

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

CLERILEI APARECIDA BIER

EID BADR

JULIA MAURMANN XIMENES

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direitos sociais e políticas públicas[Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Clerilei Aparecida Bier, Eid Badr, Julia Maurmann Ximenes – Florianópolis:
CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-053-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito sociais. 3. Políticas públicas. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

Apresentação

O nosso trabalho consistiu em acolher por meio dos critérios de avaliação científica quinze estudos apresentados, do total de trinta e cinco, no Grupo de Trabalho de Direitos Sociais e Políticas Públicas do XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado na cidade de Aracaju SE. Admitidos à apresentação após escolha por avaliadores dentre diversos outros artigos submetidos, os estudos também passaram pelo crivo do mencionado Grupo de Trabalho, em intensos debates entre os autores, outros participantes do evento e os coordenadores deste livro. As questões fundamentais relativas aos direitos sociais e as correspondentes políticas públicas, como a normatização, judicialização e os deveres do Estado, nas suas diversas esferas de poder, aparecem fortemente vinculados naquelas reflexões, e, por conseguinte, nos estudos aqui organizados.

Com efeito, registramos o nosso agradecimento à Diretoria do CONPEDI e à Universidade Federal da Sergipe que possibilitaram as condições ideais para reflexão sobre os relevantes temas mencionados, que ora resultam na presente publicação com as mais relevantes conclusões sobre os debates e pesquisas realizadas.

A relevância dos eventos nacionais e suas correspondentes publicações, sem falar na sua experiência de internacionalização, confirmam o fato de que o CONPEDI se constitui no fórum mais importante da pós-graduação *stricto sensu* em Direito no Brasil.

A presente obra agrupa os artigos científicos apresentados em três eixos temáticos.

O primeiro eixo temático aglutina pesquisas que dialogam com questões mais conceituais sobre os direitos sociais, sua fundamentalidade, efetivação e seus desdobramentos em políticas públicas específicas. Assim, questões sobre a efetivação do direito ao trabalho digno, a responsabilidade dos gestores públicos, ações formativas e a situação de imigrantes no Brasil.

O segundo eixo temático aborda dois direitos sociais específicos: o direito à saúde e o direito à moradia. No primeiro predominam pesquisas sobre o papel do Poder Judiciário na sua efetivação, uma discussão que aborda ainda questões orçamentárias e de planejamento, e a

ponderação de princípios . No tocante à moradia, pesquisas sobre o lazer, função social da propriedade, e as possibilidades de efetivação do direito à moradia para populações de baixa renda, permeando ainda discussões sobre a municipalidade e políticas públicas habitacionais.

No último eixo temático, o direito à educação e à assistência social, bem como temas correlatos ao debate sobre a inclusão social. Assim, análises sobre os custos da efetivação do direito à educação, sobre políticas públicas específicas como PROUNI, educação ambiental e Programa Banda Larga. Importante salientar que o debate permeou o papel da qualidade da educação para a emancipação dos sujeitos de direitos e assim o exercício da plena cidadania. Neste sentido pesquisas sobre o papel das ações afirmativas e dos impactos do Estatuto da Igualdade Racial. E para finalizar, o debate sobre educação afirma a responsabilidade do Estado com a inclusão social, e neste sentido pesquisadores apresentaram reflexões sobre as políticas de assistência social.

Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC/CONPEDI

Prof. Dr. Eid Badr - UEA/ OAB/ CONPEDI

Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP/CONPEDI

ADPF 186: AÇÕES AFIRMATIVAS NO ENSINO SUPERIOR BRASILEIRO.

ADPF 186: AFFIRMATIVE ACTION IN HIGHER EDUCATION BRAZILIAN.

Raul Abreu Cruz Carvalho

Resumo

O presente artigo apresenta, inicialmente, um estudo realizado sobre o direito fundamental à educação, especialmente no que diz respeito à igualdade e ao acesso universal à educação. Tais indagações serão consideradas sob a ótica da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (ADPF 186) que julgou ser constitucional a criação de quotas para afrodescendentes e indígenas no processo seletivo de ensino superior da Universidade de Brasília. Noutro momento, é elaborada uma análise crítica da respeitável decisão do Supremo Tribunal Federal sob o prisma do princípio da proporcionalidade, no qual foi utilizado como um dos fundamentos que ensejaram a decisão em questão.

Palavras-chave: Educação; ações afirmativas; igualdade material; proporcionalidade.

