

A EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL: O DIREITO DE ACESSO IGUALITÁRIO AO ENSINO SUPERIOR, AS AÇÕES AFIRMATIVAS E A CRISE NOS CURSOS DE DIREITO

*EDUCATION AS A FUNDAMENTAL RIGHT:
THE RIGHT OF EQUAL ACCESS TO HIGHER EDUCATION, AFFIRMATIVE ACTION
AND THE CRISIS IN LAW SCHOOL*

Andityas Soares de Moura Costa Matos*

Sandrelise Gonçalves Chaves**

Resumo

O presente artigo tem como principal objetivo o estudo da educação como direito fundamental, sobretudo do direito de acesso aos níveis mais elevados da educação. Ressalta-se que a justificativa para esse enfoque se dá em razão do destaque sobre o direito à educação, notadamente no que tange aos preceitos traçados pela Constituição da República de 1988. Essa abordagem contribui para uma análise crítica sobre a efetividade das normas constitucionais que dispõe sobre o acesso ao ensino superior e para a elaboração de propostas de intervenções futuras, que visem à melhoria da educação no país. Para isso, foram analisados alguns aspectos sobre a educação no Brasil (programas e ações afirmativas). Adotou-se o tema por ser um assunto de discussão recente e de grande contribuição para o universo acadêmico. Ao final, conclui-se que as ações afirmativas, como o PROUNI, contribuem para o cumprimento das disposições constitucionais, permitindo um mínimo de efetividade do direito fundamental à educação superior. Contudo, as universidades privadas passam por crises que podem afetar a educação e, conseqüentemente, o próprio direito.

Palavras-chave: Direitos Humanos Fundamentais, Direito à Educação, Ensino Superior, Ações Afirmativas, Crise no Ensino Jurídico.

Abstract

The present article has as main objective the study of education as a fundamental right, especially the right of access to higher education. The reason for this focus is due to the emphasis on the right to education, especially in regard to the precepts set by the Constitution

* Possui Graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2002), Mestrado em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2004) e Doutorado em Direito e Justiça pela Universidade Federal de Minas Gerais (2009). Atualmente é Professor Adjunto III de Filosofia do Direito e disciplinas afins na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (Graduação e Corpo Permanente da Pós-Graduação) e Professor Titular de Filosofia do Direito no curso de Direito da FEAD, em Belo Horizonte/MG. Diretor da Revista Brasileira de Estudos Políticos. Pesquisador colaborador no Departamento de Filosofia da Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP). Coordena o Grupo de Pesquisa Kelsen integral: Leituras Políticas e Filosóficas da Obra de Hans Kelsen, além dos Projetos de Pesquisa Contra-história da filosofia do direito e do Estado: da Grécia ao estado de exceção e O estado de exceção no Brasil contemporâneo: para uma leitura crítica do argumento de emergência no cenário político-jurídico nacional. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Filosofia do Direito, Teoria do Direito e Filosofia Antiga, atuando principalmente nos seguintes temas: normativismo, teoria da justiça, decisionismo, estado de exceção, biopolítica, debate Kelsen e Schmitt, autoritarismo e democracia, filosofia antiga, filosofia pré-socrática e estoicismo.

** Mestra em Direito e Justiça pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Especialista em Consultoria Jurídica Empresarial pela Uniseb Centro Universitário (UniSEB). Graduada em Direito pela Faculdade de Estudos Administrativos (FEAD). Professora da Graduação em Direito na Nova Faculdade (Contagem/MG). Advogada (desde dez/2009).

of 1988. This approach contributes to a critical analysis of the effectiveness of constitutional rules that provides for access to higher education, for the development of proposals for future interventions, aimed at improving education in the country. To this, were analyzed some aspects of education in Brazil (programs and affirmative actions). This theme was adopted for be a subject of recent discussion and great contribution to the academic world. At the end, it is concluded that affirmative actions as PROUNI contribute to the fulfillment of constitutional provisions, allowing a minimum of effectiveness of the fundamental right to higher education. However, private universities go through crises that can affect education and, consequently, the right itself.

Keywords: Fundamental Human Rights, Right to Education, Higher Education, Affirmative Actions, Crisis in Legal Education.

Introdução

O presente artigo tem por objeto a análise do direito à educação como um direito fundamental, sobretudo no aspecto do direito de acesso à educação no ensino superior, que foi ampliado por meio de ações afirmativas, principalmente com o PROUNI. Este exame tem por finalidade apontar como as ações afirmativas colaboram para o cumprimento das disposições constitucionais de acesso à educação.

Antes de demonstrar os aspectos do PROUNI, torna-se essencial estabelecer um diálogo entre a Educação e o Direito, o que só é possível por meio, primeiramente, da descrição o direito fundamental/social à educação no Brasil, principalmente a partir do advento da Constituição da República de 1988 (CR/88).

A justificativa principal para a escolha do tema “educação superior” como objeto de análise é, exatamente, a situação de transição democrática pela qual passa esse direito fundamental no Brasil.

Assim sendo, há a necessidade de uma compreensão sobre os aspectos que permeiam o direito à educação e as mudanças trazidas pela Constituição vigente, a fim de saber a importância desse direito para a concretização do Estado Democrático de Direito.

1 A Educação como Direito

Afirmado como direito social no art. 6º da Constituição da República de 1988, compondo o rol dos “Direitos Sociais”, o direito à educação é também considerado um direito fundamental, combinando com os artigos previstos no título da “Ordem Social” (art. 205 e seguintes da CR/88). E, sendo assim, são necessários mecanismos que assegurem a sua realização e efetividade para não passar apenas de promessas e anseios do constituinte.

À luz das contribuições de Silva, o conceito de direitos fundamentais que melhor se adapta ao presente artigo é:

Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, *no nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualitativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; *fundamentais do homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do *homem*, não como macho da espécie, mas no sentido de *pessoa humana*. *Direitos fundamentais do homem* significa *direitos fundamentais da pessoa humana* ou *direitos fundamentais*. É com esse conteúdo que a expressão *direito fundamentais* encabeça o Título II da Constituição, que se completa, como *direitos fundamentais da pessoa humana*, expressamente no art. 17. (SILVA, José Afonso, 2006, p. 178)

Contudo, antes de tratar diretamente do direito à educação, é preciso delinear o conceito de educação.

Da leitura da obra de Joaquim (2009, p. 35) observa-se que a educação pode ser compreendida como “um fenômeno social e universal, sendo uma atividade humana necessária a existência e funcionamento de todas as sociedades, embora com diferentes concepções nos diferentes ramos do conhecimento”.

Joaquim demonstra que essa conceituação parte do estudo de Libâneo, que indica um sentido amplo e um sentido estrito para o conceito de educação:

Em sentido amplo, a educação compreende os processos formativos, que ocorrem no meio social, nos quais os indivíduos estão envolvidos de modo necessário e inevitável pelo simples fato de existirem socialmente; em sentido estrito, a educação ocorre em instituições específicas, escolares ou não, com finalidades explícitas de instrução e ensino mediante uma ação consciente, deliberada e planejada, embora sem separar-se daqueles processos formativos gerais. (JOAQUIM, 2009, p. 35)

E sobre o sentido amplo, como assevera Piva, a educação é muito mais que um processo de autoconhecimento e autoconstrução, ela é

começo, meio e fim. É a questão mais transversal em uma sociedade que se pretenda civilizada e próspera. Procura-se desenvolvimento, que é crescimento com justiça social? Sem ela nada feito. Controle de natalidade é uma questão referencial? Só educando a população. O Brasil aceitou o desafio da inserção internacional? Com petição pressupõe educação. O crime assusta, a saúde anda patinando, a Presidência está matando as contas públicas, o desemprego grassa? Só a educação enfrenta. (PIVA *apud* KANTHACK, 2007, p. 8)

No âmbito jurídico, tendo como referência maior a Constituição da República de 1988 (CR/88), tem-se que a visão adotada pelo constituinte é da “educação, como processo de reconstrução da experiência humana, e, por isso, tem que ser comum a todos” (SILVA, José Afonso, 2007, p. 784).

Desse conceito exposto por Silva, anteriormente descrito por Teixeira (*apud* SILVA, José Afonso, 2007, p.784) passa-se à relação da Educação com o Direito. Nessa perspectiva, pode-se falar num ramo do Direito chamado de Direito Educacional que tem por objeto de estudo o direito fundamental à educação.

