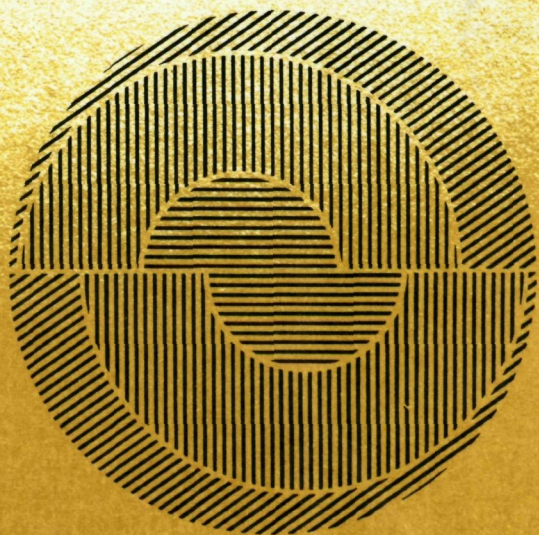


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

OUTUBRO A DEZEMBRO 1984
ANO 21 • NÚMERO 84

Os sistemas legais e sua influência no direito educacional

EDIVALDO M. BOAVENTURA

Ph. D. Secretário de Estado da Educação e Cultura e Professor da Universidade Federal da Bahia

SUMÁRIO

- 1 — Introdução
- 2 — O contraste entre os sistemas legais
- 3 — O papel do Judiciário nos sistemas educacionais
- 4 — A legislação e a regulamentação do processo educacional
- 5 — O peso da doutrina e o prestígio dos pareceres dos Conselhos
- 6 — O espírito do direito continental nas manifestações do direito educacional brasileiro
- 7 — Conclusões
- 8 — Referências bibliográficas

1. Introdução

A literatura especializada indica alguns traços gerais da tradição dos sistemas legais na formação do direito educacional, especialmente a contribuição dos tribunais e da legislação. No particular, exame mais detido e direto será procedido sobre a influência do **civil law** e do **common law**. O objetivo explícito é ressaltar, pela comparação dessas duas tradições legais, as peculiaridades que a legislação de ensino tomou, e está tomando, no Brasil, com vistas ao seu desenvolvimento em direito educacional.

2. O contraste entre os sistemas legais

JOHN HENRY MERRYMAN, em *The Civil Law Tradition* (1969), distingue três tradições legais no mundo contemporâneo: civil-romana, **common law** e socialista.

A tradição legal do direito escrito, dedutivo, positivo — e positivista —, herdeira do direito romano, do direito canônico e do direito comercial, baseia-se, sobretudo, no sistema da lei-código, da lei originária do Legislativo como a fonte primária do direito. Dentro desse ponto de vista, Clóvis Bevilacqua (1955) exclamou: "A fonte imediata do direito é a lei."

Em contraste, a tradição do **common law**, da lei comum, é baseada no sistema da lei-caso, que opera pelo precedente, casuisticamente, pelo

stare decisis. Como bem assinalou um juiz da Suprema Corte, Benjamin N. Cardozo, em **The Nature of the Judicial Process** (1921): o direito comum (costumeiro) não opera por conclusões derivadas dedutivamente de verdades preestabelecidas de validade universal e inflexível. Seu método é indutivo, retirando dos particulares as suas generalizações.

A terceira tradição, a socialista, deriva, em grande parte, do direito continental, com formações muito próprias no que concerne ao direito de propriedade.

O Brasil se enquadra na tradição legal do direito escrito, como bem descreveu THERESA S. DAVIDSON, no estudo **The Brazilian inheritance of roman law (Brazil: Papers presented in the Institute for Brazilian Studies, 1953)**, juntamente com os países europeus continentais, como a França, a Alemanha, a Itália, e com os demais latino-americanos, Argentina e Chile. Os enclaves Louisiana, Quebec e Porto Rico seguem o direito continental, embora inseridos no mundo da "lei comum". O Reino Unido, os Estados Unidos e países outros da comunidade britânica de nações se integram no sistema do **common law**.

