

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO – UFMA
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO DA UNIVERSIDADE
FEDERAL DO MARANHÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO E INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DE
JUSTIÇA

RAYANA PEREIRA SOTÃO ARRAES

LIVRE INICIATIVA: fundamento da República ou manobra discursiva?
Uma análise da (in)compatibilidade da legislação infraconstitucional e da
argumentação jurídica do STF com o princípio da livre iniciativa nos casos da
lei de meia entrada e da lei das mensalidades escolares

São Luís – MA

2016

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO – UFMA
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO DA UNIVERSIDADE
FEDERAL DO MARANHÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO E INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DE
JUSTIÇA

RAYANA PEREIRA SOTÃO ARRAES

LIVRE INICIATIVA: fundamento da República ou manobra discursiva?
Uma análise da (in)compatibilidade da legislação infraconstitucional e da
argumentação jurídica do STF com o princípio da livre iniciativa nos casos da
lei de meia entrada e da lei das mensalidades escolares

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão, como requisito parcial para obtenção do título de Mestra em Direito.

Área de concentração: Direito Público.

Orientador: Prof.^a Dr.^a Mônica Teresa Costa Sousa

São Luís – MA

2016

Arraes, Rayana Pereira Sotão.

Livre iniciativa : fundamento da República ou manobra discursiva? uma análise da (in)compatibilidade da legislação infraconstitucional e da argumentação jurídica do STF com o princípio da livre iniciativa nos casos da lei de meia entrada e da lei das mensalidades escolares / Rayana Pereira Sotão Arraes. – 2016.

164 f.

Orientadora: Profa. Dra. Mônica Teresa Costa Sousa.

Dissertação (Mestrado) — Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2016.

1. Acesso à educação. 2. Liberdade de ensino. 3. Acesso à cultura. I. Título.

CDU 342.733

RAYANA PEREIRA SOTÃO ARRAES

**LIVRE INICIATIVA: fundamento da República ou manobra discursiva?
Uma análise da (in)compatibilidade da legislação infraconstitucional e da
argumentação jurídica do STF com o princípio da livre iniciativa nos casos da
lei de meia entrada e da lei das mensalidades escolares**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão, como requisito parcial para obtenção do título de Mestra em Direito.

Área de concentração: Direito Público.

Aprovada em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dr.^a Mônica Teresa Costa Sousa (Orientadora)
Universidade Federal do Maranhão – UFMA

Prof.^a Dr.^a Juliana Oliveira Domingues
Universidade de São Paulo – USP
(Examinadora externa)

Prof. Dr. Cassius Guimarães Chai
Universidade Federal do Maranhão – UFMA
(Examinador interno)

Aos meus pequenos Bernardo e Sílvia,
pela maestria com que me ensinam o
amor.

AGRADECIMENTOS

Á Deus, minha inabalável fortaleza.

Aos meus pais, Sílvia e Basílio, pelo amor incondicional e espelho de generosidade.

À melhor parte de mim, meus filhos Bernardo e Sílvia, por tudo que em mim modificam e aprimoram a cada dia juntos, através do amor.

Ao meu amor, Valmir Henrique, pelo companheirismo de uma vida.

Aos meus primos Eduardo e Leonardo, pela cumplicidade e preciosa afinidade que vão além dos laços de sangue.

À minha orientadora e amiga, Prof.^a Dr.^a Mônica Teresa Costa Sousa, pela generosidade com que me auxiliou neste trabalho – e em tantos outros –, não deixando espaço sequer para um desenho quimérico da figura de professor, diferente da sua, minha referência.

Aos professores Leonardo Vales Bento, Ney de Barros Bello Filho, Cassius Guimarães Chai e Wilson de Barros Bello Filho que desde o projeto contribuíram diretamente para a construção do trabalho.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Maranhão

Às amigas construídas durante os prazerosos dois anos em que estive sonhando e construindo este trabalho, as quais represento na pessoa do meu amigo Gleidysson Carvalho.

Às amigas que já trago comigo pela caminhada da vida e que tanta atenção e afeto me dedicam, em especial Ana Patrícia Câmara e Tiago José Fernandes, meus irmãos de coração.

Os sonhos são cartas que
enviamos a nossas outras,
restantes vidas.

(Mia Couto)

Todas as falhas humanas provêm
da impaciência.

(Franz Kafka)

RESUMO

O texto constitucional de 1988 trouxe expressamente o compromisso do Estado em promover a educação, cultura, esporte e lazer aos cidadãos. Da mesma forma, com o intuito de concretizar o objetivo da República de promoção do desenvolvimento, disciplinou a ordem econômica em sessão específica e tutelou expressamente a propriedade privada e a livre iniciativa. Embora a exploração de atividades educacionais e culturais tenha sido autorizada à iniciativa privada com significativa autonomia, restando ao Estado o papel de fiscalização da conformidade do exercício de tal atividade aos valores da sociedade – tais como o exercício da função social da propriedade – a interferência do Estado na livre iniciativa do setor empresarial de entretenimento tem sido agigantada, sob a justificativa de democratização da educação e da cultura, como acontece com as leis federais 9.870/99 e 12.933/2013. O presente trabalho analisa as referidas leis, buscando apontar a incompatibilidade das mesmas com o texto constitucional, bem como demonstrando os reflexos negativos à democracia, ao cenário econômico e ao acesso à educação e à cultura, na medida em que interfere na autonomia administrativo-financeira das empresas privadas dos ramos apontados, sob a justificativa de garantia dos direitos à educação e à cultura, por via reversa de transferência deste ônus à iniciativa privada.

Palavras-chave: Direito à Educação. Acesso à Cultura. Livre Iniciativa. Meia Entrada.

ABSTRACT

The Constitution of 1988 expressly guaranteed the State's commitment to promote education, culture, sport and recreation to citizens. Similarly, in order to achieve the goal of promoting the Republic development, it disciplined economic order in particular session and expressly tutored private property and free enterprise. Although the operation of educational and cultural activities has been authorized to the private sector with significant autonomy, leaving the state the role of monitoring the compliance of the exercise of such activity to the values of society - such as the exercise of the social function of property - State interference upon free initiative of the entertainment business sector has been gigantic, on the grounds of democratization of education and culture, as with federal laws 9870/99 and 12.933 / 2013. This paper analyzes such laws, seeking to identify the incompatibility thereof with the Constitution, as well as demonstrating the negative consequences to democracy, the economic environment and access to education and culture, in that it interferes with administrative and financial autonomy of private enterprises of the branches pointed out, to ensure the rights to education and culture, transferring this burden to the private sector.

Keywords: Right to Education. Access to Culture. Free enterprise. Half Entry.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	PENSAR A ECONOMIA PARA FALAR DA POLÍTICA: UMA EVOLUÇÃO DO PENSAMENTO POLÍTICO-ECONÔMICO NA SOCIEDADE PELA INTERFACE DA LIVRE INICIATIVA	12
2.1	O recorte brasileiro: uma análise da evolução da ideologia político-econômica constitucional brasileira e a tutela constitucional de direitos no Brasil	24
2.1.1	O papel do Estado na ordem econômica de 1988	33
2.1.2	Disciplina constitucional da livre iniciativa.....	37
2.1.3	Princípios no ordenamento jurídico brasileiro	42
2.2	Princípios da ordem econômica de 1988 e a sua administração pelo Estado.....	46
2.2.1	Princípio da livre iniciativa: conceito, evolução e tratamento constitucional.....	48
3	SOBRE A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E O EXERCÍCIO DA C	
3.1	Uma análise econômica do direito previsto pela Lei Federal 9.870 de 23.11.1999.....	57
3.1.1	O direito à educação na Constituição Federal de 1988	60
3.1.2	A repercussão da Lei 9.870/99	65
3.2	Lei de meia entrada: fomento ou boicote? Uma análise da Lei 12.933/2013 e seus reflexos à conformação constitucional do ordenamento jurídico	74
4	A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL NO DIREITO BRASILEIRO: A BATALHA PELA INTEGRIDADE DO ORDENAMENTO COM AS ARMAS DA ARGUMENTAÇÃO E DOS PRINCÍPIOS.....	84
4.1	A análise da lei de meia entrada pelo STF: fundamentalização-releitura, fundamentalização-inclusão ou fundamentalismo?.....	90
4.2	A análise da Lei das Mensalidades Escolares pelo STF	108
4.3	Da ponderação de princípios apontada.....	123
4.4	Da fragilidade argumentativa.....	126
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	132
	REFERÊNCIAS	136
	ANEXOS.....	143

1 INTRODUÇÃO

No bojo do cenário de constitucionalização do Direito, a Constituição Federal de 1988 insurge no contexto jurídico-político trazendo um modelo de Estado marcado pelo caráter prestador de serviços público e garantidor de liberdades, bem como a obrigatória compatibilidade do funcionamento do referido Estado com os valores, fundamentos e ditames constitucionais.

Surge, desta forma, a tutela de direitos como nunca antes vista na história do Brasil, garantindo, formalmente, direitos fundamentais, políticos e sociais, coletivos e individuais e, simultaneamente, organizando a estrutura de poder no âmbito do Estado de forma a delinear seus limites e funções em oposição ao seu agigantamento.

É desta dinâmica que decorre tanto a garantia do direito à educação, ao acesso à cultura e muitos outros; como a assunção da responsabilidade do Estado por tais prestações; assim como a estruturação do Estado em torno do princípio da livre iniciativa, da função social da propriedade e da valorização do trabalho humano.

A consecução do projeto constitucional, contudo, por vezes não alcança a fluidez necessária ao seu salutar desenvolvimento, esbarrando em dificuldades tantas, tais como as de ordem econômica.

Entretanto, a frustração das promessas do constituinte é sempre uma alternativa politicamente desconfortável e o perigo por ela representado à manutenção do *status quo*, pode ensejar medidas incompatíveis com o modelo democrático.

A Constituição Federal, entretanto, assume posição hierarquicamente superior no ordenamento jurídico pátrio e tal fato impõe a permanente avaliação da compatibilidade de todos os atos públicos com as suas diretrizes, razão pela qual o ato ou norma que contrarie os seus preceitos não pode ser recepcionado pela legitimidade do poder constituído.

Dentre os dispositivos constitucionais, é em torno do princípio da livre iniciativa - disposto como fundamento da República Federativa e como princípio da Ordem Econômica – que se orienta a presente pesquisa. Pelo modelo intitulado neoconstitucionalismo, pela força normativa conferida à Constituição e, sobretudo, aos seus princípios constitucionais e pela obrigatória coerência do sistema jurídico

como um todo, tal como uma harmonia regida pela Constituição Federal, torna-se imperioso analisar a compatibilidade do ordenamento infraconstitucional e dos pronunciamentos jurisprudenciais com a Carta Magna.

Neste sentido, na análise da compatibilidade da legislação infraconstitucional, cuida-se do exame da Lei Federal 12.933/2013, que institui o benefício da meia entrada, e da Lei Federal Nº 9.870/1999, que em seu art. 6º veda a aplicação de sanções pedagógicas ou administrativo-financeiras aos alunos de escolas particulares que se encontrem em situação de inadimplência - com o texto constitucional.

A apreciação de tal (in)compatibilidade será cuidadosa tanto no que toca a tutela dos direitos à educação e ao acesso à cultura, verificando a sua eficiência ao alcance de tais finalidades, quanto nos demais efeitos delas decorrentes, como a intervenção no domínio econômico que pode ser configurada pelas obrigações através dela constituídas.

Na análise da (in)compatibilidade dos pronunciamentos jurisprudenciais com as diretrizes constitucionais atinentes à livre iniciativa, o presente trabalho elegeu a análise de Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADI 1950-SP, 2163-RJ e ADIs 319-4-DF, 1117-1-DF, 1176-6-DF, 1236-3-DF, 1370-0-DF e 1992-9-DF – que questionam legislações estaduais que impõem o benefício da semigratuidade em eventos culturais e a vedação ao sancionamento de alunos de escolas particulares por motivo de inadimplência.

Para tanto, através do método hipotético-dedutivo e da análise bibliográfica e documental, no primeiro momento será analisada a evolução do pensamento econômico, bem como das ideologias econômicas das constituições brasileiras que culminaram com o texto em vigência, no intuito de compreender os pilares que edificaram o modelo de Estado atual, tanto no que toca a tutela de direitos e a constitucionalização destes, como em função dos próprios preceitos democráticos que almejam o funcionamento de poderes autolimitados e coerentes com a intolerância à atos autoritários por parte do poder público.

2 PENSAR A ECONOMIA PARA FALAR DA POLÍTICA: UMA EVOLUÇÃO DO PENSAMENTO POLÍTICO-ECONÔMICO NA SOCIEDADE PELA INTERFACE DA LIVRE INICIATIVA

O papel do Estado na Economia – assim como o da Economia no bojo da política pública – nem sempre obteve os contornos com que se apresenta nos dias de hoje. Compreender a evolução do pensamento econômico na dinâmica social, portanto, se faz indispensável para analisar a (in)coerência da política pública atual diante dos pressupostos consagrados e das garantias conquistadas.

Em breve retrospecto, então, tem-se que na Grécia e Roma antigas, onde aproximadamente 80% da população era composta por escravos, os quais realizavam praticamente toda a produção – burocrática, inclusive – em troca de comida e vestuário suficientes à sobrevivência, tão somente; a apropriação e desfrute dos excedentes era exclusiva aos senhores de escravos, que viviam como reis (HUNT; SHERMAN, 2013, p. 11).

Durante esse período, a ideologia econômica da escravidão era sustentada, inclusive por filósofos como Platão e Aristóteles, como um fenômeno natural e, por isso, eterno. Neste entendimento, restava materializada a ideologia econômica antidemocrática de que, com base em diferenças naturais, alguns deveriam exercer o poder sobre outros e tal exercício envolvia tanto a organização social e política, como a apropriação dos excedentes.

Importante reflexo projetado pela ideologia econômica de então era a associação do trabalho como algo indigno, haja vista ser exercido pelos homens rotulados como inferiores, posto não servirem para o comando intelectual – político e social – da sociedade. Com isso, a escravidão grega e romana conseguiu erguer grandes construções e obras públicas, bem como estruturou a atividade agrícola de forma bastante lucrativa; entretanto, não observou significativa atividade inventiva, limitando o progresso tecnológico e, por consequência, estagnando a economia. (HUNT; SHERMAN, 2013, p. 12).

A liberdade de iniciativa, por sua vez, ainda não ocupava lugar de centralidade no debate político e econômico, vez que o modo de produção escravista era incompatível com a concepção deste conceito. Com o intuito de garantir a distribuição da produção agrícola, as leis Romanas possuíam caráter

fortemente intervencionista, limitando a autonomia dos agricultores e, por consequência, a iniciativa privada também. (HUGON, 1995, p. 42)

A política intervencionista romana, contudo, não foi exitosa e aquele modelo econômico se mostrou insustentável.

Nas palavras de Sousa (2011, p. 35),

Ante o intervencionismo do Império Romano, percebe-se que uma das determinações fatais em qualquer política desenvolvimentista é a do assistencialismo incondicional. O modelo determinado pelo Estado, *in casu*, além de insuficiente como política pública, deu margem a um comportamento indolente e acomodado que não condiz com as perspectivas de desenvolvimento, que não acontece a partir da acomodação. Os incentivos públicos devem ser considerados, é fato, mas não podem ser a base exclusiva de nenhum projeto de desenvolvimento, ainda mais quando centrado no indivíduo, afinal os efeitos de um sistema de custeio público como o modelo romano podem minar a iniciativa, além de desencorajar esforços individuais

Com o declínio e fragmentação do Império Romano, a insegurança passou a ser o principal fantasma da sociedade medieval, ocasionando novas relações de submissão, onde os mais fortes protegem os mais fracos e, em troca da proteção, os mais fracos trabalhavam nas propriedades dos mais fortes, os feudos, e entregavam-lhes os excedentes da produção. Tais relações de submissão não se esgotavam na entrega dos excedentes produtivos, mas também na imposição de regras e costumes particulares à cada feudo, diante a inexistência de um ordenamento superior e universalizável, o Estado.