Abstract/Resumen/Résumé

This research presents a study on the fundamental right to education, especially with regard to equality and universal access to education. These questions will be considered from the perspective of the decision by the Supreme Court (ADPF 186) that judged to be necessary the creation of constitutional quotas for Afrodescendants and indigenous people in the selection process for higher education at the University of Brasilia. At another point, is prepared a critical analysis of respectable decision of the Supreme Court under the light of the principle of proportionality, which was used as one of the foundations that gave rise to the decision in question.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Education; affirmative action; equality; proportionality.

INTRODUÇÃO

Há o consenso de que a educação deva ser tratada como prioridade pelos governantes no Brasil. Contudo, a realidade atual demonstra que a educação escolar de qualidade ainda é meramente um sonho almejado, principalmente quando se está diante das desigualdades existentes na sociedade brasileira (DUARTE, 2007, p. 691).

A declaração do direito à educação é detalhada na Constituição Federal de 1988 (CF/88), representando um grande avanço nesta matéria com relação à legislação anterior. Tais evoluções se dão pelo tratamento que o constituinte atual dispôs, criando inclusive, instrumentos normativos para a garantia dos direitos fundamentais.

Como se vislumbra, a educação é um direito social que têm como titulares de direitos, toda a sociedade, indistintamente. Com tal aceção, cabe destacar o princípio da igualdade consolidado na atual constituição brasileira. Assim, sabe-se que o acesso à educação é universal.

Sabe-se que os afrodescendentes sofrem, historicamente, preconceitos por parte da sociedade e que tais discriminações resultam em desigualdades sociais, tanto no que diz respeito ao tratamento social quanto nas oportunidades no mercado de trabalho (FONSECA, 2009, p.17).

Acontece que diante das desigualdades preexistentes na sociedade brasileira, o Estado busca coibir tais diferenças através de políticas públicas, como as ações afirmativas, analisada ao longo do presente estudo.

Acerca do tema, foi ajuizada uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 186) no Supremo Tribunal Federal (STF), proposto pelo Partido Democrata (DEM), com o objetivo de impugnar a política de cotas étnico-raciais para seleção de estudantes da Universidade de Brasília (UnB).

Diante deste conflito, o STF julgou ser constitucional a política implementada pela UnB. Cabe ressaltar que um dos fundamentos utilizados pelo STF foi o princípio da proporcionalidade. Acerca deste tema, especificamente, será realizada uma análise sobre a aplicação da proporcionalidade ao caso concreto.

METODOLOGIA

Quanto ao procedimento da pesquisa, este artigo valer-se-á da coleta e análise de dados bibliográficos (artigos, livros, etc.) e documentais (leis, sentenças, acórdãos, etc.).

No que diz respeito ao nível de profundidade ou objeto de estudo da pesquisa, pode-se apontar que é abordada uma pesquisa exploratória, descritiva e explicativa.

Já quanto à abordagem deste artigo, é uma pesquisa qualitativa, dando ênfase ao universo dos significados, aspirações, crenças, valores, atitudes, dentre outros fenômenos. Vale ressaltar que, quanto ao método de abordagem, a pesquisa utilizou os métodos dedutivo e indutivo.

A coleta do material bibliográfico deu-se mediante a aquisição particular, bem como consulta a bibliotecas, em especial à biblioteca da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Em relação à jurisprudência foi realizada consulta via internet.

OBJETIVOS

Delimita-se como objetivos gerais conceituar e contextualizar o direito fundamental à educação.

Tratando-se dos objetivos específicos, será analisado a partir do direito fundamental à educação, à igualdade e ao acesso universal à educação. Será abordado o sistema de quotas para afrodescendentes e indígenas no processo seletivo de ensino superior da Universidade de Brasília sob o prisma da proporcionalidade e da decisão proferida pelo STF (ADPF 186).

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS E SOCIAIS

Os direitos fundamentais são construídos no decorrer do tempo, pois são dotados de historicidade, isto significa que são direitos que variam de época para época e de lugar para lugar. Nesta esteira leciona Bobbio:

[...] os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por

lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. [...] o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas. (1992, p. 5-19).

Portanto, os direitos fundamentais possuem o caráter do historicismo e do relativismo antropológico, em virtude de haverem ideologias e anseios sociais distintos.

Nesta perspectiva aponta Carl Schmitt (*apud* Bonavides, 2012, p. 579):

Os direitos fundamentais propriamente ditos são, na essência, entende ele, os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado. E acrescenta: numa acepção estrita são unicamente os direitos da liberdade, da pessoa particular, correspondendo a um lado do Estado burguês de Direito, referente a uma liberdade em princípio limitada diante de um poder estatal de intervenção, em princípio limitado, mensurável e controlável.