Evidentemente que nenhum sistema se desenvolve como um modelo uniforme e invariável, é a sábia ponderação de GODERICH e JAN STEPAN (MORRIS L. COHEN, **How to Find the Law**, 1976; JACOBSTEIN e MERSKY, **Pollack's Fundamentals of Legal Research**, 1973)

Para abreviar este tópico sobre o contraste entre os dois sistemas legais, o problema não é tão-somente jurídico. Muito pelo contrário, tem diferenciações bem mais profundas que surgem dos fundamentos filosóficos do empirismo britânico e do racionalismo francês. Há, assim, "dois modos de pensar", com todas as conseqüências para a formação dos juristas, advogados e administradores de empresas, como percebeu JAMES BRYANT CONANT, nos seus encontros com a ciência e a educação, traduzidos por ANÍSIO TEIXEIRA (**Dois modos de pensar**, 1968; **Two Modes of Thought**, 1964).

Outrossim, importa aqui considerar as duas tradições legais como um quadro referencial das manifestações onde atuam as instituições do direito educacional, plenamente imbuídas, revestidas e implementadas nas estruturas que compõem os dois sistemas. Em especial, três aspectos se destacam: o papel do Judiciário, o caráter regulamentador da legislação e o peso da doutrina.

3. O papel do Judiciário nos sistemas educacionais

No sistema de ensino brasileiro, baseado no direito escrito continental, há reduzido papel do Judiciário na proteção dos direitos educacionais, enquanto que o Executivo, composto de organismos administrativos e normativos, tem maior presença no campo da educação.

A ausência maior ou menor do Judiciário, especialmente dos tribunais, pode ser melhor compreendida no contexto das duas tradições legais. A distinção crucial entre o **common law** e o **civil law** está na primazia, respectivamente, do caso judicial e da legislação. Legislação significando

a norma jurídica, incluindo Constituições, leis originárias ou delegadas pelo Legislativo, decretos-leis, decretos, portarias, resoluções e regulamentações. As decisões judiciais não são tidas como fontes primárias do direito e são muito menos importantes do que naquelas nações que seguem a tradição da "lei comum". Os juízes podem interpretar a lei, mas as suas decisões não se tornam normas. Na educação brasileira, o papel do Judiciário sendo reduzido, limita-se, na maior parte das vezes, à concessão do mandado de segurança em favor de alunos e professores. Pelo menos é o que se observa em alguns Estados.

No caso americano, tudo leva a pensar que o sistema da "lei comum" favorece a maior presença do Judiciário. O princípio do **stare decisis**, quer dizer, do precedente judicial, é observado obrigatoriamente e segundo o caso anterior. Na definição de SCHWARTZ, **stare decisis** — "the doctrine of adherence to the precedents laid down in decided cases" (**The Law in America**, 1974).

No que concerne à educação norte-americana, vários casos têm tido profunda e larga influência. Primeiramente, nos conflitos raciais, duas decisões mudaram por completo a situação do estudante negro. Em 1896, a Suprema Corte prolatou a decisão "Plessy versus Ferguson", segundo a qual o padrão "separate but equal" perdurou por mais de meio século. Somente em 1954, outra decisão, o famoso caso "Brown versus Board of Education", igualou estudantes pretos e brancos, facultando-lhes o uso das mesmas instalações escolares e lhes dando igual proteção legal com fundamento na emenda XIV da Constituição. Outros casos também ficaram célebres na proteção aos direitos educacionais, como o caso "Meyer versus Nebraska", sobre a proibição do ensino do alemão; o caso "Pierce versus Society of Sisters of Holy Names" que permitiu aos pais a escolha do colégio para os filhos; e o caso "Cochran versus Louisiana State Board", que firmou a "teoria de benefício da criança" e assegurou o uso dos recursos públicos para assistir crianças em escolas particulares (Bolmeier, 1973).

Não é da tradição jurídica brasileira o reconhecimento desses e de outros direitos educacionais por parte do Judiciário. As decisões dos juízes e tribunais pouco se envolvem com o processo educacional. Muito pelo contrário, elas tocam, tangencialmente, o mundo da educação.

4. A legislação e a regulamentação do processo educacional

Pelo sistema legal brasileiro, a legislação, partindo da Constituição federal, proporciona as bases jurídicas para a educação, regulamentando, dedutiva e minuciosamente, o processo educacional, em geral, e o processo ensino-aprendizagem, em particular.

