

**EXMO. SR. DR. DESEMBARGADOR 3.º VICE-PRESIDENTE DO EGRÉGIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO**

Apelação Cível n.º 0357402-12.2012.8.19.0001

Recorrente: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Recorrido: BRUNO DE SOUZA LIMA

O **ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, pessoa jurídica de direito público interno já qualificada nos autos em referência, pelo Procurador do Estado que a presente subscreve, vem, respeitosamente, nos termos do art. 102, III, alíneas “a” e “b”, da Constituição Federal, interpor

• **RECURSO EXTRAORDINÁRIO**

do v. acórdão de fls. 132-136, que negou provimento à apelação interposta pelo ora Recorrente, pelas razões expostas em anexo.

Dessa forma, requer a V. Exa. seja o presente recurso admitido e regularmente processado, com a intimação da parte Recorrida para o oferecimento de contra-razões e a posterior remessa ao Egrégio Supremo Tribunal Federal, em cuja decisão favorável confia o Recorrente.

Termos em que
pede deferimento.

Do Rio de Janeiro para Brasília, 20 de março de 2013.

FELIPE DERBLI C. BAPTISTA

Procurador do Estado

OAB/RJ n.º 99.423 **EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

RAZÕES DE RECORRENTE

Recorrente: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

- **Recorrido: BRUNO DE SOUZA LIMA**
- **Mandado de Segurança n.º 0357402-12.2012.8.19.0001 – 9ª
Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**

**EGRÉGIO TRIBUNAL,
COLENDAS TURMAS,**

I – DO HISTÓRICO

Trata-se de ação sob o rito ordinário, com pedido de antecipação de tutela, em que postula o Autor, ora Recorrido, o direito de matricular-se no curso de *Geração de Multimídia / Programação de Jogos Digitais / Roteiro para Mídias Digitais*, do ensino médio profissionalizante, do *Colégio Estadual José Leite Lopes (Núcleo Avançado em Educação – NAVE)*. O Recorrido logrou aprovação no processo seletivo para o curso, mas teve sua matrícula negada por ser egresso de instituição privada de ensino, contrariando os itens 3.1.2 e 8.3 do edital respectivo, que limitava a possibilidade de ingresso aos candidatos egressos da rede pública de ensino. Sustenta o Recorrido a violação ao princípio da isonomia.

A antecipação de tutela foi concedida e posteriormente confirmada por sentença. Apelou o ora Recorrente, tendo sido a apelação desprovida, em acórdão unânime, prolatado pela 9ª Câmara Cível do Tribunal *a quo*.

Ocorre que o v. acórdão guerreado violou frontalmente a Constituição em tema de indiscutível repercussão geral, como, ao final, restará plenamente demonstrado.

II – DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL EM EXAME E DE SUA REPERCUSSÃO GERAL

A questão constitucional versada neste recurso diz respeito à validade jurídica, a título de ação afirmativa, da exclusividade das vagas de instituição pública de ensino técnico profissionalizante para estudantes egressos da rede pública de ensino, mediante a previsão em edital do respectivo processo seletivo. O tema envolve uma apreciação à luz do princípio constitucional da isonomia e do regramento constitucional para a educação e, em particular, do ensino médio.

Sendo certo que essa Excelsa Corte já reconheceu a validade jurídica de outras ações afirmativas, como, v.g., a política de cotas nas universidades públicas para candidatos afrodescendentes ou *egressos da rede pública de ensino* (ADPF 186/DF, rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, j. 25 e 26.04.2012; RE 597285/RS, rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, j. 09.05.2012), cuida-se aqui de outra faceta de matéria cujo interesse geral é indiscutível.

Logo, cuida-se de tema de relevância política e social que decerto transcende os limites subjetivos da causa, seja pelo efeito multiplicador do entendimento do STF para as demais causas similares, seja pelo impacto sobre as políticas públicas educacionais de todo o país, pelo que se enquadra a questão na hipótese prevista no § 1.º do art. 543-A do CPC,

in verbis:

Art. 543-A. [...]

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

Destarte, está plenamente atendido o disposto no art. 102, § 3.º, da Constituição da República, restando demonstrada a repercussão geral da questão constitucional.

