

**EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS**  
**Direito Social à Educação: acesso ao ensino superior -Argumentos à favor e**  
**contra as cotas raciais**

**Aluno: Douglas Santos Andrade dos Reis**

**Orientador: Telma Lage**

**Introdução**

A educação tem sido considerada a grande mola propulsora do desenvolvimento das nações<sup>1</sup>. E, não por outra razão, é considerada como um dos elementos indicadores do desenvolvimento Industrial e Humano de um país<sup>2</sup>. Já no plano do Direito, o Direito social à educação tem sido encartado como um direito humano fundamental<sup>3</sup>, razão pela qual, tem eficácia plena<sup>5</sup> e aplicabilidade imediata<sup>6</sup>, estando sobre o manto de imodificabilidade por ser uma cláusula pétrea<sup>7</sup>, assim, não pode ser abolido por emenda a constituição.

O direito social a educação se encontra atrelado à liberdade e à um dos fundamentos da república, que é dignidade da pessoa Humana<sup>8</sup>. No que toca a conexão entre a educação e a liberdade, a liberdade se encontra condicionada ao acesso ao conhecimento, o que implica não ser iludido por ausência de senso crítico, nesse bojo, que emerge a educação como um direito legítimo e necessário para a liberdade no pleno sentido por equipar o indivíduo de um aparato de informações para formar sua própria visão do mundo e se qualificar profissionalmente. É interessante que essa é uma verdade tão antiga, que consta em escritos de milhares de anos<sup>9</sup>. As consequências da ausência de educação são de magnitudes fortíssimas, já que dá a falsa sensação de liberdade no indivíduo portador do senso comum, quando ele, na realidade, se encontra preso à dogmas e à falsas ideias estabelecidas.

*“é a possibilidade de que o que se sente como liberdade não seja de fato liberdade; que as pessoas poderem estar satisfeitas com o que lhes cabe mesmo que o que lhes cabe esteja longe de ser "objetivamente" satisfatório; que, vivendo na escravidão, se sintam livres e, portanto, não experimentem a necessidade de se libertar, e assim percam a chance de se tornar genuinamente livres. O corolário dessa possibilidade é a suposição de que as pessoas podem ser juízes incompetentes de sua própria situação, e devem ser forçadas ou seduzidas, mas em todo caso guiadas, para experimentar a necessidade de ser "objetivamente" livres e para reunir a coragem e a determinação para lutar por isso. Ameaça mais sombria atormentava o coração dos filósofos: que as pessoas pudessem simplesmente não querer ser livres e rejeitassem a perspectiva da libertação pelas dificuldades que o exercício da liberdade pode acarretar”<sup>10</sup>*

Assim, a educação possui uma relação íntima com a liberdade, maximizando suas possibilidades e permitindo a sua própria existência plena.

A educação se consubstancia também na dignidade da pessoa humana, sendo um dos seus componentes, pois *“para que a pessoa humana possa ter dignidade (CF, art. 1º, III) necessita que lhe sejam assegurados os direitos sociais previstos no art. 6º da Carta Magna (educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados) como "piso mínimo normativo", ou seja, como direitos básicos”<sup>11</sup>*. Assim, a educação não é apenas um dos indicadores do desenvolvimento de uma nação, mas também é um dos *“indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana”<sup>12</sup>*. Portanto, a educação se encontra entre o mínimo existencial que todo ser humano deve possuir para ter uma existência digna.

Portanto, o direito social à educação é de sublime importância para a própria existência digna do ser humano, por esta razão, esse presente trabalho abordará esse tema.

## **Objetivos**

A pesquisa tem por objetivo avaliar a efetividade do direito social à educação no âmbito das Instituições de Ensino Superior, analisando as políticas públicas para facilitar o acesso dos hipossuficientes ao ensino superior, focalizando a discussão existente quanto à legitimidade jurídica das cotas que utilizam o critério racial como um dos requisitos para o acesso das vagas reservadas para essa política de ação afirmativa.

## **Metodologia**

O roteiro da pesquisa abordará o marco constitucional sobre o direito social à educação, e a partir de então, será analisada as políticas públicas, através das investigações das atividades do Poder Legislativo (Leis), Poder Executivo (Decretos, Regulamentos, Portarias outros atos administrativos) E, especialmente, o Poder Judiciário, na sua competência de controle de constitucionalidade dessas Políticas Públicas, principalmente, no controle de constitucionalidade das políticas de ações afirmativas que usam o critério racial como requisito. Serão Investigados também a produção teórica Acadêmica sobre o tema.

## **Andamento da pesquisa**

A pesquisa se iniciou pela análise do art. 6 da Constituição Federal de 1988, que trata do direito à educação como um direito fundamental. Dentre os artigos da constituição, também foi aprofundado o estudo no art. 205, onde encontramos o princípio da garantia a educação. A pesquisa também se deu com base na distribuição de responsabilidades e competências entre os poderes legislativo, executivo e judiciário.

