

O PODER JUDICIÁRIO E O ACESSO AO ENSINO SUPERIOR SEGUNDO AS TEORIAS SUBSTANCIALISTA E PROCEDIMENTALISTA DA CONSTITUIÇÃO

THE JUDICIARY POWER AND THE ACCESS TO HIGHER EDUCATION ACCORDING TO THE SUBSTANTIAL AND PROCEDURALIST THEORIES OF THE CONSTITUTION

Alessandra de Matos de Araújo¹
Julia Maurmann Ximenes²

RESUMO

A discussão sobre o papel do Poder Judiciário diante da centralidade do Direito envolve dois eixos de análise, as teorias substancialista e procedimentalista da Constituição. O presente trabalho analisa uma demanda específica – o acesso ao ensino superior- e de que forma é possível justificá-lo sob o ponto de vista democrático. O objetivo é trazer à baila a discussão em torno da judicialização de políticas públicas, por meio da efetivação de demandas individuais.

Palavras-chave: Judicialização das políticas públicas. Ensino superior. Teoria substancialista. Teoria procedimentalista.

ABSTRACT

The discussion on the role of the Judiciary in the face of the centrality of Law involves two axes of analysis, the substantialist and proceduralist theories of the Constitution. This paper analyzes a specific demand - access to higher education - and how it can be justified from a democratic point of view. The objective is to bring to the fore the discussion about the judicialization of public policies, through the implementation of individual demands.

Keywords: Judicialization of public policies. Higher education. Substantial theory. Theory procedural.

1. INTRODUÇÃO

¹ Alessandra Matos de Araújo. Mestre em Direito pelo IDP. Participante do Grupo de Pesquisa Democracia, Direitos Fundamentais e Cidadania do Instituto Brasileiro de Direito Público. Email: alessandradematos@gmail.com

² Julia Maurmann Ximenes. Doutora em Sociologia Política pela Universidade de Brasília. Pós-doutora em Direito pela Universidade da Califórnia. Professora do Programa de Mestrado Constituição e Sociedade do Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP. Líder do grupo de pesquisa certificado no CNPq, Democracia, Direitos Fundamentais e Cidadania – DDFC/IDP. Email: julioximenes@idp.edu.br

A atuação do Poder Judiciário no contexto da judicialização das políticas públicas, quando o cidadão busca o Poder Judiciário para efetivar questões sociais, típicas de políticas públicas, como saúde (o mais significativo no caso brasileiro), assistência social, educação, meio ambiente, segurança pública, dentre outros, tem sido objeto de inúmeras discussões.

A análise sobre a legitimidade da atuação do Poder Judiciário na efetivação de direitos sociais é extensa e objeto de muita controvérsia. As críticas incluem o papel do Poder Judiciário na relação com os demais poderes estritamente políticos e responsáveis pela definição de políticas públicas³, pela necessidade de “pragmaticidade dos direitos fundamentais” (GALDINO, 2005) e as injustiças no próprio acesso à Justiça⁴, e pela eventual diminuição da autonomia individual e desmobilização popular.⁵

O presente trabalho aborda um caso de judicialização das políticas públicas a partir da controvérsia entre procedimentalistas e substancialistas quanto ao papel do Poder Judiciário na efetivação da democracia-deliberativa: a atuação deve se restringir a construção de canais comunicativos ou adentrar na materialização dos direitos sociais?⁶

³ Neste sentido, a própria atuação seria compreendida como ativismo judicial, no que Streck (2011, p. 72) aponta que “tem sido prático às avessas em *terrae brasilis*, contribuindo para a inefetividade dos direitos fundamentais sociais.” Isto porque ainda que ao demandar individualmente o efeito perverso da atuação do Poder Judiciário é justamente o impacto na política pública – “A pedra de toque estará no reconhecimento, pelo Judiciário, de que seu papel não é – nem nunca poderá ser – substitutivo, mas sim de *indução* do desenvolvimento regular, elas estruturas institucionais previstas na constituição, dos mistérios de cada qual.” (VALLE, 2009, p. 153, grifo no original).

⁴ Outra perspectiva crítica é a orçamentária – os “direitos não nascem em árvores” conforme aponta Galdino (2005) e o Poder Judiciário não pode ignorar a execução de decisões com forte impacto orçamentário, principalmente quando elas são individuais, pois ainda que atendam a demanda do sujeito de direito individualmente, o impacto será coletivo, uma tensão entre “micro justiça” (Justiça Comutativa) e “macro justiça” (Justiça Redistributiva), pois a “justiça distributiva não pode fazer-se levando em conta o esquema bilateral” (LOPES, 2006, p. 135). Ferraz (2011) aponta que na verdade a judicialização da saúde acaba penalizando o pobre que não tem acesso a advogados e consequentemente a Justiça.

⁵ Este é o principal argumento da ciência política – a criação de uma “cidadania clientelista”. “E o resultado disso é que o cidadão individualizado não mais se envolve em questões de mobilização social e a justiça se torna um verdadeiro balcão de queixas sociais”. (GONÇALVES, 2006, p. 95) Aqui o grande risco da expansão da atuação do Poder Judiciário: um governo de juizes. “A justiça não pode se colocar no lugar da política; do contrário, arrisca-se a abrir caminho para uma tirania das minorias, e até mesmo para uma espécie de crise de identidade. Em resumo, o mau uso do direito é tão ameaçador para a democracia como seu pouco uso.” (GARAPON, 2001, p. 53). Uma espécie de “superego da sociedade” cerceando a autonomia dos indivíduos e a soberania popular (MAUS, 2000).