Aderindo ao conceito da Constituição, Joaquim expõe o conceito de educação a ser usado no estudo jurídico

a) **Educação** é o processo que visa capacitar o indivíduo a agir conscientemente diante de situações novas de vida, com aproveitamento da experiência anterior, tendo em vista a integração, a continuidade e o progresso social, segundo a realidade de cada um, para serem atendidas as necessidades individuais e coletivas. (JOAQUIM, 2009, p.36, grifo do autor)

Essa discussão do conceito de educação serve de subsídio para que se tome a educação como direito. No entanto, a educação é ainda mais: “educação, quando adquirida é

um fator que fortalece a democracia, o desenvolvimento, o respeito, a justiça, enfim é o direito que permite a vida com qualidade.“ (KANTHACK, 2007, p. 84)

Não é apenas uma interpretação que faz entender a educação como direito, mas a própria Constituição da República de 1988 que em seu artigo 6º preceitua a educação como direito social, sendo de responsabilidade do Estado a promoção dos meios de acesso, compartilhada também com família, podendo também contar com o apoio de instituições sociais pela disposição dos artigos 23 e 205 da CR/88.

146

E, como direito, a educação deve ser vista de maneira cuidadosa e atenta pela sociedade, pois, se esse direito é de cada um, há um dever que é, principalmente, do Estado (art. 205 da Constituição da República de 1988). Essa conclusão já foi dada em 1821 por Hegel como assinala Joaquim

Hegel, Em 1821, Na Sua Obra *Princípios De Filosofia Do Direito*, Já Identificava Uma Relação Entre A Educação E O Direito. Ele Deixa De Considerar A Educação Como Fenômeno Religioso Ou Moral, Para Considerá-La Um Direito Novo, Destacando O Princípio Do Direito Da Criança À Educação Como Conceito Jurídico. Consolida-Se, Assim, Gradativamente O Ensino Laico, Com A Concepção De Educação Como Dever Do Estado E Direito Do Cidadão. (JOAQUIM, 2009, P. 29-30)

Porém, embora seja notório o direito à educação, existe uma preocupação da sociedade sobre a efetividade desse direito, que já foi evidenciada por Piaget

Este é o direito, que tem o indivíduo de desenvolver-se normalmente, em função das possibilidades de que dispõe e a obrigação, para a sociedade, de transformar essas possibilidades em realizações efetivas e úteis. (PIAGET *apud* JOAQUIM, 2009, p. 36-37)

A propósito, Gracciano e Haddad alertam para o problema da efetividade do direito à educação sendo que os dados das pesquisas demonstram que o Brasil está longe de universalizar a educação superior, pois nem sequer no ensino fundamental (que deveria ser universal) isso acontece:

O legado recebido pelo governo Lula no campo educacional demonstra que, apesar da crescente oferta de vagas para o ensino fundamental registrada nos últimos anos, o País ainda não atingiu sequer a universalização do acesso para a população de 7 a 14 anos: em 2000, 98,9% desse grupo estava matriculada no ensino fundamental, o que significa dizer que mais de 280 mil pessoas dessa faixa etária estavam fora da escola. (GRACCIANO, HADDAD, 2003, p. 179)

De fato, a educação tem incontestável valor:

A educação não é apenas um direito, é a riqueza de um país, uma ferramenta indispensável à inclusão social e ao desenvolvimento da nação. Sendo assim, a educação precisa ser moldada de forma a atingir sua configuração ideal para que sirva sua função e realize seu valor. Caso contrário pode ser inútil ou até pernicioso ao Estado. (DELEVATTI, 2006, p. 10)

147

As posições teóricas sobre a educação reiteram que esse é um direito essencial para que uma sociedade se desenvolva e possa, então, concretizar outros direitos dados como fundamentais. A educação seria a parte essencial da estrutura dos direitos, pois, sem ela, os outros direitos não seriam possíveis. Todavia, como se confere o direito à educação com igualdade?

Para responder tal pergunta, torna-se urgente outra delimitação sobre o tema educação e igualdade, uma vez que a educação está disposta em diferentes níveis – ensino fundamental, médio, técnico e superior – o que desencadeia diversos focos de análise.

A princípio, apresenta-se a educação básica como um bom campo de observações, partindo do princípio que ela consiste na alfabetização das crianças. Daí demonstra-se também atrativo o ensino médio, como um momento em que o indivíduo tem maior subsídio para fazer escolhas que determinarão o rumo profissional de sua vida.

Todavia, mesmo com todas as chamativas possibilidades dos ensinos fundamental e médio, a educação superior destaca-se como a que precisa de uma maior compreensão, ainda mais pelo momento vivido no Brasil. Esse momento é a transição democrática do ensino superior que Mendonça descreve ao dizer que a

universidade pública brasileira vem passando, desde o final dos anos 90, por mudanças estruturais que demandam uma reflexão acerca do escopo do

ensino superior público, num movimento que chamamos de transição democrática. (MENDONÇA, 2009, p. 4)

O autor considera em sua posição a universidade pública, mas o momento de transição também atinge as universidades privadas, sobretudo porque é crescente o acesso às instituições privadas, uma vez que é alarmante e notória a falta de vagas suficientes nas universidades públicas.

148

Com isso, retoma-se o problema com a conotação para a universidade: como o Estado pode garantir o acesso aos níveis superiores de educação com igualdade de possibilidades para todos?

É o que se pretende discutir no presente artigo, ainda que de forma sintética. Mas antes de se pensar em uma resposta, é preciso compreender o que Constituição de 1988 dispõe sobre o direito à educação e sobre a educação de nível superior.

2 A Educação no Brasil com o Advento da Constituição de 1988 e o Ensino Superior

Antes de dar início ao estudo da Constituição vigente no país, parece interessante tecer uma breve consideração sobre os níveis do ensino brasileiro, ainda que o foco do estudo seja o ensino superior.

Explicite-se, primeiramente, que a educação é dividida em dois níveis que são a educação básica e a educação superior, sendo que a educação básica divide-se em educação infantil (de duração variável), ensino fundamental (duração de 8 anos) e ensino médio (duração de 3 anos), enquanto a educação superior não possui divisões e tem duração variável, de acordo com a Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB).

Ademais, cumpre mencionar que a educação de jovens e adultos, assim como a educação profissional e a educação especial, são também modalidades de educação previstas na Lei de Diretrizes e Bases da Educação.

Sobre o dever do governo em relação aos níveis desde educação básica até a superior, Teixeira elucida que:

Dever democrático e constitucional, mas o dever imprescindível é o de oferecer ao brasileiro uma escola primária capaz de dar-lhe a formação fundamental indispensável ao seu trabalho comum; uma escola média capaz de atender à variedade de suas aptidões e das ocupações diversificadas de nível médio e a uma escola superior capaz de oferecer-lhe a mais alta cultura e, ao mesmo tempo, a mais delicada especialização. (TEIXEIRA *apud* JOAQUIM, 2009, p. 53)

O que se tem atualmente no Estado é que o ensino fundamental tornou-se universal, enquanto o médio e técnico passam por um processo de universalização e o ensino superior ainda é reservado às elites.

Saviani sintetiza:

é nesse sentido que a hegemonia pode ser recomposta. Sobre isso haveria coisas interessantíssimas para a gente discutir em relação ao que está ocorrendo no Brasil, hoje; a contradição da política educacional atual, em que a proposta de base, referente ao ensino fundamental, é, no meu modo de ver, populista, e a proposta de cúpula, em relação à pós-graduação, é elitista. (SAVIANI, 2003, p. 53)

E é nesse ponto que surgem as seguintes questões: a educação no ensino superior deve ser diferente dos outros níveis? Essa foi a proposta do Estado com a atual Constituição? O direito aos níveis mais elevados da educação é igual para todos? Para responder essas questões é preciso entender o texto da Constituição da República Federativa do Brasil no tocante ao tema educação.

Em 5 de dezembro de 1988 foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil que trouxe consigo o Estado Democrático de Direito, sendo a ordem vigente até hoje no país. A sua elaboração foi marcada pela necessidade de uma mudança na sociedade, exigindo-se o fim da ditadura na qual o Brasil estava mergulhado desde 1964, sendo governado por Atos Institucionais.

O advento da Constituição trouxe uma notória mudança na sociedade com a ampliação e a proteção de vários direitos em todos os campos da vida em sociedade para que o Estado Democrático de Direito não fosse apenas uma promessa, mas uma realização efetiva.

Dentre os direitos protegidos pela CR/88, a educação tem destaque especial, sendo a igualdade o seu corolário. É o que assevera Lázaro

As sociedades democráticas, apoiadas na concepção soberana do indivíduo, têm na educação seu mais importante instrumento de afirmação de valores e princípios. A partir das premissas da igualdade perante a lei e da irredutibilidade do indivíduo, as sociedades democráticas apostam no valor equitativo da educação: cada um de acordo com seus méritos terá acesso ao conjunto de direitos e oportunidades reservadas aos seus cidadãos educados. Acessar a educação é premissa para ter acesso à condição de cidadão de pleno direito. (LÁZARO, 2008, p. 26)

A educação como direito de todos é o que se depreende dos artigos 205 a 214 da CR/88 que expressamente determinam ser um direito de todos e dever do Estado.