Foi discutido a respeito da natureza jurídica do direito social à educação. Foi analisado a ultrapassada concepção clássica de direitos sociais, mormente, ligado à concepção dos direitos em 1º geração, 2º geração e 3º geração, que se constitui em uma separação rígida de uma fazer e um não fazer, tendo certos direitos uma obrigação do Estado de um fazer e outros

direitos apenas um não fazer. Separação que entra em derrocada quando passa pelo crivo do escrutínio científico. Pois, por exemplo, o direito político não consiste em apenas um não fazer do Estado, mas envolve toda preparação para que a sociedade participe do sufrágio, como a preparação de urnas, informações ventiladas na mídia para o exercício correto do voto, recrutamento de pessoal capacitado para fiscalizar as urnas eletrônicas, e etc. Tudo isso é um fazer por parte do estado. Então, também, o direito social envolve tanto um fazer quanto um não fazer por parte do Estado, portanto, os direitos civis, políticos e sociais demandam atuação plena do Estado para a sua consecução satisfatória. Discutiu-se a respeito da classificação dos direitos sociais, chegando a conclusão de que os direitos sociais, são direitos fundamentais, estando sob o manto da cláusula pétrea, e tendo eficácia imediata.

Foi investigado também as similitudes e as diferenças do direito social da educação com outros direitos sociais. As seguintes similitudes foram encontradas: Argumentações contrárias a efetividade do direito social à educação são idênticas aos outros direitos sociais, como: reserva do possível; transporte indevido e inconstitucional da definição das políticas públicas dos representantes do povo para os juízes não eleitos; supressão da competência constitucional do parlamento e do poder executivo de definirem o orçamento, isso em favor do livre convencimento motivado do juiz de definir o 'quantum' do direito social no orçamento para dar máxima efetividade ao mandamento constitucional plasmado no direito social; a efetividade do direito social usada pela jurisdição do Estado-juiz, entrando furtivamente na seara constitucional que não lhe pertence, solapa o princípio da separação dos poderes; os direitos sociais são programáticos, e logo, de eficácia limitada, depende exclusivamente da atuação discricionária do poder político (entende-se parlamento e chefe do executivo); entre outros argumentos.

Também, diferenças foram encontradas, já que o direito social à educação tem um caráter prospectivo, com o foco no futuro, tendo consequências à médio e longo prazo, já o

direito a saúde tem um caráter imediatista, pois existe *periculum in mora* (perigo de perecimento ou de dano de grave ou incerta reparação do bem da vida) no postergação da sua satisfação. O direito social à educação é mola mestra dos demais, pois o saber é um pressuposto insuprimível para o exercício dos outros direitos, ou seja, saber que os direitos existem e os mecanismos (as garantias) para dar eficácia a eles, é essencial para o combate à possibilidade de as pessoas se resignarem com injustiças. Já o direito a saúde se vincula a realidade biológica (no trinômio prevenção, diagnóstico e tratamento), não tendo afinidade como pressuposição dos outros direitos, a não ser no sentido de que a saúde garante a completude biológica necessária no exercício dos outros direitos.

Além disso, foi feita uma pesquisa Exploratória em que os currículos pedagógicos dos cursos de direito das universidades Pontifícia Universidade Católica, PUC e Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, que tem por fito saber se esses alunos, ao ingressarem no ensino superior, tem acesso a currículos que abordam matérias referentes aos direitos sociais. Trata-se portanto de questionar se os novos alunos que chegam a universidade por meio das políticas públicas vão encontrar matérias que abranjam assuntos que contemplem o seu universo social, suas expectativas e demandas.

Também foi estudado a produção legislativa referente às políticas públicas que tenham conexão com a efetivação do direito social a educação, assim, foram analisadas as leis produzidas que permitem uma maior efetividade do direito social a educação. E foi investigado as leis que instituíram as cotas na Universidade Estadual do Rio de Janeiro, já que esta foi a primeira Universidade a dotar as políticas de ações afirmativas nas Universidades pelo modelo de cotas sociais, raciais e outros grupos minoritários.

E foi escrutinado os argumentos à favor e contra as políticas de ações afirmativas que usam o critério racial como um dos requisitos para participarem nessa política de ação afirmativa.

## **1-Análise dos currículos pedagógicos da PUC- Rio e UERJ**

Na análise da grade curricular da PUC- Rio, dentre as matérias obrigatórias que abordam o Direito Social, no currículo novo, implantado a partir de 2008, temos: Direito das Coisas/ Ações possessórias (4 créditos); Sociologia do Direito/ Acesso à justiça (2 créditos); Constitucional I (4 créditos); Constitucional II (4 créditos). Foi necessária ainda a divisão nas áreas de ênfase. Os alunos da universidade, no sétimo período, optam por se especializar em uma área dentro do curso. Para tanto são oferecidos 4 currículos distintos. Dentre as matérias oferecidas pelo currículo de ênfase em Contencioso Cível aquelas que tratam de Direito social são: Direitos Humanos e Propriedade, ambas com 2 créditos. Essas mesmas matérias também são oferecidas no currículo de ênfase em Penal. Os alunos que optam pela ênfase em empresarial também cursam a matéria “Propriedade”. A matéria de Direito Urbanístico (2 créditos), que tem relação com o Direito Social, é oferecida ao currículo de ênfase em Estado e Sociedade.