⁶ Os eixos substancialista e procedimentalista serão objeto de análise durante o trabalho, mas adiantamos que “Controvérsias à parte, esses dois eixos analíticos teriam em comum o reconhecimento do Poder Judiciário como instituição estratégica nas democracias contemporâneas, não limitada às funções meramente declarativas do direito, impondo-se, entre os demais Poderes, como uma agência indutora de um efetivo *checks and balances* e da garantia da autonomia individual cidadã” (VIANNA, *et al*, 1999, p. 24).

O papel do Direito e do Poder Judiciário tem sido predominante na própria concretização da democracia e da cidadania, fruto de uma abordagem em que o juiz surge como o recurso contra a implosão das sociedades democráticas que não conseguem administrar de outra forma a complexidade e a diversificação que elas mesmas geraram. Ele é o último “guardião de promessas”, tanto para o sujeito, como para a comunidade política, diante da crise de legitimidade do Estado. A sociedade tem se remetido aos juízes por conta da ausência de autoridade, passando a preencher a função de instituição unificadora. (GARAPON, 1992)⁷

Para problematizar as duas abordagens considerando a realidade social que deposita uma grande confiança no Direito e no Poder Judiciário, o grupo de pesquisa, Democracia, Direitos Fundamentais e Cidadania (DDFC) do Instituto Brasiliense de Direito Público⁸ efetuou uma pesquisa sobre a judicialização do acesso ao ensino médio, em virtude do aumento de processos judiciais envolvendo estudantes que ao serem aprovados no vestibular de uma universidade pública, queriam se matricular no curso supletivo, com o objetivo de avançar a conclusão do ensino médio ou do 3º ano do ensino médio.

Nas ações ajuizadas perante a Vara Cível, de Família e de Órfãos e Sucessões do Núcleo Bandeirante –DF, os requerentes pleiteavam a matrícula no curso “Educação de Jovens e Adultos –EJA”, conhecido como Curso Supletivo do ensino médio no CEBAN – Centro Educacional Bandeirantes, com o intuito de acelerar o término do ensino médio ou a 3º ano do ensino médio e, caso concluíssem com êxito, poderiam, dessa forma, obter o Certificado de Conclusão do ensino médio para viabilizar a matrícula na Universidade, uma vez que tiveram os seus pedidos negados pela requerida, sob o fundamento de que não tinham 18 anos completos.

O problema de pesquisa é: Como interpretar a judicialização do acesso ao ensino superior considerando o objetivo perseguido pela política pública educacional? A partir do marco teórico procedimentalista e substancialista, a problematização é sobre duas

⁷ Em uma abordagem que defende a adaptação do juiz a uma democracia “mais associativa, participativa e mais deliberativa”, Garapon (1992) deposita uma grande responsabilidade no exercício das atribuições jurisdicionais: “O prestígio contemporâneo do juiz procede menos de uma escolha deliberada do que de uma reação de defesa em face de um quádruplo desabamento: político, simbólico, psíquico e normativo... O juiz surge como um recurso contra a implosão das sociedades democráticas que não conseguem administrar de outra forma a complexidade e a diversificação que elas mesmas geraram... Os juízes são os últimos a preencher uma função de autoridade.”(p. 26/7)

⁸ O grupo de pesquisa, vinculado ao Mestrado Constituição e Sociedade do IDP, é liderado pela Professora Doutora Julia Maurmann Ximenes e coordenado pela Professora Janete Ricken.

ideias-chave: “o Direito Positivo cristaliza opções políticas e as formaliza como normas cogentes, determinando o que *deve ser*” ou o Direito⁹ assegura participação, *accountability* e mobilização? (COUTINHO, 2013, p. 198, *grifos no original*)).

O percurso da análise começa com o próprio direito constitucional à educação e suas implicações no ensino superior; prossegue com os eixos procedimentalista e substancialista, e finaliza com a análise dos dados a partir do marco teórico estabelecido. Qual é o papel do Direito e do Poder Judiciário??

2. O ACESSO AO ENSINO SUPERIOR

Na Constituição Federal de 1988, o direito à educação está previsto no Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais (Capítulo II, art. 6º), sendo considerado, portanto, como um direito social.

Por meio da leitura do art. 205 combinado com o art. 6º, é possível afirmar que a educação se eleva ao nível dos direitos fundamentais e, além disso, é de caráter universal, quando está previsto que a “educação é direito de todos”. O art. 205 enuncia os 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.”

A Constituição Federal de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009, estabeleceu que a educação básica é obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria.

A redação do parágrafo primeiro do art. 208 da Constituição estabelece que “o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”.

Ocorre que na doutrina a controvérsia surge a partir desta noção de direito público subjetivo: trata-se de um direito plenamente eficaz e de aplicação imediata, isto é, exigível judicialmente, ou norma programática que depende da discricionariedade governamental para ser implementado?

⁹ O trabalho utilizará a palavra Direito em letra maiúscula para valorizar a perspectiva da definição da política pública em norma infraconstitucional, na problematização do papel do Poder Judiciário diante das definições do Direito Positivo sobre a efetivação do direito à educação.