Da determinação constitucional, Silva evidencia que

Tal concepção importa elevar a educação à categoria de serviço público essencial, que ao Poder Público impende possibilitar a todos – daí a preferência constitucional pelo ensino público, pelo quê a iniciativa privada, nesse campo, embora livre, é meramente secundário e condicionada (arts. 209 e 213) (SILVA, José Afonso, 2007, p.784)

Teixeira, no mesmo sentido de Silva, entende que

Obrigatória, gratuita e universal, a educação só poderia ser ministrada pelo Estado. Impossível deixá-la confiada a particulares, pois estes somente podiam oferecê-la aos que tivessem posses (ou a “protegidos”), e daí operar antes para perpetuar as desigualdades sociais, que para removê-las. A escola pública, comum a todos, não seria, assim o instrumento de benevolência de uma classe dominante, tomada de generosidade ou de medo, mas um direito do povo, sobretudo das classes trabalhadoras, para que, na ordem capitalista, o trabalho (não se trata, com efeito, de nenhuma doutrina socialista, mas do melhor Capitalismo) não se conservasse servil, submetido e degradado, mas igual ao capital na consciência de suas reivindicações e dos seus direitos. (TEIXEIRA *apud* SILVA, José Afonso, 2007, p.784)

Apesar de a educação pública ser a preferência do legislador, na realidade ocorre que não há universidades públicas suficientes para dar a mesma oportunidade de ingressar no ensino superior a todos os brasileiros que saem do ensino médio.

As universidades privadas são, então, uma opção para aqueles que possuem condições de fazer o investimento, detentores de “posses”, segundo o trecho acima citado

(TEIXEIRA *apud* SILVA, 2007, p. 784). Porém, essa parcela que tem recursos financeiros é significativamente pequena.

Desse ponto surge a proposta a ser analisada: já que as universidades públicas não existem em número suficiente para atender a população, por que não garantir meios de alunos ingressarem na universidade privadas com incentivos dados pelo governo?

Contudo, não é tão simples pensar nessa hipótese, pois atreladas a ela surgem inúmeros outros questionamentos, tais como: que tipo de incentivo deve ser dado? A quem dar esse incentivo? Como procedimentalizar? E muitas outras indagações que não só podem, mas devem ser respondidas, tendo em vista que a educação é um direito de todos e que, portanto, deve haver, no mínimo, possibilidade de acesso de forma igualitária, ou seja, condições iguais para todos, sobretudo quando pensada como dever do Estado.

Para começar a responder tais questionamentos, é preciso descrever as disposições constitucionais sobre o tema educação.

Os artigos 6º, 23 e 205 e seguintes da CR/88 merecem destaque, uma vez que trazem orientações básicas direcionadoras da compreensão, criação e aplicação das normas referentes à educação.

Silva (José Afonso, 2007, p. 785), ao comentar a Constituição de 1988, entende que nesses artigos está o principal: “eleva a educação ao nível dos direitos fundamentais do homem, quando a concebe como um direito social (art. 6º) e direito de todos (art. 205), que, informado pelo princípio da universalidade, tem que ser comum a todos.” O autor relaciona os artigos 6º e 205 da seguinte forma:

O art. 205 contém uma declaração fundamental que, combinada com o art. 6º, eleva a educação ao nível de direitos fundamentais do homem. Ai se afirma que a educação é *direito de todos* – com o quê esse direito é informado pelo princípio da universalidade. Realça-lhe o valor jurídico, por um lado, a cláusula *a educação é dever do Estado e da família*, constante do mesmo art. 205, que completa a situação jurídica subjetiva, ao explicitar o titular do dever, da obrigação, contraposto àquele direito. Vale dizer: todos têm direito à educação e o Estado tem o dever de prestá-la, assim como a família. (SILVA, José Afonso, 2007, p. 184)

Neste diapasão, tem-se que a competência sobre a educação é comum dos entes federativos, conforme disposição do art. 23, inciso V da CR/88. Ou seja, cabe à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, que não se excluem uns aos outros, “até porque aqui se está no campo da competência-dever, porque se trata de cumprir a função pública de prestação de serviços à população.” (SILVA, José Afonso, 2007, p. 273). Ao comentar tal competência, Silva destaca e estabelece a relação do dispositivo com os preceitos dos artigos 215 e 218, todos da CR/88:

Essa competência é, na verdade, uma norma impositiva de um dever correlato ao direito à cultura e à educação, que envolve também o acesso à ciência. De fato, o art. 215 determina que o Estado (expressão que engloba União, Estados, Distrito Federal e Municípios) garanta a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional. Por outro lado, se diz no art. 218 que “o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas”; e, no art. 205, que a educação é dever do Estado. Não há diferença de contexto entre o inciso ora comentado e esses dispositivos [...]. “Proporcionar meios” significa criar condições que essa competência-dever impõe àquelas entidades públicas. (SILVA, José Afonso, 2007, p. 274)

Especialmente sobre o artigo 205 e 208 da CR/88, Silva (José Afonso, 2007, p. 785) leciona que:

O art. 205 prevê três objetivos básicos da educação: (a) pleno desenvolvimento da pessoa; (b) preparo da pessoa para o exercício da cidadania; (c) qualificação da pessoa para o trabalho. Integram-se nesses objetivos, valores antropológico-culturais, políticos e profissionais. Requer que o poder público organize os sistemas de ensino público, para cumprir com o seu dever constitucional para com a educação, mediante prestações estatais que garanta, no mínimo os serviços consignados no art. 208. (SILVA, José Afonso, 2007, p. 785)

Vale enfatizar que a constatação de todos os dispositivos relacionados, considerando o direito de todos, dever do Estado e também da família com a educação (conforme art. 205 combinando com o art. 227), é que cabe ao Estado, primeiramente

se aparelhar para fornecer, a todos, os serviços educacionais, isto é, oferecer ensino, de acordo com princípios estatuídos na Constituição (art. 206); que ele tem que ampliar cada vez mais as possibilidades de que todos venham a exercer igualmente esse direito; e, em segundo lugar, que todas as normas da Constituição sobre educação e ensino não de ser interpretadas em função daquela declaração e no sentido de sua plena e efetiva realização. (SILVA, José Afonso, 2007, p.184-185)

Com isso, observa-se que a preferência pelo ensino público se dá em razão da educação ser serviço público essencial, cabendo ao Poder Público a garantia de acesso para todos, que se não for conferida, poderá o cidadão recorrer ao Judiciário para obter seu direito público subjetivo à educação, ou seja, pertence ao indivíduo à prerrogativa de exigir seu direito intrínseco se esse não for prestado de forma espontânea (SILVA, José Afonso, 2007, p.184).

Cabe colocar em evidência que o artigo 208 da CR/88, por sua vez, determina como o Estado deve garantir a educação, destacando-se o inciso V, pois determina o “acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um” (BRASIL, 1988).

Vale a pena acrescentar aqui a recente inovação trazida pela PEC 277/08, que foi convertida na Emenda Constitucional (EC) nº 59/2009, que altera várias disposições constitucionais dentre elas: o art. 208, inciso I, tornando a educação básica (obrigatória e gratuita) dos 4 aos 17 anos; o art. 211, §4º, determinando que não só Estados e Municípios mas todos os entes federativos devem colaborar para a organização do ensino; o art. 212, §3º que agora determina a distribuição com vistas à universalização da educação com qualidade e equidade, e não só para assegurar a prioridade do ensino gratuito.

Com a referida Emenda também foi alterado o art. 76, §3º dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) que modifica o art. 212 do CR/88. Tal artigo dispõe sobre o uso da receita resultante de impostos (compreendida igualmente a proveniente de transferências) na manutenção e desenvolvimento do ensino. Com o advento da EC nº 59/2009, o repasse feito pela União, Estados e Municípios para a educação passa a ser maior: a União terá que investir, no mínimo, dezoito por cento, assim como os Estados e os Municípios terão que investir, no mínimo, vinte e cinco por cento das receitas resultante de impostos na educação. Isso significa bilhões de reais para investimentos na área da educação.

A educação é, sem dúvida, uma preocupação central da Constituição vigente há mais de vinte e dois anos, sendo que as disposições constitucionais acerca desse direito abrangem todos os níveis. Todavia, a educação superior ainda não é acessível a todos, sendo, ao contrário, um privilégio de poucos, problema para o qual o Estado deve atentar.

3 O Acesso às Universidades por Meio de Ações Afirmativas: o Exemplo do PROUNI

Notoriamente, o Estado, na busca do cumprimento da obrigação imposta constitucionalmente, tem promovido de forma evolutiva ações políticas de inclusão social e educacional, principalmente por meio do desenvolvimento de ações afirmativas no âmbito do Ensino Superior.

São vários os projetos que visam à inclusão social, seja agindo diretamente sobre educação, seja sobre saúde, que é essencial para o aprendizado com qualidade. São esses projetos que vão assegurar o desenvolvimento do país de forma democrática. É que a educação proporciona ao indivíduo a informação, que permite a formação de uma opinião que reflete e intervém na vida política e, por conseguinte, leva à democracia, na qual as decisões políticas estão nas mãos dos cidadãos.