Ou seja, nos currículos de Contencioso Cível e Penal, 9% das matérias que são estudadas têm relação com o Direito Social. Já nos de Estado e Sociedade e Empresarial, as matérias que abordam esse assunto contam 7%.

Em relação à grade curricular do curso de Direito da UERJ, as matérias obrigatórias relacionadas ao Direito Social são: Direito Constitucional I, Direito Constitucional II e Direito Constitucional III. Todas elas são matérias de 3 créditos. A porcentagem nesse caso é de 4% em relação àquelas que não abordam o Direito Social.

Quanto às matérias eletivas temos: Direitos Sociais, Direito e Garantias Individuais e Coletivos, Princípio da Igualdade e Ação Afirmativa, Direito Internacional do Direito dos Homens, A Eficácia dos Direitos Sociais, Reformas sobre o Estado- O Debate sobre a Reestruturação Econômica do Brasil no Contexto da Globalização, A Construção da

Modernidade Tropical- Formação e Sentido do Brasil, As Novas Funções do Direito. Essas matérias eletivas são oferecidas de acordo com a procura dos alunos, por isso não são oferecidas todo o período. Cada eletiva tem 2 créditos. Não foi possível encontrar quantas eletivas os alunos de direito da UERJ precisam cursar. As matérias relativas ao Direito Social computam 4% do total das matérias.

Outra tarefa realizada pelo grupo foi a elaboração de um mandado de segurança. Este foi proposto após a constatação, por meio de relatos, de que os requisitos do perfil socioeconômico dos alunos que fazem parte do PROUNI não são condizentes com o objetivo do programa.

## **2- Distribuição de responsabilidades e competências pelos poderes legislativo, executivo e judiciário**

### **2.1- Poder Legislativo**

#### **2.1.1 Leis Federais**

Na constituição federal, se encontram diversos dispositivos que preveem deveres estatais que implicam uma atuação legiferante por parte dos legisladores. No art. 205 da constituição explicita que além de ser um direito de todos, a educação é um dever do Estado com colaboração de toda a sociedade com o fim de promover o pleno desenvolvimento do homem. Também, a nossa carta magna aborda inúmeros princípios norteadores que o padrão de qualidade da educação deve seguir, como igualdade de condições no acesso e permanência das escolas, pluralismo de idéias e concepções de idéias, liberdade de aprender, pesquisar e ensinar, garantia de qualidade do ensino público, dentre outros princípios de grande relevo. É interessante que esses princípios norteadores da atividade pedagógica se encontram imbricados com outros princípios constitucionais que compõem os direitos e garantias

fundamentais. A Constituição Federal disciplina ainda a autonomia da universidade, e disciplina o ensino fundamental e médio, bem como a administração e distribuição de competências dos recursos financeiros que abrangem o universo da educação.

Sendo de máxima relevância explicitar que a educação, nos moldes da constituição, é um direito público subjetivo do indivíduo em face do Estado.

Como um reflexo das normas mandamentais oriundas da constituição, a produção legislativa visa detalhar todos comandos estatais que objetivam efetivar esse direito de ordem tão fundamental. Como o planejamento educacional é uma imposição constitucional, diversas leis visam auxiliar nessa tarefa sublime: O plano nacional de educação ( PNE)- Lei 10.172/01 e a Lei de diretrizes e bases da educação – Lei 9.394/1996 e programa de Universidade para todos (PROUNI) – Lei. 11.096/05.

No que toca ao Plano Nacional de educação, o seu texto legal estabelece diretrizes e objetivos para a educação a distância e tecnologias educacionais, formação profissional, educação especial, educação indígena, formação dos professores e financiamento e gestão da educação.

A lei de diretrizes e bases da educação( LDB) é a legislação que regulamenta o sistema educacional do Brasil. A LDB reafirma o direito à educação, garantido na constituição Federal, e estabelece os princípios da constituição e deveres do estado de forma menos fluída que a da constituição, e também define as responsabilidades, em regime de colaboração, entre a União, estados, Distrito Federal e Municípios.

A lei do PROUNI tem como finalidade a concessão de bolsas de estudo integrais e parciais em cursos de graduação em instituições privadas de educação superior. Para disputarem às bolsas integrais o candidato deve ter renda familiar de até um salário mínimo e meio por pessoa. Para as bolsas parciais (50%) a renda familiar deve ser de até três salários mínimos por pessoa. Além desse fator que é condição sine qua non para participar nesse

programa, o candidato deve ter cursado o ensino médio completo em escola da rede pública; ter cursado o ensino médio completo em instituição privada, na condição de bolsista integral da respectiva instituição; ter cursado todo o ensino médio parcialmente em escola da rede pública e parcialmente em instituição privada, na condição de bolsista integral na instituição privada; ser pessoa com deficiência; ser professor da rede pública de ensino.

