todas as ações afirmativas, que constituem discriminações ou diferenciações em sistemas políticos, jurídicos ou filosóficos informados, inicialmente, pelo ideal de igualdade e de proibição de discriminação.⁵³ Todavia, as diferenciações em debate somente são legítimas se visarem exatamente combater situações de assimetria, ou vulnerabilidade, pré-existentes ou presentes, e, portanto, apesar das aparências, rendem homenagem, em última análise, ao próprio princípio da isonomia.

É importante notar que as ações afirmativas, na modalidade cotas, em suas diversas espécies, de modo algum excluem o princípio do mérito, tendo em vista que, entre os concorrentes cotistas, o princípio do mérito permanece perfeitamente hígido, sendo observada a rigorosa ordem de classificação.⁵⁴ Portanto, não há qualquer

49 Cf. BOURDIEU, P.; PASSERON, J. C. **A Reprodução**: elementos para uma teoria do sistema de ensino. 2ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1982, p. 171.

50 Considerar-se aqui, afrodescendentes, os pretos e pardos.

51 Cf. CALVÈS, G. **Les politiques de discrimination positive**, 1999, p. 31.

52 Segundo sustentam alguns autores, em conformidade com o art. 206, inciso I, e art. artigo 208, inciso V, o preterimento de candidatos por vezes melhor colocados, segundo os critérios de avaliação do desempenho dos candidatos nos certames, *v.g.*, a pontuação obtida em provas, pela reserva de vagas para candidatos pertencentes a determinados grupos vulneráveis seria ofensiva ao critério do mérito, avessa, portanto, aos talentos e aos méritos.

53 GOMES, J. B. O debate constitucional sobre as ações afirmativas, 2003, p. 35. GOMES, J. B. **Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade**, 2001, p. 56.

54 Nessa linha argumentativa Calmon de Passos indaga, “ (...) por que modo definir este mérito e que critérios devem ser levados em conta para sua determinação?” PASSOS, J. J. C. de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense,

arbitrio, eis que, os sistemas de cotas instauram simples concorrências separadas, e não clientelismo em detrimento do princípio do mérito.

O desempenho dos candidatos de categorias diferentes de concorrência – cotistas e não cotistas – simplesmente não é comparável, em face dos grupos estanques de concorrência, criados pela própria ação afirmativa, e justificados por uma situação de vulnerabilidade, de assimetria prévia e reconhecida pelo ato administrativo ou legislativo que instituiu a ação afirmativa⁵⁵.

Por conseguinte, nenhum outro critério, como, por exemplo, relações familiares e pessoais, *status*, pode influenciar esta avaliação. Dessa forma, desempenho e igualdade estão intimamente associados, sendo que a última fornece as condições necessárias e suficientes para a sua legitimidade.

Pode-se afirmar que a objeção baseada na violação do critério do mérito, quanto à política de cotas para o acesso ao ensino superior, não se sustenta, afinal, o que o sistema em questão faz, é dividir a concorrência entre duas categorias: a dos candidatos cotistas e a dos candidatos não-cotistas.⁵⁶

Assim, dentro de cada uma destas categorias ou classes de concorrentes o critério do mérito permanece absolutamente incólume: deve ser observada a estrita ordem de colocação, conforme o desempenho individual, segundo as mesmas regras do certame. A pontuação dos candidatos dos diferentes grupos não é comparável, pelo simples fato de tratar-se de concorrências distintas. A razão da cotização das vagas é a situação de vulnerabilidade⁵⁷ que acomete os afrodescendentes, devidamente reconhecida pelas autoridades universitárias por meio do ato jurídico editado com vistas à implantação do sistema de cotas raciais.

Ao insistir-se em comparar as pontuações dos candidatos classificados nas duas classes de concorrentes, cotistas e não cotistas, constatar-se que candidatos não cotistas com pontuações superiores foram (aparentemente) preteridos em benefício de candidatos cotistas com desempenho inferior ao dos primeiros, isto é, apenas a demonstração empírica da vulnerabilidade sofrida pelos cotistas, e da própria necessidade da política de cotas.⁵⁸

No particular, JOHN RAWLS sublinha em que medida são meritórios, os

1999, p. 61.

55 Segundo Livia Barbosa para que o desempenho dos indivíduos possa ter legitimidade social, deve se encontrar inserido num contexto juridicamente igualitário. BARBOSA, L. Meritocracia à brasileira: o que é desempenho no Brasil? **Revista do Serviço Público**, ano 47, v. 120, n. 3 (set.-dez), 1996, p. 24-25.

