

Universitatea “Mihail Kpgalniceanu” Din Iasi

12^{ème} Table Ronde Internationale

Thème 11:

“L’enjeu politique de la fidélité du juge envers la Constitution et la loi”

**“Affaires problématiques dans le domaine du droit à l’éducation au Brésil :
les quotas raciaux”**

Dr. Nina Ranieri (PhD)

Professeur Agrégée

Faculté de Droit de l’Université de São Paulo

Coordinatrice de la Chaire UNESCO en Droit à l’Éducation

Introduction

Hard-cases, *standard-case* et *leading-case* sont des expressions employées dans le droit commun anglo-américain pour désigner des actions judiciaires qui, du fait d’aborder des questions juridiques complexes et inédites, ne peuvent être soumises à une règle de droit claire et précise.

Dans la langue portugaise, comme dans la française et la roumaine, l’expression juridique *hard-case* signifie, littéralement, “affaire difficile” ou “affaire problématique”. Quant aux expressions *standard-case* et *leading-case* employées comme synonymes en langue anglaise peuvent être traduites vers le français et le portugais par “affaire paradigmatique” et “affaire phare”, respectivement. Une affaire paradigmatique découlera toujours d’une affaire difficile ou problématique, mais une affaire phare ne deviendra pas nécessairement une affaire paradigmatique.

Si l’on considère que l’une des caractéristiques du Droit contemporain est la complexité croissante de ses structures normatives, en opposition aux Constitutions-garantes originaires, il s’ensuit que l’interprétation constitutionnelle et le contrôle de la constitutionnalité sont également devenus plus complexes. Une partie de cette complexité découle de l’adoption de critères de légitimation du droit dirigés à des valeurs éthiques et politiques, ainsi qu’au monde des faits, avec des résultats féconds

dans les Constitutions démocratiques établies après la Seconde Guerre Mondiale. C'est dans ce contexte que les différences entre les principes et les règles, en tant que matière constitutionnelle, promeuvent les expériences relatives à l'ample discrétion et activisme judiciaires, dans la mesure où les principes acquièrent une signification opérative au moment de leur application à un cas concret.

Le sujet de la discrétion judiciaire face à des *hard-cases* a suscité différentes prises de position dans la doctrine américaine, comme la divergence bien connue entre H. L. A. Hart (*The Concept of Law*, 1961) et Ronald Dworkin (*Taking Rights Seriously*, 1977) sur l'existence ou pas d'un devoir légal du juge de décider d'une certaine façon dans des situations d'incomplétude de la loi.

En une très brève synthèse, nous pouvons affirmer que, pour Hart, comme le Droit positif doit répondre à toutes les situations suscitées judiciairement, le juge, dans les cas difficiles, dispose d'une plus grande discrétion (ou d'un "pouvoir discrétionnaire fort", selon la typologie de Dworkin), due à l'incomplétude ou à la lacune de la loi. Pour Dworkin, au contraire, le juge dispose uniquement d'un "pouvoir discrétionnaire faible", étant donné le "devoir de découvrir quels sont les droits des parties et non inventer d'autres droits rétroactivement"¹. Ces positions illustrent la différence substantive entre les *hard-cases* et les *leading-cases* dans le système juridique américain, en ce qui concerne les influences externes à la Constitution par rapport au degré de discrétion judiciaire qui peut être adopté par le juge.

De façon générale, dans le droit nord-américain, l'emploi de l'expression *hard-case* se réfère à une affaire qui souffre les impacts d'une raison sociale dévastatrice, qui "fait appel aux sentiments du juge et distord le jugement".² Pour cette raison le pouvoir discrétionnaire du juge, motivé par des idées de réparation, peut mener à des décisions non conformes aux idéaux constitutionnels. Dans le droit américain, il est usuel de dire, sans relativiser, *Hard cases make bad Law*.³

Dans les *leading-cases*, le problème de la "forte discrétion" ne se présente pas, étant donné que la solution indiquée pour le cas, même si résultant d'une "discrétion

¹ Cf. *Levando os direitos a sério* (Les Droits pris au sérieux), trad. Nelson Boeira, São Paulo, Martins Fontes, 2002:127.

² Cf. Oliver Wendell Holmes Jr. in Richard A. Posner, *The Essential Holmes*, The University of Chicago Press, 1992, p. 130, cité dans la saisine de l'ADIn 3.197-RJ.

³ Cf. *Black's Law Dictionary*, St. Paul, Minn., 1990, West Publishing Co., 6th Edition, p. 717.

faible”, s’appuie sur les normes constitutionnelles, en fixant de nouvelles lignes interprétatives qui accroissent la garantie et la protection du Droit.

