

buscam demarcar os avanços e limites que os textos analisados imprimiram à noção de gestão democrática da escola.

Por fim, o texto intitulado “O financiamento da educação” analisa as fontes e formas de captação e aplicação dos recursos financeiros, procurando apresentar uma interpretação da legislação e dos problemas que permanecem em aberto, necessitando de legislação complementar ou que serão objeto de disputa no ato de sua execução.

Optamos por privilegiar a análise do texto das leis, deixando para outro volume o tratamento e a problematização de sua regulamentação. Nossa intenção foi propiciar ao leitor a combinação de dois elementos necessários para a compreensão de um texto legal: a análise da letra da lei e as disputas que lhe dão sentido. Nas palavras de Dalmo Dallari (1986, p. 154): “A eficácia das normas constitucionais, em termos práticos, depende de duas esferas de fatores, que podem ser classificados em ‘jurídicos’ e ‘políticos’”. Compreender os fatores jurídicos amplia as possibilidades de garanti-los na esfera política e vice-versa.

Esperamos que nosso intento tenha sido alcançado e que este material possa ser utilizado nos cursos de formação a que se destina.

Os organizadores

## O DIREITO À EDUCAÇÃO

ROMUALDO PORTELA DE OLIVEIRA

### INTRODUÇÃO

Ao longo dos últimos séculos, a educação tornou-se um dos requisitos para que os indivíduos tenham acesso ao conjunto de bens e serviços disponíveis na sociedade, constituindo-se em condição necessária para se usufruírem outros direitos constitutivos do estatuto da cidadania. O direito à educação é hoje reconhecido como um dos direitos fundamentais do homem e é consagrado na legislação de praticamente todos os países.

O direito à educação consiste na compulsoriedade e na gratuidade da educação, tendo várias formas de manifestação, dependendo do tipo de sistema legal existente em cada país. A forma de declaração desse direito refere-se ao número de anos ou níveis de escolaridade garantidos a todos os cidadãos. Pode ser declarado o direito à educação elementar pela faixa etária da população a ser atendida (educação dos 6 aos 14 anos para todos), pelo nível de ensino abrangido (ensino fundamental) ou, de forma mais precisa, “escola fundamental de nove anos”, por exemplo.

Ao se afirmar que o ensino fundamental é obrigatório, está-se trabalhando com um direito e uma dupla obrigatoriedade. Um direito, na medida em que todo cidadão, a partir de tal declaração, tem o direito de acesso à educação nessa etapa. A dupla obrigatoriedade refere-se, de um lado, ao dever do Estado de garantir a efetivação de tal direito e, de outro, ao dever do pai ou responsável de provê-la, uma vez que passa a não fazer parte do seu arbitrio a opção de não levar o filho à escola. É uma prerrogativa que lhe escampa. Lembrando a oportuna observação de José Augusto Peres:

A idéia da educação, como um direito fundamental do cidadão, apresenta, de pronto, o seu reverso: o dever do Estado de promovê-la, facilitá-la, oferecê-la. É claro que desde aí se fazem sentir, como necessários, limites a esse direito e a esse dever, que ao fim e ao cabo, são estabelecidos pelo Estado ou, se preferível, pelos cidadãos enquanto sujeitos da atividade estatal. Nesse caso, os cidadãos podem ser mais uma vez encarados como sujeitos passivos ou ativos da atividade estatal. No primeiro caso, enquanto credores do direito à educação; no segundo, como responsáveis pela ação do Estado, exercida no sentido de atender àquele direito. (PERES, 1991, p. 67)

Circe Bittencourt observa que, no Brasil, “Ainda no Império, em muitas províncias, decretou-se a obrigatoriedade da instrução primária, detalhando-



se as multas para os pais de famílias ou tutores que não cumprissem as determinações legais” (BITTENCOURT, 1986, p. 34).

Um exemplo foi a Reforma Leônício de Carvalho, de 1878, que instituiu o ensino primário obrigatório nas escolas do Município da Corte (BITTENCOURT, 1986, p. 37), bem como várias constituições estaduais promulgadas logo em seguida à proclamação da República.

Da mesma forma, no Art. 246 do Código Penal, de 1940 prevê-se a perda do pátrio poder, devido a crime de “abandono intelectual”, ao pai que “deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar”. Neste caso, com pena de “detenção de 15 dias a um mês, ou multa, de duzentos a quinhentos mil réis”<sup>1</sup>.

No mesmo sentido, mas prevendo outro tipo de sanção, o Art. 30 da Lei nº 4.024, de 1961, afirma: “Não poderá exercer função pública, nem ocupar emprego em sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, o pai de família ou responsável por criança em idade escolar sem fazer prova de matrícula desta, em estabelecimento de ensino, ou de que lhe está sendo ministrada educação no lar” (BRASIL, 1961).

A gratuidade é a contrapartida da obrigatoriedade do cidadão frequentar a escola e da obrigação do Estado em fornecê-la a todos, pois do contrário, a compulsoriedade seria apenas um ônus para a família, não se caracterizando como um direito do indivíduo.

A premissa da gratuidade está incorporada, inclusive, ao programa de organismos internacionais como a ONU, que, no Art. 26 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de dezembro de 1948, afirma: “Todos têm o direito à educação. A educação deve ser gratuita, ao menos nos estágios elementar e fundamental. A educação elementar deve ser compulsória” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948). Dessa forma, o direito à educação é constituído simultaneamente de sua obrigatoriedade e gratuidade.

No Brasil, a gratuidade da escola elementar e compulsória tem sido explicitada na legislação federal desde a Constituição Federal de 1934.

#### O DIREITO À EDUCAÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

A primeira Constituição do Brasil independente, a Imperial de 1824, contém poucas indicações sobre educação. A mais significativa está presente na Declaração dos Direitos do Cidadão. “Artigo 179 - A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a

segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte: [...] 32. A instrução primária é gratuita a todos os cidadãos.” (BRASIL, 1986)

Do ponto de vista da legislação, essa declaração de gratuidade coloca o Brasil entre os primeiros países do mundo a fazê-lo. Entretanto, o analfabetismo era a condição de instrução da maioria da população e o Poder Público não desenvolveu esforços para transformar a educação em política pública. Além disso, a concessão do direito à educação apenas aos “cidadãos” restringia sua abrangência, pois a maioria da população era constituída por escravos. Essa situação, de exclusão da maioria do acesso à escola, manteve-se por todo o período imperial.

A República foi proclamada num momento de expansão da social-democracia na Europa e de ampliação dos direitos dos trabalhadores. Entretanto, a hegemonia de uma visão individualista do liberalismo determinou a derrota das poucas emendas que propuseram o ensino obrigatório na Constituinte Republicana de 1891. Para Carlos Roberto Jamil Cury, a omissão dos constituintes sobre a obrigatoriedade/gratuidade era “[...] explicável, ao menos no âmbito das falas sobre a gratuidade, pelo princípio federativo.<sup>2</sup> Já a obrigatoriedade não passou, seja por causa do federalismo, seja e sobretudo pela impregnação do princípio liberal de que a individualidade é uma conquista progressiva do indivíduo que desenvolve progressiva e esforçadamente a sua *virtus*.” (CURY, 1992b, p. 17)

Várias constituições estaduais posteriores à Constituição de 1891, mantendo concepção instituída por ocasião do Ato Adicional de 1834, que entendia ser a instrução elementar responsabilidade estadual, previam a escolarização primária gratuita e obrigatória e/ou a gratuidade em seu texto.

Mesmo não tendo sido consagrada no texto federal, a garantia do direito à educação não era matéria estranha ao debate educacional, de modo que, ao longo da República Velha, torna-se hegemônica a idéia de se garantir a gratuidade e a obrigatoriedade do ensino primário, o ensino fundamental de então.

A Revolução de 1930 trouxe consigo a promessa de modernização do país, consolidando a perspectiva que atribui papel central à educação na construção da nacionalidade, o que se reflete na criação do Ministério da Educação e Saúde e na estruturação de um sistema nacional de ensino, centralizado e articulado com os interesses políticos do governo. A Constituinte de 1933-34 definiu os marcos legais dessa institucionalização, sendo, por isso,

<sup>1</sup> DL nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Título VII – Dos Crimes contra a Família, cap. III – Dos Crimes contra a Assistência Familiar.