Para José Afonso da Silva toda norma constitucional é dotada de eficácia ou “não há norma constitucional alguma destituída de eficácia.” (SILVA, 1998, p. 82-83). Dentre as normas de eficácia limitada devem ser compreendidas aquelas de princípio institutivo ou organizativo, que se caracterizam por indicarem uma legislação futura que lhes complete a eficácia e lhes dê efetiva aplicação, enquanto que as normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade conceituam-se como aquelas que não produzem, como a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado.

Para o autor as normas referentes à educação são normas programáticas enunciativas ou declaratórias de direitos, ao classificar, especificamente, os arts. 205 e 208 § 2º, da Constituição Federal, como programáticas, apesar da sua afirmação, embora genérica de que as normas que consubstanciam os direitos fundamentais são de eficácia contida e de aplicabilidade imediata. (SILVA, 1998, p. 165-172).

Entretanto, Eros Grau (1998, p. 126) argumenta que a alegação de que embora a Constituição Federal tenha contemplado de maneira explícita o direito à educação como direito social, conforme previsto nos arts. 6º e 205, há de ser entendido como de eficácia plena e aplicabilidade imediata, produzindo efeitos jurídicos, na condição de direito público subjetivo. Nesse contexto, o referido autor entende que o direito à educação é mais do que um direito social de segunda dimensão, é um direito fundamental de suma importância para que o ser humano possa atingir a sua plenitude terrena, no plano material e espiritual.

Até o advento da atual Constituição Federal, embora se reconhecesse a importância da educação como fator de mudança social, não havia, excetuada a obrigatoriedade de matrícula, nenhum instrumento de sua exigibilidade, delegando as normas constitucionais a sua regulamentação às leis ordinárias.

A promoção e a proteção dos direitos fundamentais exigem omissões e ações estatais. Desse modo, no que concerne aos direitos sociais, a sua eficácia depende de uma ação concreta do Estado, por meio de políticas públicas, e não de uma mera possibilidade de agir em juízo, ao classificá-lo como direito público subjetivo.

Ocorre que, como estamos diante de um direito social, o seu objeto não é, simplesmente, uma prestação individuada, mas, sim, a realização de políticas públicas, e sua titularidade se estende aos grupos vulneráveis. (DUARTE, 2006, p. 271)

E a construção de políticas públicas e seu estudo por parte do campo jurídico tem sido um desafio. Nesta linha que Coutinho (2013, p.184) busca refletir sobre o arcabouço do Direito Público para “definir papéis e tarefas executivas (‘quem faz o que?’), atribuir competências (‘decidir quem decide’), conectar atores (‘quem interage com quem e como?’), coletar, solidificar e difundir experiências bem-sucedidas”.

No âmbito da legislação infraconstitucional educacional, objeto do presente estudo, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, estabelece no art. 21, inciso I, que “a educação básica é formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio.”

De igual forma, a referida norma prevê a oferta do ensino supletivo, todavia, o art. 38, §1º, II da Lei proíbe o ingresso no ensino supletivo de estudantes com idade inferior a 18 anos para a obtenção do certificado de conclusão do ensino médio, conforme abaixo transcrito:

Da Educação de Jovens e Adultos

Art. 37. A educação de jovens e adultos será destinada àqueles que não tiveram acesso ou continuidade de estudos no ensino fundamental e médio na idade própria.

§ 1º Os sistemas de ensino assegurarão gratuitamente aos jovens e aos adultos, que não puderam efetuar os estudos na idade regular, oportunidades educacionais apropriadas, consideradas as características do alunado, seus interesses, condições de vida e de trabalho, mediante cursos e exames.

§ 2º O Poder Público viabilizará e estimulará o acesso e a permanência do trabalhador na escola, mediante ações integradas e complementares entre si.

§ 3º A educação de jovens e adultos deverá articular-se, preferencialmente, com a educação profissional, na forma do regulamento. [\(Incluído pela Lei nº 11.741, de 2008\)](#)

Art. 38. Os sistemas de ensino manterão cursos e exames supletivos, que compreenderão a base nacional comum do currículo, habilitando ao prosseguimento de estudos em caráter regular.

§ 1º Os exames a que se refere este artigo realizar-se-ão:

I - no nível de conclusão do ensino fundamental, para os maiores de quinze anos;

II - no nível de conclusão do ensino médio, para os maiores de dezoito anos.

§ 2º Os conhecimentos e habilidades adquiridos pelos educandos por meios informais serão aferidos e reconhecidos mediante exames.

No tocante ao ensino superior, o art. 208, V, da Constituição Federal de 1988, prevê que o “acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um”.

Desse modo, por meio da atuação do Poder Judiciário, os requerentes pleiteavam a matrícula no curso supletivo com idade inferior a 18 anos, a fim de obter com o provimento jurisdicional a realização de exames e, por conseguinte, a conclusão do ensino médio, o que possibilitaria a matrícula no curso superior no qual tinham sido aprovados no vestibular. Como analisar o exercício do “papel” do Direito e do Poder Judiciário a partir dos eixos substancialista e procedimentalista?