No feudalismo, remodelou-se a ideologia econômica de submissão, transferindo à segurança o poder de barganha antes conferido à inferioridade natural que justificava a escravidão; e concentrando no senhor feudal o poder econômico e político de institucionalizar as regras, implantar tributos e administrar a justiça. São, então, as relações de proteção que estruturam o sistema econômico sequencial, em que o senhor feudal conferia terra para produzir e proteção para fazer permanecer a produção e o servo, em troca, fornecia o seu excedente. (ANDERSON, 1980, p. 163)

Neste contexto, não se pode deixar de destacar o papel legitimador do *status quo* exercido pela Igreja Católica, que através das corporações de ofício, *guildas*, condicionava à associação de todo e qualquer produtor o exercício de sua atividade econômica. Tal exigência, além de negar a livre iniciativa aos produtores, haja vista a inserção no mercado estar condicionada à associação; representava

forte poder político, vez que além de regulamentar amplamente a produção e venda de mercadorias, as guildas também estabeleciam regras de conduta de forma geral.

Eis então, o que se convencionou chamar de ética paternalista cristã, ideologia dominante no período medieval que ainda não foi completamente superada, projetando reflexos até os dias de hoje.

Nas palavras de Hunt e Sherman (2013, p. 15), a ética judaico-cristã foi o “cimento moral” que manteve coesa a Europa feudal, uma vez que tal ideologia assemelhava a sociedade à família, onde aqueles que possuíam maior poder – econômico, inclusive - e prestígio, assumiam o papel de pai e os pobres e desfavorecidos socialmente, o de filhos. Desdobrava-se deste entendimento que o homem comum deveria aceitar seu lugar na sociedade e se submeter à liderança dos ricos e poderosos, assim como os filhos legitimam a autoridade paterna.

A ética judaico-cristã, por sua vez, imprimiu muitas características que até hoje são identificáveis, sobretudo, nas instituições brasileiras; e no tratamento dedicado à livre iniciativa pelo Estado – leis ordinárias e pronunciamentos judiciais. A vida dos judeus era regida por volumoso número de prescrições atinentes à prevenção da pobreza e ao tratamento dedicado aos devedores, legitimando um discurso de responsabilidade pela manutenção do irmão (SOUZA, 1998).

O tratamento dedicado à riqueza pelos textos bíblicos aponta a necessidade de reparti-la entre os pobres para que a mesma seja motivo de bem-aventurança¹, uma vez que os “homens ricos honrados eram os que tinham consciência de que a sua fortuna e o seu poder constituíam uma dádiva de Deus” (HUNT; SHERMAN, 2013, p. 19).

Assim, a ideologia econômica feudal, dominante durante toda a Idade Média, integrada pelos ensinamentos cristãos de que os homens são todos irmãos e que, por isso, devem se preocupar uns com os outros, premiando a caridade,

¹ MT 19, 16-26. E eis que, aproximando-se dele um jovem, disse-lhe: Bom Mestre, que bem farei, para conseguir a vida eterna? ¹⁷ E ele disse-lhe: Por que me chamas bom? Não *há* bom, senão um *só que é Deus*. Se queres, porém, entrar na vida, guarda os mandamentos. ¹⁸ Disse-lhe ele: Quais? E Jesus disse: Não matarás, não cometerás adultério, não furtarás, não dirás falso testemunho; ¹⁹ honra teu pai e tua mãe, e amarás o teu próximo como a ti mesmo. ²⁰ Disse-lhe o jovem: Tudo isso tenho guardado desde a minha mocidade; que me falta ainda? ²¹ Disse-lhe Jesus: Se queres ser perfeito, vai, vende tudo o que tens, dá-o aos pobres e terás *um* tesouro no céu; e vem e segue-me. ²² E o jovem, ouvindo essa palavra, retirou-se triste, porque possuía muitas propriedades. ²³ Disse, então, Jesus aos seus discípulos: Em verdade vos digo que é difícil entrar um rico no Reino dos céus. ²⁴ E outra vez vos digo que é mais fácil passar um camelo pelo fundo de uma agulha do que entrar um rico no Reino de Deus. ²⁵ Os seus discípulos, ouvindo *isso*, admiraram-se muito, dizendo: Quem poderá, pois, salvar-se? ²⁶ E Jesus, olhando *para eles*, disse-lhes: Aos homens é isso impossível, mas a Deus tudo é possível.

valorizando a esmola e condenando a ganância e o egoísmo, firmou-se como grande obstáculo ao desenvolvimento do capitalismo, que tem no lucro, na produção de excedentes e na acumulação as bases de seu funcionamento.

Não se pode, contudo, deixar de destacar a importância da demonização da cobiça e acumulação de riqueza construída pela ideologia cristã para a estratégia política desta instituição, uma vez que a ascensão econômica de setores da população “implicava a acumulação de poder e facilitava a mobilidade social ascendente que teria, por fim, efeitos profundamente destrutivos para o sistema medieval, na medida em que acabaria dissolvendo as relações de *status* que formavam a espinha dorsal da sociedade feudal”. (HUNT; SHERMAN, 2013, p. 21)

A liberdade de iniciativa, neste período, restava, pois, cerceada pela impregnação moral da economia, institucionalizada não somente pelo embrionário Estado como também pela Igreja Católica.

Contudo, em que pese o poder exercido pela Igreja Católica na sociedade medieval, os avanços na agricultura – principal atividade econômica daquele período – impulsionaram progresso econômico para toda a sociedade europeia, projetando significativas mudanças na estrutura social e política, dentre elas o florescimento de inúmeras cidades, o surgimento da atividade manufatureira e o desenvolvimento do comércio inter-regional. O progresso econômico oriundo da agricultura foi, portanto, também a causa da perda da sua centralidade na dinâmica econômica, uma vez que a produção de excedentes favoreceu o desenvolvimento das trocas e o surgimento do comércio.

Assim, as feiras davam lugar à prosperas cidades comerciais e as restrições impostas pela ideologia feudal não se coadunavam as necessidades da atividade econômica então desenvolvida e dentre as mudanças decorrentes de tal incompatibilidade, tem-se a criação de uma legislação comercial precisa e codificada – que logo em seguida culminou com a legislação contratual - em substituição ao direito consuetudinário praticado nos feudos de então, apontando desde então a necessidade da institucionalização da segurança jurídica para o desenvolvimento econômico. (COMPARATO, 2011)

O surgimento da ideologia capitalista, entretanto, insurgiu no bojo de uma sociedade ainda profundamente apegada aos privilégios do poder, de forma que apesar do mercado se firmar como ponto central do funcionamento econômico, as

guildas de privilegiados orientavam o monopólio dos mesmos através da diferenciação dos regimes de aprendizagem, a instituição dos privilégios, isenções especiais para determinados produtores e cobrança de taxas elevadas com o intuito de selecionar restritivamente os integrantes do mercado. O mercado, com este desenho, além de não proporcionar o livre acesso a qualquer agente, ocasionou a criação de uma classe de operários para os novos centros urbanos através da mão de obra dos pequenos artesãos que não conseguiam se inserir no comércio.

Outro reflexo da sucumbência da ideologia feudal, especificamente do cercamento dos campos aliado ao crescimento populacional direcionado às cidades urbanas, foi o surgimento de uma massa de trabalhadores para as indústrias, força humana para os exércitos e para a colonização de novas terras e consumidores para os novos produtos industriais.

Desta forma, a acumulação de capital decorrente dos excedentes e o fortalecimento dos mercados – inclusive à longa distância – foram determinantes para a afirmação da ideologia capitalista, ao mesmo passo em que a formação dos Estados absolutos em consequência da falência do sistema feudal determinou a preocupação com a manutenção da balança comercial favorável. A criação de monopólios tem, pois, sua origem nas estratégias dos Estados absolutistas para a manutenção das balanças comerciais favoráveis.

Juntamente com a formação dos Estados absolutistas e a afirmação da ideologia capitalista – a qual, inclusive, ao tempo começou a apresentar suas deformações – observou-se o final do processo de secularização das funções desempenhadas pela Igreja Católica, sobretudo política e assistencialmente, e a assunção da responsabilidade pelo bem-estar geral da população pelo Estado. A partir de então, em decorrência das influências da ética paternalista cristã e da necessidade de solucionar os problemas sociais emergentes -através de instituições sólidas, inclusive – a ideia de que o Estado tinha por obrigação servir a sociedade assumiu recortes de dogma, assim como a de que os beneficiários do sistema deveriam socorrer as vítimas do mesmo. (HUNT, 2005, p. 23)

Interessante é, contudo, perceber que desde então o Estado, preocupado em manter as massas em seus devidos lugares, já utilizavam artifícios legislativos para proceder as necessárias manobras discursivas.

As chamadas *Poor Laws*, que em nada contribuíram para a efetiva redução da pobreza, foram úteis para demonstrar a preocupação dos governantes para com a situação da população de baixa renda – ainda que esta fosse inexistente; garantindo a manutenção da ordem social. (HUNT, 2005, p. 25)²

Com a indiscutível inadequação da ética paternalista cristã ao desenvolvimento do capitalismo e diante da necessidade de estimular cada vez mais o interesse na acumulação de riquezas para que o sistema econômico implantado rendesse bons frutos, simultaneamente ao fortalecimento da ideia de solidariedade compulsiva no cenário social, surgiram também teorias individualistas sobre o comportamento humano. O já perceptível incomodo dos capitalistas com a intervenção do Estado na economia possibilitou à filosofia individualista a conquista do pensamento econômico, lançando as bases do liberalismo clássico, uma vez que de então iniciaram-se as afirmações sobre os direitos à independência, autonomia e liberdade individual de cada homem, inclusive diante da massa social. (BACHUR, 2006)³

O liberalismo econômico, então decorrente da reação às barreiras impostas pelo mercantilismo, alcançou o seu apogeu entre 1860 e 1890 e dentre os expoentes de sua ideologia libertária e antiestadista, a redução tarifária, tão importante para o fluxo do mercado, foi emblemática (HUGON, 1995, p. 103)

No mesmo contexto, a fragilidade da ideologia religiosa da Igreja Católica em razão da sua incompatibilidade com a dinâmica econômica deu lugar ao fortalecimento do protestantismo o qual ao premiar o esforço individual e o trabalho eficiente, favorecendo a acumulação tão necessária ao êxito do mercantilismo – bem como do capitalismo – apresentou-se como ideal ao novo contexto.⁴

² Pela natureza contraproducente de tais legislações é que Adam Smith, emblema do liberalismo econômico, pôs-se à criticá-las. Não por desconsiderar a importância do auxílio aos pobres, mas sim pela forma ineficaz com que tais legislações se firmavam. (SEN, 1999, p. 41)

³ Uma vez que o Estado, com o intuito de se legitimar progressivamente enquanto instituição sólida e centralizadora do poder, lançava mão de estratégias interventivas para manter a ordem social, sobretudo no que tocava o combate à pobreza de forma nem sempre harmônica aos interesses da classe produtora, mesma detentora do poder econômico.

⁴ Interessante é, pois, perceber, os reflexos projetados nas colônias em decorrência de tal diferença de ideologia econômica e política – assumindo-se a ideologia religiosa como produto das duas anteriormente mencionadas. A liberdade de iniciativa nos países colonizados pela Igreja Católica, como o Brasil, até os dias de hoje traz reflexos da ética paternalista cristã, conforme será analisado no enfoque central do presente trabalho; ao passo que as colônias protestantes – como os Estados Unidos da América – pela orientação libertária e individualista de seus colonizadores, afirmaram-se como expoente quanto ao assunto. (AZEVEDO, 2004)

O protestantismo, mais que a demonstração da sucumbência da predominância do poder da Igreja Católica, significou, ainda, a afirmação de novas virtudes, antes moralmente condenadas. (WEBER, 2004, p. 34)

Ademais, soma-se aos novos valores favoráveis à riqueza, a ideologia econômica da Fisiocracia, que acolheu o liberalismo e o individualismo como valores essenciais (HUGON, 1995, p. 90)

Acreditando ser a agricultura a única atividade capaz de produzir a necessária riqueza para o progresso da sociedade, bem como a comercialização dos excedentes imprescindível à superação da pobreza homogênea, os fisiocratas fomentavam a “*teoria agrícola do excedente*”, ao mesmo tempo que fortaleciam o livre comércio e a livre iniciativa (SOUZA, 1997, p. 90).

François Quesnay (1985, p. 129) preconizava a liberdade nos seguintes moldes:

Que cada um seja livre de cultivar no seu campo os produtos que o seu interesse, as suas faculdades e a natureza do terreno lhe sugiram para dele tirar o máximo produto possível; não deve de modo algum favorecer-se o monopólio dos bens de raiz, porque ele é prejudicial ao rendimento geral da nação

No contexto das Revoluções Burguesas surge o constitucionalismo praticado até os dias de hoje, sendo este um fruto do capitalismo, haja vista firmar-se em resposta às mudanças sociais e culturais próprias do referido período.

Importante é, pois, consignar que, ao mesmo tempo em que o constitucionalismo surgiu em resposta à nova dinâmica social, também favoreceu a organização e estruturação de um Estado com uma ideologia devidamente demarcada, o liberalismo. A Constituição consiste, então, na declaração da opção política do Estado, “formatando a organização formal do aparelho de Estado, que, por sua vez, junto com o conteúdo, condiciona as formas de decisão das políticas públicas.” (CASTRO, 2015, p. 2)

No bojo da doutrina individualista, impulsionada pela Revolução Francesa, surge, então, o liberalismo o qual, ao contrário do mercantilismo – que prezava por autonomia econômica frente ao Estado, mas valorizava uma atuação estatal sólida favorável à expansão da atividade comercial à outros mercados (relações internacionais) – propugnavam pela irrestrita liberdade de comércio. A liberdade, que a partir de então começava a ocupar o ponto central na discussão

político-econômica, ia além da liberdade de inserção no mercado, local ou internacional, tratava-se de verdadeira afirmação da liberdade individual, através da valorização máxima da capacidade intelectual humana. A concepção de sociedade como família, marco da ética paternalista cristã, foi substituída pelo *atomismo* que colocava o indivíduo no centro das preocupações e o grupo como a soma dos indivíduos que o compunham, puramente⁵.

A partir de então, constituiu-se uma nova ordem – esta, constitucional - que pressupunha nitidamente o repúdio ao autoritarismo e a valorização da liberdade, ideologia imbrincada na sociedade, de forma a refletir a soberania popular, referida por Müller (2004, p. 23) como indispensável à “constituição da Constituição”.

O Estado, então, no bojo das revoluções burguesas, deixa de ostentar um caráter autoritário e repressor – da economia, inclusive – passando a cumprir o papel de conferir a segurança jurídica necessária ao desenvolvimento do capitalismo inaugurado pelas trocas mercantis. Aqui repousa outra razão ao surgimento do constitucionalismo, onde Sieyès (1986) aponta o novo papel do Estado, qual seja servir a sociedade civil, especialmente a classe emergente, a burguesia.

A lógica de Sieyès coloca o contrato social, ou seja, o *pacta sunt servanda* (os contratos, consecutórios lógicos da circulação social das mercadorias e capitais, devem ser cumpridos e para tanto devem ser garantidos pela autoridade pública) na constituição da própria sociedade, de sua constituição e de seu Estado. Se o Estado não é autor da Constituição, mas a Constituição é que funda o Estado, o estado passa a ser um aparelho limitado pelo direito, ou seja, um Estado de direito. Em outras palavras, a burguesia dá a si mesma uma constituição e conseqüentemente o seu Estado, com suas regras estritas do jogo, podendo entregar a administração dessa máquina a uma categoria social específica (burocrática) para poder dedicar seu tempo ao livre comércio, ou seja, à vida privada.” (CASTRO, 2015, p. 7)

O cenário de fundo à tais transformações trouxe a Revolução Industrial, a qual teve no liberalismo clássico a ideologia capaz de legitimar a irrestrita exploração da força de trabalho humana e reorganizar a sociedade de forma competitiva e

⁵ A Lei de Assistência aos Pobres, que culminou com o *sistema Speenhamland*, o qual garantia a todos a subsistência mínima paga por meio de impostos; foram alvo da insurgência dos liberais clássicos, ocasionando, em 1834, a aprovação da Lei dos Pobres, cujo objetivo central era preservar o patrimônio da classe produtora em respeito à sua diligência e paralisar o privilégio à vadiagem decorrente da recusa ao trabalho. (cf. Duayer e Medeiros, 2003, p. 241; também Martinelli, 1991, p. 33 e 55). Em que pesem as diferenças substanciais de tais legislações e as vigentes nos dias de hoje, no Brasil, semelhante revolta toma conta do tecido social quanto aos efeitos negativos projetados pelo programa assistencial *Bolsa Família*, não por acaso.

incentivadora dos esforços individuais como força motriz captadora de benefícios coletivos. Foi neste contexto que Adam Smith (1996), principal defensor do *livre mercado*, afirmou ser este uma “mão invisível” capaz de canalizar dos esforços individuais a promoção do bem-estar de toda a sociedade.