Ainsi, les solutions fondées sur une ample discrétion judiciaire seraient, en principe, davantage discutables du point de vue technique et juridique, ce qui relativise l’observance, par le juge, des limites de sa fonction et, par voie de conséquence, sa fidélité à la Constitution et aux lois. Ce qui est donc en question ici, c’est la légitimité de ces décisions dans le cadre de l’État Démocratique du Droit.

Il s’agit, dans ce cas, de l’activisme judiciaire, compris comme étant le “non-respect aux limites normatives substantielles de la fonction juridictionnelle”, soit par l’interprétation libre des limites textuels, soit par l’attribution d’effets qui lui sont incompatibles, soit encore par l’agrandissement du domaine de répercussion projeté par les normes incidentes en la matière, etc.⁴ La problématique, il est évident, recouvre une importance particulière dans les affaires difficiles en matière constitutionnelle, non seulement à cause du fait que la juridiction constitutionnelle est le dernier niveau de contrôle des normes constitutionnelles mais aussi parce que les Cours Constitutionnelles sont la conséquence de l’adoption des Constitutions douées d’un degré de supériorité hiérarchique.

Pour illustrer une telle controverse au Brésil, prenons trois affaires qui se déroulent actuellement à la Cour Suprême brésilienne, relatives à la constitutionnalité des quotas raciaux pour l’admission à l’enseignement supérieur public et gratuit. Les demandes ont pour but spécifique de permettre l’inclusion de Noirs dans les niveaux les plus élevés de l’enseignement, sous l’argument de l’élimination de la discrimination éducationnelle, résultat de politiques séculaires d’exclusion potentialisées par le passé esclavagiste et patriarcal brésilien.

Face à l’inexistence de règle constitutionnelle claire en la matière, les décisions de la Cour, dans ces cas, devront fixer la jurisprudence par rapport aux points suivants : l’inexistence de quotas raciaux configure-t-elle un problème de discrimination raciale ? Le droit à l’éducation, prévu dans l’article 205, de la constitution brésilienne comprend-il des quotas raciaux ou des quotas sociaux, d’une portée beaucoup plus ample ? Les quotas sociaux répondent au souhait des quotas raciaux ? Contre qui la Constitution doit créer ces droits ?

⁴ Cf. Elival da Silva Ramos, *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos* (Activisme judiciaire : paramètres dogmatiques). São Paulo, Saraiva, 2010, p. 109.

D'une façon générale, les *leading cases* qui résultent de l'interprétation du droit à l'éducation ont affronté des situations problématiques dans lesquelles la primauté du droit de l'enfant, de l'adolescent ou de l'adulte est plus difficile à être estimée. Ce n'est pas l'hypothèse des affaires relatives aux quotas raciaux. En ce qui les concerne, les décisions seront fortement influencées par l'injustice de l'exclusion sociale et le préjugé racial, religieux, ethnique et économique, favorisant un domaine fécond et instructif d'analyse des potentialités de la Constitution Fédérale du Brésil.

Mon exposé, à cette Table Ronde, utilise ces affaires pour aborder le thème de la fidélité du juge face à la Constitution et à la loi, et l'emploi de valeurs éthiques, politiques et du monde des faits dans la prise de décisions face à des situations concrètes. Je commence par exposer, de façon succincte, les décisions habituelles du Pouvoir Judiciaire dans le domaine du droit à l'éducation pour, ensuite, analyser, en particulier, les affaires des quotas raciaux.

1- L'activité habituelle du Pouvoir Judiciaire dans le domaine du droit à l'éducation

Le droit à l'éducation a été un thème relativement marginal dans la jurisprudence de la Cour Suprême brésilienne avant la Constitution Fédérale de 1988. Néanmoins, entre 1990 et le début de 2010, la situation s'est considérablement modifiée. Au cours de cette période, le nombre de procès demandant la protection du droit à l'éducation a sensiblement augmenté, particulièrement après l'an 2000. Nous pouvons également noter, au cours des dernières années, que le contenu des décisions s'est modifié au bénéfice de l'effectivité du droit à l'éducation de base.

Au cours de la décennie 1990, par exemple, les demandes relatives au contrôle des mensualités scolaires ont prévalu. Dans la grande majorité des décisions, la Cour Suprême s'est prononcée dans le sens de sauvegarder le droit à l'éducation face aux abus économiques de la part du secteur privé, empêchant des sanctions scolaires en conséquence du non paiement des prestations contractuelles par l'étudiant. Au début des années 2000, les demandes menées devant la Cour se sont fixées dans l'effectivité du droit à l'éducation, particulièrement au niveau de l'éducation infantile.