Vale destacar que o posicionamento de Carl Schmitt carece de complementação, pois a correta contextualização implica em afirmar que os direitos fundamentais são normas constitucionais – que por sua vez possuem natureza principiológica – que visam proteger a pessoa humana frente à atuação estatal e dos demais particulares.

Já quanto aos direitos sociais, pode-se afirmar que são direitos de segunda dimensão. Conforme Lafer, os direitos sociais “se realizam pela execução de políticas públicas, destinadas a garantir amparo e proteção social aos mais fracos e mais pobres; ou seja, aqueles que não dispõem de recursos próprios para viver dignamente” (2009, p. 128).

Segundo José Afonso da Silva, os direitos sociais:

[...] disciplinam situações subjetivas pessoais ou grupais de caráter concreto, ao passo que os direitos econômicos constituirão pressupostos da existência dos direitos sociais, pois sem uma política econômica orientada para a intervenção e participação estatal na economia não se comporão as premissas necessárias ao surgimento de um regime democrático de conteúdo tutelar dos fracos e mais numerosos. (2007, p. 183).

Os direitos sociais estão ligados diretamente ao valor de igualdade material, em que se busca coibir desigualdades. São prestações positivas em que o Estado visa igualar os indivíduos de uma sociedade.

1.1 DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO

O direito à educação está previsto na Constituição Federal de 1988, primeiramente, no artigo 6º, onde dispõe: “São direitos sociais a educação [...]”. Tal tratamento elaborado pelo constituinte implica, principalmente, em afirmar que o direito à educação é um direito fundamental, especificamente social.

Já no artigo 205 da CF/88, está previsto: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da Família [...]”. Este dispositivo constitucional afirma que a educação deverá ser promovida e incentivada com o auxílio tríplice: Estado, família e sociedade. Busca-se o desenvolvimento educacional para todos, indistintamente, visando o pleno exercício da cidadania e inserção no mercado de trabalho.

Ainda em plano nacional, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), vem reafirmar que:

[...] a educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e a sua qualificação para o trabalho. (BRASIL, 1996).

O direito educacional, juridicamente, é reconhecido no cenário nacional, como visto anteriormente e, em âmbito internacional. Neste segundo plano, verifica-se o tratado ratificado pelo Brasil, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais:

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. [...] Mais adiante, no mesmo artigo, se declara que Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem que, com o objetivo de assegurar o pleno exercício desse direito: – A educação primária deverá ser obrigatória e acessível gratuitamente a todos. – 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. (COMPARATO, 2004, p. 353).

Com relação aos princípios basilares da educação, há previsão no artigo 206 da CF/88¹. Como pode ser observado, o direito à educação é fundamentado em vários princípios. Contudo, serão analisados apenas os princípios mais pertinentes ao objeto de estudo abordado.

No artigo 206, II e III da CF/88, pode-se extrair o princípio da liberdade educacional. Tal liberdade está relacionada aos métodos propostos pelas instituições de ensino, seja na liberdade de aprender, ensinar, etc. Implica também no pluralismo de ideias e concepções pedagógicas.

Já no inciso IV do referido artigo, está expresso o princípio da gratuidade ao acesso à educação. Portanto, é dever do Estado assegurar a gratuidade do ensino público na educação básica (ensino infantil, fundamental e médio).

Segundo Oliveira, [...] inova-se a formulação da gratuidade, assegurando-a em todos os níveis na rede pública, ampliando-a para o ensino médio, tratada nas Constituições anteriores como exceção e, para o ensino superior, nunca contemplada em Cartas anteriores (1998, p. 61).

Outro aspecto pertinente ao tema estudado é a autonomia universitária, prevista no artigo 207 da CF/88. Segundo Durham (2003, p. 276), trata-se:

Por autonomia se entende, de modo geral, a capacidade de reger-se por leis próprias. [...] A autonomia de que gozam é restrita ao exercício de suas atribuições e não tem como referência o seu próprio benefício, mas uma finalidade outra, que diz respeito à sociedade. Desta forma, a autonomia da instituição é sempre relativa e deve ser definida como o reconhecimento de sua capacidade de reger-se por suas próprias normas no cumprimento das finalidades sociais às quais se destina. São assim as funções da Universidade que balizam e definem a natureza de sua autonomia [...]. Podemos assim afirmar que a Universidade goza de autonomia para executar essas atividades que lhes são próprias, e que não são realizadas para seu exclusivo interesse, mas constituem um serviço que presta à sociedade. Como consequência, o reconhecimento da autonomia não exime as instâncias públicas mais amplas da verificação da prestação efetiva destes serviços.