Na teoria de Smith, a divisão do trabalho possuía grande importância para o aumento da produtividade, dos lucros e acumulação de capital e tal dinâmica se organizaria de forma crescente e contínua, razão pela qual, a intervenção do Estado em tal sistema, cujo funcionamento era praticamente fisiológico, somente poderia desvirtuá-lo. Segundo o autor, a atuação do Estado deveria ser restrita à proteção do país contra invasões estrangeiras, a construção de instituições e obras públicas e o combate às injustiças cometidas entre cidadãos.

No pensamento econômico apresentado por Adam Smith, além das liberdades naturais e eliminação das restrições ao comércio, ao bom funcionamento da Economia era apontada a necessidade de uma base ética e moral, em que o interesse individual por vetor do bem comum que é, apresenta-se como mérito e, não mais, demérito. (SOUSA, 2011, p. 43)

O esforço individual de cada indivíduo para melhorar sua própria condição constitui, quando lhe é permitido exercer-se com liberdade e segurança, um princípio tão poderoso que, sozinho e sem ajuda, é não só capaz de levar a sociedade à riqueza e propriedade, mas também de ultrapassar centenas de obstáculos inoportunos que a insensatez das leis humanas demasiadas vezes opõe à sua atividade (SMITH, 1999, p. 63)

A ideologia liberal, portanto, supervalorizava o trabalho de tal forma que àqueles que o recusassem, independentemente dos salários ou condições oferecidas, deveria ser dado tão somente o suficiente para a sobrevivência, afastando completamente as diretrizes paternalistas cristãs que orientavam a responsabilidade pelo outro e a utilização da riqueza em prol do combate à pobreza.

Entretanto, juntamente com a referida valorização do trabalho, problemas sociais multiplicavam-se, vez que a massa de operários se agigantava, os salários e as condições de trabalho eram cada vez mais inadequadas e a concentração de riquezas se dava em uma parcela progressivamente mais concentrada e restrita.

A inércia do Estado diante dos problemas sociais, assim como a legitimação dos direitos de propriedade, portanto, passaram a ser vistos como convivência à dominação dos operários pelos capitalistas e o retrato da distância

entre as classes – penúria da grande parcela da população (operários) e concentração de riqueza nas mãos da minoria – contribuiu para a demonização da propriedade privada.

Ademais, a força da produção que seria responsável pelo impulso da prosperidade econômica, em verdade, começou a produzir deformações. O avanço tecnológico, que visava o aumento dos lucros, aumentou o desemprego (automatização da produção) e imprimiu uma proporção de forma a dificultar a inserção ou mesmo manutenção de pequenas empresas no mercado; e as grandes empresas que conseguiam permanecer desenvolvendo suas atividades, optavam por associarem-se em cartéis ou trustes, sempre com o intuito de potencializar os lucros, prejudicando a concorrência e o mercado em si.

A concentração industrial, então, ocasionou ainda mais concentração de renda em uma parcela mínima da população e a liberdade que outrora era indispensável para a prosperidade econômica e pleno desenvolvimento do mercado, diante da dinâmica econômica liberal, favoreceu de forma desigual as empresas à ponto de negar a liberdade de inclusão e permanência das pequenas empresas no mercado, através dos monopólios então insurgentes.

Neste cenário, os monopólios – oriundos da organização das empresas em prol da permanência no mercado, haja vista que somente os gigantes conseguiam sobreviver ao mercado marcado pela agressiva concorrência – demonstraram que de tão devastadores que foram os resultados da concorrência, fruto de excessiva liberdade, até mesmo as próprias empresas integrantes do sistema abriram mão dela.

O final do século XIX, então, demandou a releitura do liberalismo clássico, no intuito de adequar tal ideologia econômica ao novo cenário político-social. Tal atualização se deu através do utilitarismo, corrente defensora da liberdade de mercado como forma de garantir o bem-estar de todos, visto que o interesse próprio de cada consumidor, individualmente, proporcionaria a adequada distribuição de rendas e riquezas através do consumo.

Procuraram demonstrar que, numa economia de mercado competitiva, composta de inúmeros pequenos produtores e consumidores, estes guiados pelo mercado, encontrariam sempre uma combinação ótima de mercadorias, fosse qual fosse sua renda e riqueza original. Os fatores de produção seriam sempre utilizados da forma mais eficiente possível, e as mercadorias seriam produzidas em quantidades que maximizassem o valor

da produção social. Contudo, para que os resultados fossem efetivamente ótimos, a interferência governamental nas funções do mercado livre deveria ser restringida ao mínimo possível. (HUNT; SHERMAN, 2013, p. 129)

O *laissez faire*, portanto, restava teorizado na utopia de uma concorrência perfeita a ser desenvolvida em um mercado livre, integrante de um Estado mínimo.

Os monopólios que frutificavam do afastamento da regulamentação estatal da economia, por sua vez, empoderavam progressivamente os empresários, aos quais sequer o ordenamento jurídico seria suficiente para balizar os excessos na liberdade de iniciativa prejudiciais à sociedade.

Entretanto, a inércia do Estado diante das deformidades no cenário econômico e social não resistiu à crescente insatisfação popular, culminando com a mobilização do Congresso americano para a aprovação da Lei Antitruste, em que pese tal diploma tenha sido redigido de forma tímida e imprecisa, apontando além da inabilidade do Estado em regular a economia, ao tempo, também o intuito velado de se fazer inócua.

Desta forma, eis que novamente em atualização à ideologia político-econômica que respaldava a dinâmica, surge uma nova ética paternalista, pela qual uma pequena elite naturalmente superior – os magnatas da indústria e das finanças – restaria responsável pelo bem-estar coletivo.

Tal ideologia orientada pelo paternalismo acima referido conferiu uma sobrevida ao monopolismo do mercado do início do século XX, chegando, inclusive, a fomentar a crença de que os cartéis seriam benéficos à população, na medida em que funcionariam como cooperativas e tal ideologia, por sua vez, apontava um marco redirecionador da política econômica, na medida em que o mercado optara por abster-se da competição em prol dos destacados interesses coletivos. Contudo, ainda diante de tal ideologia paternalista, a excessiva intervenção do Estado na economia era mal vista. (HUNT; SHERMAN, 2013, p. 149)

A desigualdade de renda, decorrente da concentração da propriedade, entretanto, ainda era uma deformidade do capitalismo intragável à sociedade. “Suprimir a injustiça significava, portanto, redistribuir de forma equitativa a renda derivada da propriedade, o que implicava a transferência dos meios de produção ao governo.” (HUNT; SHERMAN, 2013, p. 156)

A socialização dos meios de produção – e da propriedade, inclusive – não conseguiu ser institucionalizada, graças à firme conquista da livre iniciativa e da

propriedade pela sociedade. Entretanto, em que pese tenha frutificado defensores revolucionários e pacifistas, tais como os marxistas e os fabianos – entusiastas da redistribuição de rendas e propriedades na Inglaterra – observou-se a semeadura de um novo sistema de ideias que culminou no liberalismo social, após. (HUNT; SHERMAN, 2013, p. 156-157)

A prosperidade econômica, contudo, foi subitamente interrompida pelo episódio conhecido como “Quinta-feira Negra”, quando ocorreu a queda da bolsa de Nova York e os empresários, receosos, reduziram a produção projetando um espiral de dificuldades socioeconômicas na sociedade, tais como desemprego e a redução da renda nacional. (HUNT; SHERMAN, 2013, p. 182).

Com a queda da credibilidade do mercado, os empresários sequer cogitavam reabrir as fábricas como forma de minimizar os prejuízos decorrentes do desemprego em massa e tal recusa se dava tão somente pelo fato de não ser uma alternativa lucrativa. “Em uma economia capitalista, as decisões concernentes à produção baseiam-se, antes de tudo, no princípio do lucro, não mais nas necessidades do homem” (HUNT; SHERMAN, 2013, p. 184).

Este foi, pois, o paradigma reorientador do papel do Estado na economia. Uma vez que o mercado não possuía preocupações com as necessidades do homem, caberia ao Estado promover o bem-estar coletivo.

Com a crise econômica que assolou a sociedade no início do século XX a ideologia capitalista restou fragilizada e neste cenário, teorias como a keynesiana apontavam como alternativa ao sistema a atuação do governo no adequado uso de seu poder para cobrar impostos, contrair empréstimos e despendar dinheiro em prol da sociedade⁶.

⁶ Na teoria econômica de Keynes, “se o valor da produção esgota-se nos custos de produção e nos lucros, e se estes constituem renda, conclui-se que o valor do que foi produzido deve necessariamente, ser igual às rendas geradas no decorrer da produção. [...] Consequentemente, para que as empresas vendam tudo é necessário que a população gaste, coletivamente, todas as suas rendas. Se a renda total distribuída na sociedade for gasta na aquisição de bens e serviços, o valor da produção será integralmente. [...] Keynes denominou esse processo *fluxo circular*: o dinheiro flui das empresas para o público sob a forma de salários, remunerações, rendas, juros e lucros; em seguida, esse dinheiro retorna para as empresas quando o público adquire os bens e serviços oferecidos por elas. O processo perdura, *enquanto as empresas puderem vender tudo o que produzirem e obter lucros satisfatórios.*” (HUNT, 2013, p. 185-186). Keynes identificou, ainda, que há a possibilidade de vazamento no fluxo circular, quando a poupança superasse os empréstimos aos consumidores. Tais vazamentos poderiam ser compensados pela compensação das importações por exportações, pela utilização de impostos para a aquisição de bens e serviços públicos e pela concessão de empréstimos aos empresários pelos bancos onde estivessem depositadas as poupanças

A atuação do governo na economia, com o intuito de reestabilizá-la, deveria ser direcionada, segundo Keynes, aos investimentos tais como a construção de escolas, hospitais, parques e outras obras.

Canotilho (1999, p. 24-46) aponta, portanto, cinco fases do constitucionalismo, a perceber-se o Estado de direito, conquistado com a afirmação do liberalismo; o Estado de direito democrático, marcado pela conquista de direitos políticos; o Estado Social de direito, fundado na conquista de direitos sociais e econômicos; o Estado de justiça social, com o intuito de eliminar a exclusão sociais, através de uma democracia econômica; e o Estado ambiental.

Percebe-se, deste modo, que assim como a Revolução Francesa marcou o constitucionalismo liberal, através da construção do Estado de direito, a retirada do Estado de sua condição de abstenção em face das relações privadas, marcou o segundo grande momento histórico do constitucionalismo, o constitucionalismo social, a partir do qual o Estado não somente poderia intervir na vida da sociedade, como pôde estabelecer programas, metas, fins sociais para o poder político. Ao tempo, não eram mais o conflito entre o feudalismo e o capital que ocupava a base das preocupações, tal qual na origem do Estado liberal, mas sim o conflito entre o capital e o trabalho assalariado. (CASTRO, 2015, p. 11)

2.1 O recorte brasileiro: uma análise da evolução da ideologia político-econômica constitucional brasileira e a tutela constitucional de direitos no Brasil

Compreendendo a dinâmica da economia mundial, é importante situar as peculiaridades inerentes à história constitucional brasileira até o alcance do modelo declarado pela Carta de 1988. Compreender as Constituições brasileiras é, portanto, compreender o momento histórico em que existiram, os problemas que assistiram e as escolhas políticas que foram feitas.

É possível, pois, de início, dividir a história constitucional brasileira em dois diferentes perfis: um correspondente ao Estado escravista e outro ao Estado burguês, até hoje observado. Por tal existência, pode-se, ainda, identificar um perfil de transição, agregador de ambas as características e cuja importância para a realidade brasileira atual não pode ser afastada.

A primeira Constituição brasileira, a Constituição do Império do Brasil de 1824, foi o documento que, com a declaração da independência em 07 de setembro de 1822, constituiu o Estado independente, abandonando o caráter formal de colônia e declarando-se como uma corporação de pessoas físicas. (CASTRO, 2015, p. 21)

Tal Constituição é muito questionada quanto à sua real compleição ideológica, tendo em vista ter sido muito mais um instrumento de acordos interelitista e conveniência para o mercado de então que efetivamente o retrato de uma ideologia política fidedigna. Não há, contudo, como negar a relevância de tal documento para a realidade constitucional brasileira que se sucedeu⁷.

A Constituição de 1824 trouxe consigo o retrato das contradições que iniciaram a história da nação brasileira vez que embora fosse um documento político de alinhamento à dinâmica externa, “sob o manto liberal-burguês” (CASTRO, 2015, p. 24) a Constituição reproduzia na economia nacional o sistema escravocrata de produção, teoricamente superado.

Assim, enquanto o liberalismo justificava a manutenção da ideologia escravocrata no Brasil (POLANYI, 2000, p. 181), este se firmava, no mercado internacional, como fornecedor de produtos primários para a industrialização emergente na Europa.

Conclui-se, enfim, que a Constituição do Império do Brasil de 1824, adotou uma ideologia formal liberal clássica (nos moldes descritos por Adam Smith), pela qual a matéria da constituição seria somente a organização do aparelho de Estado e a declaração dos direitos e garantias individuais, abstendo-se de definir a ordem econômica, reproduzindo o conteúdo de relações sociais escravistas. (CASTRO, 2015, p. 33).

A primeira Constituição trouxe consigo uma ideologia declarada, mas incompatível com as práticas subsequentes, visto que os aspectos liberais por ela trazidos não tinham como objetivo promover o desenvolvimento da nação, mas sim afastar a figura do Estado das relações econômicas e seus desdobramentos, de modo a viabilizar a reprodução do modelo escravista de produção.

Com o contexto mundial iniciando a debater as condições qualitativas do mercado, na transição do capitalismo concorrencial – que por excesso de liberdade,

⁷ “Então, já não era mais a consolidação da “liberdade” que interessava, mas a consolidação de um sistema de relativa segurança jurídica, política e econômica que garantisse um mínimo ambiente institucional propício à expansão do modo capitalista de produção mundo afora.” (CASTRO, 2015, p. 22).

produziu deformações sociais significativas – para o capitalismo monopolista, surge no Brasil a Constituição de 1891.

Com o empoderamento do Estado diante do cenário econômico, foi indispensável a inserção do princípio da igualdade no documento constitucional, o que trouxe significativa modificação para o sistema, rumo à democratização do mesmo. Com a carta de 1891, os trabalhadores também poderiam compor o aparelho do Estado, inserindo-se nas lutas políticas e tal abertura na estrutura constitucional foi indispensável para a superação do modelo liberal de Estado e afirmação de direitos sociais e econômicos às Constituições subsequentes.

A Carta de 1891 firmou-se como um expoente do liberalismo no constitucionalismo mundial, pois a proteção aos cidadãos contra os excessos do Estado nacional estendiam-se não somente aos brasileiros, como também aos estrangeiros residentes no país (SANTOS, 2005, p. 689). A ideologia de que decorre tal proteção inaugura um projeto de progresso econômico nacional, posto objetivar atrair mão de obra livre da Europa, como forma de resolver o problema decorrentes da abolição da mão de obra escrava.

A garantia formal da igualdade, contudo, antecedeu a viabilidade de sua concretização no Brasil⁸. Então, além de reconhecer a importância da continuidade ao processo de produção nacional – embora tal reconhecimento não implique, obrigatoriamente, na escolha de uma política desenvolvimentista - a Constituição de 1891 declarava a escolha por um estilo de vida burguês, na medida em que conferia igualdade formal para todos os cidadãos, bem como direitos e garantias fundamentais.