Quelques hypothèses peuvent expliquer les phénomènes des altérations quantitatives et qualitatives. La première est l'étendue des champs d'activité du Ministère Public par la Constitution de 1988 (articles 127 et 129) à la défense des

intérêts sociaux et individuels indisponibles. La seconde, l'emploi d'une modalité spécifique d'action judiciaire, dénommée "action civile publique", employée pour la défense des intérêts collectifs. La troisième, la création constitutionnelle de mécanismes de redistribution de ressources qui ont permis l'équation du financement et de l'expansion de l'éducation fondamentale par les États et les Municipalités.

Il ne fait aucun doute que les bons résultats de l'étendue de l'accès à l'éducation, atteints au cours des deux dernières décennies, proviennent de l'affrontement public de questions récurrentes de l'éducation brésilienne, telles l'universalisation, le financement, les garanties d'accès et de permanence à l'école, la qualité de l'enseignement, d'entre autres.⁵ Il ne fait également aucun doute que de telles avancées auront une répercussion graduelle dans l'amélioration de l'accès et la permanence dans l'enseignement secondaire et supérieur, dans la mesure où l'offre compulsive de l'éducation de base, de 4 à 17 ans (Amendement Constitutionnel 59/09) opère ses effets désirés et importants.

L'action du Pouvoir Judiciaire en faveur à ce cercle vertueux a été d'une extrême importance, ce qui se confirme face aux critères récemment fixés, par une jurisprudence pacifique de la Cour Suprême, à propos de situations concrètes relatives aux normes constitutionnelles de l'éducation:

a) efficacité immédiate des normes constitutionnelles qui consacrent des droits sociaux, leur catégorisation en tant que normes programmatiques étant sans importance ;

b) attachement des droits sociaux aux fondements et aux objectifs de l'État ;

c) nature subjective du droit à l'éducation ;

d) inexistence de la discrétion administrative face à des droits consacrés par la Constitution et qui, dans cette condition, constituent des garanties intangibles ;

e) toute imposition juridictionnelle au Trésor implique en dépense et action, sans que cela affronte l'harmonie des pouvoirs, vu que dans le régime démocratique et dans l'État de Droit, l'État se soumet à la même justice qu'il a instituée.⁶

⁵ À propos de la projection de l'universalisation de l'éducation fondamentale au Brésil, voir le Rapport Mondial de Suivi sur l'EPT 2008 de l'UNESCO, disponible à <http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001547/154743e.pdf>.

⁶ Resp. 575280 / SP; Resp. 2003/0143232-9, Rapporteur Min. Luiz Fux; 02/09/2004, DJ 25/10/2004, p. 228. RESP 718203/SP, Rapporteur Min. Luiz Fux, 06.12.2005, DJ 13.02.2006, p. 694. RESP 796490/SP, Rapporteur Min. João Otávio de Noronha, 15.12.2005, DJ 13.03.2006, p. 305, d'entre autres.

La détermination, par la Cour Suprême, de l'exécution de politiques publiques constitutionnelles dans le domaine de l'éducation par les autorités compétentes n'est pas nouvelle dans la jurisprudence.

Des cas de non accomplissement de la norme impositive d'un certain comportement attribué au Pouvoir Public sont, depuis un certain temps, considérés inconstitutionnels.⁷ Ce qui est nouveau est reconnaître que son accueil représente l'accueil de besoins collectifs, de nature sociale et politique, avec des répercussions dans le domaine des droits diffus⁸.

Au début de la seconde décennie des années 2000, les problèmes de l'universalisation et du financement de l'éducation fondamentale étant résolus par la jurisprudence, les demandes judiciaires dans le domaine de l'éducation changent de priorité. C'est dans ce contexte que les demandes relatives aux actions affirmatives dans l'enseignement supérieur assument une importance sociale renouvelée.

Telle est la conclusion à laquelle l'on arrive par l'analyse de la teneur des arrêts proférés au cours de ces dix dernières années. De cette façon, lorsque l'on situe la problématique de l'éducation dans le temps et dans l'espace, il est possible d'identifier des modifications positives dans les références de valeur concernant le droit à l'éducation ainsi que l'élargissement du degré de connaissance des garanties et des droits prévus dans la Constitution Fédérale par la population, au moins dans les zones urbaines où le Ministère Public a une action davantage effective. De telles décisions permettent, encore, une ample perception de l'évolution des processus d'effectivité des politiques publiques transmises par la Constitution.