¹ Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas; VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei; VII - garantia de padrão de qualidade; VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal.

Assim, apesar de não haver obrigatoriedade do ensino superior, a CF/88 dispõe da autonomia universitária. Tal declaração traz vários reflexos diretos, como a autonomia de autogoverno, policial, etc.

Já o disposto no artigo 205 e 206, I, traz a tona os princípios da universalização e de igualdade no acesso a educação, porém, sobre estes será tratado no próximo tópico.

1.2 UNIVERSALIZAÇÃO E EDUCAÇÃO

Ao analisar os desafios do Estado para garantir o acesso à educação, é necessário, primeiramente, esclarecer que, conforme mencionado anteriormente, a educação básica é direito de todos e, tal serviço deve ocorrer de maneira gratuita.

Como reforço ao dispositivo constitucional, com o intuito de viabilizar essa garantia constitucional, a Lei nº 11.700/2008, acrescentou o inciso X ao caput do artigo 4º da Lei nº 9.394/1996, visando assegurar vaga na escola pública de educação infantil ou de ensino fundamental mais próxima da residência de toda a criança, a partir de quatro anos de idade (COSTA, 2009, p. 3491).

Nota-se que além da preocupação de garantir o acesso à educação, busca-se cada vez mais melhorar a qualidade do ensino.

Em 2009, através da Emenda Constitucional (EC) nº 59, esta garantia tornou-se expressa no texto Constitucional:

Art. 212, CF: § 3º A distribuição dos recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, no que se refere a universalização, garantia de padrão de qualidade e equidade, nos termos do plano nacional de educação. (BRASIL, 2009).

Já no artigo 208² da CF/88, são previstas as garantias constitucionais para se efetivar o direito fundamental à educação. Primeiramente, é destacada a obrigatoriedade da

² Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; II - progressiva universalização do ensino médio gratuito; III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando; VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da

educação básica, assegurando o acesso a todos, gratuitamente. Verifica-se, novamente, a preocupação que se têm com a progressiva universalização da educação, nos termos do inciso II do referido artigo.

Com essas considerações realizadas, passa-se a analisar o princípio da igualdade e sua relação com o direito à educação.

1.3 IGUALDADE E EDUCAÇÃO

Através de mera interpretação literal, pode-se entender que o legislador buscou dar tratamento igualitário a todos indistintamente. Tal igualdade é salientada no art. 5º da CF/88, onde são assegurados a todos, inclusive aos estrangeiros, o tratamento igualitário.

Quando se fala sobre igualdade, obtém-se preliminarmente e de imediato o tratamento esperado quanto ao Estado garantidor, visto que este deve tratar todos os indivíduos de forma igualitária, ou melhor, uma igualdade perante a lei, conforme positivado na Constituição Federal (CARVALHO, 2013, p. 22).

Havendo a possibilidade de ocorrer desigualdades, as pessoas em desvantagens devem ter tratamento diferenciado dos demais (MENDES, 2010, p. 221).

Seria muito simples afirmar que se busca manter a igualdade, através da isonomia formal afirmando que todos são iguais, porém, saindo deste ideal programático, tem-se a isonomia material, que busca a qualquer preço dar efetividade à igualdade em todas as situações, tratando os desiguais, desigualmente (CARVALHO, 2013, p. 23). Acerca do assunto, Mello leciona:

O princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas. Sem embargo, consoante se observou, o próprio da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamento desiguais. Isto é, as normas legais nada mais fazem do que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em umas ou em outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes (2011, p. 12-13).

educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. § 1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo. § 2º - O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente. § 3º - Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola.

Porém, analisar e conceituar não seriam tarefas tão difíceis quanto aplicar o princípio da igualdade, visto que, a isonomia substancial vem sendo invocada como fundamento de decisões em vários casos, como se verifica no tópico seguinte (CARVALHO, 2013, p.23).

Neste momento, será abordada a relação entre o princípio da igualdade e o direito à educação.

Primeiramente, sabe-se que o direito a igualdade está previsto na CF/88, assegurando tratamento igualitário, como mencionado anteriormente. No capítulo III da CF/88, quando dispõe sobre o direito à educação, nos termos do artigo 206, I, menciona a: “igualdade de condições para o acesso e permanência na escola”.

