

A JUDICIALIZAÇÃO DO ENSINO SUPERIOR: ENTENDIMENTOS UTILIZADOS NA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES PELO JUDICIÁRIO

Cláudia Tavares do Amaral

Instituto de Educação - Universidade de Lisboa
claudiatamaral@yahoo.com.br

Resumo: Este ensaio busca a reflexão acerca da judicialização do ensino superior no Brasil. Inicialmente, apresenta como tem se dado esta judicialização e como a sociedade tem procedido mediante essa forma de possibilidade de reivindicação de direito. Por fim, discute-se sobre o papel do juiz no ato decisório e os impasses que este possui para a busca da neutralidade. Conclui-se que embora o ramo de Direito Educacional seja recente, tem havido cada vez mais demandas pela intervenção do judiciário nas questões relacionadas ao ensino superior, o que evoca a necessidade de implementação de novas normas que minimizem a variação das decisões e tornem o direito ao ensino superior mais efetivo.

Palavras-chave: ensino superior; judicialização do ensino superior; judiciário.

1 INTRODUÇÃO

Este ensaio tem como objetivo refletir como a judicialização do ensino superior tem sido tratada pelo judiciário e pelos doutrinadores, como também perceber suas consequências frente à produção de políticas públicas para a educação. Nesse direcionamento, optou-se pela produção de uma revisão de literatura referente à judicialização do ensino superior no Brasil. A escolha dessa temática partiu do interesse desta autora sobre as políticas públicas relativas ao ensino superior, que estão sendo desenvolvidas em uma pesquisa que ainda está em andamento e que remete à judicialização do ensino superior.

Nos poderes produtores de regulação de políticas públicas do Estado, figuram ora o legislativo, também o executivo e, com muita frequência, o judiciário. O legislativo normalmente produz regulação que intervém nas políticas públicas a partir de sua atividade legiferante que lhe é típica, ao produzir uma das espécies de normas, ao passo que o executivo funciona como regulador na medida em que traça diretrizes e planos, implementa e executa políticas públicas. Por sua vez, o poder judiciário, através de seus órgãos¹, também cria políticas públicas, não de maneira convencional e isso se dá quando, ao decidir sobre casos concretos, sua atuação vem mediar os conflitos existentes na sociedade através da imposição de normas para os sujeitos.

Esta atuação mais intensa do judiciário se deu a partir de 1988, com a Constituição Federal, que veio garantir os direitos sociais e disponibilizar aos cidadãos formas de acesso ao poder que lhes dessem algum respaldo concreto aos direitos estabelecidos.

Nesse sentido, as buscas ao judiciário sobre questões relacionadas à universidade² cresceram consideravelmente a partir de 1988, demonstrando que os cidadãos têm buscado

cada vez mais as garantias que lhes são conferidas pela lei maior. E é nessa direção que este ensaio se envereda.

A primeira parte, intitulada “O ensino superior no contexto atual”, apresenta uma discussão de como o processo de democratização do ensino superior tem sido lido pela sociedade, e como as políticas educacionais desse nível de ensino junto às demandas sociais têm evocado a judicialização do ensino superior no Brasil.

Na segunda parte, “O Ensino Superior e o Judiciário”, o texto mostra como tem se dado a judicialização do ensino superior, e como a sociedade tem procedido mediante essa forma de possibilidade de reivindicação de direito a esse nível de ensino. Posteriormente, discute-se sobre o papel do juiz no ato decisório e a dificuldade que este tem para a busca da neutralidade em suas decisões.

2 O ENSINO SUPERIOR NO CONTEXTO ATUAL

Atualmente, o ensino superior é acessível a qualquer sujeito que tenha terminado a educação básica e que seja aprovado no processo seletivo de uma IES, portanto, a oportunidade de cursar o ensino superior que outrora se dava de forma mais criteriosa inaugura uma nova realidade. Desta forma, essa consciência, no aluno, de que ele passa a ser o responsável pelo seu próprio aprendizado o remete à responsabilidade por cumprir seus deveres e, vivendo neste contexto de maior autonomia, se necessário, ele possa, também, exigir que seus direitos sejam respeitados.

Romualdo Oliveira e Gilda Araújo (2005) explicam que a implementação de políticas de expansão de acesso e que visam redimensionar o papel do Estado nas políticas sociais contribuiu para a criação de um fosso entre as garantias estabelecidas e o controle de gastos públicos. Desta forma, esta situação se refletiu na necessidade de que o setor privado assumisse a função de executora das garantias estabelecidas pelo próprio Estado, que no Brasil pode ser exemplificado com os programas de financiamentos para o nível superior.

