

---

# POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIAIS: AÇÕES AFIRMATIVAS COMO INSTRUMENTO JURÍDICO PARA CONCRETIZAÇÃO DA IGUALDADE E O ACESSO À EDUCAÇÃO<sup>1</sup>

OLIVEIRA, Edmundo Alves<sup>2</sup>

---

Recebido em: 2012.04.24

Aprovado em: 2013.08.08

ISSUE DOI: 10.3738/1982.2278.809

---

**RESUMO:** As políticas públicas sociais devem se fundamentar em princípios que busquem aprimorar o acesso aos bens públicos a todos os cidadãos. Neste sentido as ações afirmativas vêm sendo alvo de grandes debates em todo o mundo, pois são consideradas uma das formas de abolir as desigualdades existentes em nossa sociedade. Elas se dão normalmente a favor de classes minoritárias, com poucas chances de terem uma vida mais digna por seus próprios esforços, necessitando de algumas medidas políticas para se igualarem aos demais. Estas ações afirmativas têm como objetivo firmar o princípio da igualdade material em nossas relações sociais. A Constituição Federal proclama que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, devendo ser 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. Entretanto, ao observarmos a realidade educacional brasileira vemos que tal direito constitucional esta longe de ser concretizado em nossa sociedade, principalmente aos grupos mais marginalizados, como negros, mulheres, deficientes físicos e pobres. Portanto, pretende-se mostrar neste trabalho como as políticas públicas de ações afirmativas devem se materializar no meio social para a concretização do direito à educação frente os atores sociais que necessitam de maiores benefícios, por causa de suas condições sociais (condição financeira, grupo étnico, etc.), através de um estudo sobre as políticas públicas de ações afirmativas, demonstrando sua compatibilidade constitucional, sua relação com o conceito de políticas públicas, origem e definição, sempre relacionando com o direito à educação, utilizando recursos como dados estatísticos de indicadores sociais (IBGE, INEP, UNESCO), pesquisas nos veículos de imprensa digital, doutrina e jurisprudência.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional. Princípio da Igualdade. Direito à Educação. Políticas Públicas. Ações Afirmativas.

**SUMMARY:** The Federal Constitution states that education is a right and duty of the State and the family of all , and should be encouraged and promoted in cooperation with the company looking for the full development of the person, his preparation for the exercise of citizenship work and their grades . Observe educational Brazilian reality we see that this constitutional right is far from a reality in our society , especially the most marginalized groups, such as blacks , women , the disabled and the poor. Therefore, we intend to show in this paper how public policy of affirmative action must be made in the social environment for the realization of the right to education through social actors need more benefits because of their social development, through a study of the public policy of affirmative action , demonstrating their constitutional compatibility, its relationship with the concept of public policy , origin and definition, always in relation to the right to education , using resources such as social statistical indicators , research on digital media vehicles , doctrine and jurisprudence .

**Keywords:** Constitutional Law . Principle of Equality. Right to Education . Public Policy . Affirmative Actions.

---

## INTRODUÇÃO

As ações afirmativas apresentam-se no cerne do debate Constitucional contemporâneo (GOMES, 2001), pois, embora tenham a função de diminuir as desigualdades sociais, proporcionam grandes

---

<sup>1</sup> Área do conhecimento: administração pública nº 60202009

<sup>2</sup> Centro Universitário de Araraquara - UNIARA

conflitos acerca do princípio da igualdade e a concretização do direito à educação, dentre outros direitos sociais.

A Constituição Federal consagra em seu Título II, Capítulo II, os direitos sociais, dentre eles no artigo 6º, caput, apresenta-se o direito à educação, que combinado com o artigo 205 e SS ( BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil) eleva a educação ao nível dos direitos fundamentais do homem, sendo direito de todo e qualquer cidadão (SILVA,2006).

Entretanto, tal direito esta longe de ser concretizado em nossa sociedade, principalmente quando se relaciona com grupos marginalizados, como negros, mulheres, deficientes físicos e pobres.

Desta forma, este trabalho teve por objetivo analisar a função das ações afirmativas como instrumento concretizador do direito à educação. Entretanto, para isto, foi necessário analisar além de sua íntima relação com a educação, vários preceitos inerentes ao desenvolvimento do tema e contribuição científica, como conceito, amplitude, compatibilidade constitucional e relação com o princípio da igualdade, com o auxílio da doutrina, jurisprudência e dados de indicadores sociais.

## 1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

A Constituição de 1988 foi o marco-zero de um recomeço, pois a falta de efetividade das sucessivas Constituições brasileiras decorreu do não reconhecimento de força normativa aos seus textos e da falta de vontade política de dar-lhes aplicabilidade direta e imediata. Prevalendo entre nós a tradição europeia da primeira metade do século, que via a lei fundamental como mera ordenação de programas de ação, convocações ao legislador ordinário e aos poderes públicos em geral. Daí por que as Cartas Brasileiras sempre se deixaram inflacionar por promessas de atuação e pretensos direitos que jamais se consumaram na prática, causando uma história marcada pela insinceridade e pela frustração. ( BARROSO; BARCELLOS, 2003).

Como assinala Cambi (2008, p. 139-172) o direito não pode ficar engessado aos métodos arcaicos, engendrados pelo pensamento iluminista do século XVIII, o pensar o direito deve passar por um aprimoramento para que a sua concretização não fique presa a institutos inadequados aos fenômenos contemporâneos e, assim, não se dissocie da realidade, frustrando seu escopo fundamental de abordar a condição humana nas múltiplas e complexas relações sociais, políticas e econômicas.

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo (neoconstitucionalismo) busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto, procurando empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção, incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras, a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica, a formação de uma nova hermenêutica constitucional, e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o direito e a filosofia. (BARROSO, 2005, p.13).

Os Direitos Humanos Fundamentais compõem um construído axiológico, fruto da nossa história, de nosso passado, de nosso presente, fundamentado em um espaço simbólico de luta e ação social (PIOVESAN, 2005, p.43-56).

Costuma-se identificar três dimensões ou gerações de direito fundamentais, as quais se coexistem harmonicamente. São os direitos individuais, os direitos sociais e os direitos de fraternidade. A primeira geração alcança os direitos individuais e políticos, que são verdadeiros direitos de defesa, impondo limites à ação estatal. Tais direitos foram consagrados no Bill of Rights of Virginia, de 12 de junho de 1776, fruto da revolução americana, na declaração Francesa de direitos do homem e do cidadão, de 26 de agosto de 1789, e nas dez primeiras emendas à Constituição Americana, que entraram em vigor em 1791. A segunda Geração corresponde aos direitos sociais, econômicos e culturais, que são o direito à saúde, à educação, à previdência social, que exigem um facere do Estado, vale dizer uma ação positiva com o fim de propiciar melhores condições de vida (*lato sensu*) à pessoa humana e diminuir as desigualdades sociais. Como marcos fundamentais dessa geração, podem ser mencionadas as constituições do México de 1917 e a alemã de Weimar de 1919. A terceira geração alcança os direitos difusos, que rompem à individualidade do ser humano para abarcar grande parcela do grupamento ou a própria espécie, do que é exemplo o meio ambiente ( GARCIA, 2006, p. 83-112).

Ante o exposto, levando em consideração os novos paradigmas e ao esbarrar com a grande quantidade de direitos definidos e garantidos em inúmeros instrumentos jurídicos, internacionais ou nacionais, assinala Bonavides (2008) que o problema principal do direito constitucional contemporâneo não está mais em juridicizar o Estado Social, até porque a Constituição de 88 imprimiu uma latitude sem precedentes aos direitos sociais, dotados agora de uma substantividade nunca vista nas cartas constitucionais anteriores, pois o problema fulcral encontra-se em como estabelecer meios para efetivar esses direitos. Ainda, segundo Trindade (1998, p.21-163) há a necessidade de uma efetividade social dos Direitos Humanos, ou seja, a criação de instrumentos jurídicos para levá-los a prática.

Portanto, é possível entender que se deve ao Estado o desenvolvimento de instrumentos como as políticas públicas voltadas a estender a todos os indivíduos os direitos fundamentais, incluindo os direitos sociais (SCHIER, 2002), inclusive o direito a educação, se baseando em ações afirmativas para alcançar grupos mais carentes, como será demonstrado no desenvolver do trabalho.

## **2 AÇÕES AFIRMATIVAS**

### **2.1 INTRODUÇÃO**

A primeira vista é possível compreender ação afirmativa como uma medida que concede maiores benefícios à população inferiorizada, marginalizada ou minorizada, sejam por questões econômicas, políticas, históricas ou culturais, para que estes atores sociais possam estar em nível de igualdade com os demais indivíduos da sociedade.

Originariamente, as ações afirmativas foram implementadas pelo governo dos Estados Unidos da América, a partir de meados do século XX, mormente com a promulgação das leis dos direitos civis (1964), e atingirem o seu ápice após intensa pressão dos grupos organizados da sociedade civil, especialmente os denominados “movimentos negros”, de variada forma de atuação, capitaneados por lideranças como Martin Luther King e Malcon X, ou grupos radicais como os "Panteras Negras", na luta pelos direitos civis dos afro-americanos. Daí esse conceito influenciou a Europa, onde tomou o nome de discriminação positiva. Em função das continuadas reivindicações e concernentes ao princípio moral fundamental da não discriminação, os argumentos jurídicos combinados com o movimento social foram capazes de efetuar profunda mudança nas leis e atitudes norte-americanas. Em 1957, 1960, 1964 e 1965, o Congresso dos EUA promulgou leis dos direitos civis. As ações afirmativas requeriam que os empregadores tomassem medidas para acabar com as práticas discriminatórias da política de pessoal e dali

em diante adotar todas as decisões sobre emprego numa base neutra em relação à raça (SILVA, 2004, p. 13-14).