3. A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO SEGUNDO AS TEORIAS SUBSTANCIALISTA E PROCEDIMENTALISTA

Conforme já destacado, vivenciamos um crescimento na importância do Poder Judiciário e do sistema jurídico na mediação das relações sociais, políticas e econômicas para a garantia dos direitos fundamentais: “a vocação expansiva do princípio democrático tem implicado uma crescente institucionalização do direito na vida social, invadindo espaços até há pouco inacessíveis a ele, como certas dimensões da esfera privada” (VIANNA, *et all*, 1999, p. 15)

No cenário atual, a realização do Direito¹⁰ deve tentar acompanhar a realidade, ainda mais considerando que a Constituição Federal de 1988 é dotada de uma força normativa vinculante para todos os Poderes Estatais (HESSE, 1991), na medida em que a Constituição materializou inúmeros direitos, antes relegados ao plano político-formal.

Desse modo, é analisada a forma pela qual deve ser a intervenção do Poder Judiciário na concretização desses direitos fundamentais, diante do reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos que transformou o estudo clássico da hermenêutica e da teoria da norma. É possível citar como doutrinador deste eixo

¹⁰ Optamos por utilizar a palavra Direito com letra maiúscula neste caso para destacar a amplitude presente na abordagem sociojurídica sobre a crescente judicialização – a polêmica reside na eventual crença de que o Judiciário poderá atender e resolver demandas de cunho político, individuais e coletivas, e não apenas os direitos positivados.

substantialista jurista norte-americano Ronald Dworkin(2001), por meio da sua teoria substantiva da Constituição e da democracia.

Para o autor, o fato do Poder Judiciário analisar conflitos políticos exige que os litígios sejam solucionados com fundamentos jurídicos, razão pela qual os juízes devem utilizar argumentos de princípios e não de política.

Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas tem sob o nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove o bem-estar geral (2001, p. 101).

Além disso, na solução do caso concreto, o juiz deve utilizar, além de regras, os princípios, e, em uma eventual colisão, recorrer-se-á à ponderação ou proporcionalidade, uma vez que os princípios "permitem o balanceamento de valores e interesses de acordo com o caso concreto" (CUNHA JUNIOR, 2008, p. 147), tentando restringir, dessa forma, o âmbito de discricionariedade judicial.

Em contrapartida, o eixo procedimentalista parte da premissa do papel invasivo do Direito nas relações sociais. Jurgen Habermas (1997) e Antoine Garapon (2001) apontam que o Judiciário tem poderes mais limitados, sua atuação ocorre sempre que os poderes Legislativo e Executivo não tenham cumprido o papel na proteção dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, é importante destacar os ensinamentos de Antoine Garapon, pois a transposição dos problemas humanos e sociais em termos jurídicos compromete os vínculos sociais.

Há alguns anos, a constatação do aumento do poder do juiz teria feito tremer certa faixa da opinião pública que veria, como consequência, surgir um controle social insuportável. Mas isso talvez não constitua o essencial. Se o dogma da democracia for levado ao pé da letra, o perigo da ilusão da democracia jurídica não é tanto o governo dos juízes, mas sobretudo o poder da pessoa. A justiça deve permanecer como um poder corretivo. Os poderes negativos, que a imprensa e a justiça representam, essa incerteza da norma, esse jogo de massacre no qual a democracia parece estar engajada, correm o risco de instalar, como sucessor da antiga soberania política, não o poder de alguns poucos, mas a vacância do poder. (2001, p. 153).

De acordo com Habermas (1997, V II), a concepção de comunidade jurídica pressupõe a ideia de que ninguém é livre enquanto a sua liberdade implicar a opressão do outro, pois a distribuição simétrica de direitos resulta do reconhecimento de todos como membros livres e iguais, motivo pelo qual a distribuição equitativa de direitos subjetivos não pode ser dissociada da autonomia pública dos cidadãos, a ser exercida

em comum, na medida em que participam da prática de legislação conforme abaixo transcrito:

A ideia de uma sociedade justa implica a promessa de emancipação e de dignidade humana. Pois o aspecto distributivo da igualdade de *status* e de tratamento, garantido pelo direito, *resulta* do sentido universalidade do direito, que deve garantir a liberdade e a integridade de cada um. Por isso, na sua respectiva comunidade jurídica, *ninguém* é livre enquanto a sua liberdade implicar a opressão do outro. Pois a distribuição simétrica de direitos resulta do reconhecimento de todos como membros livres e iguais. Esse aspecto do respeito igual alimenta a pretensão dos sujeitos a iguais direitos. O erro do paradigma jurídico liberal consiste em reduzir a justiça a uma distribuição igual de direitos, isto é, em assimilar direitos a bens que podem ser possuídos e distribuídos. No entanto, os direitos não são bens coletivos consumíveis comunitariamente, pois só podemos “gozá-los” *exercitando-os*. Ao passo que a autodeterminação individual constitui-se através do exercício de direitos que se deduzem de normas *produzidas legitimamente*. Por isso, a distribuição equitativa de direitos subjetivos não pode ser dissociada da autonomia pública dos cidadãos, a ser exercida em comum, na medida em que participam da prática de legislação. (p. 159, grifos no original)

Importante salientar que para o presente artigo não consideramos as teorias substancialista e procedimentalista como contrapostas, uma vez que entendemos que elas se diferenciam quanto à extensão/medida da interferência do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais, tendo em vista o princípio democrático, ou seja, elas não negam a democracia, mas apenas divergem sobre o papel que o Poder Judiciário poderá desempenhar na efetivação dos direitos.¹¹ Ademais, deve-se considerar que tais teorias foram desenvolvidas em outro contexto histórico diferente do vivenciado no Brasil.

