

## Direito à Educação e o Acesso à Universidade Pública

### Right to Education and Access to Public University

**Carlos Roberto Faustino**

Mestrado em Educação, Universidade Federal de Alfenas

Coordenador na Universidade Vale do Rio Verde, Três Corações, MG, Brasil

 [crfaustino.adv@gmail.com](mailto:crfaustino.adv@gmail.com)

 <https://orcid.org/0000-0002-1518-3511>

**Pedro Henrique Franco Becker**

Especialização em Redes e Telecomunicação, Universidade Paulista

Docente, Instituto Federal de São Paulo, Salto, SP, Brasil

 [pedrohfbecker@gmail.com](mailto:pedrohfbecker@gmail.com)

 <https://orcid.org/0000-0002-3462-9478>

 <https://doi.org/10.29327/2206789.19.33-6>

 Publicado em acesso aberto sob uma licença [Creative Commons](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) 

#### Resumo

Com base no que dispõem as normativas atreladas à educação, constata-se que esse bem jurídico corresponde a um direito fundamental de ordem social, o qual deve ser garantido ao indivíduo com a finalidade de oportunizar o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho. O direito ao acesso à educação não se limita à educação básica, sendo estendido, para todos os efeitos, à educação superior. O objetivo deste artigo, por meio de pesquisa bibliográfica e análise das legislações competentes, é discutir sobre o acesso à universidade pública em nível de graduação como um direito do cidadão. Neste contexto investigou-se os fundamentos ensejadores e que justificam a instituição de ações afirmativas, bem como o arcabouço normativo correspondente à temática. Ao fim verificou-se que a instituição de cotas, no contexto atual, resta necessária, todavia corresponde a uma medida paliativa, pois, se considerarmos que as disposições legais têm como destinatário aqueles que tiveram sua formação básica em instituições públicas, não há que se desconsiderar que o próprio estado atesta que se furtou da obrigação da oferta desse nível de ensino com a devida qualidade.

*Palavras-chave:* direito à educação, educação pública, sistema de cotas

### Abstract

Based on the norms linked to education, it can be verified that this legal asset corresponds to a fundamental right of a social order, which must be guaranteed to the individual in order to provide opportunities for the full development of the person, his/her preparation for the exercise of citizenship and qualification for work. The right of education access is not limited to basic education, but is extended, for all intents and purposes, to the higher education. The objective of this article, based on bibliographical research and analysis of the relevant legislation, is to discuss access to public universities at the graduate level as a citizen's right. In this context, the fundamentals that give rise to and justify the institution of affirmative actions were investigated, as well as the normative framework corresponding to the theme. At the end, it was verified that the implementation of quotas, in the current context, remains necessary, however it corresponds to a palliative measure, because, if it was considered that the legal provisions are addressed to those who had their basic preparation in public institutions, there is no need to disregard that the state itself attests that it has evaded the obligation to offer this level of education with the appropriated quality.

Keywords: right to education, public education, quota system

Recebido em 03/12/2022

Aceito em 08/02/2023

Publicado em 31/03/2023

### Introdução

A educação, enquanto direito, encontra no ordenamento jurídico pátrio, na contemporaneidade, ampla e complexa previsão normativa, a qual busca regular essa matéria em suas diversas facetas, desde as formas e condições de acesso da população até as questões inerentes ao seu financiamento.

Tendo como base para a discussão aqui enfrentada o que dispõem as normativas competentes sobre a matéria, incluindo nesse contexto a Constituição Federal de 1988 e demais normas infraconstitucionais, nota-se a relevância social, histórica, jurídica e política da educação, culminando em um consenso que esta é um direito a ser garantido a todas as pessoas.

Não há que se olvidar que o direito ao acesso aos processos educativos formais recai a todos os níveis escolares. Neste contexto, utilizando os termos adotados pelos incisos do artigo 21 da Lei 9.394/96, compõe-se enquanto níveis escolares a educação básica e a educação superior.

Diferentes aspectos segregacionistas restam instalados no Brasil, fruto da marca do colonialismo. Conforme aponta Silvia e Araújo (2017), a emergência dos estudos coloniais revelam a importância da descolonização do pensamento atrelado ao modelo positivista da ciência moderna. Esse movimento perpassa pela inserção, nos cursos de

graduação, de novos sujeitos que reivindicam lugar de fala. Neste artigo, esse é o contexto que se discute o direito à educação e a Lei de Cotas.

Partindo da premissa que a educação superior também constitui um direito ao cidadão, o acesso à universidade pública deve ser oportunizado à sociedade como um todo e não limitado a um público específico que goza de privilégios históricos em razão de condições inatas. Por este ângulo, em meados dos anos 2000, surge a adoção do sistema de cotas no território brasileiro. Essa experiência se deu por meio de iniciativas legislativas no âmbito de alguns estados da federação. Em destaque, enquanto precursor, o estado do Rio de Janeiro que por meio da sua Assembleia Legislativa aprovou lei que garantia acesso às universidades estaduais às pessoas que tiveram sua formação básica em escolas públicas, sendo determinado que metade das vagas fossem direcionadas a esse público. Um ano após a promulgação da aludida norma, determinou-se que 40% dessas vagas deveriam ser destinadas aos autodeclarados negros e pardos.