Mas a ação afirmativa não ficou restrita aos Estados Unidos. Experiências semelhantes ocorreram em vários países da Europa Ocidental, na Índia, Malásia, Austrália, Canadá, Nigéria, África do Sul, Argentina, Cuba, dentre outros. Na Europa, as primeiras orientações nessa direção foram elaboradas em 1976, utilizando-se frequentemente a expressão ação ou discriminação positiva. Em 1982, a discriminação positiva foi inserida no primeiro Programa de Ação para a Igualdade de Oportunidades da Comunidade Econômica Europeia. Nesses diferentes contextos, a ação afirmativa assumiu formas como: ações voluntárias ou de caráter obrigatório, ou como estratégia mista; programas governamentais ou privados; leis e orientações a partir de decisões jurídicas ou agências de fomento e regulação (MOEHLECKE, 2002, p.197-217)

Com isso, pretende-se demonstrar a seguir a amplitude das ações afirmativas, analisando-as na forma de políticas públicas.

## 2.2 CONCEITO

Quando há menção de ações afirmativas no cenário brasileiro já se é apresentada a ideia de um sistema de cotas nas universidades, entretanto, as cotas são apenas uma espécie da qual as ações afirmativas são gênero.

Há diversos conceitos para as ações afirmativas, vários deles levam em conta parâmetros apenas raciais, diminuindo a capacidade de intervenção social dessas medidas, definindo-as em geral como sendo forma somente forma de reparação histórica de indivíduos que vieram ao longo do tempo sendo discriminados.

É óbvio que é de grande valia estudar e utilizar as ações afirmativas para promover a igualdade racial, mas esta não é a única forma de sua manifestação.

Para se buscar a devida efetividade da ação afirmativa, é necessário ampliar sua capacidade de intervenção, compreendendo-a num sentido lato, com intuito de promovê-la de diversas formas e mecanismos sociais.

Assim, “Ação afirmativa é planejar e atuar no sentido de promover a representação de certos tipos de pessoas aquelas pertencentes a grupos que têm sido subordinados ou excluídos, em determinados empregos ou escolas. É uma companhia de seguros tomando decisões para romper com sua tradição de promover a posições executivas unicamente homens brancos. É a comissão de admissão da Universidade da Califórnia em Berkeley buscando elevar o número de negros nas classes iniciais [...]. Ações Afirmativas podem ser um programa formal e escrito, um plano envolvendo múltiplas partes e com funcionários dele encarregados, ou pode ser a atividade de um empresário que consultou sua consciência e decidiu fazer as coisas de uma maneira diferente.”(BERGMANN, 1996, p.7).

Nas considerações de Bergmann, se observa a amplitude social que as ações afirmativas podem se manifestar, podendo ser empregadas das mais diversas formas, pelo estado ou por particulares, formalmente escritas ou simplesmente realizadas pela consciência de qualquer indivíduo preocupado

Por isso, que Menezes (2001) conceitua que as ações afirmativas são medidas especiais que buscam eliminar os desequilíbrios existentes entre determinadas categorias sociais até que eles sejam neutralizados, o que se realiza por meio de providências efetivas em favor das categorias que se encontram em posições desvantajosas.

Com mais embasamento, mas ainda apresentando um sentido amplo, Sarmento define que “Ação afirmativa são medidas públicas ou privadas, de caráter coercitivo ou não, que visam promover a igualdade substancial, através da discriminação positiva de pessoas integrantes de grupos que estejam em situação desfavorável, e que sejam vítimas de discriminação e estigma social. Elas podem ter focos muito diversificados, como mulheres, os portadores de deficiência, os indígenas ou os afrodescendentes, e incidir nos campos mais variados, como educação superior, acesso a empregos privados ou a cargos públicos, reforço à representação política ou preferências na celebração de contratos.”(SARMENTO, 2007, p. 187-215)

Ainda o Supremo Tribunal Federal informa que “A reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica constitui política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros da sociedade fraterna que se lê desde o preâmbulo da Constituição de 1988.”<sup>3</sup>

Portanto, o campo de atuação das ações afirmativas deve ser amplo, e que sua característica principal é a concretização de direitos fundamentais, onde a igualdade apresenta-se como o direito norteador base, em busca da materialização dos demais direitos sociais.

Por exemplo, a utilização destas na forma de políticas públicas para a concretização do direito à educação, deve ser criada em sentido lato, amplo, e as razões serão expostas a seguir.

No Brasil, a maioria dos estudos desenvolvidos sobre as ações afirmativas concentram-se em alguns pontos específicos: 1) analisam os reflexos do modelo norte-americano, mais especificamente das políticas de cotas; 2) consideram o caráter histórico e a constituição do preconceito no Brasil, e as possibilidades e ação afirmativa nesse contexto; 3) formulam análises legais sobre sua aplicabilidade, ou 4) finalmente, analisam os programas já existentes (COSTA;VIEIRA, 2003, p. 81-98).

Ainda, na esfera do Poder Legislativo nacional, encontramos propostas de ações afirmativas, especialmente no que diz respeito ao acesso ao ensino superior. Em 1993, encontramos a proposta de Emenda Constitucional do então deputado Florestan Fernandez (PT/SP); em 1995, a então senadora Benedita da Silva (PT/RS) apresenta os projetos n.º 13 e 14; no mesmo ano é encaminhado o projeto de lei n.º 1239, pelo então deputado federal Paulo Paim (PT/RS); em 1998, o deputado federal Luiz Alberto (PR/BA) apresenta os projetos de lei n.º 4.567 e 4.568; e, em 1999, temos o projeto de Lei n.º 298, do senador Antero Paes de Barros (PSDB). Analisando o conjunto dos projetos, observamos que são apresentadas diferentes propostas: a concessão da bolsa de estudo; uma política de reparação que, além de pagar uma indenização aos descendentes de escravos, propõe que o governo assegure a presença proporcional destes nas escolas públicas em todos os níveis; o estabelecimento de um Fundo Nacional para o Desenvolvimento de Ações Afirmativas; a alteração no processo de ingresso nas instituições de ensino superior, estabelecendo cotas mínimas para determinados grupos. Na definição dos grupos beneficiados, os projetos estabelecem critérios exclusivamente raciais/étnicos ou sociais, ou procuram utilizar ambos os critérios. Naqueles que estabelecem grupos raciais, temos como público-alvo os "negros", "afro-brasileiros", "descendentes de africanos", ou setores "etno-raciais socialmente discriminados", em que estaria incluída a população indígena. Há projetos específicos para a população denominada "carente" ou para os alunos oriundos da escola pública. Sobre a proporção daqueles atingidos pelas propostas, não há um padrão nesse dimensionamento; alguns projetos definem todo o grupo especificado, racial ou social, como beneficiário; outros estabelecem um percentual, como 20% das vagas para alunos carentes, 10% das vagas para "setores etno-raciais discriminados", 45% dos recursos para "afrodescendentes"; 50% das vagas para alunos oriundos das escolas públicas; ou ainda uma percentagem proporcional à representação do grupo em cada região. A definição dos grupos e de sua abrangência são

<sup>3</sup> RMS 26.071, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 13-11-07, DJ de 1º-2-08.

aspectos importantes na formulação de leis e políticas e, dependendo do nível de aplicação – se nacional, estadual ou municipal, necessitam incorporar diferenças regionais ( MOEHLECKE, 2012, p.197-207).

Ora, as propostas de ações afirmativas no contexto atual concentram-se em questões raciais, mencionando um pouco de alunos carentes advindo de escolas públicas, e utilizam apenas uma espécie, que é a cota, para sua implementação. Entretanto, os problemas educacionais apresentam-se muito mais complexos e abrangentes, sendo as políticas públicas de ações afirmativas um eficaz instrumento jurídico de concretização deste direito se utilizada corretamente, ou seja, de forma mais ampla.

O Brasil possui cerca de 14,3 milhões de analfabetos totais, sendo que destes, 09 milhões são negros. A questão do negro no contexto social é um tanto complicada, mas também há outros grupos sociais que necessitam de atenção.

Um exemplo é a população de regiões pobres, como o Nordeste, onde cerca de 20% da população é analfabeta.

Ademais, a população indígena se apresenta com cerca de 1,3 milhões de crianças entre 06 e 14 anos com atraso educacional, e mais de 200.000 não frequentam a escola, ainda, 3,9 milhões de crianças indígenas vivem com famílias que sobrevivem abaixo da linha da pobreza.

Outro fator relevante, é que 50% das crianças e adolescentes vivem com famílias no nível da pobreza, sobrevivendo com menos de meio salário mínimo mensal.

Tais dados e demais fatos, posicionam o Brasil na 80ª posição no Índice de Desenvolvimento de Educação realizado pela UNESCO em 2006, ficando atrás de países como Panamá, Equador, Bolívia e Paraguai.

Portanto, as políticas públicas de ações afirmativas devem se concentrar para todos os excluídos socialmente, ou como leciona Rocha,(p.283-295,1996) “do não cidadão, daquele que não participa política e democraticamente como lhe é assegurada na Constituição Federal, porque não se lhe reconhecem os meios efetivos para se igualar com os demais”.