Elias de Oliveira Motta (1997, p. 371) explica que é justificada a presença do Estado na educação superior,

[...] em primeiro lugar, porque é necessário garantir um direito que deveria depender exclusivamente da capacidade de cada um; em segundo lugar, porque o ensino superior especializado exige verbas para pesquisa e extensão, grandes laboratórios, sofisticados equipamentos e instalações apropriadas, ou seja, elevados investimentos. Sem grandes aportes financeiros, a satisfação da demanda seria insuficiente e absurda, pois, por um lado, a iniciativa privada não têm, como não teve no passado, condições de, sozinha, resolver o problema de vagas e de qualidade do ensino, e, por outro lado, a situação sócio-econômica dos universitários brasileiros torna impossível para a grande parte deles arcar com os elevados custos por aluno, principalmente nas áreas de saúde e de tecnologia, estratégicas para o desenvolvimento.

A sociedade brasileira tem passado por um processo de expansão do acesso à educação, no seu todo, incluindo-se nele, também, o ensino superior, privilegiado o seu acesso, de maneira

muitas vezes questionável, mas que, de uma forma geral, tem possibilitado que sujeitos de variadas classes sociais tenham a possibilidade de atingir este nível de ensino, sem discriminações. Essa expansão, por sua vez, retoma um parâmetro universalista, que vê o direito ao ensino superior como uma liberdade de escolha (FERNÁNDEZ, 2006) e defende uma universidade pública, como atividade não lucrativa e como um direito social (CALDERÓN, 2000).

Ao ser iniciado no meio acadêmico, o estudante se vê a frente de algo novo, inclusive quando é responsável pelo seu próprio aprendizado (diferentemente do ensino médio). Assim, a autonomia do estudante o faz mais ativo, e em alguns casos menos tolerante com procedimentos internos da IES que lhes desagradam. Essas situações geram um desconforto da parte – geralmente do aluno – que busca tomar medidas que satisfaçam seu descontentamento (CATANI, OLIVEIRA, 2003).

Na infraestrutura das IES existem aspectos como os serviços de alimentação disponíveis, através de lanchonetes que podem trazer um estímulo adicional à frequência do aluno, bem como, um diretório acadêmico, oferecendo serviços que vão – ou deveriam ir – ao encontro das necessidades dos estudantes.

Serviços suplementares podem ser oferecidos aos alunos, diretamente pela IES como: clube, serviços bancários, atividades extracurriculares ligadas ao esporte, lazer e cultura, disponibilidade de consultas eletrônicas ao acervo da biblioteca e ao histórico escolar do aluno (disciplinas, notas e frequência). Nos espaços físicos das IES pode-se verificar também a disponibilidade dos serviços de fotocópias, de papelaria, de livraria, e convênios existentes entre a IES e outras instituições com o objetivo de oferecer ao aluno bem-estar, desenvolvimento pessoal e profissional. Existem também as IES que possuem convênios firmados com escolas de línguas estrangeiras, academias de ginástica, escolas de natação, farmácias, livrarias, papelarias, estacionamentos e associações.

Neste sentido, a relação entre as IES e os *agentes externos* não se dá de maneira desinteressada, pois ambos através da parceria comercial auferem lucros. E neste contexto, questiona-se se essas infiltrações comerciais externas no seio das IES não as afastam do foco de suas missões.

Deve-se levar em conta que historicamente no Brasil o acesso ao ensino superior é influenciado pela origem social do estudante, embora essa realidade aos poucos esteja transformando. José Leopoldino Borges e Beatrice Carnielli (2005) explicitam que o ensino superior pode constituir como um fator de mudança e mobilidade social ou para a conservação das desigualdades. Estes autores explicam que em várias pesquisas demonstrou-se que alunos oriundos de escolas públicas têm mais sucesso nos processos seletivos das instituições de ensino superior privadas, enquanto os provenientes de escolas particulares, em sua maioria, conseguem êxito nos processos seletivos das instituições públicas de ensino superior. Essa dualidade escola privada e escola pública tem sido utilizada para explicar em parte as diferenças de desempenho dos candidatos na seleção à educação superior. Roger Brown (2008) argumenta que é natural numa sociedade de elite onde se valorizam as relações sociais, que os estudantes de classe

social mais elevada queiram fazer parte de prestigiosas instituições, até por que existem muitos empregadores interessados em recrutar alunos oriundos de tais instituições. Assim, essa é uma discussão que remete a outros rumos, tal como a questão da reprodução social, que não é objeto deste ensaio, mas engloba o assunto de forma macro.

Os menos favorecidos economicamente geralmente enfrentam maior dificuldade de ocupar uma vaga em instituição pública, devido ao fato de terem cursado deficiente ensino médio num tempo em que eram obrigados a trabalhar para sobreviver, comprometendo, assim, suas chances reais de lograr êxito no processo seletivo (CATANI, OLIVEIRA, 2003). Desta forma, resta a esses sujeitos ou se submeterem ao processo seletivo do ProUni ou demandarem o financiamento do FIES, quando lhes é possível custear o restante da mensalidade e os gastos de consumo.