A legislação não somente estrutura a administração, declara princípios e normas, mas também regulamenta rigidamente o currículo, o ano escolar, os conteúdos e a duração dos cursos. A Lei nº 5.692/71 é um brilhante exemplo da tendência regulamentadora da legislação, confirmando a rigidez curricular brasileira que tanto impressiona os estudiosos de educação comparada.

Uma manifestação do primado da lei é a tendência à codificação. Senão codificação ou consolidação, pelo menos, compilação. Em adição ao sentido clássico de código, como Código Civil, tem-se designado por "código" compilações de leis em muitos campos, como Código Tributário do Município. No direito educacional brasileiro, já há necessidade de compilações e alguns organismos vêm trabalhando nesse sentido, como o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais (**Informativo 01**, 1981). Um resultado desse projeto foi a publicação em dois volumes da **Ordenação em texto único das leis de diretrizes e bases da educação nacional e legislação conexa** (1983).

5. O peso da doutrina e o prestígio dos pareceres dos Conselhos

Além da reduzida interferência do Judiciário e da regulamentação excessiva da legislação, uma outra característica da tradição continental européia e latino-americana, no nascente direito educacional brasileiro, é o prestígio de que goza a doutrina.

PHANOR J. EDER, em **A Comparative Survey of Anglo-American and Latin-American Law** (1950), observa que, na tradição romana, a doutrina e os livros de autores renomados são fontes de direito, e algumas vezes até possuem mais autoridade do que as decisões dos tribunais. O direito americano, acentua EDER, não é o produto nem de jurisconsultos, nem de legisladores. Muito pelo contrário, ele brota da inteligência ou do caráter dos nossos grandes juizes. No mesmo sentido, o **scholar** de Harvard, ARTHUR T. VON MEHREN, nos seus estudos comparativos de direito, encerrados na monumental obra **The Civil Law System** (1957), afirma: "O direito comum é o monumento da atividade judicial do juiz do **common law**. Nem o legislador nem o mestre do direito criaram o **common law**". Vale a transcrição do trecho seguinte, de GODERICH e STEPAN MORRIS (MORRIS L. COHEN, 1976) sobre o contraste entre os dois sistemas:

"In the civil law system, extra-judicial scholarly legal writing, or doctrine, has a much greater weight than in the common law system. Under the common law, judicial law-making is an accepted and long established principle, while scholarly treatises are almost persuasive secondary sources. Under the civil law, however, treatises and commentaries by leading scholars are viewed as very important interpretations of statutory law" (p. 393).

A interpretação da lei pelos jurisconsultos sempre teve a maior aceitação no sistema do direito continental europeu. O direito romano, em parte, foi construção dos juristas, como CAIO e POMONIUS. O próprio **Corpus Juris Civilis Romanorum**, além de ter sido organizado por TRIBONIANO, continha uma parte doutrinária, o **Digesto**, síntese do pensamento dos jurisconsultos. Dentro dessa tradição, é comum um juiz fundamentar as decisões na doutrina. Para ilustrar a matéria, relatada essa possibilidade em aula de direito educacional, na Universidade Estadual da Pennsylvania, o espanto foi total. Para o americano, educado dentro do espírito jurisprudencial do **common law**, um juiz fundamentar-se em doutrina ou ponto de vista de um mestre do direito parece tremendamente estranho.

No nascente direito educacional brasileiro, a doutrina desempenha importante lugar. Importantíssimo, até. Duas evidências atestam o prestígio da doutrina na atual legislação do ensino. Primeiramente, o próprio Legislativo atribuiu ao Conselho Federal de Educação a função de intérprete, na sua jurisdição administrativa, da Lei federal nº 5.540/68 e das demais que fixam as diretrizes e bases da educação nacional, ressalvada a competência dos sistemas estaduais de ensino (art. 46, Lei nº 5.540/68). E, em segundo lugar, os pareceres doutrinários dos membros do Conselho Federal de Educação têm tido marcante influência em todo sistema educacional nacional e não somente no sistema federal. No nível estadual, a mesma tendência se confirma. O Conselho Estadual de Educação da Bahia, por exemplo, é o intérprete, no campo de sua competência e jurisdição, das leis de ensino (Lei estadual nº 3.095, de 26 de dezembro de 1972, art. 39, II). O parecer, estruturado em relatório, fundamentação, voto do relator e conclusão aprovada pela Câmara ou Comissão, é uma das formas de deliberação do Conselho Estadual (arts. 38, 39, VII). Assim, a opinião doutrinária do Conselho se reveste de força legal, como expressão da vontade coletiva do órgão colegiado.