Le problème est de définir les limites de cette activité, étant donné que l'intervention du Pouvoir Judiciaire, quoiqu'évidente, n'est pas absolue. En matière d'effectivité de politiques publiques, la jurisprudence récente a consolidé trois limites qui doivent être observées : la limite du minimum existentiel à être garanti à l'individu ; la limite de la raisonnable de la prétention, déduite par rapport au Pouvoir Judiciaire ; et la limite de la réserve du possible, c'est-à-dire, la limite de la

⁷ Cf. Pour toutes, à la Cour Suprême, les ADIn 1.458-MC/DF et ADIn 1.484-DF, qui ont pour rapporteur le Min. Celso de Mello.

⁸ NDT: ou droits d'intérêt général. Les droits diffus sont des droits transindividuels, de nature indivisible dont les titulaires sont des personnes indéterminées et liées par des circonstances factuelles (par ex., le droit à un environnement sain). Ils ont été mis en place, entre autres, par la Politique Nationale de l'Environnement (Loi n° 6.938, de 1981), la Loi d'Action Civile Publique (Loi n° 7.347, de 1985) et le Code de Défense du Consommateur (Loi n° 8.078, de 1990).

disponibilité financière de l'Administration Publique à accueillir les prestations demandées.⁹

Le débat juridique sur le système des quotas pour l'enseignement supérieur dépasse ces aspects et c'est pour cela qu'il pourra inaugurer une nouvelle phase dans l'appréciation des demandes éducationnelles, avec de nouveaux contenus jurisprudentiels.

2- Les affaires des quotas raciaux

Le débat juridique à propos du système de quotas pour l'enseignement supérieur s'articule essentiellement autour de deux idées : celle de l'inconstitutionnalité des quotas, à partir d'une interprétation selon laquelle les droits de tous et n'importe quel brésilien sont égaux, et celle de la constitutionnalité de la politique, par l'interprétation qu'il s'agit d'une action d'inclusion qui peut être réalisée sur la base de principes établis, individuellement, par les propres universités publiques.

Dans la première affaire mentionnée (ADPF 186-2), un parti politique ("Démocrates" - DEM), a questionné la constitutionnalité des actes pratiqués par l'Université de Brasília, qui a réservé 20% des places de son concours d'entrée pour les étudiants noirs. Pour avoir accès à cette place, le candidat devait être admis au concours d'entrée à l'Université et avoir sa demande d'inscription autorisée par une commission interne qui confirmerait le phénotype noir du candidat.

Le système de l'UnB a eu une répercussion défavorable lors de l'analyse, par ladite commission, de la demande d'inscription de frères jumeaux monozygotes, ayant la même couleur de peau. Le rapport final a proclamé qu'un seul d'entre eux avait le droit à la place réservée, ce qui mettait en évidence la subjectivité des critères employés par la commission.

Dans le second cas (RE 597.285/RS), un candidat au cours d'administration de l'Université Fédérale du Rio Grande do Sul, malgré avoir atteint la 132^{ème} position dans la classification générale, n'a pu effectuer son inscription car, du total des 160

⁹ Cf. à CE propos, Ada Pellegrini Grinover, O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário (Le contrôle des politiques publiques par le Pouvoir Judiciaire), in Carlos Alberto de Salles (coord.), *As grandes transformações do processo civil brasileiro - Homenagem ao Prof. Kazuo Watanabe* (Les grandes transformations de la procédure civile brésilienne – Hommage au Prof. Kazuo Watanabe), São Paulo, Quartier Latin, 2009, p. 109-134.

places offertes par le concours d'entrée, 44 avaient été réservées au système des quotas.

La troisième affaire (ADIn 3.197-RJ) ne se différencie pas, en substance, des deux antérieures : il s'agit de l'analyse de la constitutionnalité de la réserve de 45% du total des places du concours d'entrée pour les étudiants dépourvus dans les Universités publiques de Rio de Janeiro. Il existe, néanmoins, quelques différences qui doivent être soulignées : en premier lieu, outre l'adoption de quotas socio-économiques en substitution aux quotas raciaux, la réserve a été fixée par une loi (la loi de l'État de Rio de Janeiro n°. 4.151, du 04/09/03) et non par une décision de l'Université ; deuxièmement, elle impose l'observance de sous-critères et de modulations pour l'occupation du total des places réservées : 20% sont destinées exclusivement aux étudiants noirs ; 20% aux étudiants démunis, blancs ou noirs issus, exclusivement, du réseau d'enseignement public de l'État de Rio de Janeiro, et 5% aux personnes handicapées et issues des minorités ethniques.