A opção pelo ensino superior privado transfere para os estudantes e, em muitos casos, para suas famílias, um maior investimento em formação, tais como livros, transporte, alimentação, que, conseqüentemente, são fatores que contribuem para o aumento das expectativas com relação aos serviços, facilidades e apoio das IES aos serviços prestados (JONES, 2006). Desta forma, o número de queixas é crescente, sobretudo pelo fato deste investimento pressupor que um aluno-cliente concorde em pagar as taxas correspondentes e, por outro lado, a IES proporcione facilidades e serviços que permitam ao aluno uma boa oportunidade para cumprir as exigências para a obtenção da aprovação.

Martin Davis (2001) assinala que a universidade está em posição favorável em relação ao aluno, uma vez que o instrumento contratual é predefinido, competindo ao aluno somente aderir, pois não há oportunidade para negociação das cláusulas ali contidas, situação esta que se assemelha à realidade das IES brasileiras. Desta forma, a relação universidade-aluno se estabelece a partir de uma conjuntura que beneficia a instituição, sobretudo pela existência de um mecanismo que gera um novo contrato a cada semestre, e essas sucessivas relações jurídicas de natureza contratual entre ambos revela um menor compromisso com a totalidade da formação.

Desta forma, as IES privadas visando o lucro e respondendo às necessidades do setor produtivo, multiplicaram-se nos últimos anos e têm tratado o ensino superior como uma mercadoria, tal como Dave Hill (2003, p. 33) esclarece:

Nas universidades e estabelecimentos de cursos superiores vocacionais a linguagem da educação foi amplamente substituída pela linguagem do mercado, aonde os professores universitários ‘entregam o produto’, ‘operacionalizam a entrega’ e ‘facilitam o aprendizado dos clientes’, dentro de um regime de ‘gestão da qualidade’ em que os estudantes viram fregueses selecionando módulos ao acaso onde, nas universidades, ‘o desenvolvimento da habilidade técnica’ ganha importância em detrimento do desenvolvimento do pensamento crítico.

O meio mais utilizado pelas IES para se manterem no mercado é o *marketing*, uma vez que a oferta tem sido bem maior que a procura pelo serviço. Assim, torna-se necessário desenhar um cenário de quebras de barreiras geográficas e de intensa competitividade,

onde a necessidade de formação superior tornou-se uma realidade na economia global e a empregabilidade passou a ser uma preocupação individual, forçando as instituições a envidar esforços a fim de mostrarem que são capazes de formar um profissional com as características que o mercado necessita e, ao mesmo tempo, mantê-lo atualizado (KOTLER; FOX, 1994). Desta forma, o *marketing* entre os alunos e também através dos meios midiáticos tem sido o propulsor do sucesso de muitas IES.

A prateleira de opções de modalidades de ensino superior tem sido necessária para atender ao maior número de clientes consumidores, uma vez que muitos sujeitos das camadas mais pobres da população não possuem condições de deslocamento para frequentar um curso com aulas durante todos os dias da semana.

A universidade, neste contexto de mercado, tem acirrado a competição na sua categoria e para isso, a gama de opções de cursos de ensino superior passa a ser diversificado, sobretudo nas modalidades de educação a distância (com presença mensal, quinzenal, semanal, de dois ou um dia por semana). Os cursos a distância podem ser realizados através de acesso à internet, ou tele-presenciais (via satélite em tempo real ou através de DVD, com orientação de tutor). Quanto aos cursos presenciais, essa modalidade apresenta variações e nem todos são realizados diariamente, havendo também oscilações relacionadas à duração do curso, podendo ser concluídos em dois, dois e meio, três, quatro, cinco ou seis anos.

A lógica do mercado acabou por mudar a percepção que a própria sociedade tinha do ensino superior, de auxiliar na formação de um sujeito integral enquanto ser social e não somente uma formação voltada para suprir as demandas de um mercado que está em constante mutação. Esta lógica influenciou o entendimento de muitos sujeitos que, ao adentrarem nas IES, querem ser tratados como clientes e, exigem uma postura da instituição, acusando-a de fugir a princípios éticos e muitos alunos destas IES têm se auto-concebido como clientes.

Os alunos-clientes tornam-se, a cada dia, mais seletivos, mesmo que isso os direcione a optar por uma IES cuja mensalidade seja maior, mas que, em contrapartida, lhes garanta melhor estrutura e qualidade dos ensinamentos e, conseqüentemente, o esperado reconhecimento pelo mercado de trabalho.

Nessa situação, dentre outros tipos de ocorrências, acontecem ameaças dos alunos a seus professores que não atribuem nota suficiente para sua aprovação. E por se sentirem clientes de uma IES prestadora de um serviço lucrativo, esta muitas vezes acaba cedendo às pressões, favorecendo ao aluno-cliente. Essas atitudes são tomadas acima de tudo para a conservação dos contratos, na tentativa de impedirem a exposição de suas deficiências perante a mídia local e também para evitar que o aluno acione o judiciário.