Essas ações políticas vão desde o ensino básico, passando pelo ensino médio e chegando ao ensino superior, tendo como provedores tanto a União como os Estados e os Municípios, sem deixar de lembrar que podem também partir de instituições privadas.

Exemplificando, são alguns desses programas:

a) INCLUIR – para inclusão de pessoas portadoras de deficiência, transtornos globais de desenvolvimento e com altas habilidades/superdotação (Decretos nº 5.296/2004 e nº 5.626/2005, edital INCLUIR 04/2008, DOU de 5 de maio de 2008), que se desdobra em outros programas como Programas de Formação Continuada de Professores na Educação Especial – presencialmente e a distância –, Programa de Implantação de Salas de Recursos Multifuncionais, Programa Escola Acessível (adequação de prédios escolares para a acessibilidade), Programa BPC na Escola e Programa Educação Inclusiva;

b) FIES - Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior, destinado a financiar, prioritariamente, estudantes de cursos de graduação (LEI Nº 10.260, DE 12 DE JULHO DE 2001);

c) REUNI – Programa de Apoio a Planos de Reestruturação e Expansão das Universidades Federais, que busca ampliar o acesso e a permanência na educação superior,

por meio, inclusive da ampliação vagas no ensino superior (DECRETO Nº 6.096, DE 24 DE ABRIL DE 2007);

d) e muitos outros como Brasil Alfabetizado (Decreto nº 6.093, de 24 de abril de 2007), Brasil Profissionalizado (Decreto Nº- 6.300, De 12 De Dezembro De 2007), Programa Nacional de Tecnologia Educacional (ProInfo - Decreto Nº- 6.300, De 12 De Dezembro De 2007) etc.

Sobre a contribuição dos programas concernentes à educação para o desenvolvimento do país, Teixeira relaciona

o direito à educação faz-se um direito de todos, porque a educação já não é um processo de especialização de alguns para certas funções na sociedade, mas a formação de cada um e de todos para a sua contribuição à sociedade integrada e nacional, que se está constituindo coma modificação do tipo de trabalho e do tipo de relações humanas. (TEIXEIRA *apud* JOAQUIM, 2009, p. 54)

No ensino superior, foco desse estudo, tem destaque o PROUNI como a ação mais discutida do Governo Federal. Em breve síntese, o Programa Universidades para Todos (PROUNI) foi criado em 2004 pela Lei nº 11.096/2005 com a finalidade de conceder bolsas de estudos – integrais e parciais – para estudantes de cursos de graduação e de cursos sequenciais de formação específica nas instituições privadas de educação superior que, por sua vez, recebem isenção de tributos por aderirem ao programa.

É, sem dúvida, uma transição democrática que já surtiu e surtirá efeitos significativos no Estado, já que uma parcela da sociedade que antes não tinha oportunidade de ingressar na universidade, agora o pode fazer. Joaquim relata a importância desse ingresso nas palavras do educador norte-americano Dewey, segundo o qual, na educação:

de fato e não em nome somente, diminuem-se os efeitos das desigualdades econômicas e outorgue-se a todos os cidadãos a igualdade de preparo para futuras carreiras. Para tanto, é fundamental que a administração pública proporcione facilidades para o estudo e complete os recursos das famílias, para que os jovens habilitem-se a auferir proveito dessas facilidades, como também tais modificações das idéias tradicionais de cultura, matérias tradicionais de estudo e métodos tradicionais de ensino e disciplina. Além disso, que se possam manter todos os jovens sob a influência educativa até estarem bem aparelhados para iniciar as suas próprias carreiras econômicas e sociais. (JOAQUIM, 2009, p. 45)

Essa ação e as demais relacionadas à educação sem dúvida trouxeram uma evolução para o país. Mas é preciso saber se as chamadas ações afirmativas são um modelo que se adequa aos parâmetros legais brasileiros, ou seja, se as ações criadas observaram todos os princípios e regras presentes no ordenamento jurídico para terem validade.

As ações afirmativas demandam um estudo específico, tendo um enfoque de direito comparado, uma vez que surgiu no contexto norte-americano e, hoje, traçam um diálogo intenso com a realidade social brasileira.

A incompreensão desse tipo de “ações” pode levar a uma interpretação desvirtuada do seu objetivo real e, conseqüentemente, a implantação do modelo será feita de forma equivocada, causando problemas ao invés de soluções.

Um estudo dessa natureza produz subsídios que derivam, sobretudo da observação do sistema norte americano e, por conseguinte, comparando-o com o sistema brasileiro, para se ter uma visão de que forma tais ações surgem e se são válidas.

Vale a pena ressaltar que as ações afirmativas ora estudadas são aquelas voltadas para a educação, especialmente no tocante ao ensino superior das universidades privadas, foco desse estudo.

Para dar início à compreensão da contribuição norte americana, é preciso conceituar as ações afirmativas. Segundo Kaufman

Pode-se conceituá-las como um instrumento temporário de política social, praticado por entidades privadas ou pelo governo, por meio do qual se visa a integrar certo grupo de pessoas à sociedade, objetivando aumentar a participação desses indivíduos sub-representados em determinadas esferas, nas quais tradicionalmente permaneceriam alijados por razões diversas, como raça, deficiência física, idade ou classe social. Procura-se com tais programas positivos, integrar determinado grupo de pessoas à sociedade. (KAUFMAN, 2007, p.48)

O Affirmative action nada mais é que uma medida que visa proporcionar àquelas pessoas discriminadas em algum tempo, a possibilidade de se inserirem no meio social, combatendo assim os efeitos dessas discriminações. O conceito é amplo, como evidenciado por Menezes:

Ação afirmativa, nos dias correntes, é um termo de amplo alcance que designa o conjunto de estratégias, iniciativas ou políticas que visam favorecer grupos ou segmentos sociais que se encontram em piores condições de competição em qualquer sociedade em razão, na maior parte das vezes, da prática de discriminações negativas, sejam elas presentes ou passadas (MENEZES, 2001, p. 27)

São, portanto, “medidas especiais que buscam eliminar os desequilíbrios existentes entre determinadas categorias sociais até que eles sejam neutralizados” (MENEZES, 2001, p. 27), sendo que os favorecidos são, por óbvio, aqueles que estão em desvantagem.

Cumprido esclarecer que muitas vezes as ações afirmativas são chamadas de política “em face de suas origens históricas e por uma questão de uniformidade terminológica” (MENEZES, 2001, p.27). Convém ainda dizer que esse entendimento das ações como “política” também pode ser dar por serem, em sua maioria, advindas de atos e decisões governamentais. Mas não são apenas de entes públicos, pois a iniciativa privada também pode criar esse tipo de programa internamente como, por exemplo, uma faculdade que contrata ascensoristas portadores de necessidades especiais como uma forma de inclusão desses indivíduos no mercado de trabalho, sem que haja imposição de órgãos governamentais.

Corroborando esse entendimento, Joaquim explica como são essas políticas no âmbito da educação:

As políticas afirmativas na educação são instrumentos preventivos e, em alguns casos, temporários. Elas visam ampliar o acesso à educação dos grupos historicamente discriminados no sistema educacional e no mercado de trabalho, para evitar o aumento da discriminação e a desigualdade. Para tanto, faz-se necessário o reconhecimento das desigualdades nesse contexto, para formulação de políticas públicas e ações afirmativas, como contribuições efetivas na construção de uma sociedade mais justa e igualitária. (JOAQUIM, 2009, p. 254-255)

Da forma como a questão é tratada por Joaquim, depreende-se que as ações afirmativas são retratadas na busca de justiça e igualdade, podendo se apresentar de diversas formas, desde que visem à superação de uma discriminação.

A melhor expressão desse objetivo das ações afirmativas se expressa nas palavras de Rocha:

A definição jurídica objetiva e racional da desigualdade dos desiguais, histórica e culturalmente discriminados é concebida como uma forma para se promover a igualdade daqueles que foram e são marginalizados por preconceitos encravados na cultura dominante na sociedade. Por esta desigualação positiva promove-se a igualação jurídica efetiva; por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva igualação social, política, econômica no e segundo o Direito, tal como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático. A ação afirmativa é, então, uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias. (ROCHA *apud*, GOMES, 2001, p. 42)

Porém, é preciso conhecer e compreender o que são e como surgiram as ações afirmativas para não incorrer em erros que podem ser cometidos pela simples busca de sinônimos.

O primeiro equívoco pode ocorrer na visão das ações afirmativas como sinônimo de direito das minorias “pois as desigualdades sociais que são combatidas por meio dela não estão obrigatoriamente relacionadas à situação numericamente desvantajosa do grupo favorecido” (MENEZES, 2001, p.34).

Menezes (2001, p.34) explica que esse equívoco é histórico e se deu no direito norte-americano, pois os conceitos de direito das minorias e ações afirmativas foram colocados como sinônimos nos próprios textos normativos, levando a essa incorreção. Na verdade, as minorias são ligadas às condições diversas, como etnia, condição social, gênero, e não apenas numérica (em quantidade de pessoas).