Dans les trois cas, comme l'on peu facilement noter, le problème s'origine dans l'interprétation du principe de l'égalité – au nom de la réparation, de la justice distributive et de la diversité – vis-à-vis de la reconnaissance d'un ensemble de brésiliens par la couleur de peau. La complexité augmente car, selon la législation brésilienne, ne sont considérés Noirs que ceux qui s'auto-déclarent de la sorte, de façon expresse.

Il est important, par rapport à ce sujet, de distinguer que l'enseignement supérieur public, contrairement à ce qui se passe par rapport aux niveaux primaire et secondaire, ne se destine pas à tous (CF, art. 208, I et II). En d'autres mots, l'État brésilien n'a pas l'intention de rendre l'enseignement supérieur public universel. Le devoir de l'État se limite à la garantie d'accès, selon la capacité de chacun (CF, art. 208, V). C'est pourquoi la garantie d'accès (entrée, admission), conditionnée au mérite, suppose la sélection et, par voie de conséquence, la classification face à un nombre limité de places. Les normes internationales relatives au droit à l'éducation vont dans la même direction (la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, 1948 ; la Convention de l'UNESCO concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement, 1960 et le Pacte International relatif aux Droits Économiques, Sociaux et Culturels, 1966).

3- Les questions politiques implicites et explicites face aux quotas raciaux

En approfondissant le débat, voyons les principaux arguments soulevés par les défenseurs de la constitutionnalité des quotas raciaux :

(a) la Constitution Fédérale de 1988 a déjà prévu, dans plusieurs dispositifs, des quotas pour les handicapés, les femmes et les personnes âgées, dans le but non seulement de l'inclusion des minorités dans la vie sociale, économique et politique, mais aussi pour assurer l'égalité substantielle dans une société plurielle et diversifiée ; (b) les quotas raciaux consistent en des politiques de justice compensatrices qui ont pour but de faire face aux effets néfastes de l'esclavage, qui n'ont pas encore été surmontés ; (c) les quotas raciaux ne doivent pas être compris par la logique indemnificatrice, mais par la réduction d'inégalités ; (d) les quotas raciaux sont une exigence constitutionnelle implicite, les processus sélectifs exclusifs étant, eux, inconstitutionnels ; (e) dans le domaine de l'éducation, les avancées observées au Brésil depuis l'édition de l'actuelle Constitution, aussi bien en termes quantitatifs que qualitatifs, ne favorisent pas les Noirs qui – cela a été prouvé – restent moins de temps à l'école, ce qui, pour cette et pour d'autres raisons, maintient l'inégalité dans l'éducation, malgré l'universalisation et le caractère obligatoire de l'éducation fondamentale (récemment élargie à l'éducation secondaire par l'Amendement Constitutionnel 59/09); (f) malgré le fait que les auto-déclarés Noirs et Métis représentent, aujourd'hui, 56% de la population brésilienne, nous notons une stabilité obstinée de l'inégalité raciale qui ne s'explique pas, uniquement, par les effets d'inertie du passé ni par les conditions socio-économiques ; (g) l'exclusion permanente des Noirs dans la société défie les limites des politiques sociales classiques, ce qui justifierai l'adoption de quotas raciaux ; (h) la diversité est nécessaire en vue de la construction du savoir dans l'institution universitaire.

De la part des défenseurs de l'inconstitutionnalité, les aspects suivants sont mis en relief : (a) du point de vue biologique, il n'y a pas de races ; (b) au Brésil, l'usage de la couleur de peau comme critère de distinction légale ne se justifie pas, étant donné le métissage permanent et confirmé entre Blancs, Noirs et Indiens ; (c) les quotas raciaux stimulent et potentialisent la division de la société entre Blancs et Noirs, ce qui mènerait à la racialisation du Brésil ; (d) les quotas favorisent la ségrégation des mécanismes d'entrée à l'université : l'un plus rigoureux envers les Blancs et les Orientaux, l'autre moins rigoureux envers les Noirs, avec une dévalorisation de ces derniers par rapport à l'ensemble des étudiants ; (e) l'identification entre l'ascendance

africaine et l'infériorité intellectuelle est fautive ; (f) les quotas ne doivent pas être raciaux, mais socio-économiques, fondés sur des critères d'insuffisance de ressources, tel que cela a lieu dans les cas d'exemption de la taxe d'inscription au concours d'entrée à l'Université ; (g) les quotas ne peuvent pas monopoliser les discussions, laissant de côté la question plus générale de l'inégalité dans l'éducation. Il est indispensable d'identifier et d'analyser la nature des obstacles qui empêchent la scolarisation adéquate des Noirs ; (h) rupture du principe de l'égalité et celui de la dignité humaine ; (i) rupture du principe de la proportionnalité.