O processo seletivo é uma característica bem diferenciada para o ingresso, existindo IES em que o candidato precisa apenas fazer uma redação para ser admitido, havendo outros que basta se submeter a uma prova de português e matemática, ou ainda, testes sobre todas as disciplinas de ensino médio, caso o aluno pretenda ingressar numa instituição com maior prestígio social.

As inúmeras formas de acesso ao ensino superior, de certa forma têm resultado num processo de banalização deste nível de ensino. As diferentes formas de seleção para ingresso nas IES têm recrutado um público ainda mais diversificado e heterogêneo. Desta forma, muitos alunos têm se introduzido nas IES com dificuldades de escrita, leitura e interpretação. Muitos autores têm discutido se a realidade vivenciada pode ser definida como banalização ou democratização (CATANI, HEY, GALIOLI, 2006; DOURADO, OLIVEIRA, CATANI, 2003).

Adolfo Calderón (2000) explica que embora as IES mercantis tenham nascido a partir de uma necessidade de atingir as massas, não se pode generalizar que todas tenham o mesmo nível de qualidade. Este autor faz a distinção entre as universidades mercantis de massa e as universidades mercantis de elite e explicita que embora a existência de universidades mercantis seja uma realidade, nem todas possuem os mesmos objetivos a alcançar no que diz respeito a formação do aluno.

O ensino superior é mobilizado pelas políticas implementadas e pela influência do capital, e por isso, muitas universidades tem buscado se adequar devido às necessidades dos sujeitos (massa ou não), ao crescimento demográfico, ao nascimento de novas profissões, às constantes mutações nos campos científicos e a dinâmica social.

2.1 O ENSINO SUPERIOR E O JUDICIÁRIO

Em 1988 com a nova Constituição foi inaugurado no Brasil um novo Paradigma de Estado – o democrático de direito –, a qual consolidou e outorgou expressamente uma gama de direitos fundamentais e sociais aos cidadãos em suas várias tipologias. Dentre estes, consta o direito à educação que, mesmo já sendo passível de exercício antes dessa data, se solidificou através da nova Carta Política. A Constituição anterior, de 1967, em seu art. 176 (Título IV - Da Família, da Educação e da Cultura), já dispunha que a educação era “direito de todos, e dever do Estado”, porém, não a classificava como um direito social, tal como agora o é no art. 6º da CF/88 (Cap. II - Dos Direitos Sociais).

O tratamento dado à educação - inclusive ao ensino superior - na Constituição de 1988, contemplada como um direito social culminou na possibilidade de que os sujeitos detentores desta garantia passassem a ter mais liberdade para reclamar estes direitos, quando os mesmos não estivessem sendo prestados a contento pelo Estado.

Nisso, o sujeito busca levar a efeito seus direitos, através de uma atitude que demonstra seu poder de fazer prevalecer sua vontade, fazendo com que o outro exerça seu dever e que os seus direitos sejam respeitados. No Brasil, essa espécie de utilização do recurso ao direito de postular em juízo, passou a ser mais comum, notadamente no que diz respeito à educação a partir da Constituição de 1988.

Maliska (2001, p. 56) evoca Konrad Hesse, ao dizer que a busca por direitos condiz à intencionalidade da democracia:

[...] democracia é, segundo seu princípio fundamental, um assunto de cidadãos emancipados, informados, não de uma massa de ignorantes, apática, dirigida apenas por

emoções e desejos irracionais que, por governantes bem intencionados ou mal intencionados, sobre a questão do seu próprio destino, é deixada na obscuridade.

Nessa perspectiva, a busca pelo judiciário funda-se muitas vezes numa motivação permeada pelos anseios de justiça e de dar efetividade aos ditames constitucionais. Nicholas Abercrombie, Stephen Hill e Bryan S. Turner (2006) explicam que a justiça está associada à noção de igualdade, numa busca de igualar os membros de uma sociedade, de forma justa, reta e imparcial. Desta forma, a justiça surge como um valor necessário, ainda que as concepções de justiça em relação à legalidade venham variar. Assim, o fato de acionar a justiça acaba por funcionar como um instrumento de poder do sujeito³ e, portanto, por trás da busca pelo judiciário, comumente de forma individual, está a concepção de que o justo é “ser tratado de modo a poder satisfazer às suas necessidades e alcançar os seus próprios fins” (ESTEVÃO, 2006, p. 87).

Quando opta-se pela busca do judiciário não são os conselhos universitários ou a legislação ou a medida política que são invocados individualmente. O judiciário dispõe de uma autoridade que é reconhecida e que, através de seu posicionamento, vai introduzindo um conjunto de regras para a solução dos conflitos relacionados a estas questões (THOENIG, 2006).