Seguindo essa perspectiva, em âmbito federal, a Universidade de Brasília (UnB) foi a primeira a implementar ações afirmativas, sendo no vestibular do ano de 2004 utilizado o sistema de cotas raciais. Como efeito, outras instituições federais passaram a reservar vagas para estudantes provenientes da escola pública, negros, pardos e indígena, todavia, essa organização não tinha uma padronização, sendo cada instituição responsável por regulamentar seus critérios.

Em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), de número 186, no ano de 2012, buscou-se a declaração de inconstitucionalidade de atos da Universidade de Brasília (UnB), a qual, por meio de seus órgãos, instituiu o sistema de reserva de vagas com base em critérios étnico-raciais no processo de seleção para ingresso de estudantes. Na ocasião, por unanimidade, o plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade de ações afirmativas, inclusive aquela pautada em critério étnico-racial. Neste escopo, a fim de ilustrar a justificativa, vale destacar a passagem do voto do Ministro Ricardo Lewandowski (2012, p. 50):

Para possibilitar que a igualdade material entre as pessoas seja levada a efeito, o Estado pode lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.

Afastada a inconstitucionalidade da medida, ainda era enfrentada, à época, uma despadronização de regulamentos, visto que cada instituição definia os critérios

ensejadores do usufruto da reserva de vaga. É nesse diapasão que o governo federal sancionou, em agosto de 2012, a Lei. 12.711 conhecida como a Lei de Cotas. A referida normativa parametriza os critérios de reserva de vagas a serem adotados no âmbito das instituições públicas federais.

Neste ensaio, utilizando da pesquisa bibliográfica e documental, analisar-se-á as questões relacionadas às cotas para o acesso à universidade pública destinada àqueles usufrutuários da educação básica ofertada pelo Estado, sob a luz do direito fundamental de ordem social à educação. Ainda neste esteio, serão apresentados os contornos do direito à educação e sua caracterização enquanto direito fundamental.

Não se pretende neste trabalho limitar o campo jurídico do direito à educação às normas que embasam sua caracterização, visto que esta é somente uma das fontes do direito. Todavia, para o contexto desta discussão, utilizaremos, para essa pesquisa bibliográfica, a análise documental dos registros normativos relacionados à temática.

### **A Educação Enquanto Direito**

Começamos a discussão sobre o direito à educação com a afirmação que a educação é um direito fundamental. A justificativa e os contornos de validade para essa assertiva serão apresentados na sequência, para ao fim, caracterizarmos, mesmo que em linhas gerais, o direito à educação.

Ao identificar o que vem a ser os direitos fundamentais, Bonavides (2002), preliminarmente, apresenta dois sentidos à expressão, sendo a primeira de contornos amplos, a qual os direitos fundamentais almejam a criação e manutenção de pressupostos elementares de uma vida pautada em elementos de liberdade e dignidade do ser humano. Em sentido mais restrito, o autor apresenta uma acepção mais restrita ao direito fundamental, a qual se reveste de caráter normativo e especificidade, pois é considerado como tal aqueles direitos que o ordenamento jurídico vigente lhe concede a chancela de ser proclamado com esse status.

Os direitos fundamentais estão diretamente correlacionados à liberdade e à dignidade humana, os quais, por sua vez, nos remete ao significado de universalidade, caracteristicamente inerente a esses direitos. A universalidade se manifestou de forma inaugural a partir da descoberta do racionalismo francês, em razão do ensejo da afamada Declaração dos Direitos do Homem. Nessa esteira, tendo como premissa as declarações

dos ingleses e dos americanos, as quais caracterizavam-se fortemente positivas em razão de sua concretude, lhes era deficitária questões referentes à abrangência quando comparadas à Declaração dos Direitos Do Homem, pois aquelas eram dirigidas a um público específico, precisamente à uma camada social privilegiada ou pessoas específicas, enquanto a Declaração francesa de 1789 tinha por destinatário o gênero humano. Por essa razão, o documento francês é considerado como a formulação solene mais abstrata no trato da liberdade, sendo assim, reveste-se de universalidade os seus mandados (Bonavides, 2002).

De acordo com Piovesan (2012), necessariamente, um Estado Democrático de Direito é fundamentado a partir de alicerces que contemplam enquanto princípios basilares a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Podemos constatar que no Brasil esses fundamentos encontram-se expressos na Constituição Federal (art. 1º, II e III), o que nos revela o encontro entre o princípio do Estado Democrático de Direito e os direitos e garantias fundamentais, deixando claro que o princípio democrático é resultado de elementos inerentes aos direitos fundamentais.

Nesta esteira considera-se que a ordem jurídica encontra o próprio sentido a partir do princípio da dignidade humana, sendo este o ponto de partida e de chegada para a interpretação constitucional. O valor empregado aos direitos e garantias fundamentais e à dignidade da pessoa humana são a base para a construção dos princípios constitucionais, conferindo suporte axiológico a todo sistema jurídico nacional. Na Constituição Federal é manifesta a intenção de resguardar o valor da dignidade humana, pois é privilegiada a temática dos direitos fundamentais, inclusive elevando-os a condição de cláusula pétrea (Piovesan, 2012).