Outra importante diferenciação a ser feita é a de que ação afirmativa não é o mesmo que política de cotas. As cotas são uma das formas das ações afirmativas, mas não é a única. Essa incorreção é uma das mais graves, pois pode desvirtuar o amplo sentido das ações afirmativas e até mesmo a sua origem (nos EUA). É o que pondera Gomes:

A desinformação fez com que o debate sobre as ações afirmativas tenha se iniciado no Brasil de maneira equivocada. Confunde-se ação afirmativa com sistema de cotas. Em realidade, as cotas constituem apenas um dos modos de implementação de políticas de ação afirmativa. [...] a jurisprudência americana tem sérias restrições às chamadas «cotas cegas», isto é, aquelas instituídas aleatoriamente, sem o propósito de corrigir uma injustiça precisa, que é a própria razão de existência das políticas de ação afirmativa. No Brasil, infelizmente, os poucos projetos de lei de ação afirmativa já apresentados ao Congresso incorrem nesse erro. (GOMES, 2001, p. 40)

Além desse equívoco, há ainda a errônea ideia de as ações afirmativas serem apenas de iniciativa do Governo, quando, na verdade, podem partir do setor privado. Menezes comenta essa posição:

Apesar das primeiras medidas terem sido realmente propostas pelo Poder Executivo norte-americano, será possível constatar, no presente estudo, que alguns processos judiciais relacionados ao tópico tiveram, como início das divergências, programas de ação afirmativa voluntários, elaborados espontaneamente por empresas privadas de acordo com as respectivas políticas internas de recursos humanos. A assertiva de que o conceito abrangia apenas ações oficiais, por conseguinte, não procede. (MENEZES, 2001, p. 32)

E, por fim, mais um entendimento distorcido é de serem as ações afirmativas uma solução judicial, ou seja, advêm do Poder Judiciário, quando, na verdade, são também do Poder Executivo e Legislativo. Menezes explica que, no Brasil,

o papel desempenhado pelos tribunais, embora tenha sido extremamente valioso, sempre foi corretivo e, como não poderia deixar de ser, deu-se em todo o tempo mediante a provocação das partes interessadas. Existiram, como ainda existem, inúmeros programas de ação afirmativa que foram implementados com sucesso e que não sofreram nenhuma interferência direta do Poder Judiciário. À evidência, eles não perderam as suas características em razão desse detalhe. (MENEZES, 2001, p.33)

Essas várias concepções incorretas das ações afirmativas só demonstram, ainda mais, a importância de se compreender melhor o tema para dar validade à implantação desse modelo no sistema político e jurídico brasileiro.

As ações afirmativas mais discutidas no Brasil são aquelas que envolvem a questão racial, o que Baldi (2009) explica ocorrer “porque inadequadas às especificidades brasileiras, seja porque destoantes do princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade no sentido estrito).”

No caso específico do PROUNI, a questão não é somente das cotas reservadas aos negros, mas a própria destinação das vagas às pessoas de baixa renda, ou seja, que não possuem condições financeiras para financiar sua formação educacional.

Silva, em sua obra sobre as ações afirmativas para o acesso à educação pelos negros, relaciona a importância desse tipo de ação e o princípio da igualdade no Brasil com o advento da ordem até então vigente

O direito de igualdade se fez presente em todas as constituições brasileiras. Mas foi por meio da evolução da concepção do princípio da igualdade, e pela forma com que se encontra na atual Constituição Brasileira que as ações afirmativas encontraram respaldo necessário para que fosse efetivada. Não se pode cogitar a existência de uma sociedade livre e justa em que haja pobreza e marginalização, ainda mais quando estas resultam de preconceitos. (SILVA, Ana, 2008, p.103)

Evidencia-se, diante da afirmação de Silva, que um questionamento acerca das ações afirmativas no Brasil precisa ser bem analisado, levando em conta todos os aspectos ora considerados. As opiniões se dividem, como revelam as razões do projeto de pesquisa elaborado por alunos do Curso de Psicologia da Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo, que definiram o PROUNI da seguinte forma:

O Programa Universidade para Todos foi criado pelo Governo Federal em 2004 e institucionalizado pela Lei nº 11.096, em 13 de janeiro de 2005. O programa é uma medida temporária do Estado, que tem como fim dar meios, criar possibilidades para transpor as desigualdades, como por exemplo, a desigualdade que existe entre o ensino em Instituições públicas e privadas (fundamental e médio), ou a desigualdade historicamente gerada, o programa destina vagas para afro descendentes e indígenas (o programa também reserva vagas para pessoas com deficiência), e também a desigualdade social. (EMILIO, 2009)

Todavia, há quem entenda não ser uma medida de transposição de desigualdades, mas sim que cria a desigualdade, ofendendo a própria Constituição, no que respeita ao princípio da igualdade. Com efeito, Lázaro explica esse antagonismo existente na visão da sociedade sobre medidas que envolvem o tema educação:

A história da educação brasileira tem sido marcada pela iniquidade e também pela luta para que o acesso à educação realize a promessa democrática. No entanto, a sociedade mantém uma relação paradoxal com a educação: se, por um lado, reafirma sua importância como fator de desenvolvimento – individual e coletivo – por outro, reage fortemente quando se adotam medidas que buscam dar equidade de acesso a segmentos tradicionalmente excluídos da educação, em especial da educação superior. (LÁZARO, 2008, p. 26)

As vozes que se levantaram contra o PROUNI chegaram a mais alta Corte do país, o Supremo Tribunal Federal (STF), órgão chamado a se pronunciar sobre a validade do programa em tela diante das previsões constitucionalmente asseguradas. Mota comenta sobre tais “vozes”:

Quando o Programa Universidade para Todos (ProUni) foi lançado, várias vozes levantaram-se contra ele. A dúvida na ocasião sobre as conseqüências, especialmente acerca da qualidade eram compreensíveis, ainda que pouco pertinentes, como o futuro mostraria. (MOTA, 2008, p.7)

Foram ajuizadas em 2004 três Ações Diretas de Inconstitucionalidade – nº 3330, nº 3314 e nº 3379 – questionando o Programa Universidade Para Todos, que passou então a ser analisado no que concerne à sua efetiva validade no campo da educação no que tange à legislação e também aos valores e princípios atrelados ao tema.

A Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (Confenem), o Partido dos Democratas (antigo Partido da Frente Liberal – PFL) e a Federação Nacional dos Auditores Fiscais da Previdência Social (Fenafisp) alegaram que o programa criou uma discriminação entre os cidadãos brasileiros, entre outros argumentos.

É possível verificar pelas ADIs intentadas junto ao Supremo Tribunal Federal que enquanto alguns entendem ser o PROUNI a implementação do preceito constitucional, outros o vêem como afronta aos princípios máximos do Estado Democrático de Direito. Na visão que se bate pela inconstitucionalidade do PROUNI, as alegações são basicamente direcionadas à falta de pressupostos para a edição da Medida Provisória que o instituiu, não sendo competência da União legislar sobre educação. Ademais, o PROUNI feriria as normas que garantem “os princípios da legalidade, da isonomia, da autonomia universitária, do pluralismo de idéia e concepções pedagógicas” (BRASIL, 2009, p. 2).

A questão ainda não foi decidida definitivamente, mas em abril de 2008 foi proferida decisão liminar que tratou de questões formais como a legitimidade, a relevância e a urgência da Medida Provisória nº 213, que depois foi convertida na Lei nº 11.096/2005, que criou o programa. Nessa oportunidade o STF também avançou sobre questões adstritas ao mérito. Nesse aspecto, o Ministro Relator Carlos Ayres Britto deu pela constitucionalidade do Programa. Do seu voto, colhe-se a significativa passagem:

a desigualação em favor dos estudantes que cursaram o ensino médio em escolas públicas e os egressos de escolas privadas que hajam sido contemplados com bolsa integral não ofende a Constituição pátria, porquanto se trata de um discrimen que acompanha a toada de compensação de uma anterior e factual inferioridade [patrimonial e de renda] (BRASIL, 2009, p. 37)

Em resposta aos argumentos contrários, o Ministro enfatizou que a Lei nº 11.096/2005 não fere o princípio da igualdade insculpido no art. 5º, *caput* e incisos I e LIV, pois “não há outro modo de concretizar o valor constitucional da igualdade senão pelo decidido combate aos fatores reais de desigualdade” (BRASIL, 2009, p. 29).