<sup>2</sup> Heládio Antunha (1975, p. 37) também atribui a supressão desta temática “[...] à preocupação de se preservar a autonomia dos Estados federados”.



palco de acirrada disputa. Inspirada na Constituição Alemã de 1919, a chamada Constituição de Weimar, e na Constituição Espanhola de 1931, a Constituição de 1934 incorporou os direitos sociais aos direitos do cidadão. O ideário liberal da Escola Nova, difundido no país a partir de meados dos anos 1920, exerceu profunda influência na constituição de um ideário educacional independente da Igreja Católica.

Apesar de esse ideal ter sofrido algumas derrotas em aspectos importantes, o texto final da Constituição de 1934 apresentou inúmeras inovações em relação às anteriores. Pela primeira vez, um texto constitucional brasileiro dedicaria um capítulo à educação, tratando de temas que, a partir de então, seriam incorporados a todos os demais. Relativamente à declaração do direito à educação, o Art. 149 estabelece que "A educação é direito de todos e deve ser ministrada pela família e pelos Poderes Públicos, cumprindo a estes proporcionar-lha a brasileiros e a estrangeiros domiciliados no País, de modo que possibilite eficientes fatores da vida moral e econômica da Nação, e desenvolva num espírito brasileiro a consciência da solidariedade humana" (BRASIL, 1986).

A questão relativa à definição da instituição responsável pela educação, se a família ou o Estado, ocupa boa parte do debate constituinte. Para os católicos, a primazia da família significava que esta tinha o direito de escolher o tipo de educação de sua preferência e ao Estado caberia criar as condições para sua efetivação. Decorre daí o entendimento de que, ao se reconhecer a primazia da família, estava se legitimando o subsídio público à escola particular (FOULQUIÉ, 1957, p. 154-155). Na outra posição, os liberais entendiam que a primazia cabia ao Estado, decorrendo desse entendimento a garantia de escola pública para todos; a escola particular constituiria uma opção da família, devendo esta pagar por sua escolha. Este é um exemplo em que, para além do texto legal, o importante é perceber o significado dado aos termos no contexto do debate da época e às consequências que se tiraram das diferentes formulações.

A educação é declarada direito de todos e, no Art. 150, referente às competências da União, definem-se as normas a serem obedecidas para a elaboração do Plano Nacional de Educação, explicitando-se a extensão desse direito à educação, como: "a) ensino primário integral gratuito e de frequência obrigatória extensivo aos adultos. b) tendência à gratuidade do ensino educativo ulterior ao primário, a fim de o tornar mais acessível." (BRASIL, 1986)

Estes dois notáveis incisos explicitam a influência do ideário dos pioneiros de 1932, manifesta na garantia do direito à frequência do ensino primário integral extensiva aos adultos, ainda hoje polêmica. É interessante observar o acréscimo da palavra "frequência" à concessão do direito, pois é única em nossa história constitucional, posteriormente substituída por "matrícula". A intro-

dução da palavra "integral" também não é fortuita. A julgar pelas estatísticas apresentadas por Teixeira de Freitas (1937; 1947), parece procurar garantir a totalidade das séries do ensino primário, pois esta não era a regra. O inciso b do Art. 150, acima citado, ao apontar a perspectiva de gratuidade do ensino médio "a fim de o tornar mais acessível", é recuperado apenas pelo texto de 1988. Mesmo tendo vigorado por pouco mais de três anos, a Constituição de 1934 é uma referência fundamental. As polaridades e opções políticas que lá afloraram são centrais nos debates educacionais até os dias de hoje.

A Constituição de 1937, decorrente do golpe de 10 de novembro do mesmo ano, decretada por Getúlio Vargas, foi redigida por Francisco Campos, primeiro ministro da Educação após 1930. Por ter-se inspirado no texto polonês de 1926, ficou conhecida como a "Polaca". Era estruturada de tal forma que a definição de responsabilidades quanto à educação encontrava-se na parte relativa à família, mais especificamente no Art. 125, nos seguintes termos: "a educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais. O Estado não será estranho a esse dever, colaborando, de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular" (BRASIL, 1986).

Formulado em termos muito semelhantes às concepções católicas sobre o tema (FOULQUIÉ, 1957), este texto priorizava a escola particular para efetivar o direito do cidadão à educação, não o mencionando como dever do Estado, ao qual estava reservado um papel subsidiário nesta tarefa. Além disso, afirmava que a educação era o primeiro dever e o direito natural dos pais, omitindo-se quanto ao direito da criança, ou melhor, subordinando o direito desta ao dos pais, não levando em conta a possibilidade de contradição entre eles, como seria, logo depois, reconhecido pelo Código Penal ao prever sanções contra o crime de "abandono intelectual", cujo réu era o pai ou responsável.

Especificamente sobre o ensino primário, o Art. 130 declarava sua gratuidade, mas o fazia de tal forma que abria espaço para a sua negação: "O ensino primário é obrigatório e gratuito. A gratuidade, porém, não exclui o dever de solidariedade dos menos para com os mais necessitados; assim, por ocasião da matrícula, será exigida aos que não alegarem, ou notoriamente não puderem alegar escassez de recursos, uma contribuição módica e mensal para a caixa escolar." (BRASIL, 1986)

A gratuidade, tratada como exceção, não sendo garantida de forma generalizada, introduzia a intenção de realizar a "equalização social" via educação, abstraindo-se os aspectos mais gerais do problema; ou seja, era o surgimento, em termos legais, do discurso preocupado com a redistribuição de renda via educação, restringindo o acesso gratuito apenas aos mais necessitados. Este é tipicamente o processo de substituição de um direito, extensivo



a todos, por uma exceção, sujeita a critérios a serem definidos, muitas vezes regidos pela lógica do favor.

A Constituição de 17 de setembro de 1946, promulgada sob os ventos democráticos do segundo pós-guerra e da redemocratização que se seguiu ao fim da ditadura do Estado Novo, ensejou um período de vida democrática relativamente longo, mesmo levando-se em conta os seus limites. Retomava muitos temas educacionais e algumas formulações do texto de 1934. A declaração do direito à educação aparecia no Art. 166: “A educação é direito de todos e será dada no lar e na escola. Deve inspirar-se nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana” (BRASIL, 1986). Em seguida, no Art. 168, prescrevia que: “A legislação do ensino adotará os seguintes princípios: I – o ensino primário é obrigatório e só será dado na língua nacional; II – o ensino primário oficial é gratuito para todos; o ensino oficial ulterior ao primário será dado para quantos provarem falta ou insuficiência de recursos”.

Além destes, o Art. 172 garantia os serviços auxiliares ou de assistência ao estudante, embora não na declaração do direito à educação para todos: “Cada sistema de ensino terá obrigatoriamente serviços de assistência educacional que assegurem aos alunos necessitados condições de eficiência escolar” (BRASIL, 1986)

Retomava-se a idéia, presente no texto de 1934 e abandonada no de 1937, da educação como direito de todos. A redação “será dada no lar e na escola” substituiu “ministrada pela família e pelos Poderes Públicos”, de 1934, evidenciando a influência das concepções católicas em ambas as constituintes.

A formulação da gratuidade ulterior ao primário apenas para aqueles que comprovassem insuficiência de recursos – portanto, prevista como exceção – diferia da de 1934, que previa a democratização deste nível de ensino para todos por meio da progressiva instituição da gratuidade.

Nos textos constitucionais estaduais de 1947, havia inovações quanto à gratuidade, extensiva ao ensino superior em várias delas. Um caso único sobre a obrigatoriedade, a Constituição de Mato Grosso, estabelecia que “o ensino primário é obrigatório para as crianças entre 7 e 14 anos” (NÓBREGA, 1952, p. 60). A Constituição Paulista, de 9 de julho de 1947, no Art. 118, parágrafo único, afirmava que “O ensino oficial será gratuito em todos os graus” (NÓBREGA, 1952, p. 65). Repetiam esta formulação as Constituições do Rio Grande do Sul, Art. 191, II, do Rio Grande do Norte, de 28 de novembro de 1947, Art. 122, e a da Bahia, de 2 de agosto de 1947, Art. 120, § 1º (NÓBREGA, 1952).