Na intenção de conceituar os direitos fundamentais a partir de uma concepção que contemple tanto os aspectos materiais quanto formais do instituto, além de considerar a compatibilidade do conceito com as peculiaridades da ordem constitucional brasileira, Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2015, p. 350) o descreve como:

[...] todas as posições jurídicas concernentes às pessoas (naturais ou jurídicas, consideradas na perspectiva individual ou transindividual) que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, expressa ou implicitamente, integradas à constituição e retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como todas as posições jurídicas que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, tendo, ou não, assento na constituição formal.

Sendo assim, de acordo com os supracitados autores, o direito fundamental é revestido de segurança em favor do cidadão em relação à atuação do órgão estatal, sendo que o exercício da atividade do Estado não pode, por força de lei, interferir na vida do indivíduo além dos limites impostos por ela.

Os conteúdos possíveis de direitos fundamentais têm sua gênese em três princípios cardeais, quais sejam: liberdade, igualdade e fraternidade, os quais, em sequência histórica foram gradativamente institucionalizados. O desafio então consistia em inserir tais predisposições normativas no ordenamento jurídico positivo de cada organização política, compondo como parte integrante do arcabouço normativo os direitos e matérias postulados pelos princípios norteadores. Paulatinamente, os direitos fundamentais, em um processo cumulativo e qualitativo, passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações de forma sucessiva, consubstanciando efetivamente a transição da universalidade abstrata dos direitos a uma universalidade material e concreta. Diante disso, temos os direitos da primeira, segunda e terceira geração, diretamente relacionados aos princípios da liberdade, igualdade e fraternidade, respectivamente (Bonavides, 2002).

Conforme as lições de Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2017, p.341) os direitos fundamentais de primeira geração são caracterizados como aqueles de cunho individualista, entendido, também, como um direito do indivíduo em face do Estado, determinando uma área de não intervenção do segundo perante o primeiro. Sobre isso descreve:

São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”. Neste contexto, assumem particular relevo os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei, posteriormente complementados por um leque de liberdades, incluindo as assim denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação etc.), e pelos direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, revelando, de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia.

De acordo com Bonavides (2002), assim como os direitos da primeira geração dominaram o século XIX, o século vinte é o palco para a constituição e ascensão dos direitos da segunda geração, os quais correspondem aos direitos sociais, culturais e econômicos, além dos direitos coletivos, também denominados como direitos da coletividade. Esses direitos nasceram amalgamados ao princípio da igualdade, o qual, de

nenhuma forma pode dele ser separado, pois, dessa inter-relação perpetrada se estabelece a razão de existir daqueles direitos. Historicamente, esse rol de direitos foi inicialmente apreciado nas esferas filosóficas e políticas como objeto de acentuado cunho ideológico, conquistando espaço significativo a partir de sua proclamação em Declarações solenes de Constituições marxistas, da mesma forma que no constitucionalismo da social democracia, até dominar por inteiro as Constituições do segundo pós-guerra. Nesse interstício, esses direitos passaram por um ciclo de baixa normatividade, ou seja, suas disposições não figuravam materialmente nos variados ordenamentos jurídicos, além de lhe ser impelido a rubrica de eficácia duvidosa, em razão da própria natureza desses direitos, os quais, em sua essência, exigem do Estado uma prestação de cunho material, que por sua vez nem sempre produzem efeitos por motivos diversos, como carência ou limitação de meios ou recursos.

Sobre os direitos de segunda geração, Piovesan (2012) ensina que a Constituição Federal de 1988 inova ao expandir a dimensão dos direitos e garantias fundamentais, incluindo neste rol, não somente os direitos de caráter civil e político, mas também contempla os direitos sociais. Historicamente trata-se da primeira Constituição nacional a inserir os direitos sociais na declaração de direitos, pois, nas cartas anteriores as normas relativas a esses direitos encontravam-se distribuídas difusamente pelo documento legal, não sendo encontradas de forma concentrada sob o título dedicado aos direitos e garantias. No tocante à aplicabilidade dos direitos da segunda geração, Bonavides (2002, p. 565) diz que

[...] os direitos fundamentais de segunda geração tendem a tornar-se tão justificáveis quanto os da primeira; pelo menos esta é a regra que não poderá ser descumprida ou ter sua eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada no caráter programático da norma.

Nas palavras do supracitado doutrinador, mesmo considerando uma crise de observância e execução dos referidos direitos da segunda geração, o fim dessa situação parece estar próximo, isso em razão da promulgação das recentes Constituições, as quais formulam preceitos de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

A fraternidade é o princípio basilar em que se assentam os direitos da terceira geração, os quais têm sua dimensão estabelecida no cenário onde se constata um mundo dividido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas, ou na melhor das hipóteses, em fase de precário desenvolvimento, caracterizado pela transcendência da proteção do indivíduo ou de um coletivo.

Em resumo, diante da divisão classificatória dos direitos fundamentais, Ferreira Filho (1995, p. 57) corrobora os ensinamentos de Bonavides (2002), concluindo que “primeira geração seria a dos direitos da liberdade, a segunda, dos direitos da igualdade, a terceira, assim, complementar o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade”.