Comme il est possible de remarquer, le clivage des arguments traverse davantage des lignes idéologiques, philosophiques et politiques plutôt que scientifiques ou juridiques. C'est pour cette raison que les termes "race" et "quotas raciaux" sont, soit employés par rapport à la couleur de peau, soit par rapport à des ethnies, soit encore par rapport à des groupes de la population. Néanmoins, ce qui prévalait est la compréhension de "race" et de "quotas raciaux" comme des indicatifs ou comme relatifs à des individus de couleur noire. Dans les débats actuels, ce sens est idéologiquement plus fort que le scientifique (qui proclame l'existence d'une unique race, l'humaine) ou économique (qui proclame l'insuffisance de ressources économiques comme critère général de définition d'actions affirmatives). Nous ne pouvons pas laisser de côté, dans la conduite des discussions vers ce sens, le rôle décisif des organisations et des institutions de la société civile dans l'expansion des limites des actions affirmatives, au profit de la mise en place des quotas pour les Noirs.

Du point de vue strictement juridique, dans le cas des quotas éducationnels, il est nécessaire de noter que nous ne sommes pas, dans ce cas, face à un droit nouveau, mais face à un dédoublement du droit à l'éducation. Il s'agit, plus spécifiquement, d'un droit *dans* l'éducation, un droit de nature instrumentale, qui a pour but, dans cette hypothèse, de garantir l'égalité d'accès et la permanence à l'école, qui se concrétise par l'intermédiaire d'actions et d'abstentions de la part de l'État, soumis au régime des libertés et garanties, ce qui signifie que c'est un droit doté de pleine efficacité et d'application immédiate.

Le droit à l'éducation est un droit à des prestations positives matérielles, de coût social. Ses dédoublements, v.g., l'égalité de conditions pour l'accès et la permanence à l'école ; la gratuité de l'enseignement public dans des établissements officiels ; l'enseignement fondamental en langue maternelle dans les diverses communautés d'indiens ; l'accueil éducationnel spécialisé pour les personnes

handicapées ; l'offre d'enseignement en période nocturne ; l'accueil à l'élève de l'enseignement fondamental prévu, entre autres, dans la législation brésilienne, sont essentiellement des droits de promotion et de protection, réalisés par l'intermédiaire d'actions positives.

4- Le Droit et la réalité

Il est évident que l'attribution formelle de l'accès ne signifie pas la possibilité de l'exercer en égalité de conditions. La dichotomie égalité formelle/égalité matérielle révèle que les droits sont les mêmes pour tous, mais que pas tous se trouvent en conditions de l'exercer. Il se fait, ainsi, nécessaire, de créer des conditions pour que soit atteinte une égalité réelle d'accès et de permanence pour tous ceux qui désirent venir à la recherche de l'enseignement supérieur, avec la certitude que l'égalité juridique est la condition préliminaire de cette garantie.

La Constitution Fédérale du Brésil indique de telles conditions mentionnées dans les incises I et II de l'article 208 : l'éducation de base obligatoire et gratuite avec une universalisation progressive de l'enseignement secondaire et la garantie de qualité. Celle-ci est l'option nationale, en termes d'éducation, pour tous les niveaux de gouvernement (ADCT¹⁰, art. 60). Ce qui varie entre les entités fédérées – Union, États, District Fédéral et Municipalités – est le degré d'action en bénéfice du financement, de la manutention et du développement de l'enseignement fondamental public et de l'enseignement secondaire.

Mais le fait est que, malgré toute l'ossature constitutionnelle et légale, l'équité dans les conditions d'offre et de permanence de l'éducation de base est loin d'être atteinte, particulièrement lorsque sont considérées les différences entre les étudiants blancs et les étudiants noirs, comme le démontrent plusieurs recherches dans le domaine éducationnel.¹¹ L'imposition constitutionnelle du critère du mérite comme

¹⁰ NDT: ADCT: Actes des Dispositions Constitutionnelles Transitoires.

¹¹ Cf. Outre les données officielles du Ministère de l'Éducation, parmi d'autres recherches : "Análise hierárquica de resultados – Características de alunos, professores e diretores associados a diferentes desempenhos de estudantes" (Analyse hiérarchique de résultats – Caractéristiques des élèves, professeurs et directeurs associées à de différentes progressions d'étudiants), Instituto de Protagonismo Jovem e Educação – PROTAGONISTES, avec le soutien de la Fondation Bradesco, 2009. www.fb.org.br/Institucional/ProjetosEducaionais/EducamaisAcao/ Accès le 18/04/10. "Gestão para o sucesso escolar" (Gestion pour le succès scolaire), recherche développée par le Instituto de Protagonismo Jovem e Educação – PROTAGONISTES, avec le soutien de la Fondation Lemman. 2003. www.protagonistes.com.br Accès le 18/04/10.

condition d'accès et de permanence dans les universités publiques, dans ces conditions, se révèle, pourtant, perverse.