Themístocles Brandão Cavalcanti discute a aplicabilidade dos dispositivos da obrigatoriedade e da gratuidade, ou seja, se eles necessitam de legislação complementar ou não. Para ele, ambos são “auto-executórios”: “[...] pa-rece-nos que a obrigatoriedade e a gratuidade do ensino prescindem, para sua aplicação, de outra lei – são princípios auto-executórios. Nem existe se-

quer o que regulamentar, a não ser prover as entidades públicas interessadas dos meios para atender às despesas decorrentes da gratuidade do ensino.” (CAVALCANTI, 1953, p. 109)

A ditadura decorrente do Golpe Militar de 1964, embora inicialmente se tenha mantido dentro dos parâmetros estabelecidos pela Constituição de 1946, ao recorrer crescentemente a medidas de exceção, acabou necessitando de outro ordenamento jurídico. Este veio com a Constituição de 1967 que, apesar de enviada ao Congresso para discussão e aprovação, teve prazos bastante exíguos para apreciação e votação, num ambiente de evidente estrangimento do Poder Legislativo. Nesse texto, a educação é tratada no Art. 168, nos seguintes termos:

A educação é direito de todos e será dada no lar e na escola; assegurada a igualdade de oportunidade, deve inspirar-se no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e de solidariedade humana. [...]

§3º – A legislação do ensino adotará os seguintes princípios e normas: [...]

II – o ensino dos sete aos quatorze anos é obrigatório para todos e gratuito nos estabelecimentos primários oficiais;

III – o ensino oficial ulterior ao primário será, igualmente, gratuito para quantos, demonstrando efetivo aproveitamento, provarem falta ou insuficiência de recursos. Sempre que possível, o Poder Público substituirá o regime de gratuidade pelo de concessão de bolsas de estudo, exigido o posterior reembolso no caso de ensino de grau superior. (BRASIL, 1986)

No inciso II, ampliava-se o período de escolarização obrigatória para oito anos, mantendo-se a denominação “ensino primário”. Não se alterava o nível de ensino (ou a duração deste) a que todos teriam direito, mas apenas o período em que este estaria resguardado. A gratuidade dos 7 aos 14 anos só se tornaria uma ampliação do período de escolarização obrigatória para oito anos com a Lei nº 5.692, de 1971, com a criação do ensino de primeiro grau.

O inciso III retomava a temática já presente nos textos de 1937 e 1946: a garantia da gratuidade no ensino ulterior ao primário apenas para aqueles que demonstrassem falta ou insuficiência de recursos. Uma novidade introduzida como decorrência da negação da gratuidade em geral era a idéia de bolsas restituíveis, que deu origem ao mecanismo do crédito educativo no ensino superior, atualmente denominado Programa de Financiamento Estudantil (Fies).

A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, também conhecida como Constituição de 1969, trata do tema no Art. 176, nos seguintes termos:

A educação, inspirada no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e solidariedade humana, é direito de todos e dever do Estado, e será dada no lar e na escola. [...]



- II - o ensino primário é obrigatório para todos, dos sete aos quatorze anos, e gratuito nos estabelecimentos oficiais;
- III - o ensino público será igualmente gratuito para quantos, no nível médio e no superior, demonstrarem efetivo aproveitamento e provarem falta ou insuficiência de recursos. (BRASIL, 1986, p. 475)

A emenda de 1969 reconhecia, pela primeira vez, em nível constitucional, educação como "direito de todos e *dever do Estado*." (BRASIL, 1986, Art. 176, grifo nosso) Em termos de legislação não-constitucional, a primazia coube à Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, a Lei nº 4.024/61, que em seu Art. 3º, estabelecia:

O direito à educação é assegurado:

- I - Pela obrigação do poder público e pela liberdade de iniciativa particular de ministram o ensino em todos os graus, na forma da lei em vigor;
- II - Pela obrigação do Estado de fornecer recursos indispensáveis para que a família e, na falta desta, os demais membros da sociedade se desobriguem dos encargos da educação, quando provada a insuficiência de meios, de modo que sejam asseguradas iguais oportunidades a todos. (BRASIL, 1961)

As variações observadas no tratamento dado ao direito à educação nas constituições brasileiras podem ser sintetizadas da seguinte forma:

- a) a obrigatoriedade escolar para o ensino primário é introduzida, em nível constitucional, a partir de 1934, com cinco anos de duração. Amplia-se o seu período de duração para oito anos no texto de 1967 e, com a Lei nº 5.692, de 1971, altera-se a nomenclatura da educação elementar para ensino de primeiro grau, fundindo-se aí os antigos ensino primário e ginásial. Dessa forma, o ensino obrigatório passa a abarcar esse novo nível, mantendo-se tal direito restrito à faixa etária dos 7 aos 14 anos de idade.
- b) garante-se a gratuidade no período de escolarização compulsória, verificando-se apenas uma exceção, em 1937, quando se apresentam senões à idéia de gratuidade indiscriminada para esse nível de ensino;
- c) abandona-se a idéia da progressiva extensão da gratuidade ao ensino ulterior ao primário, presente em 1934, substituída pela gratuidade para os que provarem insuficiência de recursos, chegando-se mesmo a prever a introdução do mecanismo das bolsas de estudo restituíveis (em 1967);
- d) revela-se a influência das concepções católicas a respeito da definição das instituições responsáveis pela educação, com primazia da família em detrimento do Estado, explicitada na precedência da "família" sobre os "Poderes Públicos" (1934) ou no "ensino ministrado no lar e na escola" (1946 e 1967);
- e) não são previstos, explicitamente, mecanismos jurídicos para a garantia de tal direito, apesar de haver a possibilidade do recurso ao mandado de segurança;

- f) não se menciona a educação infantil como integrante do direito à educação nas prescrições educacionais das Constituições analisadas;
- g) apenas no texto de 1969 explicita-se o dever do Estado em garantir a educação compulsória para todos.

#### A DECLARAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO NO TEXTO DE 1988

O texto de 1988 apresenta várias novidades em relação ao tema. Pela primeira vez em nossa história constitucional, explicita-se a declaração dos direitos sociais, destacando-se, com primazia, a educação. O direito à educação aparece, inicialmente, no Art. 6º: "São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição" (BRASIL, 1988).

No capítulo da educação, no Art. 205, afirma-se que: "A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho" (BRASIL, 1988). Este artigo reafirma a precedência do Estado no dever de educar, como em 1969. Além disso, os objetivos gerais inspiradores desta educação, "visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho", mantêm-se equidistantes da conhecida polémica - que se refere prioritariamente ao ensino médio - em torno de dois pólos: seu caráter propedéutico e formador da cidadania ou qualificador para o trabalho. Com as modificações em curso no processo produtivo, esta polémica também tem sido levantada para o ensino fundamental, admitindo-se que a própria educação elementar tenha um caráter profissionalizante, concepção já considerada por ocasião da aprovação da Lei nº 5.692, em 1971.

Além disso, no Art. 206 especifica-se que: "O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola" (BRASIL, 1988).

Este dispositivo, se transformado em realidade, avança em termos da efetivação da igualdade de todos perante a lei, pois um dos mecanismos mais conhecidos de exclusão já não se produz no caminho até a escola (falta de vagas, por exemplo), mas na própria ação da escola, que reproduz e estigmatiza parcelas da população, levando-as ao abandono precoce da escola, por meio de múltiplas reprovações e, mais recentemente, colocando-as na inusitada situação de aceitar sua permanência e progresso no sistema de ensino, sem que isso signifique o aprendizado correspondente.

No inciso IV do mesmo artigo, afirma-se a "gratuidade do ensino público com nos estabelecimentos oficiais" (BRASIL, 1988). Este dispositivo inova a for-



mulação da gratuidade, assegurando-a para todos os níveis. Amplia-se a gratuidade para o ensino médio, antes tratada como exceção e declara-se, explicitamente, a gratuidade também para o ensino superior. Além disso, pela inclusão da educação infantil no sistema de ensino, abrange também este nível. Este inciso revela uma situação peculiar em nossa história educacional. Estas etapas da educação básica já eram gratuitas nos estabelecimentos oficiais, apesar da inexistência de disposição legal nesse sentido no âmbito federal; entretanto, é um dos principais alvos dos conservadores em suas críticas à Constituição de 1988. Ressalte-se que constitui infração o entendimento generalizadamente adotado atualmente em universidades públicas, de restringir a aplicação desse princípio apenas aos cursos regulares de graduação e pós-graduação *stricto sensu*, cobrando pelos de especialização e pós-graduação *lato sensu*.