56 Nesse sentido, CARVALHO, J.; SEGATO, R. L. O debate sobre as cotas para negros (as) na universidade. In: SILVA, C. **Ações Afirmativas em Educação: Experiências Brasileiras**, 2003, p. 30.

57 LIMA JÚNIOR, J. B. **Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais**, 2001, p. 90.

58 HENRIQUES, R. **Raça e Gênero nos sistemas de ensino: os limites das políticas universalistas na educação**. Brasília: Unesco, 2002, p. 39-41.

talentos naturais e as posições socialmente desfavoráveis.⁵⁹ Cumpre não olvidar, que a ideia de meritocracia surgiu no século XIX, advinda de um contexto de crença que os negros eram tidos como inferiores aos brancos na sua capacidade intelectual pode ainda pairar no espaço acadêmico brasileiro servindo de supedâneo a um discurso mais ameno e plenamente justificável na ótica do capitalismo, mediante o qual “só vencem os melhores, os mais capazes”.⁶⁰

Ressalta-se que a educação superior revela-se um espaço de discurso e como tal detém o poder, vez que, produz conhecimento, detendo ainda parte do controle simbólico, pois controla o discurso, a produção e “dissemina” este mesmo conhecimento.

O direito à avaliação do mérito individual, não impede a implementação da política de cotas, haja vista que o exercício do direito à educação pode ser limitado ou relativizado frente ao exercício de outros direitos, desde que tal restrição seja justificável, a partir de critérios estritamente delineados para combater o conflito.

Nessa esteira, aduz-se ainda que, tal objeção encontra-se intimamente ligada àquela da diminuição do nível de excelência acadêmico dos universitários. Segundo pesquisas realizadas em diversas universidades tal assertiva não se sustenta diante da verificação de que não há uma relação de determinação simples entre a nota de entrada e o rendimento acadêmico do universitário⁶¹.

O debate também culmina na análise da diferença entre a discriminação promovida pelo Estado e a discriminação praticada pelos particulares,⁶² bem como da análise interdisciplinar sobre as relações raciais em nosso país.⁶³ A despeito dos

59 RAWLS, J. **Uma teoria da justiça**, 2002, p. 111.

60 Cf. CORDEIRO, M.J. de J.A. Três anos de efetiva presença de negros e indígenas cotistas nas salas de aula da UEMS: primeiras análises. In: BRANDÃO, A. A. **Cotas raciais no Brasil**, op. cit., p. 84.

61 A pesquisa realizada por André Brandão e Ludmila Gonçalves da Matta com alunos que ingressaram pelas cotas em 2003 na Universidade Estadual do Norte Fluminense, apontou de maneira incisiva que não há qualquer causalidade sociológica real e direta entre as notas obtidas pelos alunos no exame vestibular e as notas obtidas após os ingressos na universidade. BRANDÃO, A. A; MATTA, L.G. op. cit., p. 76.

62 Na temática relembra-se a diferença entre o sistema institucionalizado segregacionista norte-americano, endossado pela sociedade civil, o chamado sistema “*Jim Crow*”, legitimado por anos através da doutrina “separados mais iguais”, criada pela famosa decisão da Suprema Corte *Plessy vs. Ferguson* (163. U.S 537 1896) e contexto brasileiro de ausência de segregação racial “oficial”.

63 Os estudos de Gilberto Freyre, Artur Ramos, Aguiar Costa Pinto, Caio Prado Júnior, Florentan Fernandes, Fernando Henrique Cardoso, Oracy Nogueira, Carlos Hasenbalg, Nelson do Valle e Silva, contribuíram para o debate do “mito da democracia cordial”. Outros autores dedicam seus estudos a infirmar a existência de preconceito no Brasil, notadamente, Ali Kamel, Simon Schwartzman e José Murilo de Carvalho. Sobre o tema conferir, FRY, P. (org.). **Divisões perigosas: políticas raciais no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: civilização bra-

questionamentos em torna da denominada “democracia cordial”, é fato que o Brasil conheceu um processo de miscigenação singular.