### **2.1.2 Leis Estaduais**

Outras Leis relevantes que em que se bordam uma política pública que visam efetivar o direito social à educação, no âmbito do ensino superior, são as leis que instituíram as cotas nas Universidades Públicas Estaduais do Rio de Janeiro, que foi pioneira nessa iniciativa. São três as instituições de ensino superior mantidas pelo Governo do Rio de Janeiro: UERJ, UEZO e UENF. As duas primeiras realizam um vestibular conjunto, enquanto a última avalia os candidatos exclusivamente a partir do desempenho no ENEM.

No Brasil, a prática das reservas de vagas teve início em 2003, com a imposição do sistema de cotas nas universidades estaduais do Rio de Janeiro (na época, apenas UERJ e UENF, cujo processo de admissão dava-se em vestibular único). Primeira a cuidar do tema, a lei estadual nº 4151, de 4 de Setembro de 2003, suscitou intenso debate na mídia e no meio acadêmico.

Posteriormente, foi elaborada uma segunda lei (Lei Estadual nº 5346, de 11 de Dezembro de 2008), aprimorada por uma melhor técnica legislativa.

Aprovada pela a Assembléia Legislativa do Rio de Janeiro e sancionada pela Governadora Rosinha Garotinho em 2003, a Lei Estadual  4151 foi a primeira, em âmbito

nacional, a regulamentar a reserva de vagas nas provas de acesso à Universidade. Aplica-se a todas as universidades mantidas pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro (Art. 6º- A, da própria lei 

Em seu artigo 1º, delimita quais os grupos contemplados pelo sistema de cotas, e fixa parâmetros que devem ser adotados para delimitá-los abe destacar, nesse quesito, o parágrafo 3º do dispositivo analisado, cujo texto institui a auto-declaração como forma de apreciar pertencimento aos grupos étnicos citados nos incisos II e III.

O Estado, por sua vez, ficaria responsável pelos recursos necessários à implantação imediata de programas internos nas universidades, visando o apoio aos estudantes cotistas (Art. 4º). Pretende-se, por este meio, auxiliar os beneficiados pelas cotas a permanecerem na universidade e alcançar rendimento acadêmico satisfatório.

A lei entrou em vigor na data de sua publicação, e os primeiros alunos contemplados pela reserva de vagas acessaram a universidade por meio do vestibular aplicado em 2003.

□ Lei Estadual nº 5346, de 11 de Dezembro de 2008 revogou a lei anterior (Lei 4.151/03), e altera alguns pontos do sistema de reserva de vagas nas universidades públicas mantidas pelo governo do Estado do Rio de Janeiro.

O legislador sujeitou a nova lei a um prazo definido: *“Fica instituído, por dez anos, o sistema de cotas para ingresso nas universidades estaduais”*. A partir dessa nova realidade, incluiu também medidas de cunho reavaliatório, a serem tomadas antes do encerramento do prazo. O art. 1º §6º determina ao Poder Executivo criar uma comissão para avaliar os resultados do programa de ação afirmativa, em formato previsto no mesmo dispositivo, *“no prazo de um ano anterior ao fim do prazo de prorrogação estabelecido”*. O relatório produzido será encaminhado à ALERJ, para fins de acompanhamento. Deve servir, portanto, como base para decisões futuras da Câmara quanto ao sistema de cotas, inclusive quanto à conveniência de sua prorrogação.

Outra grande modificação foi o uso, no art. 1º, da expressão “desde que carentes”. Limitou expressamente, dessa forma, todas as hipóteses de identificação dos destinatários a essa condição, com o objetivo de evitar a aplicação da lei a alunos que não necessitem verdadeiramente de seu auxílio. A nova redação dificulta a contestação da lei, ao eliminar por completo uma das mais fortes críticas daqueles que lhe fazem oposição. Promoveu, além disso, a inclusão de cotas reservadas a alunos indígenas expressamente citados no Art. 1º, III, enquanto a lei anterior limitava-se a mencionar “minorias étnicas”.

A distribuição mantém-se fundamentalmente a mesma, exceto pela inclusão dos estudantes indígenas no mesmo grupo de vagas reservado aos negros. Essa nova configuração explicita novamente uma evolução da técnica legislativa em relação à primeira lei – se negros e indígenas são ambos reconhecidos como minorias étnicas dignas de proteção, é bastante razoável incluí-los num mesmo inciso, relativo à porcentagem das vagas reservadas. Na lei de 2003, as “minorias étnicas” incluíam-se na mesma porcentagem de vagas destinada a pessoas com deficiência e a filhos de funcionários da segurança pública, mortos ou incapacitados em razão de serviço.