#### O DETALHAMENTO DO DIREITO À EDUCAÇÃO – O ARTIGO 208

No texto de 1988, o direito à educação é especificado e detalhado no Art. 208, nos seguintes termos:

- O dever do Estado para com a educação<sup>3</sup> será efetivado mediante a garantia de:
- I – ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;
  - II – progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio;
  - III – atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;
  - IV – atendimento em creche e pré-escola às crianças de 0 a 6 anos de idade;
  - V – acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;
  - VI – oferta de ensino noturno regular, adequada às condições do educando;
  - VII – atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. (BRASIL, 1988)

A primeira novidade aparece já no inciso I, ao precisar que o dever do Estado para com o ensino estende-se mesmo àqueles que “a ele não tiveram acesso na idade própria”. Aperfeiçoa o texto de 1967-69, que especificava a gratuidade e obrigatoriedade apenas dos 7 aos 14 anos, criando a possibilidade de se dificultar o atendimento aos indivíduos fora desta faixa etária. Entretanto, não constitui prática estranha, ainda hoje, a recusa ilegal da matrícula na primeira série do ensino fundamental a uma criança com dez ou mais anos,

<sup>3</sup> Vale a pena lembrarmos a observação de Luiz Antônio Cunha (1988, p. 41), de que o mais preciso aqui seria “ensino”, por explicitar o que é específico da instituição escolar.

sob a alegação de que, se ela “aguardar” mais um pouco, poderá ingressar diretamente num curso de suplência, “encurtando caminho.” O Art. 208 avança no sentido de efetivar o direito à educação, ao explicitar o atendimento dos que não se encontram na idade considerada “ideal” para ingresso no ensino fundamental. Entretanto, cria uma imprecisão formal que poderia abrir uma brecha para a restrição ao direito à educação ao não explicitar a duração deste ensino. Abre-se, assim, pelo menos em tese, a possibilidade de se estipular uma duração menor que nove anos segundo a legislação atual. O Projeto de Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional apresentado ao Senado pelo senador Darcy Ribeiro em 1995 propunha o ensino fundamental de cinco anos, por exemplo.

José Cretella Júnior (1993, v. 8, p. 4.410) observa que o dispositivo da obrigatoriedade e gratuidade é: “Outra vez a inserção de regra utópica e meramente programática. Onde a sanção por carência de escolas? Como ordenar o ensino fundamental, ou primário, em caráter obrigatório, embora gratuito, se não há escolas suficientes para atendimento da demanda? A obrigatoriedade e a gratuidade são do Estado. Este é *obrigado* a ofertar o *ensino gratuito*.”<sup>4</sup>

A inexistência de previsão de sanção, de fato, enfraquece a norma legal. A este respeito, resta a possibilidade da intervenção federal no Estado (BRASIL, 1988, Art. 34, VI, VII, a e d) ou da intervenção estadual no município (BRASIL, 1988, Art. 35, III e IV) e a responsabilização da autoridade competente (BRASIL, 1988, Art. 208, §2º). Quanto ao restante do comentário, desassiste-lhe a razão, pois a declaração de tal direito independe da existência ou não de escolas em número suficiente, sendo, como o próprio autor reconhece, obrigação do Estado garantí-las gratuitamente a todos. Esta situação foi prevista até mesmo pela Constituição Federal, no Art. 213, §1º, que, ao disciplinar os repasses de recursos públicos para escolas particulares, afirma: “Os recursos de que trata este artigo poderão ser destinados a bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio, na forma da lei, para os que demonstrarem insuficiência de recursos, quando houver falta de vagas e cursos regulares da rede pública na localidade da residência do educando, ficando o Poder Público obrigado a investir prioritariamente na expansão de sua rede na localidade. (BRASIL, 1988)

No inciso II do mesmo Art. 208, retoma-se um aspecto importante do texto constitucional de 1934, quando se aponta para a perspectiva de progressiva extensão da gratuidade e obrigatoriedade do ensino médio. Este dispositivo (re)equaciona o debate sobre esse ensino para além da polaridade

<sup>4</sup> Note-se que este autor não estende, nesta passagem, a obrigatoriedade da escolarização fundamental também ao indivíduo.



ensino propedêutico *versus* ensino profissional. A idéia aqui presente é incorporá-lo ao período de gratuidade e obrigatoriedade, ou seja, tornar esta etapa da educação básica parte da educação obrigatória (CURY, 1992b). É esta a tendência em todos os países mais desenvolvidos, decorrência do aumento dos requisitos formais de escolarização para o exercício profissional em um processo produtivo crescentemente automatizado. Praticamente todos os países desenvolvidos universalizaram o ensino médio ou estão em vias de fazê-lo e, em 2005, o Chile tornou-o compulsório.

A prescrição do inciso III, “atendimento especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino”, formaliza o dever do Estado e especifica uma orientação mais geral em que se prioriza seu atendimento na rede regular de ensino, hoje realizado fundamentalmente em entidades privadas, filantrópicas ou não (MAZZOTTA, 1987).

No inciso IV, “atendimento em creche e pré-escola às crianças de 0 a 6 anos de idade”, além da extensão do direito à educação a essa faixa etária, abre-se a possibilidade de considerá-la parte do conceito de educação “básica”. Com isto, incorpora-se esta etapa da educação básica ao sistema regular, o que exige regulamentação e normatização no âmbito da legislação educacional complementar. Isso não ocorria na vigência da Constituição anterior, pois esta etapa era “livre”, não sujeita à normatização educacional. Outra consequência é a mudança na concepção de creches e pré-escolas, passando-se a entendê-las cada vez mais como instituições educativas e menos de assistência social.

O inciso V, “acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um”, reflete muito mais uma declaração de intenções, que procuraria especificar a idéia liberal da “igualdade de oportunidades”, do que um dispositivo com implicações objetivas. De qualquer forma, a expressão “segundo a capacidade de cada um” pode dar margem a justificar mecanismos de seleção do tipo exames vestibulares, que explicitariam a “capacidade de cada um”. Incide, pois, no debate das ações afirmativas. De fato, o debate jurídico sobre a constitucionalidade das cotas ancora-se, em parte, neste artigo, assim como no princípio da igualdade de todos perante a lei (MOEHLECKE, 2004).

O inciso VI, “oferta de ensino noturno regular, adequado às condições de cada um”, é o reconhecimento do dever do Estado para com o ensino noturno, dispositivo de grande relevância, pois garante ao jovem e ao adulto trabalhador a possibilidade de frequentar o ensino regular, além de especificar a necessidade de adequação deste ensino “às condições de cada um” (CARVALHO, 1984).

Finalmente, o inciso VII trata do “atendimento ao educando, no ensino fundamental, por meio de programas suplementares de material didático

escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde”. Nos textos anteriores, algo próximo desta prescrição era remetido para a parte de assistência ao estudante. Neste, incorpora-se ao rol de deveres do Estado relativos à garantia do direito à educação, pois, de fato, para parcelas significativas do alunado tais serviços são pré-requisito para a frequência à escola. Na área da Economia da Educação tem-se teorizado sobre a necessidade da concepção de gratuidade comportar tais encargos. Entre os brasileiros, José Carlos de Araújo Melchior (1997) formulou a noção de “gratuidade ativa” como aquela em que, além da escola gratuita, o Estado garantiria esses serviços, chegando mesmo a uma bolsa-salário que remuneraria os salários não recebidos pelos estudantes.<sup>5</sup> Ou se entende a garantia destes “serviços auxiliares” como constitutivos do direito à educação ou continuaremos a conviver com a exclusão escolar gerada por motivos econômicos.

A garantia constitucional destes serviços, ainda que formulada de maneira incompleta, possibilita ampliar a luta pela sua efetivação para o âmbito do Sistema de Justiça. Já os chamados “fatores intra-escolares” da exclusão, relacionados, *grasso modo*, com a qualidade do ensino, são de tipificação mais difícil e, portanto, menos passíveis de exigibilidade judicial, como veremos adiante.

Outro dispositivo relacionado com a garantia do direito à educação encontra-se no Art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), nos seguintes termos: “Nos dez primeiros anos da promulgação da Constituição, o Poder Público desenvolverá esforços, com a mobilização de todos os setores organizados da sociedade e com a aplicação de, pelo menos, cinquenta por cento dos recursos a que se refere o Art. 212 da Constituição, para eliminar o analfabetismo e universalizar o ensino fundamental” (BRASIL, 1988).