Com vistas ao debate em comento, mencionam-se as lições de ALEXY no que tange à divisão dos direitos às prestações, em sentido amplo e em sentido estrito. Os primeiros referem-se aos direitos às prestações sociais. Já os direitos a prestação em sentido estrito encontra-se vinculado a necessidade de um ato positivo, comissivo estatal, v.g., como visto, a prestação do direito à educação infantil.⁶⁴

Os direitos às prestações em sentido amplo subdividem-se em direitos à proteção⁶⁵ e direitos à organização e ao procedimento⁶⁶. As normas de organização e procedimento têm por finalidade garantir de maneira aproximada que o resultado esteja conforme aos direitos fundamentais. No que se refere ao ensino superior, resta claro, a partir da conceituação de ALEXY, que o indivíduo não possui direito subjetivo à vaga, mas possui direito de participação a um procedimento previamente estabelecido, segundo critérios considerados justos e adequados.

Com efeito, ao se respeitar o determinado nos artigos. 206, inciso I, e 208, inciso V, que estabelecem a igualdade de acesso ao ensino e o ingresso nos níveis superiores de acordo com a capacidade de cada um, sem levar em consideração os sujeitos concretos (afrodescendentes) e desconsiderar seu contexto (social, histórico, econômico, cultural), o que há, é um ferimento, dentre outros princípios constitucionais, do princípio da igualdade em sua dimensão material, haja vista a máxima que “desiguais devem ser tratados desigualmente”.⁶⁷ As ações afirmativas podem se

sileira, 2007. CORDEIRO, M.J. de J. A. *Ibid.*, p. 104. QUEIROZ, D. M; SANTOS, J. T. dos. Sistema de cotas e desempenho de estudantes nos cursos da UFBA. *In: Cotas raciais no Brasil*, pp. 130-134.

64 Alexy ensina, que os direitos a prestações enquanto direitos subjetivos são relações triádicas entre um titular do direito fundamental, o Estado e uma ação estatal positiva, e, por conseguinte, sempre que houver uma relação constitucional deste tipo, o titular do direito fundamental tem a competência de exigir judicialmente esse direito. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 445. Acrescenta, que os direitos a prestações significam mais do que direitos a prestações fáticas de natureza social, englobando também, direitos a prestações normativas. *Idem*, p. 442.

65 Sobre o tema conferir, ALEXY, *op. cit.*, pp. 450-470.

66 Alexy afirma que o conceito de direito a organização e procedimento é bastante complexo e amplo. Para a presente discussão mostra-se relevante a definição de procedimentos empreendida pelo mestre tedesco, para quem, procedimentos “são sistemas de regras e/ou princípios para a obtenção de um resultado. Se o resultado é obtido por meio da observância dessas regras e/ou respeito aos princípios, então, (...), do ponto de vista procedimental, (deve) ser classificado positivamente. Se ele não é obtido dessa forma, ele é, do ponto de vista procedimental, defeituoso (...)”, *op. cit.*, 470.

67 Conforme ALEXY, há direito de igualdade de tratamento quando não existe nenhuma razão suficiente para permitir o tratamento desigual. No entanto, há o direito de ser tratado

entendidas como uma faceta do princípio da igualdade em sua dimensão positiva, denominada por Robert Alexy de comando de tratamento diferenciado.⁶⁸

Além disso, podem constituir garantias à tutela de diversos direitos fundamentais, na medida em que, ao facultar o acesso a bens e recursos por parte de integrantes dos grupos vulneráveis, possibilitarão por sua vez, a realização de tais direitos ou lhes constituíram o próprio objeto.

Por conseguinte, não se caracteriza arbítrio ou violação do princípio da igualdade, dispensar um tratamento preferencial, a pessoas que se encontrem em situação de desvantagem, por estarem inseridos em grupos débeis econômica e socialmente, mas ao contrário, dar-se-á vazão à isonomia material.⁶⁹

O princípio constitucional da igualdade deve mostrar-se sensível às desigualdades presentes na realidade social, portanto, quanto mais se sedimenta a discriminação contra grupos vulneráveis, tanto mais se justifica o tratamento normativo diferenciado, em favor de seus membros, tendo em vista à integração jurídica igualitária de todos na sociedade.⁷⁰

desigualmente quando existe uma razão suficiente para seja ordenado um tratamento desigual. Assim, inexistindo razão para um tratamento diferenciado, um tratamento isonômico é obrigatório, por outro lado, havendo razão para um tratamento diferenciado, este tratamento diferenciado também é obrigatório. Portanto, estes dois direitos correspondem a normas de tratamento igual e desigual. Cf. ALEXY, R. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, 2001, p. 396. Segundo a jurisprudência brasileira do STF, um tratamento diferenciado está autorizado se presente o (s) “critérios impessoais, racionais e objetivos”. Cf. STF, Primeira Turma, Recurso Extraordinário n. 181.371 – SP, Relator Ministro Celso de Mello, 13 set. 1994 (RTJ, v. 171, mar. 2000, p. 984-988. Ademais, consigne-se a “correlação lógica e racional”, os “pressupostos lógicos e objetivos” ou o “necessário coeficiente de razoabilidade”. STF, Primeira Turma, Recurso Extraordinário n. 209.635 – CE, Relator Ministro Celso de Mello, 20 de maio 1997 (RTJ, v. 172, abr. 2000, p. 287-293).