A nova lei manteve os deveres do Estado quanto a permanência dos cotistas nas universidades.

Foi mantido o sistema de auto-declaração como forma de definição do pertencimento a grupos étnicos, que vinha sendo aplicado com eficiência. Reafirmou, também, os deveres reservados às instituições universitárias, e acresceu-lhes mais um item: a promoção de campanha publicitária para orientar os estudantes destinatários da lei, noventa dias antes das inscrições para os exames vestibulares.

## **2.2- Poder Executivo**

O plano nacional da educação foi aprovado com intuito de o poder público de todas as esferas chegar em à metas que expressem a maximização dos direitos a educação e garantir a efetiva qualidade no ensino. Em seu texto legal, o Plano Nacional da Educação estabelece diretrizes e objetivos para educação a distância e tecnologias educacionais, formação profissional, educação especial, educação indígena, formação dos professores, e financiamento e gestão da educação.

O Programa Universidade Para Todos foi instituído, inicialmente, pela MEDIDA PROVISÓRIA nº 213, DE 10 DE SETEMBRO DE 2004, mais tarde convertida na LEI nº 11.096, DE 13 DE JANEIRO DE 2005, sendo depois modificada pela lei 11.128, de 28 de junho de 2005 e pelo Decreto nº.5.493, de 18 de julho de 2005.

A administração federal visa exatamente dar concretude a lei em seus múltiplos aspectos, assim, todas as previsões abstratas, são regulamentadas pelo referido decreto e portarias do PROUNI e visam também organizar e fiscalizar como em todo país as instituições de ensino superior privadas cumprem essa política de ação afirmativa.

### **2.3- Poder judiciário**

O poder judiciário, na sua missão sublime de julgar com justiça e conforme a constituição, foi provocado para se manifestar acerca do tema de uma específica política de ação afirmativa, que são as cotas raciais, ou seja, vagas nas universidades que devem ser reservadas para negros e pardos que sejam hipossuficientes economicamente.

Assim, embora hajam questionamentos a respeito de outras políticas de ações afirmativas que visam proteger outros grupos hipossuficientes, como estudantes de colégio público, índios, filhos de policiais militares entre outros, o critério mais debatido na sociedade

e no meio jurídico é o uso da raça como um dos critérios para inserção nas vagas disponibilizadas para as minorias.

Com efeito, o presente trabalho analisará os argumentos contra e a favor às cotas raciais no bojo do debate que o judiciário enfrenta. Em síntese, os argumentos gravitarão em torno da futura decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a arguição de preceito Fundamental interposta pelo partido democratas que pede a nulificação do ato normativo da Universidade de Brasília que instituiu as cotas raciais no âmbito da referida Universidade. E também na obra do autor João Feres que compila argumentos a Favor contra às cotas raciais, o seu trabalho tem o seguinte tema: “Aprendendo com debate público sobre ação afirmativa, ou como argumentos ruins podem tornar-se bons tópicos de pesquisa. *In*. Entre dados e fatos: Ação afirmativa nas universidades públicas brasileiras”<sup>13</sup>.

A grande questão que será decidida nessa arguição de descumprimento de preceito fundamental, que terá efeito vinculante em todo o judiciário e administração Pública direta e indireta ( o que inclui as universidades), será a respeito da constitucionalidade de atos administrativos que reservam vagas para negros e pardos nas universidades. Com o intuito de facilitar a compreensão, será analisado apenas os principais argumentos contra e a favor às cotas raciais.

Um dos grandes argumentos utilizados pelo partido democratas, é a afirmação de que o modelo de cotas raciais do Brasil seria uma importação do modelo dos Estados Unidos, ou seja, haveria uma implantação de um modelo alienígena no país, que não se coaduna a realidade nacional, já que haveria a imposição de um racismo institucionalizado<sup>14</sup>.

No lado diametralmente oposto, parte da doutrina contrapõe a essa idéia na assertiva de que é preciso estudo na evolução das categorias raciais, aliado com o cotejo de como o sistema de cotas é implantado nos Estados Unidos e como é aplicado aqui. Assim, o

argumento contrário as cotas careceria de força jurídica por se basear elucubrações, não sendo nem fato ao menos jurígeno, já que o raciocínio é prospectivo , ou seja , não se baseia em fatos, mas sim em meras hipóteses vazias.

Outro argumento ventilado pelos que se posicionam contrário a essa ação afirmativa, é que o sistema de cotas estaria explicitando um sistema binário, ou seja, o binômio branco-negro-, oriundo dos Estados Unidos que não se adequa ao Brasil, já que o nosso país é Miscigenado.

Os doutrinadores que contrapõe esse raciocínio, afirma que os próprios sistemas de cotas identificam os beneficiários como “não brancos”, ou seja, como negros e pardos, ora, esse padrão não é binário. Portanto, o modelo brasileiro de cotas não seria mimética ao modelo americano.