Esse artigo estabelece um prazo para a efetivação de uma das mais antigas dívidas educacionais brasileiras, a universalização da alfabetização e da escola fundamental compulsória. Além disso, decorrido o prazo previsto, seriam passíveis de responsabilização as autoridades que não envidassem os devidos esforços para fazer cumprir o dispositivo constitucional. A parte relativa à distribuição de recursos, apesar de ter sido formulada visando a ampliar o montante de recursos aplicado em educação, foi redigida de maneira ambígua, tendo sido alterada pela EC 14 e, em dezembro de 2006, pela EC 53. De toda forma, o objetivo de erradicação do analfabetismo e de universa-

<sup>5</sup> Ver, a respeito, Schultz (1967, p. 44-45) e sua teorização sobre os custos indiretos da educação e, particularmente, os salários não-recebidos, que são os salários que os estudantes deixam de receber ao irem à escola. Essa concepção também inspira programas como o Bolsa-Escola, bastante difundida nos dias de hoje.



lização do ensino fundamental, apesar dos avanços verificados, não foi atingido e nenhuma autoridade foi responsabilizada por isso.

### O ARTIGO 227 E O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Outro artigo da Constituição Federal que declara o direito à educação e propicia mecanismos para sua efetivação é o Art. 227, incluído no Título VIII – Da Ordem Social, capítulo VII – Da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso, nos seguintes termos: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (BRASIL, 1988).

Ao ser regulamentado, este artigo gerou o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069/90, que tem servido de fundamento legal para boa parte das ações judiciais que visam garantir o direito à educação.

Substituindo o antigo Código de Menores, que disciplinava legalmente a relação com os “menores” excluídos, o ECA trata de todas as crianças e adolescentes, mudando o enfoque: é um estatuto que tem a preocupação de “incluir”.

O ECA dedica à educação o capítulo IV – Do Direito à Educação, à Cultura, ao Esporte e ao Lazer, que principia pelo Art. 53, estatuinto esse direito nos seguintes termos:

A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes:

- I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
  - II – direito de ser respeitado por seus educadores;
  - III – direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias escolares superiores;
  - IV – direito de organização e participação em entidades estudantis;
  - V – acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência.
- Parágrafo único. É direito dos pais ou responsáveis ter ciência do processo pedagógico, bem como participar da definição das propostas educacionais. (BRASIL, 1990b)

Alguns desses aspectos reproduzem partes do Art. 206 da Constituição Federal, mas o inciso III e a parte final do inciso V, ao acrescentarem a expressão “próxima à sua residência”, agregam novos elementos à Declaração do Direito à Educação consignada na Lei Maior. O inciso III cria as condições para se discutir, em termos concretos, a exclusão na escola, pois em geral ela é feita por meio dos mecanismos de avaliação, originando, no debate educacional, até mesmo a expressão “pedagogia da repetência”. O acrésci-

mo do inciso V possibilita a exigência de escola “próxima à residência” do educando e, na hipótese de isso ser inviável no curto prazo, a exigência do transporte escolar gratuito. Em seguida, seu Art. 54 repete *ipsis litteris* o Art. 208 da CF 88. O Art. 55 prescreve que “Os pais ou responsáveis têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino”. O Art. 56 prevê que “Os dirigentes de estabelecimentos de ensino fundamental comunicarão ao Conselho Tutelar os casos de: [...] II – reiteração de faltas injustificadas e de evasão escolar, esgotados os recursos escolares; III – elevados níveis de repetência” (BRASIL, 1990b).

Esse dispositivo especifica as responsabilidades dos dirigentes de estabelecimentos de ensino em encaminhar problemas de faltas excessivas ou de altas taxas de repetência para o conselho tutelar. Este deve tomar iniciativas para eliminar ou minorar esses problemas.

O ECA regulamenta de maneira bastante detalhada o direito à educação presente no texto constitucional, representando uma significativa contribuição ao esforço pela ampliação e efetivação desse direito em nossa sociedade.

### OS PARÁGRAFOS DO ARTIGO 208

Os principais mecanismos destinados a detalhar e reforçar a importância da declaração do direito à educação na Constituição são os três parágrafos do Art. 208.

No parágrafo primeiro, afirma-se que “o acesso ao ensino fundamental é direito público subjetivo”. Por “direito subjetivo”, José Cretella Júnior (1993, v. 8, p. 4.413-4.414, grifos do autor) entende:

[...] o poder de exigir, que o titular do direito exerce, em direção àquele com o qual entra em relação jurídica.

Tratando-se de *direitos subjetivos* há, pois, dois sujeitos: *sujeito ativo*, “o credor”, pessoa de quem emana a exigência, o poder de exigir; *sujeito passivo*, o “devedor”, pessoa sobre quem recai a exigência, o dever de cumprir a obrigação jurídica resultante de regra de direito.

Os direitos públicos subjetivos podem ter o Estado tanto como sujeito ativo como passivo. O parágrafo em questão refere-se àquela modalidade em que o Estado figura como sujeito passivo.

No comentário à declaração da educação como o primeiro dos direitos sociais, José Cretella Júnior (1991, v. 2, p. 881-882) afirma: “[...] todo cidadão brasileiro tem o subjetivo público de exigir do Estado o cumprimento da prestação educacional, independentemente de vaga, sem seleção, porque a regra jurídica constitucional o investiu nesse *status*, colocando o Estado, ao lado da família, no poder-dever de abrir a todos as portas das escolas públicas e, se não houver vagas nestas, das escolas privadas, pagando as bolsas aos estudantes.”



Isso significa que o Estado, sujeito passivo do direito à educação, é obrigado a oferecê-la a todos. Entidades da sociedade civil, ONGs, sindicatos, associações de moradores, partidos políticos, entre outros, e principalmente o Ministério Público, podem demandar à justiça para sua garantia.

O parágrafo segundo do Art. 208 afirma que “[...] o não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente” (BRASIL, 1988). Traz como novidade a possibilidade de responsabilizar diretamente a autoridade incumbida da garantia do direito (por exemplo, o administrador público), diferentemente de uma responsabilização do Poder Público como ente jurídico geral, embora permaneça a ausência de sanções pelo não-cumprimento da norma legal. Este elemento não é desprezível, pois muitas vezes se argumenta que não adianta invocar este dispositivo se não há sanção prevista pelo seu não-cumprimento. Resta, de qualquer forma, a tentativa de enquadramento no “crime de responsabilidade”, cuja penalidade pode ser até mesmo a cassação do mandato. Isso, vez ou outra, tem ocorrido no Brasil nos últimos anos, particularmente no que se refere ao mau uso dos recursos para a educação.

O parágrafo terceiro prescreve que “compete ao Poder Público reencensurar os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola” (BRASIL, 1988). A responsabilização do Poder Público pela realização do censo escolar e pela chamada à matrícula constou da legislação ordinária em diversos momentos. O mesmo ocorria quanto à responsabilidade de “zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência”.<sup>6</sup>

Este parágrafo constitui um aperfeiçoamento, ensejando uma melhoria em nossas estatísticas educacionais, pois a realização de levantamentos científicos permite avaliar, de fato, as necessidades do sistema relativas à expansão da rede física, bem como dimensionar a exclusão e o perfil de escolarização da população em uma determinada área.

José Cretella Júnior (1993, v. 8, p. 4.418-4.419) entende que o uso da expressão “Poder Público” neste dispositivo é incorreto, pois tal tarefa caberia ao professor. Equivoca-se o tratadista, pois o objetivo de tal medida é muito mais identificar o aluno que se encontra fora da escola do que aquele já matriculado. De qualquer forma, há responsabilidades afetas a esse diagnóstico.

<sup>6</sup> Muitas leis orgânicas municipais atribuíram essa tarefa aos próprios municípios. Ver Oliveira e Catani (1993b, p. 257-274). Quanto à responsabilização do Poder Público, os Arts. 28 e 29 da Lei nº 4.024/61 afirmam: “Artigo 28 – A administração do ensino nos Estados, Distrito Federal e Territórios promoverá: a) o levantamento anual do registro das crianças em idade escolar; b) o incentivo e a fiscalização da frequência às aulas. Artigo 29 – Cada município fará, anualmente, a chamada da população escolar de sete anos de idade, para matrícula na escola primária.”

co da demanda que poderiam (e deveriam) ser satisfeitas pelas escolas e seus responsáveis, e que poderiam perfeitamente estar previstas em lei. Entre estas, pode-se citar a inexistência de legislação que obrigue as escolas a manter livros públicos para registro das crianças que procuram vaga e não são atendidas. Esta temática, hoje em dia, afeta bastante a educação infantil.