Quanto à eficácia das normas de direito fundamental, o ordenamento jurídico brasileiro, expressamente as dota de plena eficácia, como pode-se verificar através da inteligência do parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal (Brasil, 1988), vejamos: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Sobre isso, Piovesan (2012, p. 92) descreve que “cabe aos Poderes Públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito definidor de direito e garantia fundamental”. Esse princípio busca resguardar a condição de importância do direito de cunho fundamental, estabelecendo que estes direitos sejam prerrogativas diretamente aplicáveis por todos os órgãos e poderes do Estado.

A importância de conhecer a origem dos direitos fundamentais e, em especial, seus elementos caracterizadores, repousa no imprescindível fato que a educação é um direito fundamental expresso no ordenamento jurídico pátrio. Então, conseqüentemente, quando se fala de direito educacional, tem-se que o mesmo está carregado de todo valor e relevância historicamente conquistado pela rubrica dos direitos e garantias fundamentais.

Especificamente no âmbito do direito à educação no território nacional identificamos que não é ínfima a quantidade de diplomas normativos que tratam de disciplinar o assunto. Diante disso, no corpo desses documentos são identificadas as expressões “educação e ensino”, as quais, apesar de vocábulos de significações diversas, geram, comumente, confusão ao interprete. A natureza da confusão instalada sobre os termos tem como um dos responsáveis a própria legislação, quando verificada a impropriedade da utilização das supracitadas expressões, sendo as mesmas estampadas no copo da lei sem o merecido rigor técnico, em especial, na Lei 9.394/1996, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Brasil, 1996), ora aparecendo como sinônimos, ora como expressões de natureza complementar (Andrade, 2010).

Na intenção de distinguir as duas expressões encontradas na legislação, Andrade (2010, p. 47) define educação como

o processo por meio do qual o ser humano desenvolve suas capacidades física, mental, moral, espiritual, etc., e que pode ser aplicado nos mais diversos ambientes

(cultural, familiar, escolar, religioso, profissional etc.), por diferentes métodos que não necessariamente os de ensino. A pessoa humana é educada no seio de sua família, quando pela convivência e observação dos ascendentes, aprende modelos de conduta que lhe serão úteis em face de diversos grupos, além do familiar. Nas igrejas, as instruções transmitidas pelos líderes religiosos (ou mais experientes) estabelecem um contínuo processo de formação moral, o que se dá pelas visitas aos cultos e palestras. Nos museus, por exemplo, interage-se com o passado mediante o contato do educando com partes da realidade neles depositadas. No ambiente de trabalho, as pessoas são convocadas, pela prática, a um crescente aperfeiçoar de suas habilidades.

Em contrapartida, o mesmo autor (2010, p. 47) define o ensino como sendo “apenas um aspecto daquela realidade maior a que chamamos de *educação*, caracterizado pela transmissão objetiva, dirigida, metodizada de conteúdos educativos, e desenvolvido, quase sempre, no ambiente escolar.”

Diante disso, tem-se que a educação corresponde a uma expressão mais ampla, a qual acontece nos mais diversos ambientes e instâncias da sociedade, como na escola, trabalho, instituições religiosas, seio familiar e comunidade, com fulcro no desenvolvimento integral do indivíduo, enquanto, por sua vez, o ensino corresponde a uma atividade de base metodológica com finalidade de apresentação de conhecimento científico, o qual ocorre, predominantemente, no ambiente escolar. Diante disso, vislumbramos a expressão *educação escolar*, a qual é caracterizada como intermediária entre *educação* e *ensino*. Nesse contexto, a educação escolar é uma das facetas da educação no sentido amplo, sendo o ensino um meio de seu desenvolvimento (Andrade, 2010).

A inteligência do Artigo 1º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação corrobora com a lógica conceitual acima apresentada, vejamos:

Art. 1º A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais.

§1º Esta Lei disciplina a educação escolar, que se desenvolve, predominantemente, por meio do ensino, em instituições próprias.

§2º A educação escolar deverá vincular-se ao mundo do trabalho e à prática social. (Brasil, 1996).

A falta de rigor técnico empregado na construção legislativa sobre o tema, no tocante à utilização das expressões em seus devidos contextos, obriga que o intérprete, em exercício hermenêutico, busque encontrar o sentido a ser atribuído à expressão

utilizada pela lei, seja o comando legal de finalidade mais abrangente, a *educação* ou, de modo mais específico, *o ensino*.

Superada a importante explanação sobre a imprecisão terminológica empregada às referidas expressões nos documentos normativos, passa-se a discutir como é tratada a educação na legislação e como ela se constitui enquanto um direito, iniciando esse mister a partir da Constituição Federal de 1988.

Quando um tema é tratado no documento Constitucional de um determinado Estado, este é revestido de considerável força normativa, pois, como visto anteriormente, as matérias de cunho constitucional ganham significativa importância e gozam de rigidez formal, já que, à alteração do texto constitucional é empregado procedimento mais custoso que ao de derrogar ou ab-rogar outras espécies normativas (Andrade, 2010).