68 Cf. ALEXY, R. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, 2001, pp. 395- 402.

69 O princípio da igualdade compreendido, apenas em sua dimensão formal, isto é, como garantia de igual acesso por todos dos meios e instrumentos, não é capaz de impedir a perpetuação das desigualdades entre integrantes de parcelas vulneráveis e demais indivíduos, devendo ser compreendido contemporaneamente, sobretudo, na dimensão material ou substantiva, de garantia à efetiva participação de todos na construção de uma sociedade mais justa, autorizando para tanto, ações concretas e as distinções necessárias. Diversos estudos e pesquisas abordam as ações afirmativas sob o enfoque do princípio da igualdade, concebendo-as como um corolário da evolução da igualdade formal para a igualdade material, isto é, do Estado Liberal ao Estado Social. Existem ainda pesquisas que procuram conceber as ações afirmativas como produtos do Estado Social, ver SINGER, P. *Ética Prática*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 25-64.

70 Atente-se ainda, à nova hermenêutica do texto da Carta Magna de 1988, nitidamente inspirado em valores igualitários. Levando-se em conta, a realidade social brasileira contemporânea, resta autorizado ao legislador e ao administrador – como no caso das Instituições de Ensino Superior – a conferir um tratamento não-igual, com vistas à efetivação da igual-

Não obstante, as diferentes justificativas aduzidas pela doutrina como autorizadoras do tratamento diferenciado, elas conduzem à ideia sobre a qual tratamentos ou diferenciações desiguais, somente são admitidos quando puderem ser justificados racional e objetivamente.⁷¹

Sublinha-se a importância da proporcionalidade⁷² na aferição da legitimidade das ações afirmativas, que, como visto, situam-se no âmbito do mandamento de tratamento diferenciado, por visarem a igualização, ou seja, produzir, de maneira imediata ou progressiva, relações de igualdade onde elas ainda não se fazem presente.⁷³ Além disso, o postulado da proporcionalidade se constitui como um dos marcos divisórios entre políticas diferenciadas e políticas arbitrárias, e, se manifesta ainda, no requisito da temporariedade.⁷⁴

dade material, haja vista suas feições contemporâneas. No que diz respeito à análise da vulneração do princípio da igualdade, é necessário compreender se tais diferenciações ou “desequiparações” são permitidas ou proibidas. Cf. MELLO, C. A. B. **Princípio da isonomia:** desequiparações proibidas e desequiparações permitidas. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, 1/1993, p. 79. BARROSO, L. R. **Temas de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 161.

71 Karl Larenz considera que o tratamento desigual está autorizado se for uma “diferenciação objetivamente justificada”. LARENZ, K. **Derecho justo:** fundamentos de ética jurídica. Tradução de Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1993, p. 141. Para Canotilho, se houver “um motivo racional evidente”, “razão material suficiente”, “razão objetiva”. CANOTILHO, J. J. **Constituição dirigente e vinculação do legislador:** contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 382.

72 O critério a ser adotado pelas ações afirmativas, especialmente pela política de cotas raciais, não fira o princípio da igualdade, deve passar pelo crivo da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit Grundsatz*), a partir da análise dos seus sub-princípios, da *adequação*, da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito*. Pode-se afirmar que, *a priori*, a ação afirmativa não terá ferido a isonomia se, além do fundamento do *discrimen* encontrar-se consentâneo para com o ordenamento, a medida, *in concreto*, mostrar-se idônea, apta, útil à consecução da finalidade a que se propõe; revelar-se necessária, exigível ou indispensável. Significando tal necessidade como a inexistência de outros meios igualmente eficazes e menos gravosos aos demais direitos envolvidos na relação; e mantiver a relação fins e meios em uma relação de razoabilidade, ou seja, de proporcionalidade. A proporcionalidade visa fornecer balizas para o controle da atuação estatal. ALEXY, **Teoría de los Derechos Fundamentales**, 2001, p.111-115.