Segundo o Relator, a vontade do constituinte de 1988 não era outra senão a de erradicar a desigualdade (art. 3º da CR/88), tratando-se de objetivo fundamental da República Federativa do Brasil:

É o que também sucede com o tempo histórico de elaboração dos diplomas constitucionais originários. Ali na própria *linha de largada* da convocação de uma nova assembléia nacional constituinte, o que se tem? A premente necessidade de saneamento daquela genérica situação de desigualdades para cujo enfrentamento a Constituição vencida se revelou tão incapaz a ponto de ver esclerosadas as instituições nascidas sob o seu arcabouço ou *guarda-chuva* normativo. (BRASIL, 2009, p. 30)

No que tange às desigualdades perpetradas na história, que causam “baixa auto-estima” (BRASIL, 2009, p. 31) nos desfavorecidos, o Ministro Carlos Britto questiona:

Como negar o fato de que o desigual por baixo, assim *macrodimensionado* e renitente, se configure como um fator de grave desequilíbrio social? A condenar inteiros setores populacionais a uma tão injusta quanto humilhante exclusão dos benefícios da própria vida comum?

A resposta ele mesmo dá, com base nas compensações postas pelas normas, por exemplo, sobre os empregados – que possuem direitos que compensam a inferioridade econômica e social em relação aos empregadores –, sobre as mulheres – que vivendo em uma cultura ainda machista ou da “espécie patriarcal” (BRASIL, 2009, p. 32) e “sofre de percalços biológicos não experimentados pelos homens” (BRASIL, 2009, p. 32) têm licença maternidade e redução do prazo para aposentadoria – e sobre os negros –, tratando-se, nesse último caso, de

uma espécie de pagamento (ainda que tardio e insuficiente) da dívida fraternal que o País contraiu com os brasileiros afro-descendentes, nos ignominiosos séculos da escravidão negra (BRASIL, 2009, p. 33)

A lei então é o que pode conferir a igualdade aos desiguais, na medida em que se desigualam, trazendo a verdadeira igualdade. É o que a Lei nº 11.096 de 2005 pretendeu fazer com o PROUNI. O voto do ministro relator ainda versou sobre o princípio da autonomia universitária, o princípio da livre iniciativa e sobre o art. 5, inc. XXXIX da CR/88, que versa sobre matéria penal.

163

Por todo exposto, tem-se brevemente os argumentos pela inconstitucionalidade e pela constitucionalidade, ambos com suas devidas razões e fundamentos legais, cabendo ao STF o julgamento definitivo pelo que entender ser de direito e de justiça.

Do ponto de vista aqui assumido, o PROUNI contribui para o cumprimento do dever imposto no âmbito da educação (também para os deficientes), como também entende Dutra:

O Programa tem contribuído para o avanço e cumprimento dos marcos legais, como a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – que assegura a educação como um direito de todos e o acesso aos níveis mais elevados de ensino (art. 208), o Decreto nº 5296/2004, que regulamenta os critérios básicos de acessibilidade em todos os níveis de ensino, e a Portaria nº 3284/2003 do MEC, que dispõe requisitos de acessibilidade de pessoas deficiências para instruir os processos autorização e de reconhecimento de cursos credenciamento de instituições de ensino superior (DUTRA, 2008, p. 23).

Assim, verifica-se que o programa tem uma relação incontestada com a CR/88 e colabora para real garantia dos preceitos da Carta Magna, eis que trata os iguais igualmente e os desiguais desigualmente. Entretanto, o acesso às universidades privadas abre o questionamento sobre a qualidade desses estabelecimentos de ensino que agora recebem milhares de alunos todos os anos e têm o dever legal de oferecer uma educação eficiente, apta a capacitar e, de fato, educar o indivíduo, sob pena de se ferir o próprio direito fundamental à educação.

4 O Acesso ao Ensino Deficitário e o Problema da Educação: o Exemplo dos Cursos Jurídicos

De fato, o PROUNI contribuiu – e ainda contribui – para o acesso de milhares de jovens ao ensino superior. Colhe-se do *site* do Ministério da Educação que “O Prouni já atendeu, desde sua criação até o processo seletivo do primeiro semestre de 2011, 863 mil estudantes, sendo 67% com bolsas integrais” (BRASIL, 2011). Contudo, o ensino superior passa por diversas crises que põe em risco o próprio direito à educação.

Para o presente estudo, usa-se como exemplo os problemas ligados aos cursos de graduação em Direito, ou seja, fala-se sobre as crises do ensino jurídico como indícios ou sinais da crise global que assola a educação.

Do diálogo que Matos (2010) estabelece com o trabalho de Rodrigues (2005), colhe-se pelo menos sete crises do ensino jurídico (daí falarmos em “crises” e não “crise”) que podem ser divididas em níveis *estrutural*, *funcional* e *operacional*.

No nível *estrutural* verifica-se a “*crise do paradigma político-ideológico*” pela qual o direito existe para servir a determinados grupos sociais e, conseqüentemente, o ensino não se volta para a modificação do *status quo*, mas apenas para mantê-lo. E nesse nível também está situada a “*crise do paradigma epistemológico*” – “que se deve à errônea identificação entre direito objetivo e normas estatais (...) e à predominância de práticas pedagógicas autoritárias, fechadas e unívocas, incapazes de criar saberes democráticos” (MATOS, 2010, pp. 86-87).

Já no nível *funcional*, observa-se a “*crise do mercado de trabalho*”, devido ao “baixíssimo nível crítico e técnico-profissional de boa parte dos egressos dos cursos jurídicos” (MATOS, 2010, p.87) e ao inchaço do mercado, que faz com que os bacharéis em direito busquem serviços técnico-administrativos e/ou cargos que não exigem o ensino superior em Direito. Aqui também se encontra a “crise de identidade e de legitimidade dos operadores do Direito”, que é constatada naqueles indivíduos que se formam acreditando na autonomia profissional, a qual está longe de ser uma realidade. Inserem-se também nessa crise os advogados que muitas vezes devem se sujeitar a empregos ou subempregos com salários significativamente baixos. E, sob essa vertente, igualmente se encontram aqueles que acreditam que a justiça pode ser concretizada, quando, na verdade, os ideais classistas daqueles que mantêm o ordenamento jurídico não permite sua ampla efetivação. Ainda sobre

essa crise, há que se criticar as ilusórias crenças no alto retorno financeiro advindo do curso de direito, bem como a natureza da prática profissional na seara do direito, normalmente voltada para interesses meramente privados, sem qualquer preocupação com cenários sociais mais amplos.

Finalmente, no nível *operacional*, evidencia-se a “crise administrativa” que se apresenta na contraposição “quantidade *versus* qualidade”. Verifica-se que boa parte das instituições de ensino superior estão voltadas, cada vez mais, para a obtenção de lucro. Em razão dessa mesma crise surgem os problemas relacionados ao corpo docente, como os salários indignos e a falta de dedicação exclusiva à docência. Da leitura de Matos extrai-se uma reflexão:

Devemos nos lembrar, ainda com Rodrigues, do corporativismo vigorante entre os professores, da cumplicidade do corpo funcional e do célebre pacto de mediocridade firmado entre discentes e docentes, pelo qual estes fingem que ensinam e aqueles fingem que aprendem (2005, p. 51). (MATOS, 2010, p. 88)

Todavia, talvez as mais preocupantes das crises sejam a *didático-pedagógica*, mediante a qual se estabelece a diferença entre o acúmulo de conhecimentos e o real aprendizado, e a *crise curricular*, já que as instituições de ensino buscam cumprir apenas o mínimo necessário para seu regular funcionamento. Nessas duas últimas crises revela-se a ausência da pesquisa e da extensão e, também, da interdisciplinaridade que possibilitaria aos estudantes uma visão mais abrangente do Direito.

Importante destacar que tais crises pelas quais passam os cursos superiores em Direito no Brasil, agravaram-se, sobretudo, após os anos 90. Colhe-se da obra de Matos (2010, p. 84), as três fases da evolução do ensino jurídico, sendo a terceira delas, iniciada nos anos 90, chamada fase “empresarial”:

(...) quando vários grupos econômicos e instituições privadas criam cursos de graduação em Direito no país com propósitos puramente mercadológicos. A oferta de vagas é intensa e descontrolada, gerando a aludida massificação do ensino jurídico. (MATOS, 2010, p 84)

Há cinco anos Bittar resumiu o contexto da educação jurídica nacional, já alarmante naquela altura:

Dos embriões iniciais, desde o Decreto Imperial que criava dois cursos jurídicos no país, até a situação atual, verifica-se um *boom* extraordinário na oferta de ensino, alcançando-se as cifras aproximadas de 400 cursos de Direito no país. Atualmente (2006), os cursos de graduação em Direito no Brasil já ultrapassaram a cifra de 1.000 faculdades em atividades de ensino. As estatísticas também são gritantes, ao dizer que os cursos de graduação mobilizam em torno de 80% da população estudantil, pois os outros 20% estão cursando ensino público. Tudo isso deu origem a um incremento muito forte da iniciativa privada, que passa a organizar suas políticas de modo mais substancial e ativo, na defesa de suas prerrogativas e na organização de seus interesses. (BITTAR, 2006, p. 84)

Do *site* da OAB colhe-se a informação atualizada de que “existem hoje nada menos que 1.174 cursos de direito em todos os estados – um aumento de 612% em relação aos 165 credenciados em 1991” (OAB, 2011).