Embora seja mais comum que os poderes legislativo e executivo através de suas atribuições típicas exerçam poder de regulação na educação, inclusive no ensino superior, o judiciário cada vez mais tem sido chamado a fazer sua intervenção reguladora, neste sentido, promovendo no ensino superior a judicialização que, segundo Cury (2009, p. 33), “significa a intervenção do Poder Judiciário nas questões educacionais em vista da proteção desse direito até mesmo para cumprirem-se as funções constitucionais do Ministério Público e outras instituições legitimadas”.

Neste cenário, a judicialização da educação evoca os princípios jurídicos, que “permitem a compreensão de uma situação concreta envolvendo a educação, bem como são ferramentas de integração do conjunto de regras e construções ideológicas que permeiam a atividade educacional” (TRINDADE, MAZZARI JUNIOR, 2009, p. 31).

Assim, o ensino superior é um nível de escolaridade que constantemente enfrenta diversas situações de conflitos, que posteriormente são levadas ao judiciário. Questões como a falta de pagamento do aluno, descredenciamento de cursos, o reconhecimento de diploma expedido no exterior, matrícula, transferência, questões sobre ações afirmativas, relacionamento de professor e aluno, avaliação e outros, têm originado conflitos entre instituição e aluno. Nesse sentido, diante de conflitos dessa natureza torna-se fundamental buscar compreender as formas e meios de dar efetividade ao gozo dos direitos para que não sejam apenas figuras abstratas (BOBBIO, 1992; MORIYÓN, 2003).

A princípio, verifica-se que quando existe conflito, o sujeito busca a solução do problema através de um contato direto com a instituição e, se necessário, aciona os órgãos administrativos de gerenciamento da educação local, nos estados e até mesmo no Ministério da Educação. Não havendo a solução ou persistindo o problema, resta a via judicial, que, após os devidos trâmites

processuais, levará o Estado-juiz a se manifestar acerca do problema, dando um provimento regulador. Desta forma, o magistrado, ao compor a fundamentação ou motivação na sentença ou acórdão, explicita sua decisão, que representa o entendimento do Estado sobre determinado litígio. Suzana Silva (2002, p. 75) no *Dicionário de Sociologia*, explica que

[...] através dos recursos-materiais ou simbólicos – de que dispõem, as partes envolvidas são capazes de recorrer a sanções mútuas, até que cada uma se considera satisfeita pelo resultado obtido ou acredita que os eventuais custos do prolongamento do conflito são superiores ao seu término.

Ressalte-se, todavia, que atualmente, no Brasil existem os meios alternativos para solução de pequenos litígios, tais como a mediação e a arbitragem, que embora tenham sido criados para proporcionar maior economia processual e conferir maior agilidade na solução dos conflitos, ainda são usados de forma incipiente, talvez por questões culturais ou mesmo por resistência.

Apesar dos traços indicativos de uma melhora na conscientização dos sujeitos, muitos ainda não tem dado real importância aos seus direitos. E essas situações marcadas por falta de esclarecimento são terrenos férteis para a subtração de direitos, transformando essas pessoas em objetos manuseados pela máquina administrativa e pelas classes dominantes. Contudo, entende-se que quando o indivíduo busca o que é dele por direito, está apenas exigindo que se cumpra um dever do Estado para que seus direitos sejam efetivamente satisfeitos, sem privilégios ou assistencialismos. Dalmo Dallari (2001) evidencia que

[...] na realidade, os usuários dos serviços de apoio jurídico são, quase sem exceção, pessoas que nunca procuraram um advogado e que jamais fariam isso, ou por serem totalmente desprovidas de recursos ou por que têm imagem elitista da advocacia (p. 114).

Sobre os conflitos, Mônica Galano (1999, p. 111) explica que “quando o conflito é visto como um problema a ser solucionado pelas partes e não criado pela outra parte permite-se potencializar os recursos, as habilidades das pessoas para encontrar caminhos mais satisfatórios”. Porém, em casos relacionados ao ensino superior, percebe-se que geralmente os conflitos são criados por uma ou outra parte, o que leva a não aceitação de uma possível mediação.

Desta forma, a busca pelo Judiciário é um apelo ao Estado para que através de seu papel regulador, interfira nas relações humanas e empresárias a fim de solucionar conflitos existentes através da produção de uma política que estabeleça uma regra para as partes interessadas. Pierre Lascoumes e Patrick Le Galès (2007) explicam que a intervenção na política – neste caso educativa – através de uma ação pública, compreende uma observação precisa dos programas e burocracias relacionados à ação; uma aproximação setorial; uma análise dos atores – as partes – e o sistema de ação (o contexto acadêmico); uma aproximação das especificidades do sistema (de ensino superior) através da averiguação das dinâmicas, estruturas e paradoxos e; uma análise da realidade empírica própria da interação dos sujeitos levando em consideração os modelos coerentes de ação.