III – DO PREQUESTIONAMENTO

É bem de ver, ademais, que a questão encontra-se plenamente prequestionada para fins de admissibilidade do recurso extraordinário. Com efeito, **o v. acórdão recorrido ventila expressamente a questão**, quando, no voto do eminente Desembargador Relator, afirma-se, em textual:

“Não se está cogitando em reserva de vagas para alunos provenientes da rede pública de ensino, com o objetivo de garantir acesso à educação de grupos vulneráveis, mas sim da reserva da totalidade das vagas para tais alunos, o que é inaceitável, na medida em que o estado (sic), a pretexto, (sic) de proteger ditos grupos não pode impedir o acesso à educação de outro grupo, que supostamente pertenceria a classes mais privilegiadas da sociedade, sob pena de afronta ao princípio da isonomia.”

É de meridiana clareza que o v. acórdão recorrido expressamente toca os temas da isonomia e do acesso aos serviços públicos de educação, autorizando, pois, o manejo do recurso extraordinário.

Portanto, é indiscutível que restou atendido o Enunciado n.º 282 da Súmula desse Supremo Tribunal Federal, configurando-se o prequestionamento da matéria.

IV – DO MÉRITO

Antes de tudo, é fundamental assinalar os **fatos incontroversos** no feito, com o objetivo de demonstrar que **não se pretende, neste recurso, provocar o reexame de matéria fática** . Ei-los:

- o Recorrido tenciona a matrícula em um Colégio Estadual específico, qual seja, o *Colégio Estadual José Leite Lopes (Núcleo Avançado em Educação – NAVE)* , que dista cerca de 6 km (seis quilômetros) de sua residência;
- o curso pretendido é o de *Geração de Multimídia / Programação de Jogos Digitais / Roteiro para Mídias Digitais* , de formação técnico-profissionalizante especializada.

Pois bem. Como se demonstrará adiante, o acórdão guerreado merece reforma por três razões, quais sejam:

1. a Constituição não assegura, *prima facie* , direito subjetivo público ao ensino médio;
2. ainda que, por hipótese, tal direito subjetivo público fosse garantido, não abarcaria o ensino técnico profissionalizante;
3. a exclusividade de vagas de uma determinada instituição pública de ensino médio técnico profissionalizante deve ser considerada no contexto de toda uma política pública de educação e, como tal, admitida a título de ação afirmativa.

Cumpre analisá-las separadamente.

1. O ensino médio na Constituição de 1988

Das disposições constitucionais concernentes à educação, permitam-se colher as abaixo reproduzidas:

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; [...]

Percebe-se, de imediato, que o constituinte conferiu tratamentos distintos ao ensino fundamental e ao ensino médio: ao primeiro, foi inequivocamente conferida a posição jurídica de direito subjetivo público, o que se estrema de dúvidas com a literalidade do art. 208, § 1º, *verbis* :

§ 1º - O acesso ao ensino **obrigatório** e gratuito é direito público subjetivo.

O mesmo não se dá com o ensino médio. Já é clássica a lição de LUÍS ROBERTO BARROSO¹, segundo a qual nem sempre que a Constituição faz uso do vocábulo *direito* se quer dizer que se trate de *direito subjetivo*, ao qual é correlata uma obrigação de outrem. A comparação leva, forçosamente, à distinção acima apontada: **a Constituição Federal de 1988 não confere *status* de direito subjetivo público ao acesso ao ensino médio**, antes lhe concedendo um caráter claramente *principiológico*. Com efeito, adotando-se a concepção de HUMBERTO ÁVILA² de princípios como comandos imbuídos da previsão de *finalidades* ou *estados ideais de coisas*, nota-se que o enunciado normativo trata de *progressiva universalização do ensino médio gratuito*, o que mais denota uma orientação ao Estado, no sentido de ampliar, progressivamente e de acordo com as suas possibilidades fáticas e jurídicas, o acesso da população.

Como bem assinalado pelo próprio Recorrido na peça vestibular da ação, é muito clara a diferença de propósitos entre o ensino fundamental e o ensino médio: enquanto aquele diz com a formação básica do cidadão, sobretudo com sua alfabetização, este se relaciona com o aprofundamento de seus conhecimentos. O próprio constituinte originário efetuou essa diferenciação, nitidamente relacionada com a *dignidade da pessoa humana*, definida por INGO WOLFGANG SARLET como:

“[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem à pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.”³

A leitura atenta da irreparável definição acima reproduzida deixa claro que o ensino médio, distintamente do que se dá com o ensino fundamental, não exhibe ligação direta com a dignidade da pessoa humana. Nessa linha de raciocínio, é de se concluir que carece de jusfundamentalidade. Em síntese, **o acesso ao ensino médio não seria um direito fundamental**.