Malgré tout ce qui a été atteint dans le domaine de l'éducation suite à l'édiction de la Constitution de 1988, en particulier le progrès considérable des niveaux d'éducation de la population en général et des jeunes en particulier, le cercle des iniquités éducationnelles est considérable par rapport à l'actuelle population noire de plus de 17 ans.

Parmi les 56 millions d'inscriptions à l'éducation de base, le pourcentage des inscriptions des enfants noirs et blancs dans l'éducation infantile et à la maternelle présente des différences peu expressives (13,8% / 17,6% et 60,6% / 65,3%, respectivement). Le même n'a pas lieu par rapport à l'enseignement secondaire : parmi les 8.400.000 inscriptions, environ 60% sont d'élèves blancs et 40% d'élèves noirs, avec, dans ce dernier cas, une distorsion accentuée de l'âge par rapport à la classe (78,7%).¹²

En ce qui concerne cette dernière donnée, ce qui attire l'attention est le fait que le taux de fréquentation et de conclusion, des élèves noirs, de l'enseignement secondaire, a diminué, en nombres relatifs, si comparé à celui de 1987. Cette année-là, environ 21% des inscriptions étaient d'élèves blancs et 9% d'élèves noirs : près de 11% de diminution. En 2007, malgré l'expansion de l'enseignement secondaire, ce taux a atteint 20%.

Nous ne pouvons, néanmoins, affirmer que la population noire ne se soit pas bénéficiée des effets de cette expansion, prenant en compte le critère d'auto-déclaration qui oriente de telles recherches. Selon les données officielles de 2007, 49,4% de la population brésilienne s'est auto-déclarée blanche et 49,7% noire ; parmi ces derniers, 42,3% se sont auto-déclarés Métis et uniquement 7,4% Noirs.

Ces résultats s'avèrent d'autant plus importants si l'on considère les données relatives aux indices de pauvreté parmi la population brésilienne. Les pauvres, selon les indices officiels de l'Institut de Recherches Économique Appliquées – IPEA, sont tous les individus avec une rente *per capita* inférieure à un demi salaire minimum. Parmi l'ensemble de la population qui s'est auto-déclarée noire, 44% se trouvent dans

¹² Le recensement scolaire MEC/INEP 2007 et les données de la Recherche Nationale par Échantillon de Domiciles – PNAD de 2007 démontrent ce que l'on affirme Cf. www.ibge.gov.br. Accès le 15/04/10.

cette condition tandis qu'à peine 20,5% des auto-déclarés blancs se trouvent dans la même situation. Dans l'univers des "pauvres", 66% sont Noirs et 20,5% Blancs.¹³

Malgré tout, il y a de l'espoir : par rapport à l'enseignement infantile, à la maternelle et à l'enseignement fondamental, les taux de fréquence scolaire par race/couleur et le critère socio-économique indiquent en direction de la fin des inégalités traditionnellement présentes dans l'éducation brésilienne.

5- Conclusions

Dans l'activité herméneutique, l'interprète part du cas concret à la recherche d'une règle adéquate pour, ensuite, revenir vers ce cas, selon un processus circulaire, de direction bipolaire, qui se complète, légitimement, dans la mesure où se composent les exigences du cas et les prétentions de la norme et du système juridiques. Dans le stage actuel de la science juridique, face à l'impossibilité d'atteindre une telle composition, un nouveau problème fait surface, n'affectant pas l'interprétation de la norme mais sa validité.¹⁴

Il n'est pas plausible d'imaginer que les quotas raciaux résoudront la grande différence éducationnelle entre Blancs et Noirs, soit au niveau supérieur soit dans l'éducation de base. Ni le paternalisme ni le protectionnisme et encore moins la démagogie mèneront à l'inclusion éducationnelle équitable, au bénéfice de l'individu, de la société et de l'État et cela n'inclut pas uniquement les Noirs, mais la population dénuée du point de vue économique et de l'éducation, dans sa totalité. Il est nécessaire d'affronter plusieurs variables sociales, avec de lourds investissements dans la qualité de l'éducation, pour que la logique démocratique de la sélection par le mérite soit atteinte. Il n'est pas raisonnable de supposer que de telles conditions soient atteintes en l'espace d'une génération.