Importante frisar, que o sentido amplo de aplicações das ações afirmativas defendido neste trabalho não significa banalizar sua utilização, mas demonstrar que ela pode ser promovida tanto por um particular quanto pelo poder público, além de salientar a necessidade de atingir diversos grupos sociais marginalizados socialmente, que necessitam de medidas eficazes para terem seu direito à educação concretizado.

### **2.3 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E AS AÇÕES AFIRMATIVAS**

As ações afirmativas situam-se no cerne do debate constitucional contemporâneo, e interferem em questões que remontam à própria origem da democracia moderna (GOMES, 2001, p. 1113-1164).

Segundo Streck,

[...] no moderno constitucionalismo, uma das conquistas reside exatamente na nova configuração da relação entre os poderes do Estado. A renovada supremacia da constituição vai além do controle de constitucionalidade e da tutela mais eficaz da esfera individual de liberdade. Com as Constituições democráticas do século XX, outro aspecto assume lugar cimeiro: trata-se da circunstância de as Constituições serem erigidas à condição de norma diretiva fundamental, que se dirige aos poderes públicos e condiciona os particulares de tal maneira que assegura a realização dos valores constitucionais (direitos sociais, direito à educação, à subsistência, à segurança, ao trabalho etc). A nova concepção de constitucionalidade une precisamente a ideia de Constituição como norma fundamental de garantia com a noção de Constituição enquanto norma diretiva fundamental (STRECK, 2013, p.110).

Diversas discussões foram desenvolvidas acerca das ações afirmativas, levando em conta os mais diversos critérios e fundamentos, desde paixões ideológicas até rigores tecnicamente exagerados.

Entretanto, cumpre demonstrar neste tópico a compatibilidade das ações afirmativas com a Constituição Federal, a qual deve nortear todas as relações jurídico-sociais.

Levando em consideração os conceitos e objetivos das ações afirmativas demonstrados em tópicos anteriores, pode-se concluir em outro momento que estas discriminações positivas tem a finalidade de conceder benefícios a determinados grupos sociais que se encontram em latente desvantagem com o restante da sociedade, para que possam ter seus direitos fundamentais (individuais e principalmente os sociais) materializados.

Ora, o enunciado das ações afirmativas, se enquadram perfeitamente nas disposições constitucionais, e como defende Mello (2001),

o artigo 3.º da Constituição Federal traz luz suficiente ao agasalho de uma ação afirmativa, a percepção de que o único modo de se corrigir desigualdades é colocar o peso da lei, com a imperatividade que ela deve ter em um mercado desequilibrado, a favor daquele que é discriminado, que é tratado de forma desigual. Nesse preceito são considerados como objetivos fundamentais de nossa República: primeiro, construir – prestem atenção a esse verbo – uma sociedade livre, justa e solidária; segundo, garantir o desenvolvimento nacional – novamente temos aqui o verbo a conduzir, não a uma atitude simplesmente estática, mas a uma posição ativa; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e, por último, no que nos interessa promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Posso asseverar, sem receio e equívoco, que se passou de uma igualização estática, meramente negativa, no que se proibia a discriminação, para uma igualização eficaz, dinâmica, já que os verbos "construir", "garantir", "erradicar" e "promover" implicam, em si, mudança de óptica, ao denotar "ação". É preciso viabilizar – e encontramos na Carta da República, base para fazê-lo – as mesmas oportunidades. Há de ter-se como página virada o sistema simplesmente principiológico. A postura deve ser acima de tudo, afirmativa. E é necessário que essa seja a posição adotada pelos nossos legisladores.

Além disso, as ações afirmativas como uma medida que busca a concretização de direitos fundamentais sociais e conseqüentemente de direitos fundamentais individuais a determinado grupo social que se encontra marginalizado na sociedade, pretendendo alcançar os objetivos dispostos na Constituição Federal mencionados acima e conceder o direito norteador de todo sistema constitucional que é da dignidade da pessoa humana<sup>4</sup>, não pode ser encarada como incompatível com o texto maior.

<sup>4</sup> A abrangência do que seja a dignidade da pessoa humana é ilimitável, refuta aos mais diversos conceitos, Sarlet (SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.) defende que é uma “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”. Comparato (COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 20.), assinala que a dignidade da pessoa humana não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita. Daí decorre, como assinalou o filósofo, que todo homem tem dignidade e não um preço, como as coisas. Torres (TORRES, Ricardo Lobo. Os Direitos Humanos e a Tributação. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 133) acentua que o direito à alimentação, à saúde e educação, embora não sejam originariamente fundamentais, adquirem o status daqueles no que concerne à parcela mínima sem a qual a pessoa não sobrevive. Com isso, se pode observar que embora grande sejam os conceitos, todos fluem ao mesmo caminho, conferindo a dignidade da pessoa humana “um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem” (SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 26ª ed., p. 105, 2006.)

Ademais, como já foi explanado, a ação afirmativa constitui meio para a aplicação material do direito à igualdade, pois através dela se pode transmutar da igualdade formal para a material, como preceitua diversas disposições do texto maior.

Como leciona Rocha, a ação afirmativa é um dos instrumentos possibilitadores da superação do problema do não cidadão, daquele que não participa política e democraticamente como lhe é assegurada na Constituição Federal, porque não se lhe reconhecem os meios efetivos para se igualar com os demais e como cidadania não combina com desigualdades, ela é então, uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias (p.283-295,1996).

A própria Constituição Federal autoriza a criação de políticas públicas para a materialização dos direitos sociais<sup>5</sup>, porquanto, se estas são dirigidas aqueles que precisam mais do que o restante dos cidadãos, como é o caso das ações afirmativas, inegavelmente que serão plenamente concebíveis pelo sistema constitucional.

Ainda, a instituição de um estado democrático de direito no artigo 1º da Constituição Federal, densifica a intervenção do Estado na criação de medidas interventivas no meio social, como as ações afirmativas.

Até o momento foi reconhecida a compatibilidade constitucional das ações afirmativas, mas é de suma importância que tais características se apresentam quando a seus objetivos e finalidades, pois é óbvio que uma política pública de ação afirmativa pode ser inconstitucional se não forem observadas certas características inerentes a sua formalização (planejamento orçamentário, plano de governo, etc.) ou tiverem um alcance inadequado, se apresentando contra as diretrizes constitucionais, promovendo uma discriminação negativa, desigualdade jurídica, baixa eficiência entre outros elementos que não devem fazer parte dessas políticas.

Entretanto, de forma geral quanto a seus objetivos e finalidades estudados até agora a ação afirmativa apresenta-se de acordo como os ditames constitucionais, sendo esta também a posição do Supremo Tribunal Federal quanto ao tema, que embora não tenha julgado e definido sua posição, apresenta decisões favoráveis<sup>6</sup>.

### 3.4. AÇÕES AFIRMATIVAS E POLÍTICAS PÚBLICAS

Foi explanado acima que as ações afirmativas podem ser medidas realizadas tanto por particulares quanto pelo estado, das mais variadas formas possíveis, entretanto, nosso estudo se restringe a estudá-las na forma de políticas públicas.

Com fulcro na lição de Bonavides (2008), já mencionada anteriormente, o problema principal do direito constitucional contemporâneo não esta mais em juridicizar o Estado Social, até porque a Constituição de 88 imprimiu uma latitude sem precedentes aos direitos sociais, dotados agora de uma substantividade nunca vista nas cartas constitucionais anteriores. O problema fulcral encontra-se em como estabelecer meios para efetivar esses direitos.

---

<sup>5</sup> É o que se pode observar no Título VIII da Constituição Federal que trata “DA ORDEM SOCIAL”, onde apresenta disposições claras dos artigos 193 ao 232, vinculando e obrigando o Estado a propor políticas e medidas sociais para a efetivação de direitos sociais, garantidos pelo texto constitucional.

<sup>6</sup> (ADI 2649, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 08/05/2008, DJe-197 DIVULG 16-10-2008 PUBLIC 17-10-2008 EMENT VOL-02337-01 PP-00029 LEXSTF v. 30, n. 358, 2008, p. 34-63); (RMS 26071, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 13/11/2007, DJe-018 DIVULG 31-01-2008 PUBLIC 01-02-2008 EMENT VOL-02305-02 PP-00314); (ADI 1946 MC, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 29/04/1999, DJ 14-09-2001 PP-00048 EMENT VOL-02043-01 PP-00050).

Uma forma para efetivar o direito à educação disposto na Constituição Federal é a utilização das políticas públicas.

É de grande importância realizar breves considerações acerca das políticas públicas normalmente utilizadas pelo estado e das políticas públicas baseadas em ações afirmativas, sendo que as primeiras serão chamadas de políticas públicas genéricas e as segundas de específicas.

De forma geral, analisando o conceito genérico, “Políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”(BUCCI, p. 283-295, 1996)

Ainda, “A expressão políticas públicas designa todas as atuações do estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social”(GRAUS,p.21,2008)

É evidente que de acordo com algumas considerações já realizadas ao longo deste trabalho, levariam a crer erroneamente que todas as emanções de políticas públicas seriam iguais.

Entretanto, há aspectos inerentes as políticas públicas genéricas e as específicas baseadas em ações afirmativas, pois, embora as primeiras tenham como um de seus objetivos a concretização de direitos, principalmente os sociais, constituindo uma verdadeira intervenção estatal na sociedade como as segundas, a grande diferença se apresenta nos destinatários que terão seus direitos concretizados.

Enquanto nas políticas públicas genéricas tem-se uma amplitude de concretização de direitos, objetivando efetivá-los de forma geral para toda a sociedade sem destinatário específico, empregando formalmente o princípio da igualdade, as políticas públicas específicas baseadas em ações afirmativas buscam concretizar direitos de um grupo específico ou como preconiza Rocha (ROCHA, p. 283-295, 1996), “em favorecimento de algumas minorias socialmente inferiorizadas”.