Com essa previsão constitucional o Estado deve buscar a universalização da educação para toda a sociedade. Assim, vislumbra-se uma tarefa dificultosa para o Estado promover a igualdade material.

O Estado brasileiro é marcado pela enorme desigualdade socioeconômica entre os indivíduos. Portanto, faz-se necessária à implementação de políticas públicas que visem sanar tais desigualdades.

Uma das possibilidades para coibir as desigualdades seria através da discriminação positiva, que segundo Marmelstein, é a discriminação que vem para o bem, que busca ajudar o semelhante, tratando-o desigual para dar-lhe iguais oportunidades, pensando em melhorar as condições de vida daqueles que necessitem (2008, p. 81).

Desde a Antiguidade, as sociedades são consideradas ecléticas ou mistas, ou seja, a multiplicidade de etnias ou grupos sociais sempre existiu (KYMLICKA, 1996, p. 15).

Essas heterônomas sociedades trazem um grau de dificuldade no que diz respeito ao tratamento da igualdade (CARVALHO, 2013, p. 9).

Os afrodescendentes, por exemplo, sofrem até hoje o preconceito enraizado pela sociedade. E, não somente preconceitos, mas os negros em sua maioria, passam a ocupar lugares subalternos nas grandes cidades (FONSECA, 2009, P. 17).

Já no século XXI, após a abolição da escravatura, embora o negro não seja mais tido como propriedade do senhorio, este grupo ainda sofria bastante preconceito, acarretando em desemprego e baixa qualidade de vida (FONSECA, 2009, p.17).

Quanto ao tratamento estatal no Brasil, só veio ocorrer de forma minuciosa nos anos 90, conforme frisa Fonseca (*apud* Fillipo, 2011, p. 120):

As políticas públicas de ações afirmativas, muito em voga na década de 1990 no país, ainda continuam a ser um mero discurso midiático e vitrine para governantes e partidos, isso pela quantidade irrisória de políticas públicas empregadas no Brasil.

É correto afirmar que a disposição constitucional que prevê igualdade entre todos é insuficiente, sendo necessários mecanismos que combatam tais discrepâncias (CARVALHO, 2013, p. 40).

As ações afirmativas devem coibir a desigualdade e discriminação racial, buscando de maneira gradativa, incluí-los na sociedade em geral. Nos ensinamentos de Gomes:

Atualmente, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e provadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com a vista ao combate à discriminação racial, de gênero, de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes de discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal da efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como educação e emprego (2001, p. 40).

Cabe ressaltar que as colocações supracitadas carecem de críticas. No que concerne ao caráter facultativo e voluntário das políticas públicas em prol da igualdade racial, não seria correto tais indagações (CARVALHO, 2013, p. 40).

Para Silva (*apud* Filippo, 2011 p.123), o Estado como garantidor da igualdade tem a obrigatoriedade de fomentar meios que inibam tais discrepâncias discriminatórias, sejam estas por meios instrutivos ou sancionatórios.

Tais constatações apresentadas demonstram a situação vulnerável dos afrodescendentes. Tanto em âmbito educacional, quanto na igualdade como gênero entre pessoas de uma sociedade.

Em 1997, foi constatado que apenas 2,2% de pardos e 1,8% de negros, entre 18 e 24 anos cursavam ou tinham concluído um curso de graduação no Brasil (GADELHA, 2012, *online*).

Portanto, diante realidade no passado, foram necessárias criações de medidas que garantisse o acesso à educação a todos.

Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), aumentou de 27% para 51% a frequência de estudantes entre 18 e 24 anos no ensino superior. De acordo com o IBGE, o percentual de negros no ensino superior passou de 10,2% em 2001 para 35,8% em 2011 (TERRA, 2012, *Online*).

Contudo, embora se tenha avançado na inclusão destes estudantes, o aumento na frequência entre jovens pardos ou negros não foi suficiente para alcançar a mesma proporção apresentada pelos jovens brancos dez anos antes - que era de 39,6%. Hoje, o número de brancos entre 18 e 24 anos que estão na universidade atinge 65,7% do total (TERRA, 2012, *Online*).

No próximo tópico, será analisada a ADPF 186, em que o STF julgou ser constitucional o sistema de cotas para os negros, pardos e indígenas que desejarem ingressar no ensino superior na UnB.