Os contrários às cotas raciais edificam o raciocínio de que essa cota é institucionalização da raça, ou seja, o Estado estaria fazendo diferenciações com base em algo que merece ser destruído que é a divisão da sociedade em raças. Assim, estaria havendo uma intervenção estatal maléfica que merece ser expurgada, já que impõe e desperta nos indivíduos consciência de raças, o que poderia levar a separação das pessoas, não sua união que é o objetivo constitucional, e, também, levaria principalmente em estigma para aqueles que são beneficiados com a política de cotas raciais na universidade, já que precisou de uma intervenção do Estado para galgar um posição de prestígio.

Os juristas que combatem esse argumento questionam: quem ganha e quem perde com a intervenção do Estado nas relações sociais? Existem intervenções estatais nas relações sociais em políticas preferenciais e em prol dos idosos, mulheres, crianças e outros grupos vulneráveis. Essas políticas teriam o condão de estigmatizar ou reificar os beneficiários delas? Sem contar que a suposição de que essa ação afirmativa causaria divisão na sociedade,

quando desacompanhada de qualquer suporte probatório, não exala nenhum efeito no mundo jurídico porque não se apóia em fatos, mas em deduções infundadas.

Um argumento extremamente freqüente utilizado pelos que são contra as cotas raciais, é que como o Brasil é um país miscigenado, não há como saber quem são os não-brancos beneficiados, até porque muitos que tem o fenótipo de negro tem grande parcela do seu DNA eurocêntrico, e outros Brancos no fenótipo, tem o seu genótipo eminentemente negro. Portanto, não há como distinguir os beneficiários dessa política, o que levaria a um juízo de discricionariedade ilegítimo parte da universidade ao afirmar que alguém é ou não é negro.

Os que rechaçam esse argumento explicitam que o importante é o fenótipo, já que eventual preconceito na seleção e na permanência no mercado de trabalho ocorre pelo o que aparece, assim, esse argumento não tem consistência.

Muitos explicitam também que as cotas raciais provocaria o fortalecimento e aumento de uma classe média negra.

Outros divergem dessa posição apontando que para saber se o privilégio acontece, basta investigar a origem econômica dos destinatários das políticas afirmativas. De qualquer forma, é ruim uma classe média negra? Existe a classe média de sírio-libanês, também dos judeus e outros grupos. São eles ruins para o país?

Por fim, muitos juristas afirmam que Cor da pele e pobreza são variáveis não relacionadas, a pobreza dos pretos e dos pardos não se deve ao racismo, mas a suas posições iniciais desprivilegiadas ou à educação deficiente que receberam. Além do mais, não são negados os direitos fundamentais a alguém pelo simples fato de ser negro, mas sim por ser pobre. Ou aos negros ricos são negados os direitos fundamentais?

No outro campo, os doutrinadores argumentam que os dados confirmam que a probabilidade de uma pessoa não-branca ser pobre é muito maior do que a probabilidade de

o branco sê-lo. Ainda que sendo do mesmo grupo socioeconômico e tendo a mesma educação que os negros, os brancos estão em vantagem. Práticas racistas no trabalho, escola, enfim na vida cotidiana. Preconceito também por meio da linguagem. Tudo isso revela expectativas morais de um grupo sobre o outro, que tem tudo a ver com a distribuição de chances e oportunidades de nossa sociedade.

Portanto, a partir da análise dos argumentos esposados, que obviamente não esgotam toda o assunto, apenas ilustram como ambas as posições, tanto a favor e contra as cotas raciais, apresentam argumentos jurídicos válidos.

#### **4- Mandado de segurança**

O grupo de pesquisa também se dispôs a elaborar um mandado de segurança para discutir situações que podem surgir na relação entre uma Instituição de Ensino Superior e o bolsista integral Prouni. A análise se baseou no seguinte caso concreto: o Impetrante, era bolsista integral da Instituição de Ensino Superior Estácio de Sá pelo sistema do PROUNI ( programa universidade para todos). Entretanto, depois que recebeu uma indenização, porque foi reformado da marinha, e com o dinheiro comprou um carro para maior utilidade para sua família, a referida Instituição de Ensino Superior comunicou ao impetrante para se manifestar por escrito, já que o carro era supostamente incompatível com a renda de um bolsista do Prouni, o que foi realizado pelo impetrante. Depois, a referida IES comunicou ao impetrante que a sua bolsa estava cortada, já que o caso foi enviado ao MEC , e este mandou extirpar a bolsa. Mesmo o impetrante insistindo para saber o teor da decisão do MEC, a autoridade presentante da referida Instituição Superior se recusou a prestar as informações relevantes, já dando o boleto para que o impetrante pagasse. A decisão da referida Instituição causou um vergão na alma do impetrante, já que os recursos de indenização, fruto do seu trabalho, não alterou sua situação patrimonial, apenas usou o recurso inesperado para compra de um carro que permitisse mais utilidade. Assim, até o presente momento o impetrante não conseguiu

quitar nenhuma parcela do curso de Direito da Estácio de Sá, simplesmente, por sua situação patrimonial restar enquadrável no perfil de hipossuficiência econômica.