É nesta linha que Luiz Werneck Vianna afirma que a expansão do direito e do Poder Judiciário ocorre em virtude da existência de uma sociedade que jamais reconheceu, de fato, a liberdade, o que implica “na ocupação de um vazio deixado pela crise das ideologias, da família, do Estado e do sistema da representação.” (1999, p.153)

Antoine Garapon, no entanto, é bastante crítico em relação ao que ele denomina de “despotismo da justiça”.

Será preciso contestar o leve despotismo da justiça em nome de uma concepção clássica da democracia, correndo-se o duplo risco de se continuar cego quanto ao papel político do juiz e, frustrando sua função, de se ver a justiça unir-se a outras formas ainda mais indesejáveis? Como assumir essa nova demanda e, ao mesmo tempo, proteger a democracia do arbitrário que representa o governo dos juizes? De que maneira calcular a exata distância entre justiça e poder político? Nossa época desconfia de qualquer ideologia e rejeita os extremos, exige uma abordagem mais sutil. O verdadeiro desafio

¹¹ A própria indicação dos principais autores das duas teorias não exclui outras e tem como principal fonte a pesquisa de Vianna *et al* (1999), a partir da relação entre Direito e Política, sem nenhum descrédito a democracia, mas apenas discutindo a influência dos princípios na atuação do Poder Judiciário e as possibilidades na efetivação dos direitos.

está em estabelecer a complementariedade entre justiça e democracia, ou melhor, os meios para a dinamização da democracia pela justiça, e não mais contra a justiça. (2001, p. 171)

Além disso, o referido autor acrescenta que é preciso considerar o aspecto político presente em qualquer ato de julgar, até mesmo em razão do fato de que o novo aumento de poder do juiz deve ser para dinamizar e não sufocar a democracia.

Para ir contra essas representações simplistas é preciso observar o aspecto político presente em qualquer ato de julgar, sem exagerá-lo nem negá-lo. A recusa em vê-lo impede futuros debates e que se aceite esse novo aumento de poder do juiz para dinamizar - e não sufocar - a nossa democracia. A particularidade dos juízes não é estar fora do sistema, “mas a ele estar ligado de uma maneira diferente dos outros”. Cessemos, portanto, de opor justiça à democracia, para compreender que governo e jurisdição são dois modos de intervenção no espaço público; o primeiro como poder, e o segundo como autoridade. (2001, p. 172)

A teoria substancialista, no entanto, defende a ampla atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais, independentemente da existência de uma política pública definida, inclusive porque há uma reserva na capacidade da democracia representativa de promover justiça. Diante da fundamentação da criação jurisprudencial do Direito na primazia constitucional, o papel do Judiciário é valorizado mesmo diante dos argumentos sobre a vontade da maioria (VIANNA *et all*, 1999, p. 33-35).

É preciso que os impasses da intervenção da justiça no espaço público sejam discutidos e, se possível, solucionados, evitando o perigo da judicialização extrema. Assim, a autoridade judicial deve manter a distância fundamental da democracia por meio de um trabalho de organização e de realização, por meio dos seguintes parâmetros, segundo Garapon:

A autoridade deve manter a distância fundamental da democracia por meio de um trabalho de organização e realização. Essa distância é indispensável à respiração da democracia. Se o poder é incessantemente levado a se identificar consigo mesmo e a se emancipar de qualquer referência, se a mídia deriva para uma democracia direta, libertando-se da mediação das instituições, se a democracia individualista confunde o indivíduo com seus desejos e emoções, a justiça se coloca como uma instância simbólica, entre o real e sua representação, entre o poder e sua fundação, entre o indivíduo e o sujeito de direito. Antes de ser repressiva ou social, civil ou penal, arbitral ou tutelar, a justiça é sobretudo uma instância simbólica que deve proporcionar referenciais coletivos. (2001, p. 187-188)

O reconhecimento de direitos sociais não deve ser entendido como “direito a ter direitos”, que deverão ser garantidos sempre pelo Poder Judiciário, mas também pelas diferentes maneiras definidas pelo próprio Direito Positivo (políticas públicas) de garantir a sua efetivação.

Ora, o afastamento de uma política pública de ensino pelo Poder Judiciário deve ser justificada, e se for o caso utilizada apenas em casos excepcionais. Nesta linha, o

presente trabalho busca analisar não apenas o que o Direito é, mas compreender o que ele faz a partir da investigação de um caso empírico e dois possíveis papéis do Direito: o desenho da política pública (Direito) como objetivo¹² ou como vocalizador de demandas¹³ (criar condições de participação) (COUTINHO, 2013, p.194)¹⁴ O primeiro se aproxima do eixo procedimentalista e o segundo do substancialista. Após a apresentação dos dados esta análise será retomada.

3. A ANÁLISE DOS DADOS

As ações analisadas foram ajuizadas contra o CEBAN (Centro Educacional Bandeirantes) tramitando na Vara Cível, de Família e de Órfãos e Sucessões do Núcleo Bandeirante – DF, durante o mês de julho de 2012, 2013 e 2014, e incluíram petição inicial, decisão interlocutória e sentença.