2 ANÁLISE DA DECISÃO (ADPF 186)

Em 2009, foi ajuizada pelo DEM a ADPF 186 perante o STF. O objetivo era de impugnar a política de cotas étnico-raciais para a seleção de estudantes da UnB.

Na petição inicial, foram apresentados, resumidamente, os seguintes fundamentos constitucionais: princípio da dignidade da pessoa, repúdio ao racismo, princípio da igualdade, direito universal à educação e a meritocracia.

O STF, por unanimidade dos votos, julgou improcedente o pedido proposto na ADPF 186, conforme será analisado a seguir.

O ministro Ricardo Lewandowski, relator desta ADPF, afirmou que as políticas de ação afirmativa adotadas pela UnB estabelecem um ambiente acadêmico plural e diversificado e têm o objetivo de superar distorções sociais historicamente consolidadas:

No caso da Universidade de Brasília, a reserva de 20% de suas vagas para estudante negros e 'de um pequeno número delas' para índios de todos os Estados brasileiros pelo prazo de 10 anos constitui, a meu ver, providência adequada e proporcional ao atingimento dos mencionados desideratos. A política de ação afirmativa adotada pela Universidade de Brasília não se mostra desproporcional ou irrazoável, afigurando-se também sob esse ângulo compatível com os valores e princípios da Constituição.

Acrescenta:

[...] As políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se em benesses permanentes,

instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática. (BRASIL, 2009, p. 45).

Conforme destacado, o relator da ADPF considerou como fundamento de seu voto, especialmente, o direito a igualdade, proporcionalidade e razoabilidade. Ademais, afirmou tratar-se de uma política transitória (BRASIL, 2009, 47).

Sabe-se que a educação é direito fundamental de todo cidadão independente de etnia, classe social, etc. Neste sentido, segundo Leite, se a educação é deficitária no Brasil, devem haver manifestações e mecanismos que façam com que o governo melhore tal setor (2013, *online*).

Portanto, pode-se pensar que a referida decisão vem de forma emergencial, ou seja, enquanto o Estado não implementa tais políticas. Por esta razão, possui o caráter transitório.

Outro ponto a ser questionado, segundo Leite, é em relação aos critérios de ingresso nesta instituição. Para pertencer ao grupo de alunos da UnB é necessário participar de um processo seletivo via vestibular. Nessa perspectiva o aluno é aprovado em virtude de méritos próprios relacionados ao conhecimento (2013, *online*). Argumento este utilizado pelo DEM, ao tratar da meritocracia.

Se aceitar tal decisão, deveria haver critérios mínimos para a admissão dos cotistas, ou melhor, uma nota mínima que daria condições de tal minoria adentrar (BRANDÃO, 2008, p. 34).

O sistema de quotas para ingresso em áreas do conhecimento deve ser analisado de forma minuciosa e restritiva. Em um concurso público, por exemplo, o candidato aprovado deve isso a méritos próprios e se indignará diante de situações que outrem ingressar em tal carreira diante de quotas por razões étnicas.

Para Granda, o sistema de cotas é inconstitucional, porque viola o princípio fundamental de igualdade entre os cidadãos: “É uma discriminação às avessas, em que o branco não tem direito a uma vaga mesmo se sua pontuação for maior. Reconheço que o preconceito existe, mas a política afirmativa não deve ser feita no ensino superior, e sim no de base” (2003, *online*).

Diferentemente ocorre com a perspectiva do deficiente físico, em que é observada a nota de corte. Assim, tal regra acauteladora visa coibir a exclusão social e dar ao deficiente motivos para continuar a viver na sociedade de forma produtiva.

Aguiar afirma que o sistema de cotas nas universidades são políticas incorretas e geram maior preconceito diante das diversidades (2012, *online*).

Contudo, verifica-se que a decisão do STF pareceu ser acertada, porém, se manifestar sobre um tema complexo é necessário que o fundamento apresentado tenha pertinência.

Quando o relator da referida decisão, aborda o direito à igualdade, deveria ser repensados critérios de seleção para os alunos quotistas, como por exemplo, a autodeclaração, nota de corte, etc.

Outro aspecto relevante seria o caráter transitório (10 anos). Conforme exposto anteriormente, após a medida tomada pela UnB, embora tenha crescido ao longo do tempo a inclusão de afrodescendentes, atualmente, a porcentagem desses grupos está em queda (TERRA, 2012, *Online*).

O Estado deve buscar efetivar a educação básica, ou melhor, oferecer uma educação básica de qualidade para que quando os alunos estiverem diante do ensino superior, não se encontrem em situações de desvantagens.