Com base nesses fatos se desenvolveram argumentos para elucidar essa questão que surgiu com esse caso concreto. Os seguintes argumentos foram desenvolvidos pelo mandado de segurança:

O ato da referida Instituição de Ensino Superior teve fulcro no art.10, IX da portaria normativa nº 19 do MEC, que estabelece o encerramento da bolsa por mudança substancial socioeconômica do bolsista. A ação da instituição, além de destoar totalmente da literalidade do texto, já que a compra de um carro, dentro de uma universalidade de bens patrimoniais, é demais por duvidosa enquadrar em mudança substancial da situação sócia econômica, essa interpretação vai na contramão da hermenêutica consagrada pela Doutrina pátria. Além do mais, a interpretação teleológica foi totalmente desprezada pela autoridade coatora que, além de tomar decisões ao arrepio dos princípios constitucionais, fez tábula rasa do mens legis. Assim, como diz o ministro- poeta, Ayres Britto, há os que usam a letra do dispositivo legal, apenas para matar o espírito do próprio dispositivo.

A ação da referida Instituição de Ensino Superior é ilegal, já que violou o princípio da proporcionalidade, porque tal ação foi desnecessária, inadequada e desproporcional em sentido estrito. Houve inadequação entre a suposta infração e a suspensão da bolsa do PROUNI. A ação foi desnecessária porque violou os postulados mais básicos do bom senso, já que primeiro deve-se avaliar a universalidade dos rendimentos e bens antes de decidir revogar a bolsa Prouni. E foi desproporcional em sentido estrito porque diante da ponderação entre o Direito da Educação de um lado, acoplado com de direito de permanecer com a bolsa hígido, e direito de administração da IES de outro Lado de revogar a bolsa, com base em mera suspeita de renda incompatível, deve-se prestigiar o princípio da presunção da boa fé e educação do impetrante.

O ato da IES espancou o princípio da Publicidade, já que o processo administrativo que se desembocou com a revogação da bolsa PROUNI, ocorreu com o seus atos processuais obnubilados. E como assevera a doutrina *“Ora, os atos administrativos são espécies do ato jurídico, logo, nas mesmas condições, serão públicos. Basta tal raciocínio para concluir-se que o princípio da publicidade também não é particular do direito administrativo, embora nele se manifeste com toda evidência.”*<sup>15</sup> O impetrante não teve acesso aos esses atos processuais administrativos, nem no teor da referida decisão.

O ato da IES violou o princípio da presunção boa fé subjetiva e objetiva. No que toca a subjetiva, presume-se que a parte desconhecia que sua ação está discrepante com uma situação econômica enquadrável no perfil de bolsista do PROUNI. Assim, essa instituição não poderia atropelar a boa fé do impetrante ao tomar decisão de tamanha magnitude como revogar a bolsa PROUNI com base numa suspeita de mudança substancial de da situação sócio-econômica. Também, a boa fé objetiva que significa ter uma relação jurídica pautada pela confiança e lealdade. Na relação Jurídica entre o impetrante e a Instituição de ensino superior foi violada a lealdade e a confiança entre as partes porque essa instituição presumiu, com raciocínios ancorado em mera elucubração, que o impetrante teria mudança substancial no patrimônio e deveria ser revogada a sua bolsa PROUNI,.

O ato da IES violou o princípio Motivação já que os atos administrativos devem ser sempre motivados. No caso em tela, a autoridade coatora fez tábula rasa desse princípio ao decidir, as escusas, sem lastro jurídico e e fático aptos a justificar medida dessa ordem. Também esse ato da Instituição de ensino superior privada, que por delegação do poder Público, exercer uma atuação de oferecimento de educação superior, espancou o direito da educação. O impetrante, ao ser onerado, sem justificativa plausível para tanto, com pagamento de mensalidades da referida faculdade, está sendo impedido de prosseguir com

seus estudos que, por mérito, conseguiu galgar essa posição jurídica bolsista, não pode ser afastado de seus estudos.

### **Conclusão**

Conforme explicitado por toda a pesquisa realizada, o direito a educação é um direito constitucional essencial para efetivar o valor maior da constituição que é a dignidade da pessoa humana. Assim, o direito da educação, tal como previsto na constituição federal, é corporificado em leis( como LDB, Lei do Prouni entre outras) que visam tornar prática esse mandamento constitucional visando conceder iguais oportunidades a todos os indivíduos. Também, as cotas raciais, embora ainda causem polêmicas, fazem parte de um grande sistema que discrimina indivíduos, mas positivamente, para incluir grupos segregados e espoliados em espaços que muitas vezes lhes são negados por razões escusas. Sendo, portanto, de valia inestimável as políticas de ações afirmativas, inclusive as cotas raciais associadas ao critério econômico, já que até o momento todas as profecias fatídicas expostas pelos que são contra esses tipos de cotas não se cumpriram.