O imperialismo dos monopólios internacionais no cenário econômico mundial e a busca por novos mercados culminou com a Primeira Guerra Mundial ocasionando um contexto de crise dos mercados autorreguláveis, percebida de forma sensível pela crise de 1929, do qual o Brasil não permaneceu alheio.

⁸ Como afirma Santos (2005, p. 692-693), “não há igualdade absoluta, ideal entre os indivíduos. A hereditariedade, as diferenças de meio em um país vastíssimo e a educação foram tipos diversos, com aptidões multiformes, ao lado de indolentes e ineptos. A desigualdade física, moral e intelectual é um fato, que a lei reconhece e, por vezes, aprecia e apura, como sucede na seleção do pessoal para as funções públicas. O código supremo não impõe o nivelamento dos caracteres; não confere direitos absolutamente iguais ao mérito e ao demérito, à competência e à incapacidade. Proscvem os privilégios apenas, as isenções pessoais, as regalias de classe. Redigem-se as leis de modo geral, submete-se a aquisição de direitos a condições amplas, sem distinguir entre indivíduo e indivíduo, entre uma e outra classe, religião ou posição econômica e social. Qualquer pessoa pode aspirar a todas as posições. Depende do seu esforço e das qualidades herdadas ou adquiridas,

A promulgação das Constituições mexicana e alemã, 1917 e 1919 respectivamente, ambas com ampla gama de direitos sociais e previsão de intervenção do Estado na atividade econômica em prol do bem-estar social, apontava o contexto mundial de crise e sensíveis mudanças.

Internamente, o Brasil, que havia consolidado um regime econômico com bases pré-capitalistas de produção, posto que ainda semiescravista, com predominância para a atividade agrário-exportadora dos tempos de colônia, apesar da Constituição de então, usufruía de uma estrutura de Estado – política do café-com-leite, voto de cabresto e federalismo oligárquico, por exemplo – incompatível com o sistema declarado e os interesses liberais-burgueses.

A característica agrário-exportadora da economia do Brasil colocava-o refém das flutuações da economia mundial e, com a crise econômica mundial oriunda da Depressão Americana de 1929, o país experimentou não somente os reflexos econômicos da crise, mas também os políticos, haja vista o descontentamento com o velho regime ter sido responsável pelo sepultamento do coronelismo institucionalizado, bem como pela consolidação do Estado burguês através da Constituição de 1934.

Com a Revolução de 1930, o Estado brasileiro direcionou-se a conciliar também os interesses das classes operária e burguesa, uma vez que, influenciada pela Constituição mexicana e pela de Weimar, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1934, refletindo o contexto político de seu tempo, trouxe um embrionário corporativismo; a superação do liberalismo, na medida em que amplia o poder de intervenção do Estado no terreno econômico e a tutela de direitos sociais e econômicos. Surgiu, então, pela primeira vez na história constitucional brasileira, uma carta política com capítulos denominados “Da Ordem Econômica e Social”, “Da Família, da Educação e da Cultura”, conferindo ao Estado poderes antes inexistentes.

Até então, as Constituições brasileiras tão somente organizavam o aparelho do Estado e declaravam os direitos e garantias individuais; ora, pois, também possibilitava a “interferência” do Estado, como planejador consciente, de aspectos relevantes da família e da sociedade civil, iniciando o processo de constitucionalização da vida privada. (CASTRO, 2015, p. 56)

Dentre as inovações mais destacadas da Constituição de 1934, tem-se o fato, antes impensável, de condicionar a dinâmica do mercado aos fins ético-sociais traçados pelo Estado (SILVA, 2007, p. 787), herança que se perpetua até os dias de hoje.

Desta forma:

a) O artigo 113 submetia o livre mercado à realização da justiça social e aos interesses da nação brasileira, com o fim de criar um ambiente propício a assegurar aos homens uma vida digna, sendo que somente mediante o preenchimento dessas condições a liberdade de mercado seria garantida, no que se inseria um elemento de prevalência do interesse público sobre o privado; b) o artigo 114 e seus parágrafos inseriam a função social da propriedade como seu fundamento primeiro, invertendo a lógica privatista que vinha desde o direito romano, da propriedade como direito privado absoluto de usar, gozar a abusar contra toda a humanidade, ou seja, mesmo contra o interesse público; c) o artigo 115 determinava uma ação afirmativa, ao determinar que a concessão de exploração de minas e quedas d'água somente poderia ser efetivada por brasileiros ou empresas com capital integralizado no território nacional, com o fim de garantir o interesse nacional sobre fontes estratégicas de energia e minérios; d) o artigo 116 reconhecia a posse-trabalho, pela qual a propriedade tem como fundamento o trabalho produtivo; e) o artigo 117 inseria uma típica medida de dirigismo contratual, proibindo a livre pactuação de juros extorsivos, no que se constituiria numa atenuação do princípio do *pacta sunt servanda*, sendo nulas as cláusulas que estipulassem em contrário, uma típica interveniência do Estado em relações privadas com conteúdo social; f) o artigo 120 e seu §1º definiam a possibilidade de socialização, ou seja, expropriação/nacionalização de empresas privadas ou de sua direção pelo Estado, conforme o interesse público; [...] h) o artigo 125 colocava sob tutela do Estado os pobres e desvalidos, abrindo as portas para a construção de um Estado de assistência social, redistribuidor de riquezas por vias políticas; [...] (CASTRO, 2015, p. 59)

O que se percebe, portanto, é que a Constituição de 1934 trouxe os interesses burgueses, na medida em que declara a igualdade formal e inexistência de privilégios ou distinções por critérios de sexo, raça, nascimento, riqueza, etc., ao mesmo tempo em que tutela alguns direitos com o fim de promover a harmonia social diante do contexto político – interno e externo – de crise. A própria legislação trabalhista, ao contrário do que possa parecer, não representa a luta de classes, mas sim uma legislação que visa a harmonia social (SILVA, 2004, p. 123). A Constituição de 1934, portanto, representou o início da construção de um novo modelo de Estado, o Estado Social, cuja ordem econômica e social corresponderia ao momento histórico conhecido por nacional-desenvolvimentismo.

Estabelecido tal objetivo de promoção do desenvolvimento nacional, o político colocou o econômico sob o seu comando e a Constituição de 1937, também

insurgente em um momento de ruptura com a ordem anterior, traz consigo uma ideologia nacionalista e capitalista-desenvolvimentista.

No contexto de então, em que a Revolução de 1930 depôs do poder político as grandes oligarquias do café com leite e trouxe consigo a oposição de todas as classes economicamente exploradoras, em razão do proposto amparo ao explorados, surge o Varguismo, fundado numa política de conciliação de classes, estabelecida na ideia do Estado brasileiro como “estrutura de poder cuja função primordial é administrar condições gerais exteriores à reprodução do Modo de Produção” (CASTRO, 2015, p. 71), o que fez por via autoritária, reprimindo tanto as classes exploradoras quanto as exploradas, ao mesmo tempo em que contemplava a classe burguesa industrial - pelo protecionismo estatal, planejamento econômico de desenvolvimento, etc – e o operariado – com a CLT, sindicalismo, previdência social, etc.

Tal instabilidade social expressou na Constituição de 1937 a ruptura com a democracia através da centralização do projeto nacional de desenvolvimento no Presidente da República.

Na estrutura de um Estado Interventor, a criação do Conselho da Economia Nacional foi o principal acontecimento, haja vista pelo mesmo ter sido constituído um órgão de centralização econômica, cuja finalidade era regular a economia em substituição ao mesmo papel outrora desenvolvido pelo mercado. (CASTRO, 2015, p. 78)

Dentre os dispositivos constitucionais mais relevantes ao presente estudo, tem-se o capítulo concernente aos “Direitos e Garantias Individuais”, que declarava a igualdade de todos perante a lei (artigo 122, I), a liberdade de escolha (artigo 122, VIII), a liberdade de associação (artigo 122, IX) e o direito de propriedade, mediante definição legal de seu conteúdo (artigo 122, XIV). Assim também,

no capítulo intitulado “Da Educação e da Cultura”, declarava que a iniciativa privada poderia exercer livremente a arte, a ciência e o seu ensino (artigo 128), sendo dever da Nação, dos Estados e dos Municípios, prover à infância e à juventude a que faltarem os recursos necessários com uma educação adequada às suas faculdades, aptidões e tendências vocacionais, considerando o ensino pré-vocacional e profissional dado às classes menos favorecidas o primeiro dos deveres do Estado e impondo às indústrias e sindicatos econômicos criar escolas de aprendizes destinadas aos seus filhos de seus operários ou de seus associados (artigo 129). Declarava, ainda, gratuito e obrigatório o ensino primário, sendo que “a gratuidade 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 poderem alegar escassez de recursos, uma contribuição módica e mensal para a caixa escolar” (artigo 130) (CASTRO, 2015, p. 80)

Verifica-se, portanto, que desde o início da constitucionalização da responsabilidade do Estado pela promoção da Educação e Cultura, este vem tentando dividir o ônus de tal garantia com a iniciativa privada, impondo à mesma a concretização de um projeto público.

Entretanto, de forma contraditória – tal qual também se observa na atual Constituição – no capítulo denominado “Da Ordem Econômica”, a Constituição de 1937 previa a legítima interferência do Estado no domínio econômico somente nos casos em que fosse necessário suprir as deficiências da iniciativa individual, reconhecendo nesta mesma iniciativa a fundação da riqueza e da prosperidade nacional (artigo 135).

De tal modo, pela primeira vez em uma Constituição brasileira tem-se o termo intervenção do Estado no domínio econômico, assim como, em que pese posteriormente transformações qualitativas fossem declaradas, era na iniciativa individual que concentrava-se o reconhecimento pela promoção da riqueza e desenvolvimento nacional.

É importante perceber como a Carta de 1937 declara o Estado brasileiro como um modelo de estado burguês, fundado na livre iniciativa, a qual, embora esteja atrelada aos interesses universais de prosperidade e riqueza nacionais por força da vinculação constitucional do Estado de Direito, é reconhecida como forma de concretizar o projeto político então traçado de “retirar o Brasil de sua condição agrário-exportadora, construindo uma economia industrial avançada, fundada num amplo mercado interno.” (CASTRO, 2015, p. 81)

Assim também, como após a crise de 1929 ficou claro que as experiências de liberalismo irrestrito tinham conduzido às sucessivas crises que ameaçavam, inclusive, o próprio sistema capitalista; a Constituição de 1937 trouxe a ressalva quanto à possibilidade de intervenção do Estado no domínio econômico a fim de suprir tal deficiência representada pela anarquia produtiva.

Externamente, o estrangulamento econômico apresentava sinais de melhora, contudo internamente, como o Brasil havia dado início ao processo de industrialização, a partir do dirigismo do Estado, dinamizaram-se outros setores produtivos da economia, absorvendo parte da mão-de-obra ociosa e criando um

mercado de consumo importante para a reação à dependência externa. As melhorias qualitativas na estrutura social, econômica e política fortaleceram duas classes: a burguesia industrial e o operariado urbano; bem como despertaram adversários políticos ao sistema, defensores da ampla liberdade de organização econômica para a sociedade e não intervenção do Estado na economia.

Assim, a ideologia trazida pela Constituição de 1946, além de um propósito conciliador dos interesses da burguesia industrial mais avançada com a operária socialdemocrata, em prol do desenvolvimento nacional; reflete um contexto externo de reordenação em torno dos dois grandes blocos de poder mundial, alinhamento político e econômico do Brasil ao liberalismo norte-americano.

Além do sufrágio universal, a Carta de 1946 contemplou outros valores liberais tais como, no capítulo denominado “Dos Direitos e Garantias Individuais”, a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade; e no capítulo “Da Ordem Econômica e Social” constava a sua vinculação aos princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.

Observe-se que, assim como a Constituição anterior, esta também inclinava a concretização dos projetos do Estado à iniciativa privada, na medida em que, ao condicionar o uso da propriedade privada ao bem-estar social - podendo o Estado, inclusive, redistribuir a propriedade de forma igual para todos, quando necessário, admitia que os interesses individuais da sociedade deveriam estar submetidos à realização dos interesses públicos.

A industrialização promovida pelo Estado, com o estabelecimento de grandes empresas multinacionais no país, absorveu grande parte da mão-de-obra disponível – favorecendo o contexto social – mas frequentemente proporcionou o envio de excedentes não reinvestidos para as nações sedes das empresas. Tal dinâmica de remessa de riquezas nacionais para o exterior, semelhante ao período colonial, confrontava o projeto nacional-desenvolvimentista e, assim também, os interesses da burguesia industrial.

Foi com o intuito de evitar a evasão de divisas e impor um sistema compulsório de reinvestimentos na produção nacional, o Estado brasileiro afirmava uma política intervencionista de caráter anti-imperialista, sustentada pelo discurso de

proteção da segurança nacional, cenário esse que foi palco do Golpe Militar de 1964.

Desta forma, a Constituição de 1967 trazia consigo uma ideologia de segurança nacional, um Estado ditatorial militarizado e autoritário, intolerante à divergência política, no qual o princípio da igualdade formal reduziu-se à simbólica composição da burocracia do Estado por todas as classes, visto inexistir representatividade das mesmas na formulação de decisões políticas.

Neste sentido, o artigo 160 da Constituição de 1967 declarava que “a ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social” e como princípios, trouxe a liberdade de iniciativa (inciso I), a valorização do trabalho como condição da dignidade humana (inciso II), a função social da propriedade (inciso III), a harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção (inciso IV), a repressão ao abuso do poder econômico (inciso V) e a expansão das oportunidades de emprego produtivo (inciso VI).

No artigo 170, a mesma Constituição declarava que às empresas privadas compete, preferencialmente, com o estímulo e apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas” e que “em caráter suplementar da iniciativa privada o estado organizará e explorará diretamente a atividade econômica”.

Desta forma, pela primeira vez uma Constituição previu, expressamente, o dever atribuído à propriedade privada de cumprir uma função social.

A Constituição de 1967, por sua vez, ao mesmo tempo que conciliou interesses, deixou clara a separação entre o *locus* do mercado e da sociedade e o *locus* do Estado. Tais, por vezes, se comunicavam de forma a beneficiar a iniciativa privada, inclusive, o que se deu através da constitucionalização de interesses da burguesia industrial brasileira, a qual possuía liberdade em função da não intervenção direta do Estado na economia; e um protecionismo controlado e conveniente ao desenvolvimento das atividades. (CODATO, 1997, p. 219)

Já no final da década de 1970, o Brasil começava a colher os frutos do que se convencionou chamar “Milagre Econômico”, constituindo-se na 8ª economia mundial, determinado pelo impulso do setor público na economia.

O capitalismo desenvolvido no Brasil, entretanto, não se deu da forma clássica pressuposta por uma reforma agrária e formação de um mercado de trabalho e consumo internos, mas sim, através da manutenção da propriedade rural

nas mãos de uma pequena elite e consequente formação de uma massa de excluídos do sistema, em uma estrutura social subdesenvolvida.

Assim, a maior parte da população brasileira, que ao tempo já não era mais rural e sim urbana, permaneceu afastada do mercado de consumo de bens manufaturados – bem como do mercado de trabalho - que impulsionou a economia durante a Ditadura Militar;

Como disse Castro (2015, p. 129)

Se os Estados das nações altamente industrializadas se especializaram, com o intervencionismo, em administrar os efeitos prejudiciais da abundância de capitais, provocada pela superprodução de seus setores economicamente dinâmicos (função reativa), o Estado brasileiro se especializou em administrar a escassez de recursos frente a um setor produtivo dependente, tornando-se ele mesmo o pólo dinâmico do desenvolvimento (função ativa), o que evidenciava a importância do controle cambial para o desenvolvimento nacional.

Politicamente, o Regime Militar estava desgastado e a pressão pela redemocratização do Estado se manifestava de todos os lados e em 1984 a campanha das *Diretas Já* reivindicou eleições diretas, pondo fim ao regime ditatorial em vigor desde 1964, com a eleição de Tancredo Neves e a posterior promulgação da Constituição Cidadã de 1988.