Um breve histórico apresentado por Boaventura (1995) demonstra que a educação é tema recorrente no âmago das Cartas Constitucionais, incorporado em variáveis intensidades. Neste contexto o autor ensina que:

A gratuidade da educação primária apontou inusitadamente naquela Carta outorgada pelo Imperador. Passando pela Constituição de 1891, republicana e federativa, a educação veio a receber maior atenção dos constituintes de 1934, com todo um capítulo a ela destinado, onde se nota a influência do movimento dos pioneiros da Educação Nova, à frente Fernando de Azevedo e Anísio Teixeira. No Estado Novo, a Constituição de 1937 atribuiu à família responsabilidades maiores na educação. Já a liberal Constituição de 1946, consolidando a volta à democracia, enfatizou os sistemas de ensino como modeladores da descentralização. A Carta de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1, de 1969 reservaram igualmente um capítulo inteiro à educação. Chega-se à detalhada e conflitante Carta Magna de 1988, com bem mais aberturas para os direitos educacionais, indo da creche e do ensino infantil até a “promoção humanística, científica e tecnológica do país” (Boaventura 1995, p. 30).

A educação é considerada como tema material e formal na regência da Constituição Federal. A base dessa afirmativa encontra guarida pelo fato de haver diversos dos contornos delineados do tema – os mais importantes – definidos no corpo escrito da Carta Magna, por isso caracteriza-a como formalmente constitucional e quanto à materialidade constitucional, justifica-se pelo fato da educação estar atrelada aos direitos fundamentais. O direito à educação encontra previsão constitucional direta nos artigos 6º, 205 a 214, como também nos artigos 22 (inciso XXIV), 23 (inciso V) e 24 (inciso IX), além de outros dispositivos, os quais não se referem expressamente à educação, mas são fundamentais para sua efetivação, como por exemplo, os remédios constitucionais e normas garantidoras de acesso à justiça.

Imprescindível, com base nas normas constitucionais, identificarmos, a partir da literatura, a condição da educação como um direito fundamental do indivíduo. O artigo 6º da Constituição Federal garante essa condição de um direito fundamental de natureza social à educação, o qual, por sua vez, é elemento indispensável para a garantia dos fundamentos balizadores elencados no rol de incisos do artigo primeiro da Carta Magna, além de ser instrumento para o alcance dos objetivos expressos para a República Federativa do Brasil. Nessa esteira, a proteção ao direito à educação ultrapassa a esfera do interesse individual do sujeito, pois, embora a educação representa um bem individual e uma forma de inserção no mundo da cultura àquele que a ela se submete, conseguimos visualizar uma dimensão mais ampla deste cenário quando considerarmos que para a sociedade que a promove, a educação caracteriza-se como um bem comum, pois representa a busca ou continuidade de um modo de vida que se almeja preservar (Duarte, 2007).

Corroborando com a teoria acima, a qual classifica a natureza da educação no âmbito jurídico pátrio, Andrade (2010) também a designa como um direito fundamental social e pelo fato de ser um direito social, a educação estaria inserida - considerando a ótica cronológica da doutrina dos direitos fundamentais - entre os direitos de segunda geração, caldeado a outros direitos como os culturais, econômicos, lazer e coletivos. Esses direitos carregam em si eficácia irradiante, ou seja,

[...] os valores que lhes são inerentes, dada sua relevância, espraiam-se sobre todo o ordenamento jurídico, afetando a interpretação das normas infraconstitucionais e direcionando as tarefas dos agentes estatais, sejam legisladores, magistrados ou administradores, valendo-se, dentre outros aparatos, da interpretação conforme a constituição (Andrade, 2010, p. 73).

Superada as questões referentes à efetividade da norma fundamental de ordem social e a partir das considerações apresentadas sobre a amplitude do direito à educação, Duarte (2007) descreve sobre a quem recai a titularidade desse bem jurídico. Partindo do princípio que a educação envolve interesses supra individuais, considerar-se-á que esse direito não tutela somente o indivíduo singularmente considerado, mas também, e especialmente, abrange o interesse de um grupo determinado ou indeterminado de pessoas. “Trata-se, pois, de um direito que, mesmo podendo ser exercido individualmente, não pode ser compreendido em abstração de sua dimensão coletiva e até mesmo difusa”. (Duarte, 2007, p. 698).

A seção I do Capítulo III do Título rubricado como “Da Ordem Social” na Constituição Federal de 1988 inaugura o tratamento específico sobre educação a partir do artigo 205. O entendimento doutrinário faz a divisão dos artigos desse capítulo de forma em que o dispositivo inaugural até o 208 referem-se à essência do direito fundamental à educação, enquanto os demais artigos, quais sejam, 209 e seguintes, estabelecem normas de cunho organizacional e procedimental do trato da matéria (Andrade, 2010).

Ainda nessa esteira, outras legislações contribuem para consolidação da educação como direito público subjetivo, entre elas, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação de 1996 (Brasil, 1996), em seu artigo 5º, nos parágrafos 3º, 4º e 5º, que constituem a obrigação com a educação de ordem pública e passível de coação por aqueles que dela usufruem. Além disso, encontramos o mesmo entendimento na inteligência dos parágrafos 1º, 2º e 3º do Estatuto da Criança e Adolescente (Brasil, 1990).