6. O espírito do direito continental nas manifestações do direito educacional brasileiro

Finalmente, do contraste entre as duas tradições legais, pode-se inferir que, se a presença das decisões judiciais não é das mais atuantes, a legislação, por diversas formas, e a doutrina dos pareceres dos órgãos colegiados são vigentes no direito educacional em pleno período de formação.

7. Conclusões

1 — O nascente direito educacional brasileiro é constituído principalmente pela legislação e pela doutrina dos pareceres emanados dos Conselhos Federal e Estaduais de Educação. As decisões judiciais têm desempenhado reduzido papel na educação no Brasil.

2 — O ordenamento do direito educacional é formado por normas de caráter constitucional, legislativas, ordinárias e administrativas, em conformidade com os dois sistemas, federal e estadual de educação.

3 — A Constituição federal de 1967 diretamente forneceu os princípios para a organização, planejamento e execução dos serviços educacionais; além disso, pelos direitos e garantias individuais, proporcionam potencial de proteção aos direitos educacionais, permitindo o seu pleno exercício em juízo.

4 — Os problemas jurídicos mais freqüentes, resultantes do processo ensino-aprendizagem, dizem respeito ao aluno, ao professor e ao Estado, como principais partes dessa relação jurídico-pedagógica.

5 — O Direito da Educação, como disciplina acadêmica que venha a se constituir, forma, ao lado de outros mecanismos de políticas públicas, principalmente como defesa e proteção dos direitos educacionais, a serem

reconhecidos pelos poderes públicos e pela sociedade e exigidos judicialmente, inclusive, por dever ser a educação uma forma de justiça social distributiva.

8. Referências bibliográficas

BAHIA. Leis, decretos, etc. Lei nº 3.095, de 26 de dezembro de 1972. Reorganiza a Secretaria da Educação e Cultura e dá outras providências. In: BAHIA. Secretaria da Educação e Cultura. Assessoria de Planejamento. **Legislação da Secretaria da Educação e Cultura**. Salvador, 1982, pp. 17-37.

BEVILAQUA, Clovis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 7ª ed, Rio de Janeiro, F. Alves, 1955.

BOLMEIER, Edward C. **Landmark Supreme Court Decisions on Public School Issues**. Charlottesville, The Michie, 1973.

BRASIL. Leis, Decretos etc. **Ordenação em texto único da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e legislação conexa**. Comissão elaboradora: João Batista Villela (presidente), Cleci Mayer, Esther de Figueiredo Ferraz, Moacir Expedito M. Vaz Guimarães e Xesis I/Cia. Amoedo Passarinho. Brasília, Conselho Federal de Educação, INEP e Comissão de Educação e Cultura da Câmara dos Deputados, 1983.

CARDOSO, Benjamin N. **The Nature of the Judicial Process**. New Haven, Yale University Press, 1921.

COHEN, Morris L. ed. **How to Find the Law**. 7ª ed., St. Paul, West Publishing, 1976.

CONANT, James Bryant. **Two Modes of Thought**. New York, Simon and Schuster, 1964.

CONANTE, James Gryant. **Dois modos de pensar**. [Two modes of thought]. Trad. ANISIO TEIXEIRA. São Paulo, Cia. Ed. Nacional, 1968.

CONSOLIDAÇÃO da Legislação Educacional. **Informativo 01**. Brasília, Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais, 1981.

DAVIDSON, Theresa Scherrer; WATSON, James B; THOMAS, Earl W. **Brazil: Papers Presented in the Institute for Brazilian Studies**. Nashville, Vanderbilt University Press, 1953.

EDER, Phanor J. **A Comparative Survey of Anglo-American Law**. New York University Press, 1950.

JACOBSTEIN, J. Miron & MERKSKY, Roy M. **Pollack's Fundamentals of Legal Research** 4ª ed, Mineola, The Foundation Press, 1973.

MEHREN, Arthur Taylor von. **The Civil Law System**. Englewood Cliffs, Prentice-Hall, 1957.

MERRYMAN, John Henry. **The Civil Law Tradition**. Stanford University Press, 1969.

SCHWARTZ, Bernard. **The Law in America**. New York, American Heritage Publishing, 1974.