#### INSTRUMENTOS VIABILIZADORES DO DIREITO À EDUCAÇÃO

Os aspectos do direito à educação apresentados nos itens anteriores deste capítulo já haviam sido contemplados por nossa legislação. Afinal, a própria declaração desse direito, pelo menos no que diz respeito à gratuidade, constava já da Constituição Imperial. O que se aperfeiçoou, para além de uma maior explicitação dos direitos e de uma maior precisão jurídica – evidenciada pela redação –, foram os mecanismos capazes de garantir, em termos práticos, os direitos anteriormente enunciados, estes sim, verdadeiramente inovadores. Tais mecanismos são o mandato de segurança coletivo, o mandato de injunção, novidade legal em nossa tradição constitucional, e a ação civil pública.

O *mandado de segurança* está previsto no Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, capítulo I – Dos Direitos Individuais e Coletivos, Art. 5º, LXIX, LXX, nos seguintes termos:

LXIX – conceder-se-á mandato de segurança para proteger direito, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

LXX – o mandato de segurança coletivo pode ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;
- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses dos seus membros ou associados. (BRASIL, 1988)

Fábio Comparato (1989, p. 96) observa que, “Pelo mandato de segurança, podem ser defendidos os chamados direitos líquidos e certos, distintos da liberdade de locomoção, contra atos ou omissões abusivas do Poder Público. São considerados líquidos e certos os direitos cujo reconhecimento independe de uma instrução probatória no processo (testemunhas ou vistas, por exemplo)”.

No mesmo sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1973, p. 295) entende que: “O mandato de segurança é remédio específico contra a violação, pelo poder público, de direito, líquido e certo, outro que o de locomoção. O seu campo de ação é definido por exclusão: onde não cabe o *habeas corpus*, cabe o mandato de segurança.”



O direito à educação enquadra-se nestas condições, podendo-se lançar mão deste mecanismo para efetivar sua garantia. Além disso, a possibilidade de sua utilização por parte de instituições da sociedade civil, com vistas à defesa de direitos coletivos, amplia muito sua aplicabilidade.

O *mandado de injunção* é previsto no Art. 5º, LXXI da CF, nos seguintes termos: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (BRASIL, 1988).

Segundo José Afonso da Silva (1989, p. 51-52), “O mandado de injunção é [...] um instituto processual civil, outorgado ao legítimo interessado como remédio constitucional para a obtenção, mediante decisão judicial de equidade, a imediata e concreta aplicação de direito, liberdade ou prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania popular ou à cidadania, quando a falta de norma reguladora torne inviável o seu regular exercício”.

O mandado de injunção atribui “poder legislativo” ao Judiciário na hipótese de ausência de regulamentação prejudicar a garantia e/ou efetivação de determinado direito.

A *ação civil pública* está prevista no Art. 129, III, ao estabelecer as funções do Ministério Público:

São funções institucionais do Ministério Público: [...]

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. [...]

§1º A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei. (BRASIL, 1988)

Também o Estatuto da Criança e do Adolescente disciplina as ações visando à proteção judicial dos interesses difusos e coletivos. Em seu Art. 208, prevê que:

Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente referentes ao não-oferecimento ou oferta irregular:

I – do ensino obrigatório;

II – de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência;

III – de atendimento em creche e pré-escola às crianças de 0 a 6 anos de idade;

IV – de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

V – de programas suplementares de oferta de material didático-escolar, transporte e assistência à saúde do educando do ensino fundamental;

VI – de serviço de assistência social visando à proteção à família, à maternidade, à infância e à adolescência, bem como ao amparo às crianças e adolescentes que dele necessitem;

VII – de acesso às ações e serviços de saúde;

VIII – de escolarização e profissionalização dos adolescentes privados de liberdade. Parágrafo único. As hipóteses previstas neste artigo não excluem da proteção judicial outros interesses individuais, difusos ou coletivos, próprios da infância e da adolescência, protegidos pela Constituição e pela Lei. (BRASIL, 1990b)

Novamente destaca-se a importância dada à educação na prescrição legal, estabelecendo-se, explicitamente, mecanismos para sua garantia. A outra novidade introduzida por este artigo encontra-se no parágrafo único, no tocante aos interesses “difusos” e “coletivos”.

Antônio Chaves (1994, p. 640) entende por interesse difuso “[...] o interesse de um grupo ou de grupos menos determinados de pessoas, entre as quais não haja vínculo jurídico ou fático muito preciso”. O mesmo autor entende por interesse coletivo “[...] o que abrange categoria determinada ou pelo menos determinável de indivíduos, como o dos associados de uma entidade de classe. Assim como ocorre com o interesse individual indisponível, também o interesse coletivo, se indisponível, está inserido naquelas noções mais abrangentes de interesse público.” (CHAVES, 1994, p. 640-641)

Além disso, o Art. 210 do ECA estabelece a legitimação concorrente para as ações cíveis fundadas em interesses coletivos ou difusos, nos seguintes termos:

Para as ações cíveis fundadas em interesses coletivos ou difusos, consideram-se legitimados concorrentemente:

I – o Ministério Público;

II – a União, os Estados, os municípios, o Distrito Federal e os Territórios;

III – as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por esta Lei, dispensada a autorização da assembleia, se houver prévia autorização estatutária.

§ 1º Admitir-se-á litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta Lei.

§ 2º Em caso de desistência ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado poderá assumir a titularidade ativa. (BRASIL, 1990b)

Este detalhamento legal permite, do ponto de vista jurídico, amplo apoio a ações por qualquer uma dessas instituições, até mesmo por parte de associações da sociedade civil, para representarem ao Sistema de Justiça visando a garantir o direito à educação.

#### A EMENDA CONSTITUCIONAL 14, DE 12 DE SETEMBRO DE 1996

A EC 14 alterou a redação dos dois primeiros incisos do Art. 208, aqueles que estabelecem o direito à educação. Tal modificação ensejou acirrados debates acerca da possível redução da garantia do direito. Vamos analisá-las com mais detalhes.



A primeira modificação ocorreu na alteração do inciso I, cuja versão original era: “I – ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria”, alterada para: “I – ensino fundamental, obrigatório e gratuito assegurado, inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria” (BRASIL, 1996a).

Não há alteração na primeira parte da declaração. Dessa forma, explicita-se o direito de todos ao ensino fundamental. A modificação refere-se à segunda parte do inciso. Na redação original, essa parte funcionava como um detalhamento já incorporado na declaração inicial, mas enfatizado de modo a não permitir dúvidas. Estendia-se a obrigatoriedade e a gratuidade até mesmo (“inclusive”) aos que não tiveram acesso na idade própria. Com a emenda, substitui-se a expressão “[...] inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria” por “[...] assegurado, inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria”.

Tomando como referência a análise desenvolvida na primeira parte deste artigo, a compulsoriedade abrange uma dupla responsabilidade, do indivíduo ou seu responsável legal e do Estado. Seguindo tal entendimento, o texto original significava que mesmo os indivíduos que já tivessem ultrapassado a idade considerada ideal estariam sujeitos à obrigação prescrita no dispositivo legal. Evidentemente, este entendimento não se materializou em procedimentos jurídicos buscando forçá-los a frequentar o ensino fundamental; entretanto, este era o seu sentido jurídico: todos, independentemente da idade, estariam obrigados a frequentar o ensino fundamental e o Estado a garantir-lhes esse direito/dever. O texto substitutivo manteve o direito a todos, mas eximiu os indivíduos que ultrapassaram a idade legal da obrigação de cursar o ensino fundamental, não eximindo o Estado da obrigação de fornecê-lo gratuitamente.

Essa interpretação ficou explicitada durante os debates em torno da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 233, de 1995, que se transformaria na EC 14. O relator, em seu parecer final, explicita esse entendimento. Uma interpretação diversa desta entende que a emenda restringiria o direito da população maior de 14 anos ao ensino fundamental. Não parece ser o caso, pois não se explicita, na primeira parte do inciso, que a obrigatoriedade e gratuidade do ensino fundamental se referia exclusivamente aos que se encontram na idade correta. Ao contrário, o *caput* do artigo refere-se ao “dever do Estado”, mantendo-se, também, a obrigação de oferecer este ensino gratuitamente especificamente a essa população.

A segunda modificação ocorreu no inciso II, com a substituição da expressão “progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio” por “progressiva universalização do ensino médio gratuito”. (grifo nosso)

Tanto uma redação como a outra não têm impacto imediato, pois ambas apresentam uma perspectiva para a expansão do sistema. São diretas para o futuro. A versão original era mais enfática que a emendada, pois “obrigatoriedade e gratuidade” tem um significado de mais explícita responsabilização do Estado do que “universalização”.