Outro aspecto importante já suscitada acima é a forma como o direito de igualdade deverá ser utilizado em cada caso, sendo que nas políticas públicas genéricas ele se apresentará *erga omnes*, e nas políticas públicas específicas baseadas em ações afirmativas ele norteará a relação de determinado grupo socialmente inferiorizado perante o restante da sociedade<sup>7</sup>.

Tais critérios diferenciadores apresentados acima devem ser entendidos como aspectos materiais das políticas públicas, pois a observância de cada um deles é inerente para diferenciar uma política pública genérica de uma específica e analisar seus impactos na sociedade.

É importante ressaltar que, a diferenciação dessas políticas públicas se restringe aos aspectos materiais, pois quanto aos aspectos formais<sup>8</sup>, elas se apresentam iguais.

Estas considerações são de grande valia para nortear os estudos seguintes acerca da igualdade nas políticas públicas específicas baseadas em ações afirmativas, entretanto, é importante deixar claro que ambas as espécies de políticas públicas são necessárias para a sociedade, pois buscam a efetivação dos preceitos constitucionais.

Entretanto, é de pacífica conclusão que as políticas públicas específicas baseadas em ações afirmativas tem um maior impacto social por focalizarem e implementarem maiores benefícios a

---

<sup>7</sup> Tais considerações serão detalhadamente analisadas no item que trata da “Igualdade e Ações Afirmativas”.

<sup>8</sup> Aspectos formais, seriam aqueles relacionados com os requisitos básicos para sua formação no meio da administração pública “Assim, para a compreensão das políticas públicas é essencial compreender-se o regime das finanças públicas. E para compreender estas últimas é preciso inseri-las nos princípios constitucionais que estão além dos limites ao poder de tributar. Elas precisam estar inseridas no direito que o Estado recebeu de planejar não apenas suas contas mas de planejar o desenvolvimento nacional, que inclui e exige a efetivação de condições de exercício dos direitos sociais pelos cidadãos brasileiros. Assim, o Estado não só deve planejar seu orçamento anual mas também suas despesas de capital e programas de duração continuada” (LOPES, J. R. L. . Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado social de direito. In: José Eduardo Faria. (Org.). Direitos Humanos, direitos sociais e justiça. 2a. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1994, v. 1, p. 113-143.)

determinados grupos da sociedade, estando o princípio da igualdade intimamente ligado as essas relações, com intuito de não gerar uma antipatia e até mesmo maior discriminação pelo restante dos indivíduos.

### 3.5. IGUALDADE E AÇÕES AFIRMATIVAS

A raça humana é diferente e desigual, já em sua essência. Na esfera biológica, cada pessoa possui seus traços únicos, sendo um ser, por excelência, único. Também na esfera sociológica diferenças foram construídas e profundamente enraizadas em nossa cultura, o que também difere os povos como sendo únicos. Seja por motivo natural ou social, a humanidade é, por excelência, diferente e desigual (CONCI; AVOGLIO, 2008).

Entretanto, o ideal de estabelecer uma sociedade igualitária a muito vem sendo buscado por toda a história da humanidade, mas em que constitui tal igualdade, já que somos diferentes por excelência?

O jus-filósofo Bobbio (1996) nos apresenta que a busca pela igualdade é um desejo de índole moral socialmente e politicamente almejado.

Nestes traços, observa-se que a igualdade constitui um anseio de bem estar social, no qual os indivíduos apresentem-se aptos a terem seus direitos respeitados e de serem tratados igualitariamente.

Mas, tal aspecto se apresenta de natureza puramente teórica-filosófica, buscando uma mera conceituação, no entanto, para o presente trabalho é coerente analisar a igualdade como um direito disposto na Constituição Federal.

O princípio da igualdade constitui o signo fundamental da democracia (SILVA,2006), sendo uma norma de direito fundamental que confere aos indivíduos o direito à igualdade de tratamento, tendo a característica de um direito subjetivo, sendo um princípio objetivo que se projeta sobre todo o ordenamento jurídico, com aplicabilidade imediata (CF, art. 5º, § 1º), imune ao poder constituinte reformador (CF, art. 60, § 4º, IV) e, portanto, ocupante de uma posição preferente na ordem jurídica.(STEINMETZ, 2004)

As constituições – inclusive a brasileira – estabelecem que todos são iguais perante a lei, apresentando, assim, a face formal do princípio da igualdade, onde, se pode afirmar que a lei e sua aplicação deva tratar todos da mesma forma, sem distinção de grupos, ou seja, as normas jurídicas devem ser cumpridas.(ALEXY,p.214,2002)

A igualdade formal, já foi alvo de desenvolvimento de Kelsen, o qual leciona:

[...] compreende-se como de per si evidente que a exigência ou postulado de que todos os homens sejam tratados por igual, ou seja, de que não se deve fazer menção de nenhuma das desigualdades de fato existentes, qualquer que seja o conteúdo que possa ter o tratamento conforme a norma pressuposta pela norma de justiça, conduz consequências absurdas [...] Não é possível deixar de lado todas as desigualdades em toda e qualquer espécie de tratamento. Certas desigualdades têm de ser tomadas em consideração. Trata-se apenas de saber quais as desigualdades que devem ser desprezadas e quais os indivíduos que, portanto, podem ser considerados como iguais (KELSEN,1994)

Portanto, observa-se que o enunciado Aristotélico de simplesmente “tratar todos iguais perante a lei” é insuficiente para aplicar o princípio da igualdade nas relações sociais, sejam elas de direito público ou privado.

Alexy leciona que “Se o enunciado geral de igualdade se limitasse ao postulado de uma práxis decisória universalizante, o legislador poderia, sem violá-lo, realizar qualquer discriminação, desde que

sob a forma de uma norma universal, o que é sempre possível. A partir dessa interpretação, a legislação nazista sobre judeus não violaria o enunciado ‘os iguais devem ser tratados igualmente’.( p.394,2008)

Então, utilizar a igualdade como postulado universal, pouco adiantaria, pois autorizaria a discriminação, como nos exemplos dados por Canotilho (p.588,1993), onde uma lei determina que, “todos os indivíduos de raça judaica devem ter sinalização na testa; todos os indivíduos de `raça negra` devem ser tratados `igualmente` em `escolas` separadas das dos brancos”, observa-se que tanto negros como judeus estão sendo tratados de forma igual, embora, de forma discriminatória.

Ademais, ao observar alguns artigos da Constituição Federal, pode-se concluir que ela mesma apresenta normas que excetua o disposto da igualdade formal ou perante a lei.

No art. 7º, XXX E XXXI, vêm regras de igualdade material, regras que proíbem distinções fundadas em certos valores, ao vedarem diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil e qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência. A previsão, ainda que programática, de que a República Federativa do Brasil tem como um de seus objetivos fundamentais reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III), veemente repulsa a qualquer forma de discriminação (art. 3º, IV), a universalidade da seguridade social, a garantia ao direito à saúde, à educação baseada em princípios democráticos e de igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, enfim a preocupação com a justiça social como objetivo das ordens econômicas e social (arts. 170, 193, 196 e 205) constituem reais promessas de busca da igualdade material.(SILVA,2006)

Torna-se assim, necessário repensar o valor da igualdade, a fim de que as especificidades e as diferenças sejam observadas e respeitadas. Somente mediante essa nova perspectiva é possível transitar-se da igualdade formal para a igualdade material ou substantiva(PIOVESAN ,2003).

Portanto, conclui-se que a igualdade deve buscar uma aplicação material, ou seja, utilizar medidas que possibilitem sua concretização na sociedade e não se apresentar como um critério universalizante, não interpretativo, do qual vincula apenas o legislador.

Entretanto, não constitui tarefa simples analisar o princípio da igualdade perante as ações afirmativas para se buscar uma interpretação e aplicação realmente adequada. Portanto, levando em conta a complexidade do tema, serão demonstradas algumas teorias de aplicação do direito à igualdade e, por fim, será apresentada uma solução hipotética baseada em um modelo.

É importante salientar que não basta recorrer a histórica e notória afirmação Aristotélica de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades, pois tal preceito não oferece paradigmas e conceitos para sua aplicação, sendo necessário o desenvolvimento de teorias que buscam moldar um panorama para uma eficaz aplicação social, principalmente quando relacionado com ações afirmativas.