Assim, a elaboração de uma política – que neste caso é a decisão processual – envolve cinco elementos (LASCOURMES, LE GALÈS, 2007, p. 10): Atores, Instituições, Resultados, Processos e Interpretações. Na elaboração da decisão, o juiz e as partes envolvidas podem ser entendidas como os atores. As interpretações são os quadros cognitivos e normativos que dão sentido a ação de decisão e são constituídos dos entendimentos acumulados pelo juiz para proceder à decisão. As instituições são as normas, regras, rotinas, contratos que estabelecem as relações sociais. Os processos são as formas de interação entre os atores, que consiste no próprio processo iniciado no judiciário. Por fim, os resultados são as consequências, os efeitos da decisão do juiz⁴. Segundo Germana Moraes (2003, p. 541):

Grande, enorme, imensa, gigantesca é a responsabilidade do juiz constitucional – ao atribuir corpo e alma aos princípios, ao dar vida à Constituição: cabe a ele libertar os princípios de sua sina escorpíonica – de sua tendência autodestrutiva, que ameaça a prática de injustiça em nome da justiça que eles (os princípios) pretendem realizar. Cabe ao juiz constitucional estar atento para que, em nome dos princípios constitucionais, mais injustiças não sejam perpetradas.[...] Cabe também a ele, o juiz constitucional, escapar da armadilha do escorpião e de ser ele próprio também um. Relembrando a famosa fábula, quando era transportado nas costas pelo sapo, na travessia de caudaloso rio, o lacraio pica o batráquio, provocando o naufrágio dos dois. [...] É preciso cuidar para que não soçobrem juntos juiz e princípios constitucionais.

Nota-se que de todos os elementos, as interpretações se configuram no núcleo de toda elaboração das preposições do juiz, que são compostas de entendimentos que ultrapassam a dimensão legislativa, sobretudo no que diz respeito ao ensino superior. Além disso, deve-se levar em conta que o magistrado é um sujeito histórico e, embora se busque que este se manifeste de forma neutra, isenta e livre, ele é fruto de uma realidade social na qual está inserido, havendo grandes pressões morais, econômicas, políticas, culturais que de certa maneira influenciam na formação da sua convicção.

O magistrado é, portanto o responsável pela condução do processo a ele submetido a análise. Contudo, dentro de uma dinâmica processual o juiz não é um elemento isolado, havendo também as partes que interferem na condução do processo e, juntos, são os responsáveis pelo provimento. São as partes (alunos, IES ou Estado) que constroem as argumentações que constituirão o objeto de apreciação jurisdicional. Estes interessados, para demandar em juízo, precisam constituir advogados para representá-los e, com isso, não receberão desse profissional apenas uma defesa exclusivamente técnica, pois são os causídicos que elaborarão seus argumentos articulando questões que envolvem conhecimento sobre o ensino superior e suas particularidades.

E essas especificidades se dão, no caso do juiz, pelo fato de este pronunciar-se a partir de informações integradas, que constitui um modelo no campo do direito elaborado por Kaplan (*apud* ATIENZA, 2002, p. 24-25), no qual

[...] o processo de tomada de decisão por um juiz ou um jurado é resultado da combinação dos valores da informação com os da impressão inicial. O processo de decisão começa com a acumulação de unidades de prova ou informação; a isso se segue o

processo de avaliação, em que a cada item informativo se atribui um valor numa escala específica para o julgamento que está se desenvolvendo; o terceiro passo consiste em atribuir um peso para cada informação; depois a informação avaliada e sopesada é integrada num julgamento singular, como por exemplo “probabilidade de culpabilidade”, e finalmente se leva em conta a impressão inicial, isto é, os preconceitos do juiz ou do jurado, que podem provir tanto de condições circunstanciais (por exemplo, seu estado de humor no momento do julgamento) quanto de condições ligadas à sua personalidade (por exemplo, preconceitos raciais ou religiosos).

Assim, o ensino superior tem passado por mutações e requerido, cada vez mais, a intervenção do direito. Nisso, torna-se importante verificar quais tem sido os instrumentos de legitimidade utilizados pelo judiciário na elaboração de suas decisões.

Além do exposto, não é comum no Brasil um advogado que tenha entre uma de suas especialidades a de Direito Educacional. Geralmente é mais comum os advogados investirem em conhecer de forma mais aprofundada as especialidades do direito do trabalho, tributário, cível, comercial, internacional, penal etc, imprimindo em sua imagem profissional a marca desses ramos jurídicos. Parece que o fato da educação ser um campo específico do conhecimento, no qual grande parte dos advogados não milita e, devido ao fato desses profissionais não terem um apurado domínio das políticas que a envolvem, deixam de patrocinar estas causas.

Há advogados, ainda, que, ao assumirem as causas, sempre as associam a uma especialidade do direito que não seja propriamente a educação e “os textos jurídicos invocados para justificar ou inspirar as decisões dos agentes são adequados aos interesses, valores e visão de mundo dos dominantes” (BOURDIEU, 1989, p. 242). Com isso, a concepção de educação dos advogados, geralmente parte de históricos pessoais, de experiências vividas que serão utilizados para fundamentar seus argumentos no caso concreto.