De toda forma, parece adequado retomar o debate em outros termos. Ante a significativa expansão do acesso ao ensino médio observada nos últimos anos, que se encontra com uma taxa de matrícula bruta de mais de 85%, seria oportuno retomar-se a perspectiva de incorporá-lo ao direito à educação de todos, tornando-o obrigatório.

### O DIREITO À EDUCAÇÃO NA LDB

A LDB toma como referência o texto da CF 88 e do ECA para explicitar a declaração do direito à educação, não apresentando em relação a esses documentos alterações significativas. No entanto, cabe ressaltar algumas nuances, ainda que estas não alterem o conteúdo nem a abrangência da declaração do direito explicitada naqueles documentos legais.

Uma primeira alteração consta do Art. 2º, redigido nos seguintes termos: “A educação, *dever da família e do Estado*, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. (BRASIL, 1996b, grifo nosso)

Este artigo é a repetição do Art. 205 da CF, com pequenas alterações. A parte que diz respeito mais diretamente ao nosso tema inverte a ordem da família e do Estado na declaração do dever de educar. Trata-se de uma questão interessante. Se a ordem em que os termos aparece não tem importância, não há divergência entre os dois documentos. Entretanto, se eles têm significados diferentes, como explicitarei ao analisar o texto de 1934, a LDB é inconstitucional. Se nos ativermos apenas à análise interna dos textos, tendemos a considerar sem muita importância a ordem em que aparecem; entretanto, é inegável que este debate reveste-se, entre nós, de uma disputa de significados bastante definidos e, historicamente, muito diferentes entre si. Nestes termos, ao privilegiar a formulação católica sobre o tema, parece evidente a contradição entre a LDB e a CF.

Em seu Título III, a LDB detalha o direito à educação e o dever de educar. Primeiramente, o Art. 4º detalha e amplia os termos dos incisos do Art. 208 da CF:

O dever do Estado com a educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

I – ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram



acesso na idade própria;

II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio;

III - atendimento educacional especializado gratuito aos educandos com necessidades especiais, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - atendimento gratuito em creches e pré-escolas às crianças de 0 a 6 anos de idade;

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI - oferta de ensino noturno regular, adequada às condições do educando;

VII - oferta de educação escolar regular para jovens e adultos, com características e modalidades adequadas às suas necessidades e disponibilidades, garantindo-se aos que forem trabalhadores as condições de acesso e permanência na escola;

VIII - atendimento ao educando, no ensino fundamental público, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde;

IX - padrões mínimos de qualidade de ensino, definidos como a variedade e quantidade mínimos, por aluno, de insumos indispensáveis ao desenvolvimento do processo de ensino-aprendizagem. (BRASIL, 1996b)

Os incisos I e II repetem a redação original da CF 88, sem levar em conta as modificações introduzidas pela EC 14. Dessa forma, não têm valor legal, uma vez que a hierarquia das leis determina que, havendo contradição entre uma lei complementar e a Constituição, prevalece esta última.

Os incisos III e IV reproduzem os incisos correspondentes do Art. 208 da CF, acrescentando o termo "gratuito", tanto ao atendimento aos portadores de deficiência quanto às crianças de 0 a 6 anos. Estes acréscimos, apesar de explicitarem a gratuidade, apenas detalham o que já estava inscrito na CF, ainda que implicitamente. O *caput* do artigo explicita que o artigo se refere ao "dever do Estado para com a educação [...]". Além disso, entre os princípios explicitados pelo inciso IV do Art. 206 da CF, repellido pelo inciso VI do Art. 3º da LDB, estabelece a "gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais". Da combinação desses incisos, do dever do Estado decorre, necessariamente, a gratuidade. De qualquer forma, pode-se afirmar que a explicitação da gratuidade torna o texto legal mais claro e direto.

Os incisos V, VI, VIII repetem os incisos V, VI e VII do Art. 208 da CF, relativos ao acesso aos níveis mais elevados de ensino segundo a capacidade de cada um, oferta do ensino noturno regular adequado às condições do educando e atendimento ao educando, no ensino fundamental, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte e assistência à saúde.

Há dois acréscimos, os incisos VII e IX, que não constam da Constituição. No VII, explicita-se o dever de oferta de ensino regular para jovens e adultos, com características adequadas às suas necessidades e disponibili-

des, bem como as condições de acesso e permanência aos que forem trabalhadores. Trata-se de mecanismo democratizador, mas que necessita de adequada regulamentação. O inciso IX detalha o inciso VII do Art. 206 da CF ("garantia de padrão de qualidade"), articulando o padrão mínimo de qualidade com "[...] a variedade e quantidade mínimas, por aluno, de insumos indispensáveis ao processo de ensino-aprendizagem" (BRASIL, 1996b). Esta idéia articula-se à necessidade de um gasto mínimo por aluno, o que, segundo a interpretação oficial atual, seria operacionalizada pelo Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef).<sup>7</sup>

Os Arts. 5º e 6º detalham aspectos do *caput* do Art. 208 da CF e de seus parágrafos, nos seguintes termos:

Artigo 5º - O acesso ao ensino fundamental é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída, e, ainda, o Ministério Público, acionar o Poder Público para exigi-lo.

§1º - Compete aos Estados e aos municípios, em regime de colaboração, e com assistência da União:

I - recensear a população em idade escolar para o ensino fundamental, e os jovens e adultos que a ela não tiveram acesso;

II - fazer-lhes a chamada pública;

III - zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola.

§2º - Em todas as esferas administrativas, o Poder Público assegurará em primeiro lugar o acesso ao ensino obrigatório, nos termos deste artigo, contemplando em seguida os demais níveis e modalidades de ensino, conforme as prioridades constitucionais e legais.

§3º - Qualquer das partes mencionadas no *caput* deste artigo tem legitimidade para peticionar no Poder Judiciário, na hipótese do §2º do Art. 208 da Constituição Federal, sendo gratuita e de rito sumário a ação judicial correspondente.

§4º - Comprovada a negligência da autoridade competente para garantir o oferecimento do ensino obrigatório, poderá ela ser imputada por crime de responsabilidade.

§5º - Para garantir o cumprimento da obrigatoriedade de ensino, o Poder Público criará as formas alternativas de acesso aos diferentes níveis de ensino, independentemente da escolarização anterior.

Artigo 6º - É dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula dos menores, a partir dos sete anos de idade, no ensino fundamental. (BRASIL, 1996b)

Como pode ser observado, estes dois artigos detalham e explicitam aspectos que estavam já indicados, eventualmente com menos clareza, no texto constitucional. Cumpre destacar o parágrafo terceiro, que garante a gra-

<sup>7</sup> Este tema será desenvolvido no capítulo referente ao financiamento da educação.



tuidade e a tramitação rápida de ações visando preservar o direito à educação. Isso significa que ações visando garantir o direito à educação têm precedência sobre outras, dispensando-se procedimentos averiguadores que muitas vezes retardam os processos legais.

Como se pode observar, a LDB, apesar de não ampliar a declaração do direito à educação da Constituição, explícita, detalha e elucida diversos aspectos daquela.

### O ENSINO FUNDAMENTAL DE NOVE ANOS

Depois da LDB, nos anos de 2005/2006 a extensão do direito à educação sofreu nova modificação. Primeiramente, a Lei nº 11.114/2005 antecipou o início do ensino fundamental para 6 anos. Em princípio esta lei não alterou sua extensão, o que constituiria apenas uma antecipação da escolarização. A ampliação da duração do ensino fundamental para nove anos só ocorreu com a Lei nº 11.274/2006.

Tais modificações têm despertado muita discussão. Para compreender o debate, vale retomar os dois sentidos históricos da obrigatoriedade. De um lado, o dever do Estado, estabelecido no *caput* do Artigo 208 da Constituição Federal, e, de outro, a obrigatoriedade propriamente dita, que se refere ao indivíduo.

Com a Lei nº 11.114, estabeleceu-se a obrigatoriedade de pais ou responsáveis matricularem seus filhos aos 6 anos de idade. A Lei nº 11.274 ampliou o ensino fundamental para nove anos. Assim, a matrícula obrigatória aos 6 anos é feita em uma escola de ensino fundamental. Há duas ressalvas a serem feitas para permitir uma compreensão melhor. Os sistemas de ensino têm até 2010 para se adaptarem à lei. Isso significa que, enquanto os sistemas não se adaptarem completamente, a exigência da obrigatoriedade para o indivíduo fica relativizada. Em segundo lugar, há que ressaltar que os sistemas de ensino definirão o sentido pedagógico desse ano inicial. Muitos poderão realizar apenas mudanças de nomenclatura, considerando o último ano da pré-escola como o primeiro do novo ensino fundamental, enquanto outros poderão realizar modificações pedagógicas mais amplas. O importante é que as camadas populares ganharam o direito a mais um ano de escolarização e os sistemas terão de se adaptar para atender a essa nova demanda.