73 STUMM, R. D. **O princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 79. Ver ainda ÁVILA, H. **Teoria dos Princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 106.

74 Cf. CALVÈS, G. *Les politiques de discrimination positive*, 1999, p. 13. Cf. CANOTILHO, J. J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 2001, p. 270.

CONCLUSÃO

O presente artigo procurou problematizar o direito fundamental à educação, a partir da análise das ações afirmativas destinadas ao acesso ao ensino superior pelos afrodescendentes, à luz do direito à participação e ao procedimento. Para tanto, buscou apresentar as diversas dimensões do direito fundamental à educação, especialmente, a sua dimensão social.

Privilegiou-se aqui, uma perspectiva humanista quanto à definição da noção de “educação”, encarando-a como um processo formativo que visa alcançar determinadas finalidades não necessariamente econômico-utilitaristas, podendo constituir-se como um fim em si mesmo, e voltar-se, precipuamente, ao desenvolvimento humano.

Sustentou-se que o direito fundamental à educação possui um caráter multifacetado, ou seja, apresenta-se como um direito simultaneamente social, individual e coletivo, podendo variar conforme a situação, os titulares e os sujeitos. A concretização do direito à educação evidentemente beneficia o indivíduo, todavia, transcende a esfera individual, indo além, e alcançando também, o âmbito social.

Tal movimento de concretização como visto, é resultado da conjugação de duas dimensões, uma que vislumbra nos direitos sociais, especificamente aqui, - o direito à educação – como uma imposição legiferante e, portanto, como um dever de fornecer tais prestações aos cidadãos visando à densificação jurídico-constitucional deste direito.

Destarte, tal direito impõe também, a partir de sua dimensão subjetiva, notadamente em razão de sua faceta atinente aos direitos derivados, o direito de igual acesso, obtenção e utilização de todas as instituições públicas criadas pelos poderes públicos e o direito de igual participação (quota-parte) nas prestações fornecidas por estes.

Por conseguinte, os afrodescendentes contam com o mesmo direito de participação e, em igual medida, às prestações públicas de efetivação dos direitos sociais, o que pode se dar não exclusivamente, mas também por meio da adoção das ações afirmativas voltadas ao acesso ao ensino superior.

Sublinhou-se a problemática que envolve o princípio republicano do mérito (puro), nos termos do direito positivo brasileiro, o qual informa o acesso àquele nível de ensino. Sustentou-se ainda, a legitimidade das políticas de cotas diante da obediência à legalidade, à temporalidade e à proporcionalidade, aferida *in concreto*.⁷⁵

Por fim, conclusivamente, buscou-se sustentar que as ações afirmativas na modalidade de cotas para acesso aos afrodescendentes podem ser tidas como

75 Segundo o método concretista a norma jurídica somente adquire concreção quando se transforma em norma de decisão aplicável aos casos concretos. Cf. CAMBI, E. **Neconstitucionalismo e Neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

instrumentos de correção e adequação do direito à participação e procedimento dos processos seletivos de acesso ao ensino superior público, na medida em que, permitem a relativização e/ou superação do critério do mérito (puro) propiciam uma maior democratização do acesso à educação universitária.

Consequentemente, as ações afirmativas ao garantir o acesso ao direito fundamental à educação pela minoria em comento, permite que se concretizem ainda, outros direitos e garantias fundamentais voltados ao pleno desenvolvimento da personalidade e condição humanas, assim como resulta em benefícios a todo o corpo social, tendo em vista a natureza de ação política, por excelência, do direito à educação.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *El Umbral de la Ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALSTON, Philip; BUTHA, Nehal. *Human Rights and Public Goods: Education as a Fundamental Right in India*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

ÁVILA, H. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARBOSA, Livia. Meritocracia à brasileira: o que é desempenho no Brasil? **Revista do Serviço Público**, ano 47, v. 120, n. 3 (set.-dez), 1996.

BATISDE, Roger; FLORESTAN, Fernandes. **Relações raciais entre negros e brancos em São Paulo**. São Paulo: Anhembi, 1955.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOURDIEU, Pierre; PASSERON, Jean-Claude. **A Reprodução**: elementos para uma teoria do sistema de ensino. 2ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1982, p. 171.

BRANDÃO, André Augusto (Org.). **Cotas raciais no Brasil**: a primeira avaliação. Rio de Janeiro: DP&A, 2007. Coleção Políticas da Cor.