A Constituição de 1988 trouxe um texto longo e abrangente, com organização formal do Estado, declaração de direitos e garantias fundamentais e regulamentação da Ordem Econômica e Social, marcando uma ideologia democrática e esquerdista que, por trazer metas econômicas e sociais de difícil alcance e não afastar a possibilidade de intervenção do Estado na economia descontentou os setores liberal-burgueses.

A marca da ideologia adotada pela Constituição de 1988 é, pois, o direcionamento do ordenamento jurídico para a sociedade e não para o indivíduo, submetendo os interesses privados aos interesses públicos. Tal centralidade vai além da conciliação de interesses individuais e sociais, instaura um novo patamar em que a construção de uma sociedade melhor e mais justa é declarada pela própria Constituição.

2.1.1 O papel do Estado na ordem econômica de 1988

A Constituição de 1988 é, antes de tudo, a ruptura com um regime ditatorial que, durante 21 anos imprimiu opressão política ao Brasil. Traz consigo a herança de uma história constitucional em que à Constituição faltava efetividade, em virtude do não reconhecimento da força normativa aos seus textos e da falta de vontade política de dar-lhe aplicabilidade direta e imediata.” (BARROSO; BARCELOS, 2003, p. 2)

Surge, por sua vez, num “momento histórico de refluxo do nacional-desenvolvimentismo” (CASTRO, 2015, p. 136), em que internamente superava-se a crise trazida pela longa recessão e externamente assistia-se com atenção às mudanças na lógica de reprodução do capitalismo mundial. A reformulação do papel do Estado na economia, trazida pela Constituição de 1988, representa a resposta a impulsos tais como a inserção numa dinâmica de “economia globalizada, o enfraquecimento do Estado em relação ao seu poder indutor na sociedade, a exaustão financeira, a ausência de condições para o desenvolvimento de atividades econômicas, a conveniência de se ter a desestatização de empresas, dentre outras.” (FIGUEIREDO, 2007, p. 3)

Portanto, a Constituição de 1988, trazendo o nacional-desenvolvimentismo por uma via democratizante, aspirava a participação popular na formulação de políticas públicas, inclusive econômicas; declarava a soberania nacional sob os aspectos político e econômico e exaltava a construção de uma sociedade justa. Assim, apesar de ser uma Constituição burguesa, não se trata de uma Carta liberal clássica, mas sim socialdemocrata, uma vez que constitui um Estado de Direito, detentor do poder de intervir no domínio econômico.

Ao delinear o Estado então constituído, logo em seu artigo 1º, a Constituição de 1988 o fundamenta na soberania (política e econômica), na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político. Ou seja, afirma seu caráter burguês através do reconhecimento da cidadania, que pressupõe representatividade política; opta pelo modo capitalista de produção na medida em que legitima os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e exalta a democracia, através da aceitação da dissidência através do pluripartidarismo.

Em sua compartimentalização, talvez por ter sucedido um período histórico em que o Estado imprimiu gigantescos traumas na sociedade, a

Constituição de 1988 inicia com a declaração dos princípios fundamentais do Estado, em seguida, declara os direitos e deveres, individuais, sociais e políticos e, após, organiza a estrutura federativa do Estado, suas funções, instrumentos de defesa, instituições, fontes de financiamento, forma de administração, etc. tal inversão - tendo em vista que desde a Constituição de 1824 a organização do Estado precedia a declaração de direitos – pode, ainda, sugerir o aprofundamento da velha divisão entre sociedade civil e o Estado (CASTRO, 2015, p. 138), reforçando o seu caráter burguês.

O caráter antiliberal da Constituição de 1988, por sua vez, pode ser percebido através da construção de um Estado com o papel de prestador de serviços públicos, e a legitimidade de tal característica pode ser constatada pela aversão que a sociedade brasileira possui à qualquer conduta abstencionista do Estado. Para esta, “a abstenção do Poder Público, omissa na continuidade de suas prestações, é tão abusiva como a violação de direitos individuais”. (TÁCITO, 2001, p. 24)

Por esta razão, o modelo de Estado estabelecido pela Constituição de 1988 tem como obrigação – e declara expressamente tal propósito – prestar com excelência serviços de saúde, educação, assistência e intervir para promover a geração de empregos, controlar a inflação e equilibrar outros atores da dinâmica de mercado. “O centro de gravidade da ordem jurídica caminha do individual para o social” (TÁCITO, 2001, p. 23)

Entretanto, o sucesso desse projeto depende da capacidade financeira de concretizá-lo, o que se faz através da política econômica, financeira e tributária.

É neste aspecto que a devida valorização da livre iniciativa se ressalta, pois o financiamento das inúmeras políticas públicas prometidas pelo texto constitucional só é viável mediante o devido desenvolvimento econômico nacional e este não se constitui distante da saúde do mercado, nacional e internacional.

Até mesmo porque, a centralidade social que caracteriza a Constituição de 1988 não consiste na opção pelo socialismo (SILVA, 2007, p. 120), haja vista a própria Constituição assegurar a livre iniciativa como fundamento e princípio da Ordem Econômica, exaltando a livre concorrência e prevendo a apropriação privada dos meios de produção.

Desta forma, ao Estado é possível a intervenção na ordem econômica, de forma subsidiária, sob três modalidades: atuação direta, fomento e disciplina. Por atuação direta, pode-se entender os casos excepcionais de exclusão da livre iniciativa, em que são prestados serviços públicos e exploração de atividades econômicas, ambos de acordo com a estrita previsão constitucional; por fomento, o Estado interfere apoiando a iniciativa privada, à exemplo dos incentivos fiscais e financiamentos públicos; e por disciplina, o Estado interfere em prol da harmonia da Ordem econômica, garantindo limites que assegurem os princípios de funcionamento desta. (BARROSO, 2002)⁹.

A intervenção e o fomento orientam-se por paradigmas opostos, vez que aquela só pode ser exercida por exceção, nos limites da previsão constitucional, e este, goza de maior discricionariedade, na medida em que o fomento pode se estender, dentro das possibilidades do Estado, até o alcance de sua finalidade. A disciplina, entretanto, é que consiste na modalidade de intervenção mais importante para os fins deste estudo.

A intervenção por disciplina possibilita ao Estado atuar como agente fiscalizador, através da regulação e normatização. No exercício da disciplina, o poder público pode editar leis e regulamentos administrativos, os quais além de concederem direitos, também restringem alguns, condicionam o exercício de determinadas atividades em favor do interesse coletivo e prescrevem programas a serem atingidos pela ordem econômica, com esta mesma finalidade.

É importante, portanto, analisar quais são os limites e os fundamentos válidos da disciplina do Estado sobre a atividade econômica. Como limites, destacam-se os princípios da livre iniciativa e da razoabilidade e como fundamentos válidos, a garantia mesma da livre iniciativa e livre concorrência – corolário daquela – a valorização do trabalho humano, e os demais princípios de funcionamento da ordem econômica.

Desta forma, a disciplina, nos Estados que optaram pelo capitalismo, se dá não contra o mercado, mas sim a seu favor, ou seja, para garantir a harmonia de seus valores e fundamentos, razão pela qual a garantia da livre iniciativa e do valor social do trabalho humano são balizadores que orientam a disciplina na Ordem

⁹ Por princípios de funcionamento, conforme melhor analisado nas linhas que seguem, entende-se os princípios da soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor e defesa do meio ambiente. (Art. 170, I a VI)

Econômica de 1988. O Estado deve, pois, assim, intervir para implementar políticas públicas, corrigir distorções, dentre outros, mas nunca para “substituir o mercado em seu papel central do sistema econômico.” (BARROSO, 2002, p. 21)

A limitação da disciplina da Ordem Econômica tem, ainda, no princípio da razoabilidade outro parâmetro de adequação, uma vez que tal princípio consiste em um mecanismo de controle da discricionariedade do poder público – legislativo e executivo.

Ele permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: (a) não haja adequação entre o fim perseguido e o meio empregado; (b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo caminho alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual; (c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida tem maior relevo do que aquilo que se ganha. (BARROSO, 2002, p. 21-22)

De outra forma, fundamentos que não só justificam a intervenção disciplinadora, mas também a exigem, à luz do modelo de Estado socialdemocrata instituído de Constituição de 1988 são a garantia da livre iniciativa – o que se observa, por exemplo, nos casos em que é necessário disciplinar uma atividade para garantir a livre concorrência – e a valorização do trabalho humano; e a preservação dos princípios trazidos pelos incisos I a VI do art. 170 da CF/88, ditos princípios de funcionamento.

Neste sentido, tem-se que a defesa da liberdade simples é a defesa da força, razão pela qual a intervenção do Estado na ordem econômica se justifica pelo combate à arbitrariedade do poder econômico e financeiro. (SHIEBER, 1966, p. 2)

2.1.2 Disciplina constitucional da livre iniciativa

Conforme visto nos tópicos anteriores, a liberdade de iniciativa foi uma conquista gradativa da sociedade com a afirmação das ideias liberais, culminando com a constitucionalização de tal direito.

Na Constituição Federal de 1988, a livre-iniciativa foi elevada à condição de princípio constitucional fundamental (artigo 1º, IV), bem como fundamento da Ordem Econômica (artigo 170), ratificando a decisão política do Constituinte (SCHIMITT, 1970) pelo sistema de produção capitalista, bem como declarando o seu caráter manifesto de fundamentalidade à dignidade humana e à oxigenação do

sistema democrático, na medida em que garante a todos o direito de se inserir no mercado de produção, autonomamente. Tal disciplinamento, contudo, nem sempre garante a integralidade desta liberdade, em razão do caráter socialdemocrata do Estado brasileiro.

A primeira análise repousa na necessária nitidez que deve gozar a distinção dos sistemas econômicos, uma vez que, como nas palavras de Avelãs Nunes (1994, p. 7)

os sistemas distinguem-se uns dos outros pela afirmação de determinadas forças produtivas e determinadas formas de organização material da produção, a base econômica (estrutura econômica ou infra-estrutura) no seio da qual se desenvolvem determinadas relações sociais de produção e a partir da qual se erguem e instalam determinadas estruturas políticas, jurídicas, culturais, ideológicas (superestruturas).

Tem-se, assim, o capitalismo como um sistema econômico construído em torno da propriedade privada dos bens de produção e na ampla liberdade individual, ou seja, na liberdade de iniciativa, de concorrência e de mercado. A liberdade é, para o capitalismo, o pressuposto, fundamento e base ideal (CORRÊA, 1994, p. 44).

Desta forma, tendo em vista que a valorização da liberdade, no capitalismo, repercute no que se conhece por livre mercado e na natural dinâmica da economia, ao Estado cumpre o importante papel de garantir as condições necessárias para o desenvolvimento do sistema. No capitalismo, o Estado assume o papel de instituição econômica garantidora da liberdade.

Tal concepção de Estado encontra nas palavras de Bobbio (1986, p. 121) a tradução como um mal necessário e o alerta sob os riscos de, diante do excesso do poder estatal, incorrer-se no prejudicial modelo paternalista de Estado.

Por paradoxal que pareça, no Brasil, a Constituição de 1988 declara a opção por um modelo de Estado liberal-desenvolvimentista, entretanto, no mesmo texto, diante dos compromissos sociais assumidos, de caráter social-democrata, assim como pelo majoritário entendimento jurisprudencial - conforme será analisado no capítulo 3 deste trabalho – constata-se o depoimento paternalista referido por Bobbio.

A reflexão sobre tal contradição se mostra, então, valiosa na medida em que se resgata a compreensão de Adam Smith acerca da relevância do auto-interesse para a motivação da atividade econômica e, conseqüentemente, para a

produção das necessidades da sociedade; interesse este sufocado ou, pelo menos não fomentado, pelo paternalismo estatal.

Nesta senda, tem-se que a força normativa da Constituição consiste em uma característica do Direito contemporâneo e, no Brasil, a Constituição de 1988, por ter sido o instrumento normativo que pôs fim à última experiência política autoritária, tem conferido progressiva ascensão ao Direito Constitucional, na medida em que trouxe consigo um extenso e abrangente programa nacional. Desta forma, fala-se que “se há trinta anos, a Constituição brasileira era promessa, e o Direito Constitucional, literatura fantástica ou sociologia política, hoje o quadro mudou. A Constituição é norma; o Direito Constitucional, disciplina jurídica.” (SOUZA NETO; MENDONÇA, 2006, p. 2)

Portanto, o fenômeno atual conhecido como *constitucionalização do Direito* implica não somente a inclusão de conteúdos no diploma constitucional, mas principalmente, a interpretação de todo o ordenamento jurídico à luz do que disciplina a Carta Magna, ou seja, faz-se necessária a fundamentalização-releitura de todo o sistema constitucional de Direito.

Tal dinâmica trouxe muitos benefícios ao sistema e à sociedade em si, mas inspira cautela na medida em que possibilita alguns excessos ao poder público. Neste trabalho, especialmente, fala-se em cautela, por exemplo, para evitar que, em nome da promoção da dignidade humana, o Estado intervenha na economia para além dos limites previstos e legitimados no texto constitucional, negando o princípio da livre iniciativa e outros alicerces da Ordem Econômica.

Hoje, tem-se em um sistema capitalista que possui no Estado uma instituição que garanta segurança aos agentes do mercado, tanto através das garantias contratuais, quanto através da regulação do mercado em prol do equilíbrio das relações heterogêneas, uma instituição econômica, portanto. Neste sentido, Mário Gomes Schapiro (2011, p. 343) se referiu às regras do jogo como sendo “a descrição de um padrão de atuação do Estado e do Direito no cenário econômico, segundo o qual, as instituições jurídicas, como o contrato ou a propriedade, se comprometem [...]”.

Entretanto este mesmo Estado que salvaguarda as liberdades individuais e de mercado, também se compromete em promover o bem-estar social, sobretudo dos setores menos favorecidos economicamente. Assim como a garantia de direitos

sociais foi uma grande preocupação do constituinte, a tutela da livre-iniciativa também ocupou privilegiado local no texto constitucional.

A atenção conferida à livre iniciativa pela Constituição de 1988, por sua vez, pode ser decorrente de inúmeros fatores, tais como a sua direta decorrência da valorização da liberdade, ou mesmo do reconhecimento da importância da harmonia do cenário econômico, sobretudo para a concretização das ambições sociais.

A tutela da livre-iniciativa como valorização da liberdade requer uma análise de qual acepção deve ser vinculada à esse valor, haja vista que o conceito de liberdade, dentro de uma abordagem jurídica e no contexto social de então, refere-se à uma liberdade relativa, contratual, harmônica com outras liberdades dentro do mesmo contexto; ou seja, trata-se de uma liberdade que traz consigo a noção da necessidade limites em prol da sua própria garantia.

Neste sentido, “o componente diretivo a ser analisado propõe uma vertente proativa da liberdade (enquanto gênero), ao orientar a ação do Estado na geração de espaços positivos nos quais as liberdades individuais (enquanto espécie) sejam ampliadas” (MARTINEZ, 2011, p. 45). Por tal perspectiva, a ação do Estado proporcionaria aos indivíduos a liberdade de busca e concretização de seus interesses individuais (SEN, 2000, p. 18), viabilizaria a possibilidade de lograr êxito mediante o empenho individual que cada um julgar conveniente.

O modelo de Estado trazido pela Constituição de 1988 identifica-se com o desenho de Sen, na medida em que busca, no bojo da ideologia democrática e através da expressa tutela de direitos sociais, político e econômicos, garantir espaços que oportunizem caminhos diferentes e acessíveis a todos os cidadãos.

O cuidado, portanto, se mostra necessário na criação de tais espaços, vez que diante da escassez de recursos, o Estado deve ser coerente no sentido de não transferir tal obrigação à iniciativa privada, negando-lhe a liberdade/livre-iniciativa constitucionalmente tutelada de forma ampla. Por ser uma Constituição desenvolvimentista, “ter mais liberdade melhora o potencial das pessoas para cuidar de si mesmas e para influenciar o mundo, questões cruciais para o desenvolvimento” (SEN, 2000, p. 33).