O preconceito e desigualdade sempre existirão. Diante disso, cabe ao Estado coibir tais discrepâncias, através das ações afirmativas, como ocorreu.

Sabe-se que tal medida, não terá caráter transitório, pois não terá como atingir a finalidade da medida em curto tempo. Ressalta-se que tal medida transitória foi proposta pelo prazo de dez anos.

Já o fundamento que carece de mais críticas é a proporcionalidade e razoabilidade. Isto porque o relator da ADPF trata os dois princípios como sinônimos e não demonstra a aplicação coerente da proporcionalidade. Sobre o tema, será analisado no tópico pertinente ao princípio da proporcionalidade.

Os demais ministros do STF demonstraram fundamentos similares ao do relator.

O ministro Luiz Fux, por exemplo, tratou sobre a reparação de danos pretéritos do país em relação aos negros (2012, *Online*).

Já o ministro Gilmar Mendes afirmou que as ações afirmativas são compatíveis com o princípio da igualdade material (2012, *Online*).

2.2 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Alguns fazem uma confusão conceitual entre razoabilidade e proporcionalidade, sendo, algumas vezes consideradas como sinônimas, inclusive em decisões do próprio STF³. Porém, é verdade que a proporcionalidade tem um campo de atuação maior, enquanto que a razoabilidade poderia até mesmo ser uma espécie daquela, como é visto a seguir.

Não é pacífico o entendimento doutrinário a respeito da proporcionalidade, ou seja, será este um princípio, um postulado, uma regra ou uma metanorma?

Com origem alemã, a proporcionalidade serve de auxílio para o intérprete na escolha de um meio menos gravoso para efetivar tal direito. Com maestria, Bonavides e Guerra Filho trouxeram tal princípio ao Brasil e afirmam se tratar de mandamento de otimização que está implícito na Constituição Federal.

Já Afonso da Silva acredita tratar-se de uma regra, sem previsão constitucional (2010, p. 168).

Contudo, parece mais viável a posição principiológica quanto à proporcionalidade (CARVALHO, 2013, p. 26).

Tais conotações doutrinárias trazem importância para deixar claras as oposições ideológicas e não incorrer no sincretismo metodológico.

Deixando de lado as oposições doutrinárias e, entendendo tratar-se de princípio da proporcionalidade, este possui três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Assim aponta Ávila:

O exame de proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade. Nesse caso devem ser analisadas as possibilidades de a medida levar à realização da finalidade (exame da adequação), de a maneira ser a menos restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade (exame da necessidade) e de a finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição (exame da proporcionalidade em sentido estrito). (2012, p.184-185).

A adequação é a relação entre meio e fim, ou seja, o caminho para o Estado percorrer (SILVA, 2010, p. 170).

³ Voto do relator. Ministro Ricardo Lewandowski: “É preciso também que elas, além de limitadas no tempo, respeitem a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins colimados, em especial que sejam pautadas pela razoabilidade” (BRASIL, 2009, p. 46).

Já a necessidade ou exigibilidade está relacionada ao meio mais suave de aplicação, ou melhor, se tal restrição de direito ocorrer, que seja da maneira menos gravosa (SILVA, 2010, p. 171).

Enquanto que a proporcionalidade, em sentido estrito, trata-se do próprio sopesamento em si, assim, com uma parcela da razoabilidade, é colocado em uma “balança” para averiguação dos resultados da aplicação proposta (SILVA, 2010, p. 174-175).

A assimilação do princípio em questão ganha facilidade de compreensão quando colocada à frente de um caso prático. Assim, diante da ADPF 186, será realizada uma análise de como deveria ter sido fundamentada o tópico da proporcionalidade nesta decisão.

Neste caso, é adequado o meio? É necessário? Será que não há meios menos gravosos quanto a efetivar o acesso à educação? Ao final, ocorrendo tal ação afirmativa, quais são os saldos positivos e negativos? Quais prevalecem? Tais questionamentos fomentam ampla discussão, porém, a ideia é apenas de exemplificar o princípio da proporcionalidade em sua aplicação prática.

Percebe-se que a proporcionalidade ganha cada vez mais uso no Direito brasileiro, sendo utilizado como fundamento de decisões, inclusive pela ADPF 186.