No que diz respeito ao juiz, este emitirá seu parecer decisório mediante sua própria maneira de interpretar o caso, não estando restrito às teses dos advogados das partes e, assim, independentemente da complexidade dos litígios, o juiz não pode se escusar de julgar e sua decisão representa o posicionamento do Estado-regulador, ente este que, por outro prisma, produz a legislação e também implementa políticas públicas que são construídas de acordo com as necessidades sociais.

3 CONCLUSÃO

Além da Constituição de 1988 ter inaugurado um novo paradigma de estado no Brasil – o democrático de direito –, no qual os sujeitos passaram a ter mecanismos mais efetivos para usufruir das garantias ao acesso aos direitos sociais, também estabeleceu-se uma nova estrutura de organização judiciária, abarcando competências que contemplam inclusive as ações que envolvem os direitos fundamentais de natureza social, dos quais o ensino superior faz parte, ultrapassando os interesses meramente individuais.

A proteção ou usufruto de um direito educacional que assiste ao sujeito individualmente pode ser requerida mediante o ingresso em juízo, atitude esta que pode fazer com que o reflexo

de sua pretensão abra precedentes geradores de maiores contornos, o que pode, eventualmente representar também um interesse coletivo.

Nos julgamentos, os magistrados apreciam a matéria fática e o pedido formulado pelo autor-sujeito e, em alguns casos, limitam-se a analisar e explicar a lei ou solucionar questões procedimentais. Porém, há casos em que os magistrados adentram na análise do mérito, emitindo opinião e pontos de vista que ultrapassam questões meramente jurídicas, os quais darão suporte à fundamentação ou motivação e conseqüente resolução das controvérsias.

Assim, a judicialização do ensino superior tem ganhado força a partir da busca ao judiciário para intervenção em questões desse nível de ensino. E sua materialização tem ocorrido nas intervenções do judiciário, através de seus magistrados.

Cabe ressaltar que embora exista um histórico de democratização do ensino superior, este mesmo processo contribuiu para maior intervenção do judiciário nas questões que envolvem este nível de ensino. Em contrapartida, a dificuldade que se tem de se ter um advogado que atue especificamente neste ramo de ensino, faz com que, muitas vezes sua argumentação se apóie nos outros ramos, o que, conseqüentemente, torna-se o mesmo percurso para o ato decisório do juiz, visto que este também não possui formação e conhecimento específico do ramo do ensino superior.

Desta forma, percebe-se que a intervenção do judiciário no ensino superior, quando não embasada estritamente em regramento legal, acaba se ancorando em crenças e costumes pré-existentes do magistrado julgador.

Por fim, conclui-se que as políticas públicas educacionais contribuíram para o alargamento da judicialização do ensino superior, sem que isso, por si só produza o suficiente e necessário para a garantia dos direitos existentes.

Conclui-se também que, embora o ramo de Direito Educacional seja recente, tem havido cada vez mais demandas pela intervenção do judiciário nas questões relacionadas ao ensino superior, o que evoca a necessidade de implementação de novas normas que minimizem a variação das decisões e tornem o direito ao ensino superior mais efetivo.

(Endnotes)

- 1 A Constituição Federal de 1988 no capítulo III dedicado à organização geral do poder judiciário do Estado brasileiro considera não somente os tribunais como órgãos do poder judiciário, mas também os juizes (Art. 92 incisos III a VII).
- 2 As instituições de ensino superior (IES) no Brasil englobam as universidades, os centros universitários, as faculdades integradas, as faculdades e os institutos superiores ou escolas superiores. Nota-se que o termo universidade é uma tipologia do ensino superior que consiste em instituição pluridisciplinar que abrange uma ou mais áreas do conhecimento, que se caracteriza pela excelência do ensino oferecido, comprovada pela qualificação de seu corpo docente, pelas condições de trabalho oferecidas e por basear-se no tripé ensino, pesquisa e extensão. Contudo, tendo em vista a utilização genérica do termo universidade, utilizarei tanto IES quanto universidade para referir às Instituições de Ensino Superior.
- 3 Marcos Maliska (2001) esclarece que o fato a ser julgado comumente possui “para a comunidade, em determinado momento histórico, um papel fundamental, posição que consubstancia, sem dúvida alguma, a opção por valores consensualmente reconhecidos no meio social” (p. 79).
- 4 A motivação ou fundamentação para justificar os principais atos jurisdicionais é exigência legal, sob pena de nulidade do ato, mas não deve ser considerada apenas como exigência normativa, devendo ser encarada como exposição histórica, pois o juiz recolhe, valora, interpreta as fontes de que se serve, traduzindo num trabalho intelectual de conteúdo intuitivo, crítico e lógico.