E dentre as várias crises do ensino jurídico, evidencia-se o problema da desvinculação das funções básicas e essenciais à vivência universitária: ensino, pesquisa e extensão. Seguindo a descrição de Matos, esse é um problema ligado tanto à crise didático-pedagógica como à crise curricular.

Hupffer, ao dissertar sobre a educação jurídica e a hermenêutica, expõe o problema da integração das três funções:

Sua operacionalização converte-se no maior desafio do ensino no século XXI, exigindo esforço para ultrapassar as fronteiras da sala de aula e, assim, construir um currículo vivenciado. O desafio encontra-se em como realizar a articulação do que, na prática está dissociado: o ensino, a pesquisa e a extensão. (HUPFFER, 2006, p. 290)

Hupffer contribuiu na busca de uma solução para os problemas da educação jurídica através da Hermenêutica. E, de fato, é possível pensar em melhorias para a educação superior valendo-se de tais estudos. A Hermenêutica Filosófica permitiria identificar os princípios hermenêuticos que devem orientar o Direito Educacional, em especial considerando as três funções da Universidade acima expostas. Para isso, toma-se como fonte de estudos os ensinamentos de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer em uma perspectiva hermenêutico-fenomenológica. O primeiro com seu estudo sobre o “ser” e o segundo, com sua teoria sobre a experiência hermenêutica:

Da hermenêutica heideggeriana, o apoio vem da pergunta pelo ser que Heidegger realiza de forma radical, pela essência daquilo que “é” ser-no-mundo, pela linguagem como a casa do ser, como instância de onde o ser se mostra e ao mesmo tempo se esconde, daí a idéia de velamento e desvelamento, por fundar uma nova forma de compreender que superou o esquema sujeito-objeto, resgatando ainda, a essência do pensar como possibilidade de criar saberes. De Gadamer, a experiência como princípio hermenêutico que se dá no acontecer de uma obra de arte, no círculo hermenêutico, no diálogo, na linguagem, na essência da pergunta como forma de manter abertas as possibilidades, na consciência da história dos efeitos e, principalmente, em seu entendimento da hermenêutica como aplicação, que possibilita sua internalização, como estratégia pedagógica na educação jurídica. (HUPFFER, 2006, pp. 05-06)

Em ambos, pode-se apontar o elemento histórico com importância equivalente, como apresenta Capanema:

A Hermenêutica e, em especial, a Filosófica de Heidegger e Gadamer, destacam a importância do elemento histórico e, mais especificamente, da consciência histórica. Elementos esses que demonstram que o indivíduo somente é capaz de compreender dentro de seu espaço de tempo, e por meio de seus conceitos prévios, em parte conscientes, em parte não, formados por sua experiência de vida, enquanto inserto em sua tradição (CAPANEMA, 2009, p. 9).

Assim, busca-se uma “razão de ser” para a Educação Superior em Direito no século XXI (MATOS, 2010, p. 83). Acredita-se, pois, que por meio da Hermenêutica pode-se resgatar para os cursos do Direito o que vem se perdendo ao longo das décadas: a capacidade de formar profissionais com vistas à cumprir a função social do direito – o alcance da justiça. Na verdade, uma hermenêutica da educação jurídica tem grande importância para a educação do país, como afirmado por Huppffer:

O ensino jurídico, ao assumir um caráter hermenêutico, tem condições de contribuir para o desenvolvimento de competências complexas que reúnem habilidades de ordem ontológica, crítico-reflexiva, problematizadora, intelectual, prática e ética, na medida em que desloca sua preocupação para a construção de estratégias pedagógicas capazes de tornar o Curso de Direito um espaço onde se aprende a pensar e a construir saberes desenvolvendo-lhe dignidade de romper com seu isolamento da realidade social. (HUPFFER, 2006, p. 6)

Portanto, do ponto de vista aqui assumido, o PROUNI permitiu o acesso ao ensino superior, mas esse ensino passa por um momento crítico, necessitando ser reestruturado e

melhorado, sob pena de se perder o próprio direito a educação, uma vez que esse só se efetiva com uma educação de qualidade.

A exemplo do curso superior de Direito, uma análise do Direito Educacional em uma perspectiva hermenêutica tem grande contribuição para o universo acadêmico, sendo uma forma incrementar a compreensão existente sobre o tema e, mais ainda, apresentando essencial contribuição social, eis que auxiliará no desenvolvimento de estratégias que poderão servir de alicerce para a elaboração de propostas de intervenções futuras que visem à melhoria da educação jurídica no país.

Considerações Finais

O direito à educação é um tema que sempre mereceu destaque e, atualmente, encontra-se dentre as temáticas mais polêmicas e indiscutivelmente prioritárias devido aos vários programas que surgem no Estado relacionados à acessibilidade do ensino.

Esse direito surge com vistas à qualificação do indivíduo para se tornar um cidadão capaz de se determinar por sua própria convicção e, no Brasil, o direito à educação passa por diversos ordenamentos, sendo ampliado e mais visado com a promulgação da Constituição da República de 1988.

A CR/88 dispõe que é dever do Estado e também da família assegurar a educação e, dentre os preceitos constitucionais, determina a competência comum dos entes federativos para a regulamentação desse direito. Com efeito, o direito à educação, descrito como direito social no art. 6º da CR/88, é também considerado um direito fundamental e, como tal, são necessárias medidas que assegurem a sua realização e efetividade.

Para o cumprimento da obrigação imposta, o Estado vem usando programas que conferem condições aos indivíduos de ingressarem nas escolas e universidades. São diversas ações que promovem não só a educação, mas também outras necessidades básicas que dão suporte, tais como a saúde e a renda familiar.

Mesmo assim, ainda é espantoso o número de indivíduos analfabetos e crianças que não estão nas escolas, alarmando a situação do país, que assim busca uma solução por

meio de ações afirmativas. Esse tipo de instituto se iniciou na década de 60 nos EUA, tendo como pano de fundo os conflitos envolvendo a igualdade de brancos e negros, passando a ser adotado por vários outros países em todo o mundo não só no que se relaciona à questão racial, mas também social, de gênero e muitas outras situações em que há desigualdade e discriminação ilícita.

As ações afirmativas evidenciam o princípio da igualdade, pois a forma adotada por elas é de uma discriminação lícita, ou seja, são feitos programas que criam uma desigualdade entre os indivíduos diante de suas desigualdades, sendo esta a verdadeira igualdade. Mas não é simples pensar em ações afirmativas, pois qualquer discriminação levanta questionamentos sobre sua validade.

No Brasil, para o cumprimento obrigações de garantir acesso aos níveis mais elevados da educação (art. 208, inciso V), foi criado o Programa Universidade para Todos, que no ano de 2004, deu impulso ao ensino superior. O programa é uma ação afirmativa na educação, unicamente voltada para o ensino superior, que possibilita que pessoas de baixa renda, estudantes vindos do ensino médio público ou com bolsa integral em escolas privadas, tenham oportunidade de ingressar em universidades privadas com bolsas de estudos parciais ou integrais.

O programa é uma ação afirmativa na educação, especialmente para o ensino superior, que possibilita que às pessoas de baixa renda, estudantes vindos do ensino médio público ou com bolsa integral em escolas particulares, tenham oportunidade de ingressarem em universidades privadas com bolsas de estudos parciais ou integrais.

É uma das ações afirmativas mais discutidas no país, contra a qual foram impetradas no STF três Ações Diretas de Inconstitucionalidade (3330, 3314 e 3379), no mesmo ano de sua entrada em vigor.

Nessas ações, foram levantados diversos argumentos contra a Medida Provisória nº 213 que criou o programa, apontadas ofensas diretas e indiretas à Constituição em aspectos formais – de criação do Programa por Medida Provisória e depois convertido em Lei

Ordinária, quando acusam trazer matéria de Lei Complementar – e aspectos de conteúdo – por supostamente ferir o princípio da igualdade.

Todavia, apesar dos questionamentos levantados, a visão do STF foi no sentido daqueles que estão a favor do PROUNI, pela decisão liminar do Ministro Carlos Ayres Britto, que entendeu que o Programa não viola as regras constitucionais de criação de normas e busca, efetivamente, aumentar a igualdade/isonomia entre os brasileiros e não elevar a discriminação. Argumentos a favor e contra se pautam no ordenamento jurídico pátrio, sendo que cabe ao STF decidir definitivamente se o PROUNI é (in)constitucional.

De fato, o que se pode concluir é que o Programa Universidade para Todos contribuiu para a educação no país abrindo possibilidade de ingresso nas universidades, antes em maioria frequentadas por aqueles que tivessem uma melhor condição econômica.