As análises levantaram dados sobre a idade do aluno, o tipo de Instituição de Ensino Superior (IES), e as unidade de registro: ensino médio, vestibular, IES, supletivo. O objetivo foi refletir sobre os argumentos utilizados pelos juízes que analisaram os processos. Assim, as variáveis para análise foram: eventual mudança na argumentação durante o período analisado, a compreensão sobre as análises de contexto considerando determinado marco teórico (propostas abaixo) e, por fim, se houve a construção de “filtros” na argumentação/fundamentação dos julgados que pudesse caracterizar uma atuação defensiva por parte do Poder Judiciário.

Tabela 1

Período	População	Amostra/universo de análise
07/2012	56 processos	6 processos
07/2013	248 processos	25 processos

¹² “O Direito, nesse sentido, pode ser entendido como uma diretriz normativa (prescritiva) que delimita, ainda que de forma geral e sem determinação prévia de meios, o que deve ser perseguido em termos de ação governamental. Ele é, nessa acepção, uma bússola cujo norte são os objetivos dados politicamente, de acordo com os limites de uma ordem jurídica”. (p. 194)

¹³ “Para isso, o direito pode prover (ou desprover) as políticas de mecanismos de deliberação, participação, consulta, colaboração e decisão conjunta, assegurando, com isso, que elas sejam permeáveis à participação e não insuladas em anéis burocráticos”. (p. 197)

¹⁴ O autor ainda apresenta dois outros papéis: Direito como arranjo institucional (estruturar arranjos complexos que tornem eficazes essas políticas) e como ferramenta (oferecer meio para implementação dos fins da política pública). Para o presente trabalho, optamos pelos dois papéis que se aproximam do marco teórico abordado.

07/2014	149 processos	15 processos
TOTAL	453 processos	46 processos

Fonte: grupo de pesquisa DDFC/IDP.

A técnica de pesquisa utilizada foi a análise de conteúdo¹⁵, que tem como principal objetivo inferir compreensões não explicitadas no texto. As unidades de registro utilizadas foram: ensino médio, vestibular, instituição de ensino superior e supletivo. A partir destas unidades, os pesquisadores buscaram unidades de contexto – significados atribuídos as unidades de registro nos três documentos analisados (petição inicial, decisão interlocutória e sentença).¹⁶

O pedido se repete nas 46 petições iniciais: os requerentes demandam a matrícula no curso de Educação de Jovens e Adultos – EJA, conhecido como Curso Supletivo do ensino médio no Centro Educacional Bandeirantes - CEBAN, com o intuito de acelerar o término do ensino médio ou o 3º ano do ensino médio. Obtendo êxito no curso, podem obter o Certificado de Conclusão do Ensino Médio para viabilizar a matrícula na Universidade onde foram aprovados no vestibular, pois não tem autorização para fazer a matrícula sem 18 anos completos.

Importante apresentar alguns dados iniciais sobre os processos. Em 2012, são apenas 6 processos e todos os requerentes foram aprovados em Instituição de Ensino Superior – IES, pública, a Universidade de Brasília - UnB. Em 2013, no mesmo período, 24 processos e todos também na UnB. Já em 2014, também 15 processos, mas 14 requerentes foram aprovados em IES privadas.

Em 2012 e 2013, jovens com 17 e 16 anos, em 2014, jovens com 14, 16 e 17 anos – uma redução no universo de requerentes, pois são jovens que estão cursando o 1º ou o 2º ano do ensino médio.

Na análise das unidades de contexto a partir das unidades de registro definidas previamente, foi possível perceber o cunho substancialista por parte do Poder Judiciário, considerando o papel mais invasivo na sua atuação.

¹⁵Bardin (1979) destaca que a análise de conteúdo compreende um conjunto de técnicas de análise das comunicações, o que permite um amplo campo de aplicação, como discursos políticos, manuais escolares, entrevistas, novelas, etc... A técnica procura conhecer aquilo que está por trás das palavras sobre as quais se debruça, e não uma restrita “leitura do real”, que aceita o caráter provisório das hipóteses, que descreve os conteúdos, mas sim no que estes poderão nos ensinar após serem trabalhados com o quadro referencial específico do tema.

¹⁶ Alguns trechos e argumentos serão aqui reproduzidos sem menção a um processo específico, pois são trechos repetidos nos diversos documentos.

- INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR (IES) – não há preocupação com o curso e a concorrência, apenas o fato de ser de “reconhecida universidade”, argumento para justificar a concessão da liminar
- ENSINO MÉDIO – 25 decisões utilizam o argumento da capacidade intelectual para cursar o ensino superior considerando que o requerente foi aprovado no vestibular; 11 decisões mencionam a “maturidade” como um requisito para o ensino superior, acompanhado da capacidade intelectual. Contudo, todos os processos de alguma forma descartam o critério biológico como o único requisito para se aferir a capacidade de um aluno iniciar o ensino superior.
- VESTIBULAR – argumentação similar a da IES – o requerente foi aprovado em vestibular de reconhecida instituição de ensino (34 processos)
- SUPLETIVO – 43 processos repetem a necessidade de interpretação sistêmica, contrários ao apego à disposição literal da lei

De acordo com os processos pesquisados no ano de 2013 (que totalizaram 25 ações), constatou-se que na interpretação o critério biológico não poderia ser o único requisito para se aferir a capacidade intelectual de um estudante.

Em 2014, a questão da aprovação em vestibular de reconhecida instituição de ensino foi mitigada, na medida em que houve o deferimento de medida liminar mesmo no caso de aprovação do requerente em instituição de ensino superior privada e de fácil acesso.