Conceda-se, no entanto, para fins de argumentação, à tese da jusfundamentalidade do acesso ao ensino médio. Ainda assim, certo é que não se extrai da Constituição de 1988 um direito subjetivo público ao ensino médio público gratuito. Mesmo que se reconheça uma posição jurídico-subjetiva do cidadão, haverá, no máximo, um direito *prima facie*, à luz da conhecida classificação de ROBERT ALEXYY⁴: a configuração de um direito subjetivo envolverá, em cada caso concreto, um juízo de ponderação com outros elementos relevantes para a interpretação das normas constitucionais aplicáveis.

Nessa ordem de ideias, restará claro que o ensino médio de caráter técnico-

profissionalizante decerto não se consubstancia em direito fundamental.

2. Inexistência de direito fundamental ao ensino técnico profissionalizante

Mesmo que se entenda, *ad argumentandum tantum*, que o ensino médio gratuito se insere no catálogo constitucional de direitos fundamentais, será de imediata constatação que não se poderá exigir do Estado além do curso de *formação geral*, isto é, aquele disponibilizado a todos os estudantes do ensino médio nas instituições públicas. A razão – ou melhor, a primeira das razões – é de rara simplicidade: a Constituição Federal é silente quanto ao tema; não há determinação constitucional ao Poder Público para a oferta compulsória do ensino técnico profissionalizante, sequer de forma progressiva.

Não se quer sustentar, evidentemente, que o Estado não deva oferecer essa modalidade de formação – ao revés, é salutar e desejável que o faça. No entanto, tratar-se-á de matéria pertinente ao campo das *políticas públicas*, definidas pelos representantes democraticamente eleitos e estabelecidas segundo as possibilidades fáticas, econômicas, orçamentárias e jurídicas da Administração Pública. Por essa razão, não há – e nunca houve – cursos técnicos profissionalizantes em *todos* os estabelecimentos públicos de ensino médio. Conquanto se possa vislumbrar um movimento de ampliação do número de escolas técnicas em todo o país, isso não significa, necessariamente, que a oferta deva ser estendida a todos os estudantes do ensino médio por força, exclusivamente, de disposições constitucionais.

Conclui-se, portanto, que, ainda que se considere ser o acesso ao ensino médio gratuito um direito fundamental, decerto **o acesso ao ensino médio gratuito de caráter técnico-profissionalizante não se reveste de jusfundamentalidade**. Por conseguinte, eventuais restrições de acesso às escolas técnicas, como no caso concreto *sub examine*, não violarão, em absoluto, quaisquer direitos fundamentais relacionados com acesso à educação.

3. A exclusividade de vagas em instituição específica de ensino médio como ação afirmativa

Restará, então, o debate sobre a alegada violação da isonomia. Sustentou o Recorrido que, por ser egresso da rede privada de ensino, não poderia ter sido discriminado por essa tão-só razão. No mesmo sentido, o v. acórdão, acolhendo a tese, faz uma clara distinção entre a exclusividade de vagas em escola técnica para alunos egressos da rede pública de ensino, de um lado e a reserva de parte das vagas para tais alunos, de outro. Afirmou o eminente Desembargador Relator que, neste último caso, cuidar-se-á de garantia de acesso de grupos vulneráveis, ao passo que, naquele outro, haveria discriminação irrazoável.

Concessa maxima venia, o acórdão recorrido está equivocado neste ponto e adota perspectiva míope da questão, o que se afirma com base em dois fundamentos. O primeiro deles é o de que em ambas as hipóteses se cuida de *ações afirmativas* (ou *discriminações positivas* ou, ainda, *ações positivas*), conceituadas, segundo o Ministro JOAQUIM BARBOSA, como:

“[...] um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego”⁵.

Um erro comum é o de identificar *ações afirmativas* com *política de cotas*, tais como as adotadas em diversas universidades públicas do país, visão que toma a parte pelo todo. As ações afirmativas possuem escopo muito mais amplo e podem apresentar-se de formas muito mais complexas e abrangentes do que a política de cotas, que, a rigor, é apenas uma modalidade de ação afirmativa. Neste erro incorreu o acórdão vergastado.