Pour la science juridique et pour le juge en particulier, n'importe quelle affaire est un événement problématique qui réclame une solution, et comme par rapport à tous les problèmes, la solution suppose la compréhension du cas. Les cas critiques sont, en vérité, le moteur qui impulsionne l'interprète et met le droit en mouvement.

¹³ Cf. www.ipea.gov.br. Accès le 15/04/10.

¹⁴ Cf., à propos, G. Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*, Madrid, Editorial Trotta, 2008:134.

Dans le droit, néanmoins, la compréhension du cas est rendue plus difficile par l'opposition qui s'établit entre le "devoir être" et la mutabilité du sens et de la valeur des règles juridiques, due à la dynamique sociale.

Neutraliser une telle position exige de l'interprète l'appréhension de la logique sociale de la règle juridique, tout en considérant les effets que, potentiellement, elle peut produire, visant à l'identification des paramètres sociaux qui incident sur le cas. À partir de ce point de vue, l'opération mentale qui englobe la compréhension de sens et de valeur dans une certaine affaire présente la nature objective et non subjective.¹⁵

C'est pour cela que les principes, dans les systèmes juridiques actuels, sont l'expression du rapport entre Droit et Morale ; ils correspondent aux droits fondamentaux, base morale qui rend le droit obligatoire. Et, dans la mesure où un système de valeurs se consolide, il s'irradie dans tout le système juridique, avec une force confirmatrice. Les principes causent, par voie de conséquence, l'expansion axiologique du Droit et permettent son interprétation extensive, créant, ainsi, des incertitudes normatives, de sorte que la prise de position du juge face au cas concret passe par le *balancing* des pondérations.¹⁶

Dans l'actuelle appréciation judiciaire de la constitutionnalité des quotas raciaux au Brésil, l'interprète fait face à des données objectives et retrouve des paramètres sociaux produits par la réflexion à propos des effets que les quotas éducationnels peuvent potentiellement produire un résultat de recherches dans le domaine de l'éducation, du droit, de la psychologie et de l'anthropologie, et dans l'acceptation des discriminations positives comme moyen d'induire l'égalité d'opportunités (ce qui, de reste, s'est vérifié par rapport aux personnes handicapées et aux femmes, dans plusieurs situations).

Un autre point à être considéré est que, comme cela a été empiriquement prouvé par Robert Dahl (1971), la distribution inégale, entre la population, de la ressource politique de l'éducation, implique, nécessairement, une inégalité politique, traduite par le bas degré d'opposition et de compétitivité politique.

C'est pour toutes ces raisons que les différences économiques, sociales et culturelles inhérentes à la société brésilienne doivent être considérées dans l'accès à l'enseignement supérieur. L'exigence de l'équité dans ce cas est, donc, liée au principe

¹⁵ Cf. G. Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*, Madrid, Editorial Trotta, 2008:136/7.

¹⁶ *Op. cit.*, p. 12.

de l'égalité de conditions pour l'accès et la permanence à l'école (CF, art. 206, I), et les innombrables considérations externes au texte constitutionnel qui influencent les cas des quotas raciaux, telles les attentes de la société, les résultats d'ordre pratique, les pratiques historiques, les valeurs de la communauté, etc., ce qui, comme on l'a vu, ne signifie pas que l'interprète brise sa fidélité à la Constitution et aux lois.

J'aimerais également profiter de cette opportunité pour présenter ma position personnelle à propos du thème des quotas raciaux. Je suis contraire au critère racial, comme élément déterminant des actions affirmatives. La raison est simple : malgré l'indéniable inégalité sociale entre Blancs et Noirs et la réelle existence de préjugés par rapport aux individus de couleur noire, les bénéfices généraux des actions affirmatives ne peuvent être niés à tous ceux qui se trouvent dans des cas de désavantage éducationnel, dû à des causes socio-économiques, indépendamment de la couleur, de l'ethnie, des origines, de la religion, de la culture ou du lieu de résidence. Le droit à l'éducation est universel, ainsi comme les droits dans l'éducation, y inclus les quotas.

La solution au problème de l'inégalité d'accès et de permanence dans l'enseignement supérieur serait, selon mon point de vue, l'emploi de quotas de nature socio-économique, numériquement déterminés par un pourcentage d'étudiants issus de l'enseignement secondaire, public et privé, municipal ou régional, qui s'encadrent dans les conditions exigées. Les quotas ainsi fixés résulteraient dans la création de *places supplémentaires* aux places régulières, sans que soit brisé le principe de l'égalité, de la proportionnalité ou de la raisonnable, en respect à la plus ample réalisation du principe de solidarité.