Ademais, nos processos pesquisados, foi considerado desarrazoado impedir o acesso ao estudante ao ensino universitário, por mero apego à disposição de lei, sem se valer de uma interpretação sistêmica e conforme a Constituição, que, caso contrário, configuraria verdadeira afronta aos princípios e ditames constitucionais que priorizam e incentivam o acesso à educação, nos seguintes termos:

Em que pese o impeditivo legal, é certo que cabe ao julgador, na aplicação da lei ao caso concreto, interpretá-la conforme o sistema normativo, mitigando o rigor da lei em certos casos. É que não se tem mais vislumbrado o fator biológico como único quesito para se aferir a capacidade intelectual de um estudante. Veja que a própria Constituição assegura o “acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um” (art. 208, inciso V), não impondo, portanto, a Lei Maior limitador de idade para tal fim.

Assim, considerando as peculiaridades do caso, não seria razoável impedir o acesso de estudante ao ensino universitário, por mero apego à disposição literal de lei, sem se valer de uma interpretação sistêmica e conforme a

Constituição, que, caso contrário, configuraria verdadeira afronta aos princípios e ditames constitucionais que priorizam e incentivam o acesso à educação.

Ademais, o autor demonstrou possuir maturidade e capacidade intelectual para ingressar no ensino acadêmico superior, haja vista sua aprovação em vestibular de reconhecida instituição universitária. (Trecho da sentença prolatada no processo nº 2013.11.1.003879-5).

Desse modo, nos julgamentos analisados, a decisão concluiu que os requerentes, por terem sido aprovados no vestibular para o curso superior, estariam intelectualmente preparados para essa etapa de aprendizagem, sendo cabível ao aluno acelerar seu curso de ensino médio a fim de se matricular em curso de ensino superior.

Logo, a aferição da maturidade e capacidade intelectual dos requerentes restou comprovada apenas com a sua aprovação no vestibular, especialmente porque foram aprovados em vestibular de reconhecida instituição universitária – Universidade de Brasília –obtendo a liminar e, posteriormente, sentença favorável, independentemente do Curso superior almejado.

Em alguns casos, foi possível constatar também a aplicação da teoria do fato consumado, naquelas situações em que no momento da prolação da sentença já tinha ocorrido a realização do exame final do curso supletivo de ensino médio, a emissão do certificado de conclusão e a consequente matrícula no curso superior para o qual o requerente foi aprovado.

Ora, nos julgamentos analisados não estava sendo discutida a falta de acesso dos estudantes ao ensino superior, o que, em tese, justificaria a interferência do Poder Judiciário segundo a teoria procedimentalista, e na perspectiva do Direito como vocalizador de demandas. As ações judiciais tratavam do direito de alguns estudantes que pleiteavam a sua matrícula em curso supletivo com idade inferior a 18 anos, apesar da vedação contida na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, objetivando, com isso, o acesso ao ensino superior.

Assim, a vertente substancialista poderia então justificar o provimento jurisdicional nesses casos, mas o que restou constatado na análise dos dados é que a matrícula para o curso supletivo foi deferida independentemente do curso aprovado no vestibular e da idade do aluno, já que alunos com apenas 16 anos e de 14 anos (2 processos) também tiveram medidas liminares deferidas.

Não podemos esquecer que existem estudantes em situações peculiares, cujo nível de capacidade intelectual justifica o aceleração do ensino médio como, por

exemplo, nos casos de superdotados, no qual a norma posta não trouxe a previsão e, segundo a teoria substancialista, a atuação do Poder Judiciário estaria justificada.

Nos julgamentos analisados as condições de cada estudante tivessem sido abordadas, restaria justificada a atuação do Poder Judiciário do ponto de vista da racionalidade, conforme a teoria procedimentalista. O direito à educação é efetivado observando o desenho da política pública definida em lei, o que restou atendido em virtude da sua previsão na Lei nº 9.394, de 1996. Diante de omissão do Executivo na efetivação do direito, o Direito como objetivo, justificaria a atuação substancialista do Poder Judiciário.

A idade mínima prevista na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional para a matrícula em cursos de Educação de Jovens e Adultos foi objeto do Parecer CNE/CEB nº 6/2010, do Conselho Nacional de Educação/Câmara de Educação Básica que reexaminou o Parecer CNE/CEB nº 23/2008, com o objetivo de definir Diretrizes Operacionais para a Educação de Jovens e Adultos – EJA, especificamente no que concerne aos parâmetros de duração e idade dos cursos para a EJA; e ao disciplinamento e orientação para os cursos de EJA desenvolvidos por meio da Educação a Distância.¹⁷

O referido Parecer foi aprovado pelo Exmo. Senhor Ministro de Estado da Educação em 7 de abril de 2010 e publicado no Diário Oficial da União de 9 de abril de 2010 propõe a idade de 15 (quinze) anos e 18 (dezoito) anos como parâmetros para o Ensino Fundamental e Médio, respectivamente.

Na alínea “e” do item 1.2 do referido Parecer, p. 29, consta a seguinte justificativa para a idade mínima de 18 anos, *in verbis*:

e) a Lei nº 8.069/90 (ECA) define a categoria *jovem* a partir de 18 (dezoito) anos, em respeito à maioridade explicitada no art. 228 da Constituição Federal, bem como afirma ser dever do Estado a oferta do ensino regular noturno ao adolescente trabalhador;

De igual forma, no item 3, p. 31, o referido Parecer indica também como idade mínima adequada para a realização de exames de EJA a de 15 (quinze) anos completos para o ensino fundamental e 18 (dezoito) anos completos para o ensino médio, tal como previsto para os cursos presenciais e a distância.