Em suma, ainda que seja uma ampliação tímida do direito à educação, não se pode deixar de ver o aspecto positivo da ampliação da obrigatoriedade e da gratuidade do ensino fundamental para nove anos. Isso significa fundamentalmente que quem, com 6 anos, não estiver na escola, passa a ser obrigado a frequentá-la e o Poder Público tem mais enfatizada sua responsabilidade de garantir escola para esses que hoje estão fora do sistema escolar.

Assim, as medidas decorrentes dessas duas leis atingem fundamentalmente quem está fora da escola, ou seja, amplia seus direitos e responsabiliza o Poder Público por fazer-lhes a chamada.

A principal objeção que tem sido feita a essa lei refere-se à avaliação de que aos 6 anos é muito cedo para iniciar um processo de escolarização formal com uma criança. Ainda que pedagogicamente discutível (o início da escolarização se dá aos 6 anos em muitos países e, em alguns casos, até mesmo antes dessa idade), a lei não define a natureza pedagógica desse primeiro ano, ficando tal definição a cargo de cada sistema de ensino.

### QUALIDADE, A NOVA DIMENSÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO

No momento da aprovação tanto da CF quanto da LDB, a principal demanda relativa ao direito à educação era sua garantia aos milhões de brasileiros que se encontravam fora do sistema ou que por ele haviam passado sem concluir nenhuma etapa do processo de escolarização. Entretanto, o contínuo processo de expansão das oportunidades de escolarização da população iniciado na década de 1930 alcançou a significativa marca de 97% de matrícula líquida no ensino fundamental ao final dos anos 1990. Da mesma forma, ainda que em patamar menor, o número dos que concluem a 8ª série conhece no período um crescimento vertiginoso em direção aos 100% da coorte etária. Ainda que tenhamos um número significativo de brasileiros fora da escola e tal problema tenha de ser enfrentado, do ponto de vista legal é uma questão equacionada, pois se aciona a justiça e o direito é amplamente amparado na legislação, na jurisprudência e nas práticas contemporâneas.

A contradição maior do sistema educacional no que diz respeito à garantia do direito à educação transfere-se, no caso do ensino fundamental, do acesso para a forma profundamente desigual como se aprende no interior do sistema escolar. Isto nos permite afirmar que a nova e mais urgente luta pelo direito à educação é estabelecer parâmetros de qualidade de ensino que sejam estendidos a todos. Retomemos um pouco o argumento.

A Carta de 1988 (BRASIL, 1988, Art. 206, inciso VII) determina que o direito à educação refere-se não só à garantia do acesso e da permanência no ensino fundamental, mas também à *garantia de padrão de qualidade* como um dos princípios segundo o qual se estruturará o ensino (OLIVEIRA; ARAÚJO, 2005; OLIVEIRA, 2006).

Identificar em que consiste a qualidade a que todos têm direito, de forma a que seja possível exigí-la na justiça, como se faz com a vaga, é um desafio de pesquisa de amplo impacto democratizador, permanecendo como questão fundante do debate sobre política educacional contemporânea.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, a Constituição Federal de 1988, além de formalizar qualitativamente melhor a declaração do direito à educação em relação aos textos anteriores, ampliou-o em muitos aspectos, como:

- a) a gratuidade do ensino oficial em todos os níveis;
- b) a garantia do direito aos que não se escolarizaram na idade ideal;
- c) a perspectiva da obrigatoriedade do ensino médio, substituída pela perspectiva de sua universalização com a EC 14;
- d) o atendimento especializado aos portadores de deficiência;
- e) o atendimento em creche e pré-escola às crianças de 0 a 6 anos de idade;
- f) a oferta do ensino noturno regular;
- g) a previsão dos programas suplementares de material didático-escolar;
- h) a prioridade de atendimento à criança e ao adolescente.

A CF 88 estatuiu a educação como direito público subjetivo, previu a possibilidade de responsabilização da autoridade competente e atribuiu ao Poder Público a responsabilidade de realização do censo escolar e a chamada à matrícula. Por fim, introduziu e/ou manteve uma série de mecanismos que possibilitam a efetivação de tal direito.

Segundo a análise aqui desenvolvida, a EC 14 não alterou o alcance da declaração do direito ao ensino fundamental previsto na CF 88; ao contrário, evitou um aspecto dúbio ao explicitamente garantir o acesso facultativo àqueles que não se escolarizaram no período adequado, sem eximir o Poder Público de sua responsabilidade de atender gratuitamente a essa população.

Da mesma forma, a legislação complementar, o ECA e a LDB, detalharam a declaração do direito realizada pela Constituição. Finalmente, ainda que de maneira tímida, as Leis n.ºs 11.114/2005 e 11.274/2006 ampliaram o ensino fundamental obrigatório para nove anos e, com isso, ampliaram o direito à educação no país.

Por fim, resta-nos uma última questão: discutir a utilidade de batalhar pela inscrição de determinado direito em textos legais. Tem sido esta a prioridade de inúmeros educadores nos últimos anos, desde o período que antecedeu à Constituinte de 1987-88, à elaboração do ECA, da LDB e, mais recentemente, do PNE.

Essa ação encontra justificativa na percepção de que uma das características da sociedade moderna é a de garantir a todos os cidadãos certa gama de direitos, em oposição às concepções teológico-medievais. Marilena Chauí (1989, p. 19-20) descreve esta passagem nos seguintes termos:

Podemos constatar que, na versão teológico-política dos direitos subjetivos e objetivos, os homens são ditos portadores de direitos por vontade de Deus, de sorte que Deus é origem e causa dos direitos dos homens desde “antes” da comunidade e para que venham a viver em comunidade. Em contrapartida, na versão moderna dos direitos do homem, os homens são ditos portadores de direitos, por natureza ou por efeito da lei positiva, isto é, os direitos são naturais ou civis, sendo estes últimos criados pelos próprios homens. Esta diferença é de grande envergadura porque nos permite compreender uma prática política inexistente antes da modernidade e que se explicita, significativamente, em ocasiões muito precisas: trata-se da prática da “declaração dos direitos”. De fato, quando os direitos subjetivos e objetivos eram vistos como resultado da vontade de Deus, não havia porque declará-los. Existiam como um fato. A prática de “declarar” direitos significa, em primeiro lugar, que não é um fato óbvio para todos os homens que eles são portadores de direitos e, por outro lado, significa que não é um fato óbvio que tais direitos devam ser reconhecidos por todos. A declaração de direitos inscreve os direitos no social e no político, afirma sua origem social e política e se apresenta como objeto que pede o reconhecimento de todos, exigindo o consentimento social e político.

Mesmo quando tais declarações tornam-se “letra morta”, o fato de serem inscritas na lei cria a possibilidade de luta jurídica e política pela sua efetivação. As modernas sociedades democráticas encerram, portanto, uma contradição entre ter de declarar direitos a todos e a resistência social à sua efetivação. Chauí (1989, p. 26) afirma que: “[...] cada direito, uma vez proclamado, abre campo para a declaração de novos direitos e que essa ampliação das declarações de direitos entra em contradição com a ordem estabelecida. Podemos, então, dizer que as declarações de direitos ‘afirmam mais’ do que a ordem estabelecida permite e ‘afirmam menos’ do que os direitos exigem, e essa discrepância abre uma brecha para pensarmos a dimensão democrática dos direitos.”

O que se procurou evidenciar neste trabalho é que o direito à educação, declarado em nível constitucional federal desde 1934, tem sido, do ponto de vista jurídico, aperfeiçoado no Brasil. Mencione-se o comentário irônico de Celso Kelly (1956, p. 19), que, ao analisar a legislação sobre a obrigatoriedade do ensino, afirmava que “[...] os grandes déficits educativos na população brasileira em idade escolar não decorreram da falta da lei”, afirmação que permanece ainda válida nos dias de hoje.

A Constituição Federal de 1988 definiu mecanismos para fazer valer este direito na esfera do Sistema de Justiça. Entretanto, a exclusão social e, particularmente, a educacional requerem remédios mais amplos e articulados, pois em diversas esferas o Estado mostrou-se refratário à efetivação de tais direitos.