Fala-se, então, nessa perspectiva, na importância do Estado, enquanto arranjo institucional, para o sucesso ou insucesso dos países, haja vista que tais arranjos são responsáveis pelo incentivo de atividades econômicas, quando nesse

sentido forem direcionados (SCHAPIRO, 2011, p. 343); razão pela qual o aspecto econômico se tornou constante nas Constituições. Para André Ramos Tavares (2006, p. 46), “o grau de desenvolvimento de um país é responsabilidade atribuída, em parte, ao Estado e às suas políticas públicas. Sendo o Estado configurado pela Constituição, tanto em sua estrutura como em suas finalidades, passou-se a falar em *Direito constitucional econômico* [...]”.

O fato é que, em atenção à força normativa da Constituição, a realização do projeto constitucional de 1988, atinente aos direitos sociais, tem sido imposto nem sempre de forma compatível com os preceitos democráticos. Retoricamente, algumas opções têm sido fixadas como necessárias à concretização da Constituição e, por isso, revestidas de uma pseudolegitimidade.

Observa-se que nos casos em que o texto constitucional não encontra conforto no cenário político, é rotineira a perda da efetividade de algumas normas constitucionais em face de outras, tal qual ocorre com a livre iniciativa face aos direitos fundamentais, quando o projeto constitucional de prestação de serviços públicos atinentes a tais direitos se mostra frustrado. O interessante é que tal “escolha” de qual norma constitucional deve ter sua garantia relativizada em benefício de outra – fragilizando a eficácia da Constituição, neste entender – se dá na mesma estrutura discursiva de preservação da força normativa da Constituição, ou seja, a força normativa da Constituição não se universaliza, nem mesmo, na sua própria estrutura interna.

O que está *constitucionalizado e fundamentalizado* não é um conteúdo *máximo* do princípio – não há nenhuma “hiperconstitucionalização” da livre iniciativa – tampouco se preserva um *mínimo* insignificante. O que a Constituição garante é a livre iniciativa como fórmula genérica, mas seus espaços de construção de abrangência são necessariamente polêmicos e, portanto, políticos. (SOUZA NETO; MENDONÇA, 2006, p. 19)

A tutela da livre-iniciativa na Constituição de 1988, como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV, CF/88), ratifica-se, demonstra o reconhecimento da importância da harmonia da esfera econômica para o alcance dos anseios sociais, ao mesmo tempo em que, por esta mesma razão, aponta a sua identificação com os próprios fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, vez que a livre-iniciativa também é reconhecida pelo texto constitucional como princípio basilar da ordem econômica (art. 170, caput, CF/88) e

consiste em premissa genuinamente pertencente ao capitalismo, tem-se por fácil conclusão que a “Constituição consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista [...]” (SILVA, 1999, p. 742). O tratamento constitucional conferido à livre-iniciativa pela Constituição de 1988 chancela, pois, a “adoção política da forma de produção capitalista” (TAVARES, 2006, p. 239).

Cumpre registrar, por oportuno, que a livre-iniciativa de que trata a Constituição de 1988 possui amplitude suficiente para contemplar e garantir, além da genérica liberdade econômica, a liberdade contratual e comercial. Segundo José Afonso da Silva (1999, p. 767), a “liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato”.

O postulado da livre-iniciativa, portanto, tem uma conotação normativa positivada, significando a liberdade garantida a qualquer cidadão, e uma outra conotação que assume viés negativo, impondo a não intervenção estatal, que só pode se configurar mediante atividade legislativa que, acrescente-se, há de respeitar os demais postulados constitucionais e não poderá anular ou inutilizar o conteúdo mínimo da livre iniciativa. (TAVARES, 2006, p. 240)

Na defesa da livre-iniciativa constitucionalmente tutelada, Celso Ribeiro Bastos (2000, p. 115) lembra a relação existente a garantia da liberdade de iniciativa como garantia também do direito de propriedade e, por esta razão, entende que o empresário, por situar-se em um mercado livre, deve definir “o que produzir, como produzir, quanto produzir e por que preço vender”.

Entretanto, em que pese já tenha sido demonstrado como a livre-iniciativa encontra amparo no texto constitucional, uma série de limitações também lhe são impostas no mesmo diploma (art. 7º, CF/88), por paradoxal que possa parecer.

Tais limitações, todavia, decorrem da constatação da necessidade de garantia da realização da plurívoca justiça social e do bem-estar coletivo, não sendo, assim, justificativa para a negação da essência liberal do referido princípio. “O importante, contudo, é notar que a regra é a liberdade” (BASTOS, 2000, p. 114).

Neste sentido, compreender o Estado de Direito brasileiro constituído pela Carta de 1988, pressupõe o conhecimento da função dos princípios neste mesmo ordenamento; entender o funcionamento da Ordem Econômica por ela disciplinada e o papel do Estado na dinâmica econômica, política e social, também.

2.1.3 Princípios no ordenamento jurídico brasileiro

O caráter principiológico da Constituição de 1988 traz dentre tantas dificuldades, o esforço para delimitação do espaço de irradiação de cada um dos princípios e os parâmetros legítimos para balizar os juízos de ponderação.

Como entende Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcelos (2003),

as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas.

Sabe-se que nenhum princípio possui valor absoluto, devendo todos estes serem ponderados com outros valores e fins públicos, conforme o texto constitucional, podendo, neste momento, ter-se a colisão de alguns deles.

Vive-se, portanto, um novo momento da interpretação constitucional, decorrente da superação do jusnaturalismo e do fracasso político do positivismo, conhecido genericamente por pós-positivismo, em que, através de um ideário difuso, de complexas relações entre valores, princípios, regras e a teoria dos direitos fundamentais.

Atualmente, os princípios assumem um lugar de centralidade no ordenamento jurídico, possuindo *status* de norma jurídica, afastando a ideia de que possuíam apenas conteúdo axiológico, sem aplicabilidade direta ou vinculação jurídica, em que pese de fato aproximem o Direito da Ética.

Assim, dentro do ordenamento jurídico atual, princípios e regras distinguem-se não pela hierarquia, mas sim pela generalidade, vez que estas possuem incidência restrita às situações às quais se dirigem e aqueles incidem sobre uma pluralidade de situações, com maior teor de abstração. Diferentemente das regras, os princípios não possuem situações fáticas determinadas de aplicação (DWORKIN, 2010). Há, sim, no ordenamento jurídico como um todo, hierarquia entre normas – regras e princípios – constitucionais e a legislação infraconstitucional, mas no interior da mesma Constituição, não há que se falar em superioridade entre regras e princípios, mas sim em direcionamentos próprios à cada um. Em atenção ao próprio princípio da unidade da Constituição, regras e princípios devem se articular de forma harmônica, desempenhando funções diferentes, caso seja necessário.

Em seu conteúdo, os princípios trazem as decisões políticas do legislador, na medida em que contemplam os valores e fins a serem alcançados pelo ordenamento jurídico; e por isso apontam uma direção, a qual, no caso da Constituição, corresponde à ideologia.

Para Alexy (1997, p. 86),

princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Por isso, são mandados de otimização, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, mas também das jurídicas. O âmbito do juridicamente possível é determinado pelos princípios e regras opostas.

Desta forma, o sistema jurídico deve se organizar através do equilíbrio entre a segurança jurídica trazida pela objetividade das regras e a legitimidade conferida pela adequação e flexibilidade dos princípios.

Fala-se, ainda, de acordo com a amplitude dos efeitos projetados ou grau de influência, em princípios fundamentais, gerais e setoriais.

Os princípios fundamentais expressam os objetivos da Constituição, as principais decisões políticas do Estado, a estrutura básica e organização de poder. Dentre os princípios fundamentais, tem-se o princípio republicano (art. 1º, CF), o princípio federativo (art. 1º, CF), o princípio do Estado Democrático de Direito (art. 1º, CF), o princípio da separação dos poderes (art. 2º, CF), o princípio presidencialista (art. 76, CF) e o princípio da livre iniciativa (art. 1º, IV).

Os princípios gerais possuem menor grau de abstração e, assim como as regras, tutelam direta e imediatamente as situações jurídicas que contemplam. São exemplos de princípios gerais, o princípio da legalidade (art. 5º, II, CF), da liberdade (art. 5º, CF), da isonomia (art. 5º, caput e inciso I, CF), dentre outros.

Já os princípios setoriais, são aqueles que se destinam a um conjunto específico de normas, tais como a Administração Pública, a ordem econômica, tributação, etc. São, contudo, supremos.

Neste sentido, inclusive, cumpre fazer algumas considerações acerca da eficácia jurídica dos princípios constitucionais, que como já dito, ao contrário do que ocorre com as regras, esta é uma persecução recente. Fala-se, então, em eficácia positiva ou simétrica, eficácia interpretativa, negativa e do retrocesso.

A eficácia jurídica positiva consiste na mesma eficácia associada às regras em geral, visto que objetiva reconhecer àquele que seria atingido pelos seus efeitos, direito subjetivo a tais efeitos, obtendo a específica tutela trazida pelo texto legal do princípio; a eficácia interpretativa, por sua vez, é a mais relevante ao presente estudo, haja vista consistir na conformação do ordenamento jurídico como um todo, para fins de fazer com que as normas de hierarquia inferior sejam interpretadas de acordo com as de hierarquia superior, dentre estas, a Constituição; a eficácia negativa, ao seu turno, autoriza a invalidação dos princípios que contravenham os efeitos pretendidos pela norma; e, por fim, a eficácia vedativa do retrocesso, também muito importante para este estudo, pressupõe a obrigatoriedade de concretização dos princípios constitucionais, através da legislação infraconstitucional e, assim, proceda-se a progressiva ampliação dos direitos fundamentais, ou seja, por esta modalidade de eficácia, exige-se “é a invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente.” (BARROSO; BARCELOS, 2003, p. 39)

Portanto, tem-se que da eficácia dos princípios constitucionais depende a sua normatividade, razão pela qual é tão importante compreender o papel dos princípios no ordenamento jurídico pátrio – constitucional e infraconstitucional – bem como o seu raio de atuação, alcance, objetivos e efeitos.

Não menos importante é a análise dos casos em que há colisão de princípios, nas quais se fala em ponderação dos mesmos – o que será melhor detalhado no capítulo 3 do presente estudo - como uma alternativa de neutralização, de atenuação, cuja única finalidade é viabilizar a convivência de princípios igualmente relevantes ao ordenamento jurídico constitucional.

Desta forma, é imperioso destacar que a ponderação – assim como a interpretação hermenêutica - tem no conteúdo próprio de cada princípio o limite para o seu exercício, sob pena de não o sendo, tratar-se de verdadeira fraude à Constituição. A ponderação, desta forma, não justifica nem legitima a transgressão dos limites de um princípio sob a justificativa da garantia de outro. Como entende Barroso (2002, p. 6), “não fosse assim, a interpretação constitucional seria um mero jogo de palavras sem conteúdo e sem valor.”

Um fundamento constitucional que pudesse ser arredado por obra de legislação ordinária ou um princípio que esta pudesse menoscabar, a toda evidência, nada valeriam e o constituinte seria um rematado tolo se houvesse pretendido com tal fragilidade. (MELLO, 1999, p. 490-491)

Destarte, tem-se no direito a impossibilidade de regência de uma situação por duas disposições legais - princípios ou normas - conflitantes, simultaneamente e a ponderação de valores, representa uma alternativa para a administração de tais situações, quando o conflito se estabelecer entre valores constitucionais.

2.2 Princípios da ordem econômica de 1988 e a sua administração pelo Estado

Conforme já dito acima, a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa constituem fundamentos da Ordem Econômica, os quais, juntamente com os outros trazidos pelo artigo 170 da Constituição, devem orientar a atuação do Estado e dos particulares no processo de produção e distribuição de riquezas.

Desta forma, os princípios da ordem econômica de 1988 são: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Dentre os princípios da ordem econômica é possível identificar-se diferentes papéis por eles exercidos, razão pela qual fala-se em *princípios de funcionamento* e *princípios fins*. (BARROSO, 2002)

A soberania nacional, a propriedade privada e a função social da propriedade, a livre concorrência e a defesa do consumidor e a defesa do meio ambiente são considerados princípios funcionamento por referirem-se à dinâmica das relações produtivas.

Aqui, sendo relevante a atenção à propriedade privada, tem-se nesta a condição inerente à livre iniciativa e lugar de sua expansão, além de direito individual constitucionalmente assegurado.

Sua função como princípio setorial da ordem econômica é, em primeiro lugar, assegurar a todos os agentes que nela atuam ou pretendam atuar a possibilidade de apropriação privada dos bens e meios de produção. Ao mesmo tempo, impõe aos indivíduos em geral o respeito à propriedade alheia e limita a ação do Estado, que só poderá restringir o direito à

propriedade nas hipóteses autorizadas pela Constituição Federal. (BARROSO, 2002, p. 9)

Os demais princípios, aqui entendidos como princípios-fins, são aqueles responsáveis pelo delineamento dos objetivos a serem alcançados pelo texto constitucional, especificamente no que pertine à dinâmica da economia. São estes a existência digna para todos, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego, e a expansão das empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

Tem-se, de tal modo, em cada um dos princípios acima enunciados, parte do projeto almejado pelo constituinte e prescrito pelo texto de 1988. Assim como a integralidade da Constituição, os princípios-fins da ordem econômica centralizam a dignidade humana como orientador tanto das condutas do Estado como de particulares.

Assim, o que se mostra importante à concretização do projeto Constitucional é a harmonia entre os princípios, de forma que, para a garantia de um, embora seja razoável alguma flexibilização quando diante de colisões, não se autorize a negativa essencial de outros. Por este entendimento, não se pode pensar em garantir o princípio-fim da existência digna para todos, negando o princípio funcionamento da propriedade privada, sob pena de negar-se o princípio democrático que orienta todo o funcionamento do Estado brasileiro. Ao Estado, pois, cabe a “preservação e promoção dos princípios de funcionamento e implementação de programas para a realização dos princípios-fins” (BARROSO, 2002, p. 13).

Nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1989, p. 77-78),

Esses nove princípios não se contrapõem aos fundamentos da ordem, mas dão-lhes seu espaço relativo. Cumpre ao Estado assegurar os fundamentos, a partir dos princípios. Não se pode, por isso, em nome de qualquer deles eliminar a livre iniciativa nem desvalorizar o trabalho humano. Fiscalizar, estimular, planejar, portanto, são funções a serviço dos fundamentos da ordem, conforme seus princípios. Jamais devem ser entendidos como funções que, supostamente em nome dos princípios, destruam seus fundamentos.

Portanto, ao Estado cabe não somente a implementação dos princípios fins com a finalidade de assegurar a todos a existência digna e promover a justiça social, conforme o programa constitucional; mas também criar mecanismos de incentivo à iniciativa privada, pois, minar a livre-iniciativa é prejudicar todo o

programa constitucional, na medida em que aquela viabiliza o necessário financiamento – pelo planejamento orçamentário e financeiro realizado a partir da arrecadação tributária – deste.

Entretanto, a dinâmica política observada no Brasil, nem sempre tem a clara compreensão deste funcionamento, razão pela qual o princípio da livre iniciativa será analisado em apartado, haja vista ser o artifício de representação utilizado pelo presente trabalho para demonstrar a fragilidade do texto constitucional, enquanto estandarte do ordenamento jurídico, diante de situações politicamente relevantes ao Executivo.

2.2.1 Princípio da livre iniciativa: conceito, evolução e tratamento constitucional

Conforme visto acima, a ideia de mercado nem sempre foi associada à autonomia contratual tal qual pressupõe o conceito de livre iniciativa correntemente veiculado nos dias de hoje. Antes, muito mais se associavam as atividades comerciais a privilégios e à autoridade, que ao ideário democrático construído pela burguesia.

Com a queda do Antigo Regime, o *Décret d'Allarde* foi editado, na França, em 2 de março de 1791, declarando a liberdade de comércio e indústria e a partir de então, todas as pessoas estavam autorizadas, por lei, a realizar todo tipo de atividade econômica, na forma de profissão, arte, ofício ou negócio.