Na esteira desse pensamento, a ação afirmativa emergiu como face construtiva e construtora do novo conteúdo a ser buscado no princípio da igualdade jurídica. O direito constitucional, posto em aberto, mutante e mutável para se fazer permanentemente adequado às demandas sociais, não podia persistir no conceito estático de um direito de igualdade pronto, realizado segundo parâmetros históricos, eventualmente ultrapassados. Daí a necessidade de se pensar na igualdade jurídica que se faz, constitucionalmente, no compasso da história, do instante presente e da perspectiva vislumbrada em dada sociedade: a igualdade posta em movimento, em processo de realização permanente; a igualdade provocada pelo Direito segundo um sentido próprio a ela atribuído pela sociedade (ROCHA, p. 283-295, 1996)

Importante ressaltar que, a igualdade jurídica, pode ser definida como igualdade nos direitos fundamentais, pois são de fato, os direitos fundamentais as técnicas mediante as quais a igualdade de

ambos os casos é assegurada ou perseguida; e é a diversa natureza dos direitos, nos dois casos sancionados que consente de explicar a diversa relação com as desigualdades de fato. Precisamente, as garantias dos direitos de liberdade asseguram a igualdade substancial ou social. Umas tutelam as diferenças, das quais postulam a tolerância; as outras removem ou compensam as desigualdades que postulam como intoleráveis. Os direitos do primeiro são direitos à diferença, isto é, a ser si mesmo e permanecer uma pessoa diversa das outras; os de segundo são direitos à compensação pelas desigualdades, e por isso, a tornar-se, nas condições mínimas de vida e sobrevivência igual às outras. No primeiro caso a diversidade é um valor de garantia; no segundo, um desvalor a combater. A relação entre os três clássicos princípios inscritos sobre a bandeira da Revolução francesa - *liberté, égalité, fraternité* – pode ser sobre essa base requalificada. Estes valores não se implicam entre eles, assim como se tem visto, não se implicam entre eles os direitos de liberdade e os direitos sociais. Mas nenhum caso é incompatível. Ao contrário, são mediados por valores de igualdade, que forma o fundamento axiológico dos outros dois. O direito à igualdade pode ser concebido como uma meta direito em relativamente não só à liberdade assegurada pelos direitos de liberdade, como também à fraternidade prometida pelos direitos sociais: precisamente, este é o princípio constitutivo dos direitos de liberdade, enquanto igualdade dos direitos de todas as suas pessoais distinções ou diferenças, como dos direitos sociais, enquanto igualdade substancial dos direitos de todos a condições sociais de sobrevivências(FERRAJOLI,1998).

Neste sentido, Rocha preconiza que a utilização de ações afirmativas passou a significar, desde então, a exigência de favorecimento de algumas minorias socialmente inferiorizadas, vale dizer, juridicamente desigualizadas, por preconceitos arraigados e que precisavam ser superados para que se atingisse a eficácia da igualdade preconizada e assegurada constitucionalmente na principiologia dos direitos fundamentais(p.238-295,1996).

Perante tais lições, conclui-se que as ações afirmativas, a igualdade e os direitos fundamentais (principalmente os sociais, destacando neste trabalho a educação), formam um trinômio do qual a ação afirmativa é o meio utilizado para a concretização dos direitos sociais perante os parâmetros da igualdade, entretanto, quais seriam estes parâmetros.

O grande jus filósofo Bobbio (1996), determina que para uma aplicação adequada da igualdade nas relações sociais, deve-se proferir as seguintes indagações: quem é igual? Em relação a que? Qual o critério justo ou médio para que algo seja de alguém de forma igualitária?

Com as premissas de Bobbio, compactua-se a idéia de estabelecer benefícios a determinados grupos de indivíduos marginalizados socialmente, pois necessitam de algo a mais que os outros cidadãos para estabelecer um critério de relacionamento mais igualitário na sociedade.

Posto isso, a clássica obra de Celso Antonio Bandeira de Mello (2008), traz diretrizes que podem ser aplicadas analogicamente às ações afirmativas e aos critérios de mencionados acima, pois apresenta fórmulas de utilização do princípio da igualdade material na formação das leis, em diversas relações que envolvem indivíduos diferentes.

Segundo Bandeira de Mello, é importante a identificação do fator de *discrímen* para não desprezar o princípio da igualdade. Portanto, tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, in concreto, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional.

Ou seja, além de identificar destinatário e o objeto, há de ter uma “razão valiosa” e coerente com os preceitos constitucionais para que determinados grupos sociais sejam beneficiados. Entendem neste sentido, Larenz (1993, p.141-142), o qual determina uma “diferenciação objetivamente justificada”, e Canotilho (1994, p.382), que preceitua um “motivo racional evidente”.

Ainda, Alexy (2008) utilizando a máxima Aristotélica e a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, chegou a duas premissas para a utilização da igualdade nas relações sociais, defendendo que “Se não há nenhuma razão suficiente para a permissão de um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento igual” e “ Se não há uma razão suficiente para ordenar um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento desigual”.

Dworkin (2007), utiliza uma “exigência de racionalidade” para a aplicação da igualdade nas relações sociais, criando três esboços: a) Classificações suspeitas, onde traz a igualdade material como parâmetro, admitindo que determinados indivíduos possam ser tratados desigualmente desde que essa discriminação seja condição para a igualdade de todos; b) Classificações banidas, aquelas que utilizam critérios específicos como a raça ou a religião são ilegítimas, mesmo que o objetivo seja o bem estar social; c) Fontes banidas, onde somente são legítimas as discriminações se o interesse geral não estiver pautado em critérios decorrentes de preconceitos.

Ademais, Steinmetz (2004), interpretando a jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol e o Supremo Tribunal Federal, com as lições de Karl Larenz, defende que deve ser utilizado os princípios da razoabilidade e proporcionalidade para nortear a utilização de tratamentos desiguais na sociedade.

Por fim, buscando parâmetros de aplicação da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, observa-se que “o direito deve distinguir pessoas e situações distintas entre si, a fim de conferir tratamentos normativos diversos a pessoas e a situações que não sejam iguais”<sup>9</sup>, tendo a “função de obstar discriminações e de extinguir privilégios”<sup>10</sup> devendo conter uma “correlação lógica e racional”<sup>11</sup>, analisando “critérios impessoais, racionais e objetivos”<sup>12</sup> juntamente com “pressupostos lógicos e objetivos” e identificando o “elemento de discrimen razoável”<sup>13</sup> utilizando um “necessário coeficiente de razoabilidade” e proibindo qualquer tipo de “discriminação arbitrária”<sup>14</sup>.

Após a análise de algumas teorias de aplicação acerca do direito da igualdade, conclui-se que, embora, cada uma tenha (ou não) traçado caminhos diversos, para chegar a suas conclusões, é pacífico defender que a aplicação do direito à igualdade nas relações sociais deverá sempre buscar a concretização do texto Constitucional, propiciando um bem estar social, fluindo à materialização do princípio da

---

<sup>9</sup> (ADI 3.305, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 13-9-06, Plenário, DJ de 24-11-06); MS 26690 / DF - DISTRITO FEDERAL MANDADO DE SEGURANÇA Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 03/09/2008 Órgão Julgador: Tribunal Pleno - DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008 EMENT VOL-02346-03 PP-00666; ADI 3070 / RN - RIO GRANDE DO NORTEAÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. EROS GRAU

Julgamento: 29/11/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJe-165 DIVULG 18-12-2007 PUBLIC 19-12-2007 DJ 19-12-2007 PP-00013 EMENT VOL-02304-01 PP-00018; MS 26469 / DF - DISTRITO FEDERAL MANDADO DE SEGURANÇA Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 22/11/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJe-055 DIVULG 27-03-2008 PUBLIC 28-03-2008 EMENT VOL-02312-04 PP-00551; ADI 3305 / DF - DISTRITO FEDERALAÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 13/09/2006 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJ 24-11-2006 PP-00060 EMENT VOL-02257-03 PP-00555 LEXSTF v. 29, n. 338, 2007, p. 98-110.

<sup>10</sup> (MI 58, Rel. p/ o ac. Min. Celso de Mello, julgamento em 14-12-90, Plenário, DJ de 19-4-91).

<sup>11</sup> RE 224.861, Rel. Min. Octávio Gallotti, julgamento em 7-4-98, DJ de 6-11-98).

<sup>12</sup> (AI 360.461-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 6-12-05, 2ª Turma, DJE de 28-3-08).

<sup>13</sup> (RE 428.864, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 14-10-08, 2ª Turma, DJE de 14-11-08).

<sup>14</sup> (ADI 3.583, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 21-2-08, DJE de 14-3-08); (ADI 3.070, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 29-11-07, DJ de 19-12-07).

dignidade da pessoa humana, dos objetivos dispostos no artigo 3º da Constituição Federal e norteando todas as relações de direitos fundamentais (individuais ou sociais) da Magna Carta.

Posto isso, será demonstrado a seguir um esboço de aplicação teórica da estrutura de uma política pública específica baseada em ação afirmativa<sup>15</sup>.

1. Deve-se identificar um problema social que atinge, restringindo ou limitando direitos fundamentais sociais, uma coletividade determinada de pessoas.

2. Deve-se proceder a identificação da coletividade atingida, para saber qual grupo social esta sendo afetado.

3. Analisar o fator de diferenciação, relacionando o grupo social afetado com o restante da sociedade, buscando entender se a problemática enfrentada pela coletividade determinada impõe condições negativas de convivência social caracterizando-se uma fragilidade real, não possibilitando que esta consiga por si só alcançar o patamar de igualdade dos demais cidadãos.

4. Por fim, Identificada a fragilidade real, se deve buscar soluções efetivas para a minorização da desigualdade social, criando ações afirmativas coerentes e benéficas diretamente ao grupo social inferiorizado, e por conseguinte, indiretamente ao restante da sociedade.

O último quesito mencionado apresenta-se como o mais complexo, pois apresenta um grande trabalho multidisciplinar que deve ser realizado pelo Estado para que a referida política pública específica de ação afirmativa tenha sua verdadeira eficácia social.

#### **4 DIREITO À EDUCAÇÃO**

O direito à Educação apresenta-se como um direito social, disposto no artigo 6º, caput, da Constituição Federal e Título II, Capítulo II, e com parâmetros básicos delineados no artigo 205 e seguintes.