Também, o mandado de segurança que deu um entendimento mais abrangente a respeito das políticas de ações afirmativas, como o PROUNI. Assim, embora o PROUNI seja um grande avanço na sociedade, ainda é preciso aperfeiçoar seu sistema de monitoramento e fiscalização dos bolsistas. Como no caso em tela, a falta de razoabilidade em decisões monocráticas, que são realizadas ao arrepio do devido processo legal, atingiu um direito legítimo do bolsista, que ocupou uma posição por merecimento, não podendo ser solapado da sua posição em meras suposições sem obedecer o rito previsto pela constituição para o desenrolar dos atos administrativos, bem como em desrespeito a lei 9.784 que prevê como as autoridades administrativas devem conduzir um processo.

Portanto, as políticas de ações afirmativas são modelos temporários para sanar a desigualdade na sociedade Brasileira, assim, essas políticas Públicas visam dar concretude à ideais na constituição. Então, ações estatais não transformam a constituição em mero pedaço de papel, como diria Ferdinand Lassalle, mas, antes, reafirmam a sua força normativa, já que é capaz de mudar a sociedade em prol dos grandes princípios constitucionais que objetivam transformar a nossa sociedade em livre, justa e solidária.

## Referências

1 “A existência de uma inter-relação (positiva) entre os níveis de educação e de desenvolvimento de um país parece ser um facto merecedor de um consenso generalizado”. Caleiro, Antônio. Educação e desenvolvimento: que tipo de relação existe? Disponível em [http://www.ela.uevora.pt/download/ELA\\_ensino\\_investigacao\\_cooperacao\\_04.pdf](http://www.ela.uevora.pt/download/ELA_ensino_investigacao_cooperacao_04.pdf) Acesso:25/07/2011.

2-Entre os indicadores que a ONU usa para classificar o desenvolvimento do país está a educação. Disponível em: [http://www.ela.uevora.pt/download/ELA\\_ensino\\_investigacao\\_cooperacao\\_04.pdf](http://www.ela.uevora.pt/download/ELA_ensino_investigacao_cooperacao_04.pdf).

3- A nomenclatura de direito social foi esposada por Norberto Bobbio, que, na visão desse autor, seria um direito de 2ª geração. BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Regina Lyra. 3. tiragem. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2004. pag. 24 e 25.

4-“Assim, para Martínez de Pisón (2001, p.207), os direitos sociais, como direitos humanos, fundamentam-se [...] na existência de necessidades básicas, objetivas, universais e contingentes, das quais derivam o compromisso moral de sua satisfação [...], em todos os âmbitos, [...] com o objetivo de evitar pobreza e miséria, privações e danos físicos e psíquicos nas pessoas [...]’.” Soares, Evanna. Proteção constitucional do direito social ao trabalho das pessoas com deficiência e multiculturalismo. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/18618/protecao-constitucional-do-direito-social-ao-trabalho-das-pessoas-com-deficiencia-e-multiculturalismo/1> Acesso em: 25/07/2011

5-“normas de eficácia plena são aquelas que produzem, desde o momento de sua promulgação, todos os efeitos essenciais, porque não se estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto.” J.H. Meirelles Teixeira, Curso de direito constitucional, 1991, pag.317

6-Art. 5º §1º “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”

7-Art. 60, §4º “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais.”

8-Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana”

9-“e conhecereis a verdade, e a verdade vos libertará”. João cap.8 v.32. Bíblia Sagrada. Tradução do Novo Mundo das Escrituras sagradas.

10-BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar Editora, 2001, p. 25.

11-Fiorillo, Celso Antônio Pacheco. *O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2.000. pag.14.

12 - SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21ª rev. e atual.. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. pag.109.

13- ADPF nº 186. pag. 25

14-fonte:Júnior,João Feres,Aprendendo com debate público sobre ação afirmativa,ou como argumentos ruins podem tornar-se bons tópicos de pesquisa. *In*. Entre dados e fatos:Ação afirmativa nas universidades públicas brasileiras. Organizada por Angela Randolpho Paiva.Rio de Janeiro:Editora puc-rio.pag.161 e 162.

15-Antônio A.Queiroz Teles (Introdução ao Direito Administrativo, RT, 1995, pág. 42

**Entre dados e fatos: ação afirmativa nas universidades públicas brasileiras/** organização: Angela Randolpho Paiva- Rio de Janeiro: PUC- Rio, Pallas ed. , 2010.

**2 – Ação afirmativa na universidade: reflexão sobre experiências concretas Brasil-Estados Unidos/** organização: Angela Randolpho Paiva- Rio de Janeiro: Ed. PUC- Rio: Desiderata, 2004.