No Brasil, o marco histórico do reconhecimento da livre iniciativa se deu no reinado de D. João VI, em que o Alvará de 1º de abril de 1808 concedeu às colônias portuguesas a liberdade de indústria. (FORGIONI, 1998, p. 93)

Com a afirmação do liberalismo e a valorização do esforço individual para a promoção do bem estar coletivo, teorizada por Adam Smith, a liberdade de iniciativa foi ganhando novos contornos.

Para o sobredito teórico:

Cada indivíduo esforça-se continuamente por encontrar o emprego mais vantajoso para qualquer que seja o capital que detém. Na verdade, aquilo que tem em vista é o seu próprio benefício e não o da sociedade. Mas o juízo de sua própria vantagem leva-o, naturalmente, ou melhor, necessariamente, a preferir o emprego mais vantajoso para a sociedade. (SMITH, 1981, p. 757-758)

Atualmente, a compreensão da tutela constitucional da livre iniciativa excede o reconhecimento de sua importância para a garantia do direito de propriedade ou liberdade econômica, mas sim decorre da liberdade humana, representando, efetivamente, um desdobramento da liberdade em si. (GRAU, 2000, p. 237-238)

Agora, ao afirmar a livre iniciativa como um dos alicerces da Ordem Econômica, o constituinte deixou clara a valorização da autonomia empreendedora individual para o projeto constitucional como um todo, contemplando as fragilidades e contingências inerentes à tal liberdade. Em outras palavras – e, situando-se no momento histórico em que a Ordem Econômica de 1988 foi promulgada, onde a centralização da atividade econômica no Estado, em prol da segurança nacional, denunciou a incapacidade daquele como empresário promotor do desenvolvimento – o constituinte optou pelo risco de uma ordem aberta ao fracasso, haja vista seu sucesso depender da dinâmica de mercado, balizada pelas pessoas e grupos. (FERRAZ JUNIOR., 1989, p. 77)

A livre iniciativa, tal qual tutela a Constituição de 1988, contempla um gama de liberdades, dentre elas, o direito à criação de empresa e gestão autônoma da mesma; o direito de escolher a atividade econômica a desenvolver; o direito de organização da empresa, incluindo a liberdade de determinar a forma, qualidade, quantidade e o preço dos produtos ou serviços a serem produzidos, também conhecida como liberdade de gestão autônoma; a liberdade de contratação ou liberdade negocial; e a liberdade para concorrer, sem intervenção do Estado na dinâmica do mercado. (GOMES, 2008, p. 3)

Tal liberdade, por sua vez, não é desenvolvida de forma anárquica, mas sim prevista de forma genérica pelo caput do art. 170, CF e individualizada por seus incisos subsequentes, de forma a constituir-se, também, em uma liberdade social. (SALOMÃO FILHO, 1998, p. 229-230)

Neste sentido, ocorre que, assim como o princípio da livre iniciativa é destacado, outros tantos também são, afastando a dinâmica do *laissez faire*. O que a Ordem Econômica disciplina é a subsidiariedade da intervenção do Estado na economia e não a sua omissão – a exemplo da exigência de atenção à função social da propriedade e alcance do interesse geral.

Evidente é, portanto, que tal relativização – atinente à função social da propriedade – não pode se agiganta a ponto de frustrar o conteúdo essencial do direito à livre iniciativa (GOMES, 2008, p. 4).

Como aponta Luís Cabral Moncada (1988, p. 142):

a exigência final consiste na necessidade de as leis restritivas respeitarem o 'conteúdo essencial' dos direitos fundamentais. Trata-se de um puro conceito de valor que visa impor um limite negativo à atuação do legislador, e a que certa doutrina tem ligado a noção de dignidade da pessoa humana.

Especialmente no que toca o conflito frequentemente observado entre o princípio da livre iniciativa e os demais princípios que integram a Constituição de 1988, nos moldes do Estado por ela constituído, tem-se que

O princípio da liberdade de iniciativa tempera-se pelo da iniciativa suplementar do Estado; o princípio da liberdade de empresa, corrige-se com a definição da função social da empresa; o princípio da liberdade de lucro, bem como o da liberdade de competição, moderam-se com o da repressão do abuso de poder econômico; o princípio da liberdade de contratação limita-se pela aplicação dos princípios de valorização do trabalho e da harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção; e, finalmente, o princípio da propriedade privada restringe-se com o princípio da função social da propriedade. (MOREIRA NETO, 1989, p28)

Desta forma, tendo em vista o próprio constituinte ter elevado o princípio da livre iniciativa à condição de fundamento do Estado brasileiro, apontando a sua relevância para todo o ordenamento jurídico, não se pode, sob o pretexto de realizar qualquer outro princípio constitucional, negar-lhe.

Isto porque, como bem entende Mello (1999, p. 490-491), não haveria como recepcionar a negativa de um princípio constitucional de tamanha relevância, pelo discurso a partir de um parágrafo do texto constitucional, se o mesmo artigo, tanto em sua cabeça, quanto em seus incisos, ratificam-no. Nas palavras do autor, tal conduta consistiria em verdadeiro “disparate interpretativo”, na medida em que “um fundamento constitucional que pudesse ser arredado por obra de legislação ordinária ou um princípio que esta pudesse menoscabar, a toda evidência, nada valeriam e o constituinte seria um rematado tolo se houvesse pretendido construí-los com tal fragilidade.”

A Constituição de 1988 tutela como nenhuma outra antes o bem da dignidade da pessoa humana e declara expressamente a sua intenção em promover uma sociedade justa e igualitária. A orientação da Ordem Econômica, por sua vez,

não diverge de tais diretrizes razão pela qual, a iniciativa privada ao mesmo tempo que possui a liberdade de atuação garantida pelo texto constitucional (livre iniciativa) também possui deveres para com os seus empregados, em atenção à valorização do trabalho humano; compromissos com os seus fornecedores e consumidores, à exemplo do direito à informação que contempla o princípio da boa-fé; obrigações para com os seus vizinhos e com a comunidade em geral, estes titulares do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; e, por fim, obrigações tributárias que, por contribuírem para o financiamento da estrutura do Estado e prestação de serviços públicos, constituem-se diretamente responsabilidade social.

Entretanto, a conformação de tais princípios não pode se afastar do objetivo de harmonizar o desenvolvimento econômico e a garantia da liberdade de iniciativa com os demais projetos constitucionais atinentes à justiça social, sob pena de incorrer em dirigismo, esta uma opção já superada pela evolução histórica; assim como imposição de verdadeira subversão de papéis, posto, como entende Barroso (2002, p. 16), pretender que a iniciativa privada, ao invés de direcionar seus atos à obtenção de lucro, busque a consecução das obrigações destinadas ao Estado.

3 SOBRE A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E O EXERCÍCIO DA CIDADANIA NO DISCURSO DA DEMOCRATIZAÇÃO DO PODER

A constitucionalização de direitos sociais no Brasil se deu de forma peculiar, vez que antes mesmo da conquista de direitos políticos, aqueles foram positivados na Constituição Federal, projetando amarras políticas na sociedade e destacando elementos característicos de nossa cultura, tais como o autoritarismo, patrimonialismo e afetividade dos atos públicos – dentre os quais as leis e atos do Executivo¹⁰.

Observando-se que os direitos sociais introduzidos no período compreendido entre os anos 1930 e 1945 situavam-se em um cenário politicamente delicado, sobretudo pela ausência de participação da sociedade civil na tomada de decisões, questiona-se até que ponto estes representam uma conquista democrática, fundada na igualdade de direitos entre os cidadãos.

O movimento de “distribuição” de direitos sociais iniciado no de 1930, com a criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio e continuado pela criação da vasta legislação trabalhista e previdenciária, dentre outras, não parou até o hoje, seja pelos direitos albergados pela Constituição de 1988, ou mesmo pela legislação infraconstitucional.

Da mesma forma, os reflexos dessa dinâmica de conquista – concessão, garantia ou outra denominação que mais adequadamente intitule – de direitos, vão desde a inadequada compreensão da sociedade sobre a natureza de tais direitos e as obrigações à eles correlatas, comprometendo a construção de uma cidadania ativa no bojo da sociedade; até as dificuldades financeiras e gerenciais para implementar tais direitos.

É especificamente no que toca as dificuldades financeiras e gerenciais para implementação dos inúmeros direitos sociais trazidos pela legislação brasileira que repousa a problemática analisada no presente capítulo, ou seja, o terreno fértil para a promulgação de legislações eleitoreiras que, sob a justificativa de garantir

¹⁰ O termo afetividade é trazido por Orlando Gomes, ao se referir às raízes do Código Civil Brasileiro, quando este diz que “o autor do Projeto de Código Civil, Clóvis Beviláqua, qualificou o nosso Direito como um ‘direito afetivo’, em vista de suas disposições se inspirarem, não raro, em causas sentimentais”, o que para Pontes de Miranda cercava-se de sugestões patriarcais. (GOMES, 2006, p. 21)

direitos sociais intitulados fundamentais, impõem obrigações à iniciativa privada, negando até mesmo a integridade do texto constitucional, onerando a economia do país e causando a esquizofrenia do sistema econômico e social.

Assim, na medida em que a Constituição garante direitos sociais e estrutura um Estado de Direito com princípios, objetivos e fundamentos declarados, optando por um modelo democrático de governo; legislações tais como a Lei 9.870/99 e a Lei 12.933/2013, que no mote da garantia de direitos, negam alguns outros princípios constitucionais, apresentam-se como entrave ao sistema democrático e caminham no contra-fluxo da construção de uma cidadania ativa, tanto pelo autoritarismo que representam, como pelas deformidades econômicas que projetam no país, o qual por ser imposto à iniciativa privada, também repercute em toda a coletividade, de forma transversal.

Os direitos sociais, de forma geral, foram apresentados como “presente” dos governantes à sociedade e não como resultado da luta e reivindicação consciente dos mesmos. Tal apresentação despertou a cultura da lealdade da sociedade para com os governantes e este sentimento acomodou mais ainda as reivindicações políticas, num amoldamento passivo e receptor da cidadania, ao tempo.

Após os tempos turvos que a democracia brasileira enfrentou, a Constituição de 1988 trouxe a mais liberal e democrática redação já registrada. Direitos políticos, econômicos e sociais foram generosamente positivados, entretanto a estabilidade política que motivou a referida disciplina legal, ainda permanece ocupando lugar de destaque dentre as prioridades dos governantes.

Como entende Carvalho (2014, p. 201),

a democracia política não resolveu os problemas econômicos mais sérios, como a desigualdade e o desemprego. Continuam os problemas da área social, sobretudo na educação, nos serviços de saúde e saneamento, e houve agravamento da situação dos direitos civis no que se refere à segurança individual.

Desta forma, em que pese a Constituição de 1988 tenha garantido direitos sociais tais como educação, saúde, cultura, etc., a efetivação de tais direitos, na forma prometida pelo texto constitucional, ainda permanece no plano das ideias e as dificuldades financeiras para tal operacionalização, não recuam.

À sociedade, organizar-se, então, para exigir o cumprimento das promessas do Constituinte apresenta-se como uma indispensável postura, embora tal perfil distanciar-se, em muito, da cidadania passiva de que se falava nas linhas acima.¹¹ Diante da Constituição promulgada, democratizar os direitos por ela trazidos é o desafio que se apresenta para a sociedade atual. Já às instituições, o desafio é compreender a importância da dinâmica econômica para a concretização do programa constitucional social; e o prejuízo do autoritarismo legislativo à democracia instituída.

Democratizar a educação, a cultura, a saúde e os demais direitos trazidos pela Constituição de 1988, contudo, implica em grandes mudanças na postura do poder Executivo e não somente na construção de discursos e promessas fantasiosos.

O Brasil enfrenta a chaga da desigualdade social desde o período colonial e, especialmente ao tempo da promulgação da atual Constituição, em 1989, de acordo com o relatório do Banco Central, classificava-se como o país mais desigual do mundo. (CARVALHO, 2014, p. 209)

As repercussões políticas e sociais dessa desigualdade são infindáveis, contudo para a presente análise é relevante observar como o lucro e a acumulação de riquezas, ainda que lícitos, são ameaçados pelo discurso dos governantes – e aqui a legislação compõe tal discurso, de forma institucionalizada – de tutela de direitos fundamentais, apesar das garantias liberais trazidas pela Constituição, à exemplo do direito à propriedade e a livre iniciativa.

O ritmo que orquestrou a constitucionalização de direitos no Brasil, antecipando os direitos sociais aos políticos e civis e maculando o Estado Democrático de Direito com a associação de direitos à favores, benefícios e privilégios, ocasionaram uma supervalorização do Executivo e, simultaneamente, uma menor autonomia aos demais poderes – Legislativo e Judiciário – em manifesto traço de autoritarismo, que nos é peculiar.

Se os direitos sociais foram implantados em períodos ditatoriais, em que o Legislativo ou estava fechado ou era apenas decorativo, cria-se a imagem,

¹¹ Fala-se em indispensável postura pelo fato de entender-se que a timidez das reivindicações sociais é favorável à permanência da inércia dos governantes, dianteadas obrigações do Estado, arregimentadas pelo texto constitucional. “O MST é o melhor exemplo de grupo que, utilizando-se do direito de organização, força sua entrada na arena política, contribuindo assim para a democratização do sistema.” (CARVALHO, 2014, p. 205)

para o grosso da população, da centralidade do Executivo. O governo aparece como o ramo mais importante do poder, aquele do qual vale a pena aproximar-se. A fascinação com um Executivo forte está sempre presente, e foi ela sem dúvida uma das razões da vitória do presidencialismo sobre o parlamentarismo no plebiscito de 1993. Essa orientação para o Executivo reforça longa tradição portuguesa, ou ibérica, patrimonialismo. O Estado é sempre visto como todo-poderoso, na pior hipótese como repressor e cobrador de impostos; na melhor, como um distribuidor paternalista de empregos e favores. [...] Essa cultura orientada mais para o Estado do que para a representação é o que chamamos de “estadania”, em contraste com a cidadania. (CARVALHO, 2014, p. 221)

Como nas palavras do historiador, a implantação dos direitos sociais da forma e no contexto em que se deu, proporcionou o agigantamento de um dos poderes, o Executivo e, assim, o que se observa é este, com o respaldo da sociedade – esta convencida de que todo e qualquer ato do Estado consiste na tutela de direitos e que por pior que possa parecer algum aspecto do mesmo ato, este se justifica pelo seu objetivo “superior”, a justiça social – alterando o tom de voz quando da perda da razão, ou seja, manifestando um autoritarismo para mascarar a sua ineficiência.

A democratização do poder, entretanto, não se coaduna com este formato, tanto pela não receptividade do autoritarismo pelo modelo de Estado adotado, como pela ineficiência de tal perfil aos fins a que se propõe o Estado, através do texto Constitucional.

Conforme já bastante mencionado, a Constituição de 1988, documento máximo do ordenamento jurídico brasileiro, organiza o Estado à luz de diretrizes liberais e social-democratas, estabelece a tripartição dos poderes e o federalismo como mecanismos de defesa da sociedade ao autoritarismo, da mesma forma que cataloga inúmeros direitos sociais e políticos aos cidadãos, viabilizando a participação da sociedade civil na tomada de decisões da esfera pública – seja pela representatividade ou pelo controle de atos. Declara, ainda, objetivos, fundamentos e princípios os quais devem ser preservados individualmente em todos os atos da administração pública.

Contudo, no que toca a análise da presente pesquisa, o que se observa é o recorrente sacrifício da liberdade de iniciativa, apesar do generoso tratamento

constitucional que lhe foi direcionado, sob a justificativa da garantia de direitos fundamentais aos cidadãos, pelo Estado¹².

Conforme será analisado adiante, tal inversão da lógica da legalidade que norteia todo o ordenamento jurídico prescrito pela Constituição, não encontra amparo legal ou legitimidade e, menos ainda, se mostra eficiente aos fins que declara, posto que onerar a economia do país, através da iniciativa privada, sabota o financiamento de todo o programa social. Ademais, a democratização da educação, cultura e saúde, por exemplo, não parece ser alcançável através da promulgação de legislações autoritárias e em desacordo com o texto Constitucional e toda a história nacional da conquista de direitos.