O segundo fundamento, umbilicalmente ligado ao primeiro, é o de que a confusão entre gênero e espécie perpetrada pelo E. Tribunal *a quo* culminou na leitura do edital para o processo seletivo do *Colégio Estadual José Leite Lopes (NAVE)* pelas lentes da política de cotas, o que distorce a compreensão. Permita-se desenvolver o argumento.

Quando se examina uma política de cotas para ingresso em uma universidade, o exame se dá de modo isolado para cada instituição de ensino superior – e nem poderia ser de outro modo, considerada a autonomia universitária consagrada no art. 207 da Constituição da República. Cada universidade estabelece os critérios de ingresso nos cursos superiores que oferece e as suas políticas não são necessariamente conectadas às das demais instituições.

A rede pública de ensino, no que concerne ao ensino médio, não pode ser analisada dessa forma. A política pública estadual para o ensino médio não é formulada para cada escola individualmente, mas para a rede como um todo. Quando se trata do acesso ao ensino, todas as escolas daquela unidade federada devem ser consideradas.

Sendo assim, a perspectiva da previsão editalícia de exclusividade das vagas em escola técnica para candidatos egressos da rede pública de ensino passa a merecer uma perspectiva diferente e mais aberta. O ensino técnico profissionalizante certamente é um instrumento de inclusão social e, como tal, deve ser dirigido àqueles que mais necessitam, sobretudo num contexto de oportunidades limitadas.

Inevitável, pois, a distinção. Todavia, a distinção não importa quebra de isonomia, desde que observada a clássica lição de ARISTÓTELES, depois reproduzida com

maestria por RUY BARBOSA: cumpre aquinhoar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualem.

O já citado mestre alemão ROBERT ALEXY⁶ decompôs a máxima aristotélica da igualdade para afirmar: se não há razão suficiente para a distinção, o tratamento igual é obrigatório; se, no entanto, há razão suficiente para distinguir, o tratamento distintivo é obrigatório.

Ora, na escassez de vagas disponíveis para o *Colégio Estadual José Leite Lopes (Núcleo Avançado em Educação – NAVE)*, o Recorrente adotou critérios objetivos e razoáveis para a distinção: a origem do candidato – isto é, se advindo da rede privada ou da rede pública de ensino – e, entre os elegíveis, a aprovação no processo seletivo.

O Recorrido se insurge contra o primeiro critério, que, contudo, exhibe **indiscutível razoabilidade: há que se privilegiar a inclusão social das camadas economicamente menos favorecidas**, que, há mais tempo, estudam em escolas públicas.

Note-se bem que **o Recorrido não postula a matrícula em qualquer unidade de ensino médio do Estado do Rio de Janeiro, mas de uma instituição específica**, que integra esse projeto de inclusão que, por suas características próprias – que aqui não são discutidas, pois, como antes afirmado, não se pretende a revisão de matéria fática neste apelo extremo –, não pode contemplar a todos os estudantes e nem é legal ou constitucionalmente obrigada a isto (como, aliás, nenhuma escola técnica do país).

O atendimento da pretensão do Recorrido, na verdade, é que afronta o princípio constitucional da isonomia, ao suplantando ação afirmativa de promoção de igualdade material e estabelecer privilégio odioso em seu favor.

V – DA CONCLUSÃO

A forçosa conclusão, *rogata maxima venia*, é a de que o acórdão de fls. 132-136 viola frontalmente a Constituição da República, especialmente em seu art. 5º, *caput*, por quebra de isonomia, ao descuidar da razoabilidade do critério eleito pela Administração Pública Estadual para a oferta de vagas no ensino médio de caráter técnico-profissionalizante. Viola, ainda, o art. 208, II, da Carta de 1988, ao vislumbrar, equivocadamente, direito subjetivo do Recorrido ao ensino médio gratuito e, o que é ainda pior, ao ensino técnico profissionalizante, cuja oferta gratuita pelo Estado não advém de qualquer imposição constitucional.

Impende, pois, a integral reformado acórdão vergastado, para que seja o pedido julgado improcedente.

VI – DO PEDIDO

Diante do acima exposto, requer o Recorrente a V. Exas. que seja o presente recurso conhecido e provido, reformando-se o v. acórdão de fls. 132-136 dos presentes autos em sua integralidade.

Termos em que
pede deferimento.

Do Rio de Janeiro para Brasília, 20 de março de 2013.

FELIPE DERBLI C. BAPTISTA

Procurador do Estado

OAB/RJ n.º 99.423