Temos a educação no ordenamento jurídico como um direito universal e fundamental de ordem social, sendo que, seu oferecimento é obrigação do Estado, atentando-se que a lei determina sua oferta com padrão de qualidade e, além disso, o titular desse direito pode exigir seu cumprimento quando não ofertado ou ofertado de maneira irregular, constituindo-se assim como um direito público subjetivo.

As linhas gerais referentes ao direito à educação apresentadas até então, apontam para os aspectos importantes da discussão desse instituto, no entanto, destacamos nesse contexto as finalidades da educação estampadas no corpo do artigo 205 da Constituição Federal, onde expressa que a educação visa o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho. Essas finalidades constituem o fio condutor para a discussão que segue esse trabalho.

### **A Questão das Cotas**

Antes de objetivamente discorrer sobre o assunto de cotas, se faz necessário tratar sobre o modelo de educação formal adotado no Brasil. Neste diapasão, a organização estrutural da educação no âmbito nacional também encontra respaldo regulatório na Lei 9.394 de 1996, a LDB.

Nesta cártula, extraímos do inciso I do Artigo 4º o entendimento que a educação básica obrigatória é aquela que deve ser ofertada de forma gratuita aos sujeitos dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, garantido sua efetividade àqueles que não

tiveram oportunidade de cursá-la em idade própria. Este nível de ensino, qual seja, a educação básica, comporta as etapas da educação infantil, ensino fundamental e ensino médio, conforme redação e inclusão dada pela Lei 12.796 de 2013.

Ao longo de seu texto, a referida LDB estabelece as diretrizes do sistema educacional brasileiro, conferindo obrigação ao estado em fornecer gratuitamente a educação básica. No entanto, em que pese a obrigatoriedade de oferta pelo estado, esta não é exclusiva. A mesma Lei, em seu artigo 7º, prevê que a iniciativa privada é livre para ofertar o ensino, desde que atenda condições expressas, dentre elas: cumprimento das normas gerais de educação nacional; autorização de funcionamento e fiscalização pelo poder público e capacidade de autofinanciamento.

Sobre a relação entre o público e o privado quanto a oferta da educação básica, destacamos a análise de Alves (2009, p.75)

[..] Em função do crescimento demográfico da classe média, a partir dos anos 1950 e 1960, e da incapacidade da escola confessional em acompanhar o crescimento da demanda, os estabelecimentos escolares mantidos por educadores e empresários da educação se vêem em vertiginoso crescimento a partir dos anos 1970. O desenvolvimento econômico do país, a precária qualidade do ensino público e a crescente qualidade do serviço educacional prestado pela escola particular propiciam o crescimento do setor privado tendo à frente empresários e dirigentes extremamente competentes e organizados na gestão educacional. É o boom do ensino privado, em um primeiro momento na educação básica, e, a partir dos anos 1990, também no ensino superior.

Vemos, desta forma, uma natural tendência dos mais favorecidos economicamente em buscar o ensino junto a instituições privadas, iniciando um processo de divisão social na educação básica. Sobre essa temática Sampaio e Guimarães (2009, p.45) desenvolvem pesquisas em que comparam a eficiência do ensino público e do privado. Como resultado

[..] O ensino básico do Brasil vem sendo bastante questionado quanto a sua qualidade e eficiência. Avaliações realizadas pelo INEP mostram que aproximadamente 5% dos alunos apresentam desempenho classificado em "adequado". Ainda ao longo dos últimos anos, esse desempenho vem decaindo devido exclusivamente ao desempenho dos alunos de escolas públicas. Motivado pela diferença entre as duas redes de ensino no Brasil, este artigo analisa a eficiência das escolas públicas e privadas por meio da metodologia desenvolvida por Thanassoulis (1999) e depois estendida por Portela e Thanassoulis (2001). Portela e Thanassoulis (2001) decompõem a eficiência geral em dois componentes distintos: um componente atribuído à instituição de ensino que o estudante frequentou e outro componente atribuído à eficiência somente do estudante. Os resultados obtidos mostram que há grandes diferenças de eficiência entre os colégios privados e públicos. Os colégios privados obtiveram eficiência máxima e os colégios públicos obtiveram eficiência de 0,901, com destaque para os públicos federais que ficaram com 0,910, enquanto os

públicos estaduais obtiveram 0,879. Os colégios foram então analisados quanto à equidade do ensino para diferentes níveis de conhecimento dos alunos. Isso mostrou que o ensino público federal apresentou eficiência tão boa quanto o ensino privado para os melhores alunos. Já para o ensino público estadual, os melhores alunos são mais prejudicados que os alunos intermediários, cuja eficiência do ensino fica pouco acima da eficiência média[.].

Com base na passagem acima descrita, identificou-se, por meio da pesquisa, que o desempenho dos educandos da rede pública (exceto a federal) possuem desempenho escolar significativamente inferior quando comparado aos alunos usufrutuários do serviço privado, no que tange a oferta de educação básica. Neste cenário, conforme dispõe a LDB ao tratar da organização do sistema educacional, temos enquanto incumbência para a oferta da educação básica: o município atendendo a educação infantil e ensino fundamental e o estado (ente federativo) atendendo, também, às demandas do ensino fundamental e com prioridade o ensino médio.