CALVÈS, Gwénaële. **Les politiques de discrimination positive: problèmes politiques et sociaux**. Paris, n. 822, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Consti-**

tuição. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador:** contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

COMPARATO, Fábio Konder. **Educação, Estado e Poder.** São Paulo: Brasiliense, 1987.

CARVALHO, José; SEGATO, Rita. L. O debate sobre as cotas para negros (as) na universidade. **Ações Afirmativas em Educação:** Experiências Brasileiras, 2003.

DUARTE, C. S. A Educação como um direito social de natureza social. **Educação e Sociedade.** Campinas, v. 08, n. 100, 2007.

FERREIRA, Dâmares. **Direito Educacional em Debate.** São Paulo: cobra, 2004.

GARCIA, Emerson (Coord.) **A efetividade dos direitos sociais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GOMES, Joaquim Barbosa. **Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade.** O Direito como Instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

HENRIQUES, Ricardo. **Raça e Gênero nos sistemas de ensino:** os limites das políticas universalistas na educação. Brasília: Unesco, 2002.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da Republica Federativa da Alemanha.** Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HOROWITZ, Jonathan Thompson. *The right to education in occupied territories.* *Yearbook of Internation Humanitarian Law*, v. 7, 2004.

HORTA, José Luiz Borges. **Direito Constitucional da Educação.** Belo Horizonte: Decálogo, 2007.

JELLINEK, George. *Teoría General del Estado.* Trad. Fernando De Los Ríos. México: *fondo de cultura económica*, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria Puro do Direito.** Coimbra Armenio Amado, 1984, p. 184.

KRELL, Andreas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha:** os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 51-65.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos:** um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

LARENZ, Karl. **Derecho justo:** fundamentos de ética jurídica. Tradução de Luis

Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1993.

LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. **Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais**, 2001, p. 90.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. Princípio da isonomia: desequiparações proibidas e desequiparações permitidas. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, 1/1993.

MONTEIRO, Agostinho dos Reis. O pão do Direito à educação. **Educação e Sociedade**, v. 24, n.84, 2003.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. UNESCO, *International Standard Classification of Education – ISCED*, 1997.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, General Comment 13: The right to Education, 1999.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Investing in Every Child: An Economic Study of the Costs and Benefits of Eliminating Child Labour*, Genebra, ILO, 2003.

PASSOS, J. J. Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 61.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Direito à Educação**. Rio de Janeiro: Alba, 1933.

PRÉLOT, Pierre-Henri. *La Séparation des Églises et de l'État*. **Revue du Droit Public**, t. 122, v. 3, 2006.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Direito ao Desenvolvimento e Direito à Educação: relações de realização e tutela. **Revista dos Tribunais**, a.2, n. 6, 1994.

_____. **Educação superior, Direito e Estado na Lei de Diretrizes e Bases** (Lei n. 9394/96), São Paulo: EDUSP, 2000.

_____. Estado e Nação: novas relações. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, n. 13, 2004.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco e RIGHETTI, Sabine. **Direito à educação**: aspectos constitucionais. São Paulo: EDUSP, 2009.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rimoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Leonardo B. (orgs.). **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora,

2008.

_____. A problemática dos direitos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da Constituição. **Direitos fundamentais sociais**: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Arquivos de Direitos Humanos**, n. 6, 2006.

SIFUENTES, Mônica. **Direito Fundamental à educação**: a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009.

SINGER, Peter. *Ética Prática*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes (Coords.). **Direitos Sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOWELL, Tomas. **Ação afirmativa ao redor do mundo**: estudo empírico. Trad. Joubert de Oliveira Brízida. 2ª. ed. Rio de Janeiro: UniverCidade Editora, 2004.

STUMM, Raquel Denise. **O princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TOMASEVSKI, Katarina. *Right to Education Primers: removing obstacles in the way of the right to education*. Gothemburg. Novum Grafiska AB, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo (Org.) **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

VENTURI, Gustavo; TURRA, Cleusa (Org.). **Racismo Cordial**. A mais completa análise sobre o Preconceito de cor no Brasil. São Paulo: Ática, 1995.

WEISS, Carlos. **Direitos Humanos Contemporâneos**. São Paulo: Malheiros editores, 2006.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Trad. Luiz Henrique Lopes dos Santos. 2ª edição (bilingüe) revista e ampliada. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1994.