No plano internacional também há vários instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, dos quais o Brasil é signatário, que consagram o direito à educação. Entre eles, destacam-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, a Carta Internacional Americana de Garantias Sociais de 1948, a Declaração dos Direitos da Criança de 1959, a Convenção contra a Discriminação no Campo do Ensino de 1960, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais de 1966, o Protocolo de San Salvador de 1988, a Declaração Mundial de Educação para Todos de 1994 e a Declaração de Salamanca de 1994<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> O modelo apresentado tem o objetivo de demonstrar a necessidade e o cuidado que se deve ter, ao aplicar as ações afirmativas para determinados grupos, não pretendendo esgotar o tema ou impor que esta é a melhor interpretação.

<sup>16</sup> Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. XXVI: “1. Toda pessoa tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito. 2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. 3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.” Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, art. XII: “Toda pessoa tem direito à educação, que deve inspirar-se nos princípios da liberdade, moralidade e solidariedade humana.

Tem, outrossim, direito a que, por meio dessa educação, lhe seja proporcionado o preparo para subsistir de uma maneira digna, para melhorar o seu nível de vida e para poder ser útil à sociedade.

O direito à educação compreende o de igualdade de oportunidade em todos os casos, de acordo com os dons naturais, os méritos e o desejo de aproveitar os recursos que possam proporcionar a coletividade e o Estado. Toda pessoa tem o direito de que lhe seja ministrada gratuitamente, pelo menos, a instrução primária.” Carta Internacional Americana de Garantia Sociais, art. 4º: “Todo trabalhador tem direito a receber educação profissionalizante e técnica para

A fundamentalidade recebida do texto constitucional e de inúmeras convenções internacionais se associa ao fato de o direito à educação estar diretamente relacionado aos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil em especial com o da dignidade da pessoa humana (GARCIA, p. 83-112, 2006).

O direito à educação está configurado no rol de direitos sociais, estes que na lição de Silvam se apresentam como “prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.” (p.289, 1998)

A educação é valiosa por ser a mais eficiente ferramenta para crescimento pessoal. E assume o status de direito humano, pois é parte integrante da dignidade humana e contribui para ampliá-la com conhecimento, saber e discernimento. Além disso, pelo tipo de instrumento que constitui, trata-se de um direito de múltiplas faces: social, econômica e cultural. Direito social porque, no contexto da comunidade, promove o pleno desenvolvimento da personalidade humana. Direito econômico, pois favorece a auto-suficiência econômica por meio do emprego ou do trabalho autônomo. E direito cultural, já que a comunidade internacional orientou a educação no sentido de construir uma cultura universal de direitos

---

aperfeiçoar suas aptidões e conhecimentos, obter maiores remunerações de seu trabalho e contribuir de modo eficiente para o desenvolvimento da produção. Para tanto, o Estado organizará o ensino dos adultos e a aprendizagem dos jovens, de tal modo que permita assegurar o aprendizado efetivo de um ofício ou trabalho determinado, ao mesmo tempo em que provê a sua formação cultural, moral e cívica” Declaração dos Direitos da Criança, Princípio 7º: “A criança tem direito à educação, para desenvolver as suas aptidões, sua capacidade para emitir juízo, seus sentimentos, e seu senso de responsabilidade moral e social. Os melhores interesses da criança serão a diretriz a nortear os responsáveis pela sua educação e orientação; esta responsabilidade cabe, em primeiro lugar, aos pais. A criança terá ampla oportunidade para brincar e divertir-se, visando os propósitos mesmos da sua educação; a sociedade e as autoridades públicas empenhar-se-ão em promover o gozo deste direito.” Convenção contra a Discriminação no Campo do Ensino, art. I: “a) privar qualquer pessoa ou grupo de pessoas do acesso aos diversos tipos ou graus de ensino; b) limitar a nível inferior à educação de qualquer pessoa ou grupo; c) sob reserva do disposto no artigo 2 da presente Convenção, instituir ou manter sistemas ou estabelecimentos de ensino separados para pessoas ou grupos de pessoas; ou d) de impor a qualquer pessoa ou grupo de pessoas condições incompatíveis com a dignidade do homem.” Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais, art. 13: “1. 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. 2. Os estados-partes no presente Pacto reconhecem que, com o objetivo de assegurar o pleno exercício desse direito: a) A educação primária deverá ser obrigatória e acessível gratuitamente a todos. b) A educação secundária em suas diferentes formas, inclusive a educação secundária técnica e profissional, deverá ser generalizada e tornar-se acessível a todos, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito. c) A educação de nível superior deverá igualmente tornar-se acessível a todos, com base na capacidade de cada um, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito. d) Dever-se-á fomentar e intensificar, na medida do possível, a educação de base para aquelas pessoas que não receberam educação primária ou não concluíram o ciclo completo de educação primária. e) Será preciso prosseguir ativamente o desenvolvimento de uma rede escolar em todos os níveis de ensino, implementar-se um sistema adequado de bolsas de estudo e melhorar continuamente as condições materiais do corpo docente.” Protocolo de San Salvador, art. 13, 3: “Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem que, a fim de conseguir o pleno exercício do direito à educação: a. O ensino de primeiro grau deve ser obrigatório e acessível a todos gratuitamente; b. O ensino de segundo grau, em suas diferentes formas, inclusive o ensino técnico e profissional de segundo grau, deve ser generalizado e tornar-se acessível a todos, pelos meios que forem apropriados e, especialmente, pela implantação progressiva do ensino gratuito; c. O ensino superior deve tornar se igualmente acessível a todos, de acordo com a capacidade de cada um, pelos meios que forem apropriados e, especialmente, pela implantação progressiva do ensino gratuito; d. Deve se promover ou intensificar, na medida do possível, o ensino básico para as pessoas que não tiverem recebido ou terminado o ciclo completo de instrução do primeiro grau; e. Deverão ser estabelecidos programas de ensino diferenciado para os deficientes, a fim de proporcionar instrução especial e formação a pessoas com impedimentos físicos ou deficiência mental.” A Declaração Mundial de Educação para Todos e a Declaração de Salamanca, apresenta em todos seus dispositivos a educação.

humanos. Em suma, a educação é o pré-requisito fundamental para o indivíduo atuar plenamente como ser humano na sociedade moderna (CLAUDE, p.37-63,2005).

Ela se apresenta como direito público subjetivo de cunho coletivo, ou seja, deve ser concretizado de forma a atender adequada e eficazmente a sociedade, que poderá exigir do poder estatal a criação de meios para sua efetivação.

A educação, como outros direitos sociais, transcende as teorias clássicas que reconheciam direito público subjetivo, apenas em caráter individual, onde se apresentava apenas um sujeito de direito que ao sentir-se lesado pela não observância de seu direito por parte do estado, provocava o poder público exigindo uma prestação.

Como no caso de uma criança que não consegue se matricular numa escola pública, através de seus pais provocaria o poder judiciário ou o Ministério Público para que seu direito seja efetivado. Ainda, Ricardo Lobo Torres salienta que “a elevação do direito à educação como subjetivo público confere-lhe o status de direito fundamental, mínimo existencial, arcando o Estado, nos limites propostos, com prestações positivas e igualitárias, cabendo a este, também, através de sua função jurisdicional, garantir-lhes a execução”

Entretanto, apesar da grande importância de o indivíduo movimentar a máquina estatal ao seu interesse, é necessário analisar que por de trás desse “interesse individual” há o “interesse público” que também deve ser protegido, pois a educação não interessa apenas ao indivíduo beneficiário do serviço, mas a toda coletividade, já que constitui um meio de crescimento pessoal, do qual a pessoa atinge outros direitos individuais e sociais.

Portanto, é através de uma nova interpretação do que seja o direito público subjetivo, especialmente o direito à educação, levando em conta os fundamentos, princípios e objetivos da Constituição Federal, que se chega a conclusão que tal direito pressupõe uma postura intervencionista por parte do Estado na área social (DUARTE, p. 267-278).

E por esta nova interpretação, que o direito à educação está na bandeira de muitos movimentos sociais, como veículo de ascensão social e, por conseguinte, de integração, como instrumento de conscientização por meio do qual se possa reivindicar direitos sociais e políticos, direito à diferença e respeito humano (GONÇALVES, p. 325-346, 2000).

Posto isso, seria admissível grupos sociais minorizados, que sofrem com a falta de prestação do direito à educação, se mobilizarem, provocando o poder público para desenvolver políticas públicas baseadas em ações afirmativas para esses atores sociais excluídos.

Todos os elementos enunciados acima levam a crer que o direito a educação necessita de intervenção estatal para sua concretização na sociedade, ou seja, não basta a mera disposição textual garantidora para sua efetivação, que embora importante na maioria das vezes não se apresenta eficaz meio social.

Ademais, o direito à educação deve ser encarado como “mínimo existencial”<sup>17</sup> para todos indivíduos, já que influi diretamente na formação moral, científica e social das pessoas, deixando estas preparadas para além de se tornarem profissionais, trabalhadores, se tornarem cidadãos, que respeitem as normas básicas de conduta impostas no convívio comum, bem como demonstrarem-se preocupados com bem estar de todos.

---

<sup>17</sup> “Esse núcleo, no tocante aos elementos materiais da dignidade, é composto de um mínimo existencial, que consiste em um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade”. BARCELLOS, Ana Paula. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2001, p.304.

É evidente que temos grupos menos favorecidos, ou marginalizados em nossa sociedade que não contam com o direito à educação garantido, e este é um dos principais agasalhos para a intervenção estatal, esta que deve ser realizada através de políticas públicas baseadas em ações afirmativas.

Entretanto, para identificar esses grupos, basta observar matérias jornalísticas, que trazem aos olhos de toda a população dados e fatos sobre indivíduos que se encontram marginalizados socialmente, com toda e qualquer chance dilacerada pela desigualdade e falta de oportunidades.