A proporcionalidade possui ampla dimensão e importância, em virtude do sacrifício (sopesamento) de alguns direitos para com os demais (CARVALHO, 2013, p. 27).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É papel do Estado assegurar a efetividade do direito fundamental à educação através de políticas públicas presentes, uma vez que de nada adianta ter uma mera folha de papel constitucional, como aborda Lessalle.

A solução a ser acatada pelo Estado será a otimização das políticas públicas existentes no Brasil, pois, se estas políticas continuarem deficitárias refletirão em demais setores. Portanto, deve haver primazia em garantir a universalização, igualdade e qualidade da educação.

O sistema de quotas, através das ações afirmativas são compensações por desigualdades preexistentes. Contudo, deverá ser observada sua implementação com intuito de não incorrer em injustiças com os demais.

Quando utilizado o princípio da proporcionalidade como fundamento das decisões, deverá ser analisado de maneira minuciosa, para que não venha a citá-lo apenas, como ocorreu nesta ADPF 186.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Lilian Bastos Ribas de. **Ações afirmativas minimizam os efeitos do preconceito.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-26/lilian-aguiar-acoes-afirmativas-minimizam-efeitos-preconceito-racial>>. Acesso em: 20 out. 2014.

BRANDÃO, Paulo Henrique. **A polêmica das cotas raciais.** Disponível em: <<http://www.ufgd.edu.br/reitoria/neab/download/file.2010-11-25.1454429045>>. Acesso em: 23 out. 2014.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: DF, Senado, 1988.

BRASIL. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.** Brasília: DF, Senado, 1996.

BRASIL. STF – Supremo Tribunal Federal. ADPF 186, Brasília, DF, 25 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=205888>>. Acesso em: 30 set. 2014.

BRASIL. STF – Supremo Tribunal Federal. ADPF 186, Brasília, DF, 25 nov. 2009. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1276_1126_ADPF_186_Relatoria.pdf>. Acesso em: 30 set. 2014.

BRASIL. STF – Supremo Tribunal Federal. ADPF 186, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf186rl.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 27. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CARVALHO, Raul Abreu Cruz Carvalho. **O direito das minorias e sua expansão no Brasil.** Fortaleza: FA7, 2013.

COMPARATO, F.K. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos: Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, art. 13.** São Paulo: Saraiva, 2004.

COSTA, Denise Souza. **A universalização da educação básica no Estado constitucional**. São Paulo: CONPEDI, 2009. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2039.pdf>. Acesso em: 20 out. 2014.

DUARTE, Clarice Seixas. **A educação como um direito fundamental de natureza social**. Campinas: UNICAMP, 2007.

DURHAM, E. R. **Autonomia, controle e avaliação**. Brasília: Universidade de Brasília, 2003. Disponível em: <<http://portal.ufam.edu.br/attachments/article/2317/Artigo%20Autonomia%20Universit%20ria%20Durham.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2014.

FILIPPO, José Augusto Corrêa. **O direito das minorias na sociedade excludente da globalização: a proteção jurídica do idoso**. São Paulo: Baraúna, 2011.

FONSECA, Dagoberto José. **Políticas públicas e ações afirmativas**. São Paulo: Selo Negro, 2009.

FÓRUM. **Sistema de cotas completa 10 anos nas universidades**. Disponível em: <<http://revistaforum.com.br/digital/138/sistema-de-cotas-completa-dez-anos-nas-universidades-brasileiras/>>. Acesso em: 23 out. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRANDA, Ives. **O sistema de cotas para negro amplia o debate sobre o racismo**. Com ciência. Disponível em: <<http://www.comciencia.br/reportagens/negros/06.shtml>>. Acesso em: 23 out. 2014.

KYMLICKA, Will. **Cidadanía multicultural**. Barcelona: Paidós, 1996.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. – São Paulo: Cia das Letras, 2009.

LEITE, Marcelo. **A vida do acadêmico não se resume a nota no vestibular**. Disponível em: <http://www.ufcg.edu.br/prt_ufcg/assessoria_imprensa/mostra_noticia.php?codigo=2639>. Acesso em: 20 out. 2014.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

OLIVEIRA, Romulado Portela de. **O Direito à Educação na Constituição Federal de 1988 e seu restabelecimento pelo sistema de Justiça**. São Paulo: USP, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TERRA. **IBGE em 10 anos triplica o percentual de negros na universidade.** Disponível em: < <http://noticias.terra.com.br/educacao/ibge-em-10-anos-triplicapercentual-de-negros-na-universidade,4318febb0345b310VgnCLD200000bbcceb0a RCRD.html>>. Acesso em: 20 out. 2014.