¹⁷ Parecer CNE/CEB nº 06/2010 aprovado por meio do Despacho do Exmo. Sr. Ministro de Estado da Educação, publicado no Diário Oficial da União de 09/06/2010, Seção 1, p. 20. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=5366-pceb006-10&category_slug=maio-2010-pdf&Itemid=30192>. Acesso em: 13 out. 2016.

Acrescente-se ainda que a fixação da idade mínima está fundamentada em estudos técnicos e é fruto de intensos debates ocorridos em audiências públicas realizadas por especialistas do Ministério da Educação e do Conselho Nacional de Educação, o que demonstra a legitimidade da política pública, que foi afastada pelo Poder Judiciário para atender aos interesses do grupo que ajuizou as ações objeto do presente estudo.

A reflexão que apontamos aqui sobre a judicialização do acesso ao ensino superior é que na verdade o Direito está sendo um vocalizador de demandas que ultrapassam os limites da definição da própria política pública e que neste sentido demanda uma revisão pelos atores democráticos e não pelo Poder Judiciário. O eixo procedimentalista não permite justificar a atuação neste caso.

É evidente que essa nova tarefa imposta ao Direito não compromete os alicerces da democracia representativa. O grande dilema é construir as condições para evitar que a justiça constitucional (ou o poder dos juízes) se sobreponha ao próprio Direito. (STRECK, 2009, p. 339).

Aos operadores do Direito caberá formular uma hermenêutica constitucional dotada de estruturas lógicas e mecanismos técnicos aptos a dar efetividade às normas constitucionais, sempre tendo em vista que “o Direito existe para realizar-se”, não podendo o Direito Constitucional ser interpretado diversamente, pois “sendo a Constituição a própria ordenação suprema do Estado, não pode existir uma norma ulterior, de grau superior, que a proteja”, devendo, portanto, “encontrar-se em si mesma a própria tutela e garantia” (BARROSO, 2002, p. 87).

No caso em análise, a complexidade inerente a definição das políticas públicas não está sendo considerada e a partir de uma interpretação substancialista tem se justificado a atuação invasiva do Poder Judiciário, distorcendo o próprio objetivo da política pública e atendendo individualmente uma demanda que perpassa uma discussão mais ampla sobre a maturidade dos jovens para ingresso no ensino superior.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado Democrático de Direito propiciou uma nova configuração nas esferas de tensão dos Poderes do Estado, decorrente do novo papel assumido pelo Estado e pelo constitucionalismo, circunstância que reforça o caráter hermenêutico do direito.

Essa nova fase do Direito se identifica por um conjunto de elementos, dentre eles: textos constitucionais principiológicos, a previsão/determinação de efetivas transformações da sociedade (caráter compromissório e diretivo das Constituições) e as crescentes demandas sociais que buscam no Poder Judiciário a concretização de direitos tendo como base os diversos mecanismos de acesso à justiça.

Apesar da aparente tensão existente entre os procedimentalistas que entendem que os julgadores devem meramente zelar pelo processo democrático para que este concretize as pretensões da população e os substancialistas que defendem a tese segundo a qual uma Constituição deve consagrar direitos fundamentais, princípios e propósitos públicos que visem concretizar relevantes valores de uma sociedade: justiça, liberdade e igualdade, a serem implementadas por juízes, a presente pesquisa demonstrou que o Poder Judiciário pode intervir no acesso ao ensino superior quando as condições peculiares do estudante justificam o afastamento da norma posta.

A atuação nos julgamentos analisados, no entanto, foi no sentido de afastar a norma apenas em razão da aprovação dos estudantes em uma instituição de ensino superior, ampliando a própria definição de Direito para incluir uma questão mais ampla que é a discussão da política pública.

Ante o exposto, a pesquisa no caso do acesso ao ensino superior contribui para um debate sobre a necessidade do Poder Judiciário, quando for resguardar os direitos fundamentais, atuar com critérios de racionalidade, ao afastar o cumprimento de determinadas políticas governamentais, sob pena de comprometer os vínculos sociais.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Temas de Direito Constitucional**. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (org) **Política Pública como campo disciplinar**. São Paulo: UNESP, 2013.
- CUNHA JÚNIOR. Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2008.

- DUARTE, Clarice Seixas. Direito público subjetivo e políticas educacionais. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (org). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 267-278.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Harming the poor through social rights litigation: lessons from Brazil. **Texas Law Review**, v. 89, p. 1643-1668, 2011.
- GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos** – direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião de promessas**. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2.ed., 2001.
- GONÇALVES, Alcindo. Políticas públicas e a ciência política. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas – reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 75-96.
- GRAU, Eros Roberto. Direito, conceito e normas jurídicas. **Revista dos Tribunais**, 1988.
- HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia – entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. V. 1 e 2.
- HESSE, Konrad. **A força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos Sociais – teoria e prática**. São Paulo: Método, 2006.
- MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 58, nov. 2000, pp. 183-202.
- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(em crise) – uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8.ed., rev. e atual. Porto Alegre: 2009.
- VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas Públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

Recebido em 10.12.2016

Aprovado em 13.01.2017