Além disso, o PROUNI permite ainda a diversificação da composição social das salas de aula, permitindo a formação educacional de membros de grupos sociais que antes possuíam maior restrição, seja concernente à condição socioeconômica, seja à condição étnica e até mesmo física, como é o caso dos deficientes. Isso gera efeitos na sociedade como um todo, que conta agora com a visão dos novos profissionais que se formam.

O PROUNI é, portanto, uma ação afirmativa que já possibilitou a milhares de brasileiros de baixa renda terem efetivamente o direito à educação, ingressando nos níveis mais elevados do ensino, trazendo a igualdade almejada pela Constituição da República, não se tratando de um favor que se faz aos “desiguais”.

Todavia, não é simplesmente o PROUNI a solução que vai concretizar o verdadeiro plano de educação, pois é preciso pensar também na qualidade dos ensinamentos fundamental e médio que, conseqüentemente, encaminham os alunos para a continuação dos estudos. O PROUNI é uma medida que alerta para o problema da educação e demonstra ainda mais o quanto é preciso pensar no ensino como um todo e não apenas focar em um ou outro nível, pois todos fazem parte de um mesmo destino: a educação dos indivíduos cidadãos.

O PROUNI é uma medida louvável para o Estado Democrático de Direito, pois abre a oportunidade para a verdadeira democratização e diversificação das universidades e do

ambiente acadêmico. Ainda que todos não estejam aptos ou não queiram cursar o ensino superior, a possibilidade deve ser igual para todos, que terão a opção de escolher e não ter negado esse direito.

Programas como as ações afirmativas são uma exigência que se impõe para a concretização ou materialização da sociedade justa e igualitária – que trata os iguais igualmente e os desiguais desigualmente – que a Constituição preceitua, de acordo com os princípios do Estado Democrático de Direito.

Contudo, o simples ingresso nas universidades privadas não é uma solução para o direito à educação. É possível identificar outro problema: a qualidade do ensino superior privado. Usando como exemplo os cursos de graduação em Direito, observam-se várias crises que se dão, dentre vários motivos, em razão do crescimento desenfreado dos cursos jurídicos. Tais crises demandam uma necessidade de se debater e encontrar novas perspectivas na formação dos bacharéis em Direito, que devem tomar contato com as funções básicas da Universidade – ensino, pesquisa e extensão – para se tornarem aptos ao exercício do Direito.

Necessário se faz (re)avaliar os currículos das universidades particulares, pois a crise no ensino superior não está adstrita aos muros da Universidade, mas extrapola paredes, atingindo a sociedade como um todo. Portanto, conclui-se que não basta conferir o acesso ao ensino superior para se garantir o direito fundamental à educação, mas que a educação seja de qualidade, capaz de proporcionar a evolução científica e humanitária no país.

Referências

BALDI, César Augusto. **Ações afirmativas são desafio para o Supremo**. 12 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-set-12/processos-envolvendo-acoes-afirmativas-sao-desafio-supremo>> Acesso em 09 de outubro de 2009.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Estudos sobre ensino jurídico: pesquisa, metodologia, diálogo e cidadania*. e. 2. rev., modificada, atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2006.

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

BRASIL. **Lei nº 11.096 de 13 de janeiro de 2005**. Institui o Programa Universidade para Todos - PROUNI, regula a atuação de entidades beneficentes de assistência social no ensino

superior; altera a Lei no 10.891, de 9 de julho de 2004, e dá outras providências. Diário Oficial na União, Brasília, DF, 14 de janeiro de 2005.

BRASIL. **Medida Provisória Nº 213 de 10 de setembro de 2004.** Institui o Programa Universidade para Todos - PROUNI, regula a atuação de entidades beneficentes de assistência social no ensino superior, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 13 de setembro 2004 e retificado em 27 setembro de 2004.

BRASIL. **Programa Universidade Para Todos - PROUNI.** Disponível em <http://prouniportal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=124&Itemid=140> Acesso em 31 de julho 2011.

172

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. **Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI/ 3330.** Requerente: Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN. Requerido: Presidente da República. Relator: Carlos Ayres Britto, Brasília, DF, 02 de abril 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?numero=3330&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 05 de fevereiro de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. **Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI/ 3379.** Requerente: Federação Nacional dos Auditores-Fiscais da Previdência Social - FENAFISP. Requerido: Presidente da República. Relator: Carlos Ayres Britto, Brasília, DF, 02 de abril 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2262461>> Acesso em: 05 de fevereiro de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. **Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI/ 3314.** Requerente: Partido dos Democratas - PFL. Requerido: Presidente da República. Relator: Carlos Ayres Britto, Brasília, DF, 02 de abril 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2248290>> Acesso em: 05 de fevereiro de 2009.

CAPANEMA, Rodrigo Octavio de Sousa. **Hermenêutica e ordem jurídica: uma análise principiológica à luz de fenomenologia.** Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, 2009, Orientadora: Maria Helena Damasceno e Silva Megale. 80f.

DELEVATTI, Alex Faturi. **A Educação Básica como Direito Fundamental na Constituição Brasileira.** Dissertação (mestrado) - Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Programa de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica, Orientação Prof. Dr. Marcos Leite Garcia, Ciências Jurídicas, Políticas e Sociais, 2006, p.

DUTRA, Cláudia. **PROUNI e a democratização do acesso e permanência no ensino superior.** Revista ProUni – MEC/SESu. Edição 01/2008. Disponível em <http://portal.mec.gov.br/prouni/arquivos/pdf/Revista_ProUni/Revista_ProUni.pdf> Acesso em 28 março de 2009.

EMILIO, Solange A (coord). **A inclusão do aluno bolsista do prouni sob a perspectiva de estudantes universitários**. São Paulo, 2008. Disponível em <http://docs.google.com/Doc?id=dcsj88n4_1dwxnjvds> Acesso em 28 março de 2009.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade** (o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA). Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 454 p.

GRACCIANO, Mariângela; e HADDAD, Sérgio. **Acesso à educação ainda não é universal no Brasil**. Texto extraído do Relatório “Direitos Humanos no Brasil - 2003”. Rede Social de Justiça e Direitos Humanos. 2003. p 179-182. Disponível em: <<http://www.acaoeducativa.org.br/portal/images/stories/geral/13acessoeducacao.pdf>> Acesso em 14 de setembro de 2009.

HUPFFER, Haide Maria. **Educação jurídica e hermenêutica filosófica**. Tese de doutorado. Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, Orientação Prof. Dr. Lenio Luiz Streck, Ciências Jurídicas, 2006, 381p.

JOAQUIM, Nelson. **Direito educacional brasileiro – história, teoria e prática**. Rio de Janeiro: Livre Expressão, 2009.288p.

KANTHACK, Elizabeth Dias. **Direito à educação: o real, o possível e o necessário. A doutrina da proteção integral**. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito do Estado. Orientadora: Profa. Dra. Maria Garcia. São Paulo, 2007.

KAUFMAN, Roberta Fragoso. **Cotas raciais – aspectos polêmicos**. São Paulo: Jornal Carta Forense - n° 52 - setembro, 2007. 311p.

LÁZARO, André. **Educação e desigualdade: o papel do PROUNI**. Revista ProUni – MEC/SESu. Edição 01/2008. Disponível em <http://portal.mec.gov.br/prouni/arquivos/pdf/Revista_ProUni/Revista_ProUni.pdf> Acesso em 28 março 2009.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa Matos. **Massificação e crise no ensino jurídico**. In: GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; LIMA, Paula Gabriela Mendes (Coord.) *Pedagogia da Emancipação: desafios e perspectivas para o ensino das ciências sociais aplicadas no século XXI*. Belo Horizonte, Fórum, 2010, 263p, p. 83-110.

MEC. **Ministério da Educação e Cultura**. Disponível em <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2:historia&catid=97:omec&Itemid=171>. Acesso em 13 de setembro de 2009.

MENDONÇA, Marco Amaral. **Transição democrática na universidade**. Jornal Voz Acadêmica. Abril de 2009. p.4.

MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. 173p.

MOTA, Ronaldo. **PROUNI – porta aberta para a inclusão social**. Revista ProUni – MEC/SESu. Edição 01/2008. Disponível em <http://portal.mec.gov.br/prouni/arquivos/pdf/Revista_ProUni/Revista_ProUni.pdf> Acesso em 28 março 2009.

OAB. **Ordem dos Advogados do Brasil – OAB**. Disponível em <<http://www.oab.org.br/noticia.asp?id=22173>> Acesso em 31 de julho 2011.

SAVIANI, Dermeval. **Escola e democracia: teorias da educação, curvatura da vara, onze teses sobre educação política**. e. 36 revista. Campinas, SP: Autores Associados, 2003. (coleção polêmicas do nosso tempo; vol. 5). 94p.

SILVA, Ana Paula Chahim da. **Ações afirmativas para o acesso à educação pelos negros**. 132f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008. 132p.

SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. e. 3. São Paulo, SP: Malheiros Editores Ltda., 2007. 1024p.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. e. 26. São Paulo, SP: Malheiros Editores Ltda., 2006. 925 p.