A realidade brasileira, baseada em matérias jornalísticas, demonstra que o alcance do direito à educação por parte de toda a população encontra-se distante, pois ao ser realizada uma pesquisa inicial em veículos de imprensa eletrônicos, foram encontradas com o critério de pesquisa “Educação” “Acesso” “Problemas” “Analfabetos”, informações alarmantes sobre a educação brasileira. No portal de notícias G1, foram encontrados 23 resultados, no portal de notícias Estadão, foram encontrados 09 resultados e no portal de notícias Folha, foram encontrados 19 resultados. Todos os dados demonstraram, em suma, que o Brasil conta com cerca de 1,3 milhões de analfabetos de 08 a 14 anos de idade, apenas 17% das crianças com até três anos vão à creche no Brasil, que 87,2% das crianças e adolescentes entre 07 e 14 anos, embora frequentem a escola são analfabetos funcionais, que o problema da falta de eficácia do direito à educação atinge os grupos mais fragilizados da sociedade (negros, mulheres, deficientes físicos e pobres).

Outra pesquisa realizada nos mesmos veículos de imprensa eletrônicos, com o critério “Ensino Superior” “Acesso”, no portal de notícias Folha foram encontrados 326 resultados, no portal de notícias G1 foram encontrados 333 resultados, e no portal de notícias Estadão foram encontrados 293 resultados, com análise de alguns destes constatou-se que apenas 18,7% dos jovens de 17 a 24 anos têm acesso à educação superior, sendo que a o restante dos jovens que não tem acessos são em maioria de grupos sociais fragilizados como negros, mulheres, deficientes físicos e pobres.

Portanto, se observa que na sociedade brasileira atual, todos convivem com a injustiça da desigualdade e mesmo com dados expressivos dessas desigualdades, o senso comum de justiça, ainda debate se devem ou não ser beneficiados com alguma forma de política do Estado para reparar a exclusão através de mecanismos de inclusão desses atores sociais (JORGE, , p.435-6, 2005)

Infelizmente, embora o direito à educação esteja garantido em nossa Magna Carta e em diversos instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, nossa sociedade é carecedora de medidas que busquem a concretização destes ideários humanísticos, devido a vários fatores históricos, culturais, políticos e sociais.

O direito à educação é considerado uma das formas de desenvolvimento e evolução não só do indivíduo que o recebe, mas também de toda a sociedade, pois uma população instruída é fundamental para a construção de uma nação mais justa e igualitária, com chances reais para todos, além de garantir boas perspectivas de vida ao indivíduo.

No entanto, o problema de acesso a educação é evidente e deixa claro o desrespeito ao princípio da igualdade estabelecido na Constituição Federal, pois o ensino público encontra-se degradado com inúmeros problemas que atingem principalmente os grupos sociais mais fragilizados e sem condições econômicas de garantir um ensino de qualidade.

Diante disso, vemos que pequena parte da população tem seu direito à educação garantida por questões meramente econômicas, enquanto grande parte clama por não possuir acesso a um ensino de qualidade e encontra-se fragilizado no convívio social, sem poder ter as mesmas chances e expectativas de futuro que os demais.

Com isso, a utilização de políticas públicas se torna necessária para linear essas desigualdades tão latentes. Entretanto, as que se apresentam mais intervencionistas e eficazes são as baseadas em medidas de ações afirmativas que são voltadas exclusivamente para atender a parte minorizada da sociedade, os

indivíduos que são excluídos do convívio normal e tem suas chances limitadas, por não possuírem o devido acesso a educação e a qualidade que deveriam.

## 5 O CONTROLE DAS AÇÕES AFIRMATIVAS NO DIREITO À EDUCAÇÃO

Até o momento foi demonstrado as falácias do sistema educacional brasileiro do qual exclui grande quantidade de cidadãos, principalmente aqueles mais carentes, não oferecendo o devido acesso e qualidade inevitáveis para a ideal concretização do direito social à educação, que se apresenta como um mínimo existencial. Também, foi feito um estudo sobre as políticas públicas de ações afirmativas demonstrando toda sua estrutura desde aspectos materiais, inerentes a sua materialização, quanto aspectos formais, necessários para sua formação, bem como, a compatibilidade constitucional das ações afirmativas.

Entretanto, embora as políticas de ação afirmativa devam possuir uma estrutura que respeite os parâmetros constitucionais, principalmente o princípio da igualdade e forneça uma devida eficácia social, servindo como um real instrumento jurídico concretizador do direito a educação e dos demais direitos sociais, é necessário que realização de um controle judicial.

Com isso, surge diversas indagações acerca de como realizar o controle dessas políticas de ações afirmativas, quando já estão em pleno funcionamento ou, ainda, quando apresentam-se omissas numa sociedade tão desigual, levando em conta o direito a educação, que apresenta-se como um mínimo existencial para prover a dignidade da pessoa humana, dando a todo cidadão chances igualitárias de evoluir na sociedade.

É imperioso lembrar que a Constituição Federal garante a todo cidadão a utilização da ação popular como meio de pedir a prestação jurisdicional para defender o interesse público, razão pela qual tem sido considerada como um direito de natureza política, já que implica no controle do cidadão sobre atos lesivos aos interesses que a Constituição quis proteger. (DI PIETRO, p. 727, 2007.)

Ademais, o artigo 129, inciso III, dispõe que o Ministério Público deve “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”

Embora existam outros meios de controle do poder estatal, por ora, para demonstrar a importância da matéria, é suficiente lembrar que a ação popular e a ação civil pública são formas eficazes de intervenção na seara do poder executivo, com intuito de forçá-lo a criar alguma política pública de ação afirmativa que não existe ou ainda, reparar sua ineficácia social.

O Estado não possui discricionariedade na efetivação dos direitos fundamentais, pois estes estão imperativamente previstos na Constituição e não estão sujeitos a qualquer análise de conveniência e oportunidade quanto à sua concretização, tratando-se de uma atuação vinculada, caso assim, não ocorra, o Poder Judiciário deverá fazê-lo através da prestação de uma tutela adequada, ou seja, havendo omissão ou atuação inadequada dos poderes executivo e legislativo, resta ao Judiciário como última salvaguarda da sociedade, devendo este intervir em todas as situações em que os demais poderes deixarem de cumprir sua função constitucional, não devendo, portanto, ser a independência e a separação dos poderes fundamentos para o não-cumprimento dos direitos fundamentais. (FAZOLI, p. 01-21, 2008.)

Portanto, quando se depara com números absurdos demonstrados pelos indicadores sociais em tópico retro, deixando-se claros levando em conta o direito à educação, observa-se que perante a

ineficiência ou omissão de uma ação afirmativa, deve o Judiciário ou o Ministério Público implementar soluções adequadas baseando-se em diretrizes constitucionais para isso.

## CONCLUSÃO

Ao decorrer deste trabalho procurou-se analisar pontos relevantes para que as políticas públicas baseadas em ações afirmativas tivessem uma eficácia social e operassem como verdadeiro instrumento jurídico concretizador do direito social à educação. Após o decorrer do trabalho, foi possível chegar às seguintes conclusões:

As Ações Afirmativas são compatíveis com o texto constitucional, pois este apresenta todos os preceitos que autorizam sua utilização para diminuição das desigualdades sociais.

Há Políticas públicas de caráter genérico, onde o princípio da igualdade opera um efeito *erga omnes*, que são as comumente criadas pelo poder público, mas existem também políticas públicas específicas, como as baseadas em ações afirmativas, que são para um determinado grupo social e o princípio da igualdade deve nortear essa relação com os demais indivíduos.

As políticas públicas apresentam aspectos materiais e formais, sendo estes últimos iguais para todas as políticas públicas (genéricas ou específicas), e os materiais (como o princípio da igualdade, no caso das ações afirmativas), devendo todos serem observados na sua criação para se operar uma verdadeira eficácia social.

Um exemplo de interpretação e aplicação do princípio da igualdade nas ações afirmativas é (a) identificar um problema social que atinge, restringindo ou limitando direitos fundamentais sociais, uma coletividade determinada de pessoas. (b) Proceder a identificação da coletividade atingida, para saber qual grupo social esta sendo afetado. (c) Analisar o fator de diferenciação, relacionando o grupo social afetado com o restante da sociedade, buscando entender se a problemática enfrentada pela coletividade determinada impõe condições negativas de convivência social caracterizando-se uma fragilidade real, não possibilitando que esta consiga por si só alcançar o patamar de igualdade dos demais cidadãos. (d) Identificada a fragilidade real, se deve buscar soluções efetivas para a minorização da desigualdade social, criando ações afirmativas coerentes e benéficas diretamente ao grupo social inferiorizado, e por conseguinte, indiretamente ao restante da sociedade.

As ações afirmativas não podem ser confundidas como sinônimo dos sistemas de cotas, pois este é apenas uma espécie do gênero ação afirmativa.

As ações afirmativas não devem ser criadas restritamente a um determinado grupo social e apenas de uma forma, podendo ser públicas ou privadas, devendo ter um caráter amplo, identificando todos os grupos sociais que necessitam de maiores benefícios para terem seus direitos concretizados, devendo ser realizado um grande estudo para sua aplicação e respeitados os limites do direito à igualdade para não banalizar a medida.

O direito à Educação se apresenta como um “mínimo existencial”, necessário a todo cidadão, para que este possa se desenvolver e ter verdadeiras chances de evolução na sociedade.