Neste contexto, verificamos o número expressivo de pessoas que dependem do ensino público para a formação básica e que, como efeito, ao fim desse processo restam descompassados em relação ao aproveitamento e desempenho quando comparado àqueles que realizaram sua formação em instituição privada.

Sobre esses números, a sinopse estatística da educação básica do ano de 2021 confirma que o ensino público atende mais alunos nesse nível de educação que o ensino privado, ao passo que dos 46.668.401 alunos devidamente matriculados no ano de 2021, expressivos 82,57% restavam matriculados no ensino público (Inep, 2022).

Entendendo, por força normativa e ancorado no princípio da continuidade, que para o ingresso na educação superior tem-se, enquanto condição, a necessidade da conclusão da educação básica pelo sujeito, verificamos que mesmo sendo um direito da pessoa, o acesso depende de prévia capacitação. Essa compreensão pode ser fundamentada a partir a disposição estampada no inciso V do artigo 208 da Constituição Federal e replicada no inciso V do artigo 4º da LBD, onde determina que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de “acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um”.

Diferente da educação básica, a educação superior não encontra estrutura normativa que determine de forma vinculada a recepção de um número indistinto de usufrutuários. Ao contrário disso, encontramos, em especial no ensino público, um número limitado de vagas, o que faz com que haja concorrência para ocupá-las. Traduzindo em números, no ano de 2021, com base nos dados apresentados pelo Censo

do Ensino Superior, das 2574 instituições que ofertam o ensino superior (graduação), 313 são públicas, representando somente 12,16% do total. Ainda, se considerarmos somente as instituições mantidas pela União esse percentual decresce ainda mais, representando apenas 4,6%. Neste contexto evidencia-se, por meio de um raciocínio lógico, a menor oferta do número de vagas no ensino superior público (Inep, 2022b).

A partir da discussão feita até então, podemos analisar o fenômeno com base nos seguintes pressupostos: a) que os alunos provenientes da educação básica ofertada pela iniciativa privada possuem, de um modo geral, melhor rendimento que aqueles que usufruíram o serviço público nessa etapa da educação; b) o número de vagas para o acesso à educação superior no escopo da graduação é limitado, em especial quando tratamos da educação pública nesse nível de ensino e; c) há um certame para o preenchimento das aludidas vagas. Diante desse contexto entendemos que existe uma tendência, logicamente demonstrada, na migração de alunos que cursaram a educação básica em instituições privadas para as instituições de ensino superior públicas.

Dentre as possíveis justificativas para este fenômeno, destacamos a diferença da eficácia do ensino praticado na educação básica, principalmente em sua etapa final (ensino médio), que, dentre outros objetivos, prepara o aluno para ingresso nas Instituições de Ensino Superior. Neste interim, o critério adotado para seleção, há muito tempo, consiste em uma avaliação de conhecimentos que visa filtrar os melhores alunos, aqueles que interpretativamente seriam os mais bem preparados para ocupar estas vagas.

O cenário acima desenhado acaba por gerar uma enorme injustiça, pois, a dedução lógica reverbera o favorecimento daqueles que tiveram uma educação básica de melhor qualidade, conforme demonstrado pela pesquisa de Sampaio e Guimarães (2009). Sendo assim, a classe social economicamente privilegiada acaba ocupando a maioria das vagas das instituições públicas de ensino superior, obrigando aqueles de baixa renda a busca por vagas nas instituições privadas.

Atento a esse cenário foi aprovada no Brasil, no ano de 2012, a Lei 12.711, denominada popularmente como a lei de cotas. Essa medida legal determina a reserva de vagas em Universidades, Institutos e Centros Federais, na proporção de 50%, aos alunos oriundos da educação básica ofertada pelo poder público. Não obstante, a supracitada normativa prevê, dentro desse percentual, garantia a reserva de vaga à estudantes negros, indígenas e pessoa com deficiência (Guarnieri & Melo-Silva, 2016).

Ao analisar a Lei 12.711 identificamos que a garantia do direito à cota vincula-se a determinados grupos, os quais corresponde aos estudantes entendidos como aqueles que de alguma forma estariam prejudicados na livre concorrência em razão de injustiças sociais.

De acordo com Chauí (2003), a universidade é uma instituição indissociável do contexto social heterogêneo no qual está inserida. O espaço universitário corresponde a um local em que se privilegia a diversidade de posicionamentos, questionamentos, atitudes, dentre outros atributos que refletem a multiplicidade inerente dessa instituição. É nesse contexto que vislumbramos a necessidade da promoção do acesso à universidade pública àqueles que possuem condições específicas, como forma de garantir um direito que reverbera, inevitavelmente, na possibilidade de conquista de outros direitos inerentes ao cidadão.

### **Considerações Finais**

Em síntese, o presente estudo abordou, com base na análise normativa referente ao direito à educação e ao acesso à universidade pública, sobre as questões que justificam e embasam as medidas legais que garantam a instituição de providências atreladas a efetivação do direito à educação no nível superior aos sujeitos usufrutuários da educação básica ofertada pelo poder público.