REFERÊNCIAS

- ABERCROMBIE, N.; HILL, S.; TURNER, B. S. *Dictionary of Sociology*. 5 ed. England: Penguin Books, 2006.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: Teorias da argumentação jurídica*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2002.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BORGES, José Leopoldino das Graças; CARNIELLI, Beatrice Laura. Educação e estratificação social no acesso à universidade pública. *Cadernos de Pesquisa*, vol. 35, n. 124, pp. 113-139, jan./abr, 2005.
- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil; Lisboa, Portugal: Difel, 1989.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988.
- BROWN, R. Higher education and the market. *Perspectives*, 2008. pp. 78-83.
- CALDERÓN, Adolfo Ignacio. Universidades mercantis: a institucionalização do mercado universitário em questão. *São Paulo em Perspectiva*. vol.1, n. 14, 2000. pp. 61-72.
- CATANI, Afrânio Mendes; HEY, Ana Paula; GILIOLI, Renato de Sousa Porto. PROUNI: democratização do acesso às Instituições de Ensino Superior?. *Educar em Revista*. n. 28, 2006. pp. 125-140.
- CATANI, Afrânio Mendes; OLIVEIRA, João Ferreira de. Acesso e permanência no ensino superior: capacidades, competição e exclusão social. In: SEVERINO, Antônio Joaquim; FAZENDA, Ivani Catarina Arantes (orgs.). *Políticas Educacionais: o ensino nacional em questão*. Campinas: Papirus, 2003. 192 p. pp. 113-126.
- CBO. *Classificação Brasileira de Ocupações*. (2002).
- CURY, Carlos Roberto Jamil; FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. A Judicialização da educação. *Revista CEJ*, Brasília, ano XIII, n. 45, p. 32-45, abr./jun. 2009.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Apoio Jurídico e integração à cidadania. *Direito e Cidadania*. fev. 2001. pp. 109-114.
- DAVIS, M. Students, academic institutions and contracts - a ticking time bomb? *Education and Law*, 2001. pp. 9-28.
- DOURADO, Luiz Fernando; OLIVEIRA, João Ferreira de; CATANI, Afrânio Mendes. Transformações recentes e debates atuais no campo da educação superior no Brasil. In: DOURADO, Luiz Fernando; OLIVEIRA, João Ferreira de; CATANI, Afrânio Mendes (orgs.). *Políticas e gestão da educação superior: Transformações recentes e debates*. São Paulo: Xamã, 2003. 239 p. pp. 17-30.
- ESTEVÃO, C. A. Educação, justiça e direitos humanos. *Educação e Pesquisa*, 32, jan/abr. 2006. pp. 85-101.
- FERNÁNDEZ, A. La educación como derecho. Su situación dentro de los derechos económicos, sociales y culturales. *Estudios sobre educación*, 2006. pp. 79-96.
- GALANO, Mônica Haydee. Mediação: uma nova mentalidade. In: OLIVEIRA, Ângela (coord.). *Mediação: métodos de resolução de controvérsias*. São Paulo: LTR, 1999, n. 1.
- HILL, Dave. O Neoliberalismo Global, a Resistência e a Deformação da Educação. *Revista Currículo sem fronteiras*, 2003, vol. 3, n. 2, pp. 24-59.
- JONES, G. I wish to register a complaint: the growing complaints culture in higher. *Perspectives: Policy and Practice in Higher Education*, jul. 2006, vol. 10, n. 3, pp. 69-73.
- KOTLER, P.; FOX, K. F. A. *Marketing estratégico para instituições educacionais*. São Paulo: Atlas, 1994.
- LASCOURMES, Pierre; LE GALÈS, Patrick. *Sociologie de l'action publique*. Paris: Armand Colin, 2007.
- MALISKA, M. A. *O direito à educação e a constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.
- MORAES, Germana de Oliveira. O juiz constitucional no Brasil. *Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 2, p. 537-541, jul.-dez. 2003.
- MORIYÓN, F. G. Los Derechos Humanos y la educación del ciudadano. *Revista de Educación: Ciudadanía y educación*, 2003. pp. 131-153.
- MOTTA, Elias de Oliveira. *Direito Educacional e educação no século XXI*. Brasília: Unesco, 1997.

OLIVEIRA, Romualdo. P.; ARAÚJO, G.C. Qualidade do ensino: uma nova dimensão da luta pelo direito à educação. *Revista Brasileira de Educação*, jan/abr. 2005, pp. 5-23.

SILVA, Suzana. Conflito. In: MAIA, R. L. *Dicionário de Sociologia*. Porto: Porto Editora, 2002. pp. 96.

THOENIG, Jean-Claude. Politique Publique. In: BOUSSAGUET, Laurie; JACQUOT, Sophie; RAVINET, Pauline (orgs.). *Dictionnaire des politiques publiques*. 2. ed. Paris: Presses de Sciences Po, 2006. 520p. pp. 328-335.

TRINDADE, André; MAZZARI JUNIOR, Edval Luiz. Autonomia Universitária e Direito Educacional. In: TRINDADE, André (coord.). *Direito Universitário e educação contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. 125 p. pp. 9-84.