A educação é um direito público subjetivo que pode ser exigido ao Estado individualmente, mas se provocada para atender uma coletividade, suas consequências serão mais eficazes.

Há vários grupos da sociedade que se encontram em posição desigual em relação aos demais indivíduos, não possuindo seu direito a educação materializado. Além dos tradicionalmente conhecidos, negros, mulheres e deficientes físicos, há grandes desigualdades em grupos regionais como os nordestinos, devendo as políticas públicas de ações afirmativas, na conveniência, atuarem para esse tipo de população também.

Além da interpretação do princípio da igualdade e os respeito com os aspectos formais das políticas públicas de ações afirmativa para a concretização do direito á educação, deve ocorrer a fiscalização popular, a qual deve provocar o poder público, através do Ministério Público ou diretamente ao Poder Judiciário, demonstrando a falta de uma ação afirmativa ou sua ineficácia.

Por fim, restam algumas breves considerações, julgadas importantes ao término deste trabalho. As conclusões expostas acima são coerentes com a natureza de um trabalho de iniciação científica, que pretendeu demonstrar, caso não tenha ficado claro durante o decorrer do texto, a dimensão e força social da utilização das ações afirmativas, na forma de políticas públicas, frente ao direito á educação.

Logicamente, este trabalho poderá servir de base para regrar a relação das ações afirmativas com outros direitos sociais dispostos na Constituição Federal. Mas, por enquanto, fica a ideia de que a ação afirmativa, interpretada e utilizada adequadamente, é um importante instrumento jurídico e social de concretização dos direitos dos grupos realmente marginalizados na sociedade.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, R.. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgilio Afonso da Silva, Ed. Malheiros, São Paulo, p. 394, 2008.

BARCELLOS, A. P.. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro / São Paulo: Renovar, 2001, p.304.

BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. **Interesse Público**, v. 33, p. 13, 2005.

BARROSO, L. R. ; BARCELLOS, A. P. de . O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 232, 2003

BERGMANN, B. **In Defense of Affirmative Action**. New York: Basic Books, 1996. p. 07.

BOBBIO, N.. **Igualdade e Liberdade**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

BONAVIDES, P.. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 828 p., 2008.

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva. 2008.

BUCCI, M. P. D. . **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, p. 241, 2002.

CAMARGO, M. N. (Org.). **Leituras Complementares de Constitucional: direitos fundamentais**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007. p. 187 215.

CAMBI, E. A. S. . Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: DIDIER JR., F... (Org.). **Leituras complementares de processo civil**. 6 ed. Salvador: Jus Podivm, , 2008. p. 139 172.

CANOTILHO, J. J. G.. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Pragmáticas**, Reimpr. Coimbra, 1994. p. 382.

CLAUDE, R.P.. Direito à educação e educação para os direitos humanos. SUR. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, Ano 2, número 2, p. 37 63, 2005.

COMPARATO, F. K.. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 20.

CONCI, L. G. A.; AVOGLIO, H. P.V. Direitos de igualdade. In: **Curso de direito humanos fundamentais**. ESDC, bloco 08, 2008.

CONOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. São Paulo: Almedina, Coimbra, p. 588, 1993.

COSTA, A.L.da, VIEIRA, A. L.da C . Políticas de Educação, Educação como Política: Observações sobre a Ação Afirmativa como Estratégia Política. In: PETRONILHA, B. G.; SILVERIO, V.. (Org.). **Educação e Ações Afirmativas**: entre a injustiça simbólica e a injustiça econômica. Distrito Federal: INEP, p. 81 98. 2003.

DI PIETRO, M.S. Z.. **Direito Administrativo**. 20.ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 727.

DUARTE, C. Direito Público Subjetivo e Políticas Educacionais. In: BUCCI, M. P.D.. (Org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, v. , p. 267 278.

DWORKIN, R.. **O Império do Direito**. 2.ed. São Paulo: Martins, 2007.

ESTADÃO. Portal de Notícias on line do jornal **Estado de São Paulo**.

<http://busca.estadao.com.br/JSearch/CBQM!cBQM.action?e=&s=ensino%20superior%20acesso,e,http://busca.estadao.com.br/JSearch/CBQM!cBQM.action?e=&s=educa%E7%E3o%20acesso%20problemas%20analfabetos> . Acesso em: 2 out./2008.

FAZOLI, C.E. de F. ; RIPOLI, D. C. S. . Direitos Fundamentais: a inexistência de discricionariedade na sua prestação. In: GÖTTEMS, C. J.; SIQUEIRA, D. P.. (Org.). **Direitos fundamentais**: da normatização à efetividade nos 20 anos da Constituição Brasileira. Birigui: Boreal, p. 01 21, 2008..

FERRAJOLI, L.. **Derecho y Razón**: teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1998.

FOLHA. Portal de Notícias on line do jornal **Folha de São Paulo**.

<http://search.folha.com.br/search?site=online&q=educa%E7%E3o+acesso+problemas+analfabetos,e,http://search.folha.com.br/search?q=+ensino+superior%22+acesso&site=online&s=&sdd=&sdm=&sdv=&edd=&edm=&edy=> . Acesso em: 20 out. 2008.

G1. Portal de Notícias on line da Rede Globo.

<http://busca2.globo.com/Busca/g1/?query=educa%E7%E3o%20acesso%20problemas%20analfabetos,e,http://busca2.globo.com/Busca/g1/?query=ensino+superior+acesso&dataA=dd%2Fmm%2Faaa&dataB=dd%2Fmm%2Faaa&ordenacao=&offset=1&xargs=&formato=&requisitor=g1&aba=&filtro=&on=&formatos=333%2C329%2C4%2C0%2C0%2C0%2C0%2C0%2C0%2C0>. Acesso em: 20 out. 2008.

GARCIA, E. . O Direito à educação e suas perspectivas de efetividade. **Revista Forense**, v. 383, p. 83 112, 2006.

GOMES, J. B. B. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. **Revista de Direitos Difusos**, v. 9, p. 1113 1164, 2001.

GONÇALVES, L. A. Negros e educação no Brasil. In: LOPES, E. M. et al. **500 anos de Educação no Brasil**, Belo Horizonte: Autêntica, p. 325 346, 2000.

GRAUS, E. R.. O direito posto e o direito pressuposto. São Paulo: Malheiros, 7.ed., 2008, p. 21, 366p.In. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 24. Rio de Janeiro: EMERJ, 2003, p. 110.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **PNAD/2007**. <http://www.ibge.com.br> . Acesso em: 05 abr. 2009.

INEP - Instituto Nacional de Estudos Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. Disponível em: <http://www.inep.gov.br/>. Acesso em: 05 abr. 2009.

JORGE, J.. A justiça e as ações afirmativas no Brasil. In: ENCONTRO NACIONAL DO COMPEDEI, 13. **Anais...** Florianópolis: Fundação Boiteux, p.435 6, 2005.

KELSEN, H.. **O Problema da Justiça**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 53.

LARENZ, K.. **Derecho justo**: fundamentos de ética jurídica. Trad. Luis Díez Picazo. Reimpr. Madrid, Civitas, 1993. pp. 141- 142.

LOPES, J. R. L. . Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado social de direito. In: FARIA, J. E.. (Org.). **Direitos Humanos, direitos sociais e justiça**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, v. 1, p. 113 143.

MELLO, C. A.B. de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3.ed. 16ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008. 48 p.

MELLO, M. A.. Ótica constitucional: a igualdade e as ações afirmativas. In Tribunal Superior do Trabalho, Discriminação e Sistema Legal Brasileiro. **Seminário Nacional**. Brasília: TST, 2001.

MENEZES, P. L.. **A Ação Afirmativa (Affirmative Action) no Direito Norte Americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MOEHLECKE, S.. Ação afirmativa: história e debates no Brasil. **Cadernos de Pesquisa – FCC**, São Paulo, n.1, fasc. 117, p.197 217, nov., 2002.

MORAES, A. de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 214.

PIOVESAN, F.. . Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. **Cadernos de Pesquisa**, São Paulo SP, v. 35, n. 124, p. 43 56, 2005.

PIOVESAN, F.. **Temas de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.448 p.

ROCHA, C.L. A.. A Ação afirmativa : o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 33, n. 131, jul./set., p. 283 295, 1996.

SARLET, I. W.. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

SARMENTO, D. A igualdade ético-racial no direito constitucional brasileiro: discriminação de fato, teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Leituras Complementares Constitucional: direitos fundamentais**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, p. 187-215, 2007.

SCHIER, A. C. R. . **A participação popular na administração pública**: o direito de reclamação. Rio de Janeiro: Renovar, 273 p., 2002.

SILVA, J.A.. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. 924 p.

SILVA, L. F. M. da. . Sobre a implementação de cotas e outras ações afirmativas para afro brasileiros. **Achegas.net**, v. 5, p. 13 14, 2004.

STEINMETZ, W. A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, , 2004. 328 p.

---

STRECK, L. L. Os Juizados Especiais Criminais à Luz da Jurisdição Constitucional: a filtragem hermenêutica a partir da aplicação da técnica da nulidade parcial sem redução de texto. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 24. Rio de Janeiro: EMERJ, 2003, p. 110.

TORRES, R. L. **Os direitos humanos e a tributação**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 133.

TRINDADE, J. D. L. Anotações sobre a história social dos direitos humanos. In: GRUPO DE TRABALHO DE DIREITOS HUMANOS. (Org.). **Direitos humanos: construção da liberdade e da igualdade**. São Paulo SP: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, v. 1, p. 21-163, 1998.

UNESCO. United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization: <http://www.brasilia.unesco.org/>. Acesso em: 05 abr. 2009.