Neste contexto, verificou-se que o direito à educação corresponde a um direito fundamental de ordem social, estampado de forma expressa na Constituição Federal e que este instituto social tem como finalidade oportunizar ao indivíduo o pleno desenvolvimento enquanto pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho. Sendo assim, verifica-se que nos diversos níveis de educação, o indivíduo, por meio do que a lei chama de ensino, tem a possibilidade de participar de um processo em que, pelo menos no que se extrai dos princípios elencados ao fenômeno, contribui para o conhecimento e exercício de outros direitos inerentes ao ser humano.

Vislumbrando-se no âmbito nacional, de acordo com a organização educacional vigente, que o acesso à educação superior no contexto da graduação se dá por meio de certame onde, em via de regra, avalia-se o desempenho proveniente da educação básica. Desarrazoado é acreditar que esse mecanismo encontra-se respaldado no princípio

basilar de justiça, ao passo que resta incontestado que os indivíduos participantes desse processo seletivo não tiveram as mesmas oportunidades quando da formação em nível de educação básica.

Neste diapasão, considerando o limitado número de vagas nas universidades públicas para atendimento do propenso educando da graduação, descuidou-se do princípio da equidade, pois o acesso a essas instituições se demonstram manifestos ao sujeito que tiveram a oportunidade, em especial por razões de ordem econômica, de usufruir uma educação básica que concentra na preparação para essa disputa.

Como forma de dirimir os efeitos da aludida estrutura desenhada, as universidades públicas buscaram, de forma difusa, instituir o sistema de cotas em seus processos seletivos, o que, guardadas as devidas proporções, restou frutífero, todavia com resistências de várias frentes. Efeito desse movimento, fora promulgada no ano de 2012 a intitulada lei de cotas, sob o número 12.711, a qual traz contornos mais precisos sobre o instituto no âmbito federal e, em especial, determina caráter de observação e aplicação obrigatória (Brasil, 2012).

Ante o exposto, verifica-se que a norma competente oportuniza o acesso a determinada parcela da sociedade ao nível da educação superior em graduação. Esse fato, inevitavelmente, confere heterogeneidade nesse local, acarretando, conseqüentemente, na participação de novos sujeitos no processo de construção de conhecimento, contribuindo para pensamento crítico frente ao modelo colonial naturalizado.

No entanto, com base no contexto estudado, verifica-se que a medida de instituição de cotas demonstra-se paliativa, pois, se considerarmos que o contexto normativo tem como público alvo aqueles que tiveram sua formação básica em instituições públicas, não há que se desconsiderar que o próprio estado atesta que se furtou da obrigação da oferta desse nível de ensino com a devida qualidade, ou, ao menos, equiparado com o ensino privado.

## Referências

- Andrade, C. C. (2010). *Direito Educacional: Interpretação do direito educacional à educação*. Fórum.
- Alves M. (2009). A histórica contribuição do ensino privado. *Educação*, 32(1), 71-78.
- Boaventura, E. M. (1995). A Constituição e a educação brasileira. *Revista de Informação Legislativa*, 127, 29-42.
- Bonavides, P. (2002). *Curso de Direito Constitucional*, (13ª ed.). Malheiros.
- Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.
- Chauí, M. (2003). A universidade pública sob nova perspectiva. *Revista Brasileira de Educação*, 24, 5-15.
- Duarte, C. S. (2007). A educação como um direito fundamental de natureza social. *Educ. Soc.*, 28(100), 691-713.
- Ferreira Filho, M. G. (1995) *Direitos Humanos Fundamentais*. Saraiva.
- Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. (2022, maio). *Sinopse Estatística da Educação Básica de 2021*.
- Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. (2022, novembro). *Sinopse Estatística da Educação Superior de 2021*.
- Joaquim, N. (2015). *Direito Educacional Brasileiro: História, teoria e prática*, (3ª ed.). Freitas Bastos.
- Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. *Estatuto da Criança e do Adolescente*.
- Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996. *Diretrizes e bases da educação nacional*.
- Lei 12.711, de 29 de agosto de 2012. *Ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências*.
- Piovesan, F. (2012). *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, (13ª ed.). Saraiva.
- Sampaio, B., & Guimarães, J. (2009). Diferenças de eficiência entre ensino público e privado no Brasil. *Economia Aplicada*, 13, 45-68. <https://doi.org/10.1590>
- Sarlet, I. W., Marinoni, L. G., & Mitidiero, D. (2017). *Curso de direito constitucional*, (6 ed.). Saraiva.
- Silvia, A. A., & Araújo, R.C. (2017). O papel da política de cotas para o avanço dos estudos de gênero a partir de perspectivas pós-coloniais e de(s)coloniais no Brasil. Em Anais eletrônicos. *Seminário Internacional Fazendo Gênero 11 & 13<sup>th</sup> Women's Worlds Congress*, (pp. 1 -10). Florianópolis.
- Supremo Tribunal Federal (2012, abril). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186*. Atos que instituíram sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial (cotas) no processo de seleção para ingresso em instituição pública de ensino superior. Alegada ofensa aos arts. 1º, caput, iii, 3º, iv, 4º, viii, 5º, i, ii xxxiii, xli, liv, 37, caput, 205, 206, caput, i, 207, caput, e 208, v, todos da constituição federal. Ação julgada improcedente. Ministro Ricardo Lewandowski.