Interessante é, ainda, perceber que o agigantamento do Executivo da forma aqui referida, ou seja, através da autoritária imposição de negativas do texto constitucional, à exemplo do que acontece com a livre iniciativa enquanto fundamento da República Federativa, em favor da construção de um discurso de fascínio pelo Estado prestador, deforma a cidadania na medida em que alcança o silêncio das reivindicações sociais pelo consumo de uma ordem diversa da proposta pelo constituinte.

No bojo das relações econômicas e do mercado de consumo que se agiganta na dinâmica da globalização, a cidadania está cada vez mais associada com o direito de consumir – bens ou serviços, essenciais ou não – e não à militância política dentro de esferas de poder, competência, direitos e responsabilidades nítidos e bem definidos. Se ao Estado é imposta alguma dificuldade para proporcionar esse “consumo de direitos”, o que tem sido observado é a construção de um conflito para justificar a negativa de princípios constitucionais e viabilizar a transferência de responsabilidades pela concretização do programa constitucional, o que mais parece uma sabotagem ao texto constitucional.

Nesse esteio, as perspectivas democráticas se vêem significativamente diminuídas, tanto pela negativa da liberdade que alicerça o Estado de Direito, como pela permanência do não acesso igualitário dos direitos sociais garantidos pelo texto legal, haja vista a democratização dos mesmos não decorrer da organização do

¹² Fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV, CF/88), princípio da ordem econômica constitucional (Art. 170, CF/88), dentre outros espaços ocupados no texto constitucional de forma indireta.

Estado para tanto, e sim de medidas discursivas para mascarar a ineficiência do Executivo, proporcionada pela manipulação e passividade da sociedade civil.

Assim, analisar-se-á nos próximos itens duas legislações infraconstitucionais que estão em vigor sob a justificativa de garantir direitos fundamentais aos cidadãos, entretanto, ao que se entende, as mesmas, além de não alcançarem os seus objetivos, reproduzem negativas ilegítimas de direitos à iniciativa privada, em prejuízo da democracia, além de inúmeros outros prejuízos à sociedade.

3.1 Uma análise econômica do direito previsto pela Lei Federal 9.870 de 23.11.1999

A análise aqui proposta da Lei Nº 9.870/99 enfrenta em primeiro lugar os reflexos atinentes à repercussão econômica da mesma, para assim demonstrar a projeção sensível à esfera política e social. Para tanto, os ensinamentos da Análise Econômica do Direito serão os balizadores.

Tem-se, então, que após o reconhecimento do sólido diálogo existente entre Direito e Economia e da importância da harmonia entre tais ciências surgiu nos Estados Unidos o movimento da Análise Econômica do Direito o qual pondera o sistema jurídico à luz de princípios econômicos, compreendendo o direito como uma instituição capaz de alocar incentivos e efetivas diretrizes à economia, através do fomento da eficiência.

Em outras palavras, a Análise Econômica do Direito busca apurar a eficiência das normas jurídicas – o alcance das finalidades às quais estas se propõem – no macro contexto social, através de uma verificação cujos balizadores são critérios econômicos. Aos seguidores deste movimento, o Direito é uma instituição econômica.

Talvez por ser um movimento que emerge em um contexto político de fortalecimento do Estado Social – pós Guerras – a Análise Econômica do Direito é muita das vezes mal interpretada pela comunidade, sendo inclusive associada ao individualismo exacerbado do liberalismo clássico e acusada de ser uma abordagem desprovida de compromissos éticos, tais como a tutela de direitos sociais positivada na Constituição de 1988.

Entretanto, tal concepção não condiz com a essência do movimento, vez que, em verdade, a ineficiência econômica das instituições jurídicas dificilmente será projetada de forma diferente na esfera social, sobretudo em um país como o Brasil, onde a pobreza é uma das principais fontes de privação de liberdade e desenvolvimento humano.

Neste sentido, diante da supervalorização da esfera social no Brasil, em detrimento da política, a análise aqui proposta sob uma perspectiva econômica se mostra valiosa não somente para a apuração da eficiência de tais medidas do Estado aos fins que se propõe, mas também para aferição da coerência do sistema jurídico-político como um todo.

Embora a análise dos pronunciamentos judiciais seja objeto do capítulo seguinte, situa-se a relevância da discussão acerca da Análise Econômica do Direito ao presente trabalho, neste momento, por comungar-se do entendimento de Richard Posner (2007, p. 625), entusiasta do movimento, quando o mesmo destaca a importância dos pronunciamentos judiciais, as interpretações das normas pelo Judiciário, restarem conectadas às suas consequências, haja vista a desconsideração da repercussão prática das decisões judiciais comprometer os interesses sociais de forma ampla; da mesma forma que, enquanto interprete do ordenamento jurídico, o Judiciário necessita de instrumentos legislativos adequados e coerentes à repercussão positiva de suas decisões no âmbito social.

Por essa razão, sustenta-se que o movimento da Análise Econômica do Direito se faz compatível com o ordenamento constitucional pátrio, dentre tantas interfaces, através da busca da segurança jurídica traduzida pela efetiva observância da Constituição e coerência do sistema jurídico aos ditames constitucionais.

A análise consequencialista das decisões judiciais, visualizando o custo-benefício de sua concretização, tendo em mente conceitos como da eficiência alocativa e o ótimo paretiano, que será visto posteriormente, poderão proporcionar um controle jurisdicional menos subjetivo, empirista e inerte no que concerne a realização da eficiência alocativa dos recursos. (OLIVEIRA JUNIOR, 2010, p. 5)

A proposta da extensão da AED feita por Richard Posner, e aqui utilizada, é a construção de uma teoria jurídica focada na contribuição para a economia, haja vista o referido jurista entender que ao Direito – inclusive, à disposição da legislação

constitucional reconhecedora da importância da economia para o alcance do programa social – cabe a facilitação das operações dos mercados livres, através da redução de custos de transação e criação de espaços adequados ao desenvolvimento da economia à luz das diretrizes liberais adotadas pela comunidade.

Observa-se, por sua vez, que os argumentos de rejeição à Análise Econômica do Direito são frequentemente observados quando dos questionamentos às legislações infraconstitucionais, tais como a Lei 9.087/99, que versam sobre a garantia de direitos sociais. Em tais casos, sobretudo nas experiências brasileiras, diante do modelo de Estado prestador – e, ousa-se classificar, paternalista – verifica-se a tentativa de afastar a análise consequencialista dos casos, a qual relega a eficiência, para priorizar a garantia de outros direitos, ainda que por via transversa, como ocorre nos casos em que o ônus da garantia de direitos tais como a educação, saúde, etc., são transferidos à iniciativa privada, através do cerceamento de sua liberdade.

Ocorre que, como já visto no capítulo anterior, o texto constitucional de 1988 traz, além de inúmeros direitos sociais, a disciplina da ordem econômica, através da qual se consagra o objetivo de promoção do desenvolvimento.

Conciliar a garantia de tais direitos sociais com o respeito à livre iniciativa e demais pilares da ordem econômica, contudo, não é tarefa fácil. Fatalmente, como já dito, o Estado transfere – ou mesmo compartilha – a reponsabilidade pela garantia de tais direitos sociais com a iniciativa privada, a qual, autorizadamente, presta serviços particulares correlatos aos aludidos direitos sociais – sobretudo aos direitos à saúde e educação.

Viabilizar ao Judiciário uma análise econômica do Direito sem dispor de instrumentos legislativos favoráveis é, contudo, um grande desafio, haja vista o ordenamento jurídico ser o balizador de todos os pronunciamentos judiciais.

Por oportuno é que a presente discussão acerca da lei em comento se faz importante, na medida em que, reconhecendo a relevância do direito por ela tratado, questiona a sua compatibilidade com o texto constitucional, facultando ao Judiciário uma tomada de posição consciente e ativa para a concretização do programa constitucional, diferente da rotineira escolta no texto legal que levemente conduz a esfera jurídico-política no Brasil.

3.1.1 O direito à educação na Constituição Federal de 1988

A análise do direito constitucional à educação, o qual goza do status de direito fundamental - e também social – pressupõe o reconhecimento dos avanços na efetivação do mesmo à partir da Constituição Federal de 1988.

A referida Constituição, marcada pela garantia de inúmeros direitos, trouxe o direito à educação em posição de destaque, sobretudo, por reconhecer a sua importância para a efetivação dos demais direitos, tais como a participação política e exercício de cidadania.

Em verdade, o direito à educação tal qual prevê a Constituição Federal de 1988 visa garantir a liberdade aos cidadãos no bojo do Estado Democrático de Direito, vez que é impossível visualizar a efetiva participação política de um cidadão que não teve o direito à educação assegurado.

É constatado, pois, que após a Constituição de 1988, os níveis educacionais da população brasileira como um todo aumentaram significativamente e tal fato se deve, em parte, ao empenho do Estado em efetivar tal direito, ainda que o projeto constitucional atinente à educação esteja longe de ser concretizado em sua completude¹³.

Para a referida efetivação, entretanto, além das inúmeras previsões constitucionais acerca do direito à educação, destaca-se a relevância do pacto federativo, através do qual se “instala uma forma de cooperação efetiva e eficaz no campo educacional” (RANIERI, 2009, p. 1); assim como o desenvolvimento da educação privada em compasso com o poder público – aspecto, este, que contribui para o avanço qualitativo dos níveis educacionais no país, embora represente pequena parcela dos estudantes do Brasil¹⁴.

Desta forma, o enfrentamento das questões educacionais pelo poder público após a Constituição de 1988, junto à dinâmica da federação, ocasionou a participação dos Estados e Municípios nesse processo de forma eficaz, inclusive quanto à competência legislativa para editar as normas suplementares de educação.

¹³ Cf. INEP/Ministério da Educação. Censo Escolar – 2006, que aponta aproximadamente 56 milhões de matrículas na Educação Básica

¹⁴ Cf. INEP/Ministério da Educação. Censo Escolar – 2006

Entretanto, embora o constituinte tenha se preocupado em tutelar amplamente o direito à educação, conferindo-lhe a natureza de direito fundamental, atribuindo competência para todos os entes federativos no que toca à sua execução e permitindo a exploração da atividade pela iniciativa privada, inúmeras são as dificuldades, sobretudo jurídicas, para a implantação do programa constitucional atinente à educação. Tais dificuldades esbarram em questões tais como as do domínio econômico, do consumidor, dentre outras.

O programa constitucional aqui referido consiste, de início, no que disciplina o artigo 205 da Constituição Brasileira, através do qual o direito à educação atrela-se às obrigações do Estado, mas também se estende à compreensão do direito à educação como exercício instrumental ao desenvolvimento nacional como um todo – razão pela qual tal direito também é entendido como coletivo - e ao exercício de outros direitos individuais tais como direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.

Neste sentido, referindo-se à liberdade como forma de desenvolvimento, Amartya Sen (2000) entende que “a eficácia da liberdade como instrumento reside no fato de que diferentes tipos de liberdade apresentam inter-relação entre si, e um tipo de liberdade pode contribuir imensamente para promover liberdades de outros tipos”.

Da mesma forma foi o entendimento do constituinte, ao reconhecer a importância da efetivação do direito à educação para a realização do programa social constante do texto constitucional – a já falada concretização da democracia através da participação política do cidadão, os direitos econômicos, etc – constituiu a universalização do direito subjetivo ao ensino fundamental, obrigatório e gratuito.

O constitucionalismo social do qual decorre a Constituição Brasileira, por sua vez, trouxe também com forte expressão o ideal de igualdade, conforme é possível atestar pelo disposto no art. 5º, CF/88.

Neste sentido, o direito à educação, enquanto direito social fundamental que é, traz consigo o pressuposto de que a sua garantia deve ser estendida à todos os cidadãos de forma igual, independentemente de raça ou cor, classe, religião, etc.

Tal igualdade na efetivação do direito à educação, contudo, pressupõe alguns imperativos, sobretudo quando se analisa o disposto no art. 205 da Constituição Federal, o qual dispõe que o direito à educação deve visar ao pleno

desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. “Não se trata mais de qualquer direito à educação, mas daquele cujas balizas foram construídas constitucionalmente. Isso significa que o direito à educação é o direito de acesso, mas não um acesso a qualquer educação, e sim àquela que atende às preocupações constitucionais.” (TAVARES, s.d.,p. 6)

Essa preocupação, por sua vez, possui inúmeros desdobramentos, dentre os quais destaca-se o fato de o Estado, apesar de autorizar a educação privada e conceder-lhe autonomia administrativo-financeira, liberdade de cátedra, dentre outras, garantir à si próprio o direito de intervir para fins de controle e adequação da prestação de serviços de educação aos preceitos constitucionais.

Eis aqui um dos pontos nevrálgicos da efetivação do programa constitucional, vez que a intervenção do Estado nas questões educacionais tanto pode ser objeto de cooperação, como pode transformar-se em ato autoritário; tanto pode ser ato garantidor de igualdade, na medida em que cuida de questões tais como a observância de conteúdos programáticos mínimos, seja para escolas públicas ou privadas; como conduta que celebre a diferença e negue a tão falada isonomia constitucional, o que ocorre, por exemplo, quando o Poder Legislativo interfere na autonomia administrativo-financeira de escolas privadas, obrigando as instituições de ensino a permanecerem prestando serviços à alunos inadimplentes até o final do período letivo.

Ainda na análise do programa constitucional, esbarra-se noutro obstáculo característico da realidade brasileira que é a dificuldade de acesso ao direito à educação pelo não acesso aos demais direitos sociais.

Isto porque, ao mesmo tempo em que ao Estado cabe garantir o direito à educação, através das previsões constitucionais, também é ao poder público que recai a obrigação de garantir o acesso ao direito à saúde, segurança, lazer, meio ambiente ecologicamente equilibrado, dentre outros. Tais direitos, por sua vez, encontram-se inter-relacionados em muitas das vezes, razão pela qual a negativa de um direito pode representar imediatamente a negativa de outro(s) também.

Assim, por exemplo, o não acesso à saúde pode representar também o não acesso à educação, o que faz com que a garantia do direito à educação, pelo Estado, seja algo bem mais complexo que a simples construção de escola, contratação de professores e disciplina legal das diretrizes básicas. Tão inaceitável

quanto o trabalho infantil - que além de ferir a dignidade humana por tantas razões, também afasta as crianças dos bancos escolares – é a inexistência de condições dignas nas residências das mesmas crianças, haja vista ser impossível falar em direito à educação para uma criança que não possui recursos financeiros mínimos que garantam dignidade – aqui entendida como alimentação, moradia confortável, etc. – à sua família.

O dever do Estado, em particular, não se esgota no oferecimento e financiamento final da educação, pelo contrário; deve prover todos os meios necessários para que o direito esteja a todos disponível, seja acessível, adequado às necessidades sociais e adaptado às necessidades dos indivíduos. Além disso, como os direitos humanos exigem leis que os assegurem e tornem possíveis expor as suas violações, remediá-las e preveni-las, cabe ao Estado legislar sobre a matéria, inclusive no que diz respeito aos instrumentos de acesso à justiça, decidindo acerca dos pleitos que lhe são apresentados. O acesso à informação, garantido pelo Estado, ademais, é uma forma de permitir que a população tenha meios de aquilatar a *accountability* de seus governos. (RANIERI, 2009, p. 183-200)

No entendimento de Clarice Duarte (2007, p. 705), o complexo arranjo aqui mencionado “está intimamente ligado ao problema da democratização do acesso à educação e constitui um direito, não uma concessão ou um favorecimento”.

É, contudo, indispensável ter-se com clareza o entendimento que, em que pese o acesso aos direitos não ser possível de forma isolada, consoante o ordenamento jurídico vigente, a obrigação de garanti-los é do Estado.

Tal definição não afasta, por óbvio, a responsabilidade da família e da sociedade em geral na promoção da educação, mas tão somente define as esferas de obrigações no bojo da execução deste direito, dificultando – em tese, ao menos – a indevida transferência de responsabilidades. À guisa de exemplo, à instituição de ensino privada cabe a responsabilidade de prestar o devido serviço de ensino aos seus contratantes – e nos termos contratados – enquanto que, ao Estado cabe a responsabilidade de garantir tal direito à todos, inclusive aos que não possuem recursos financeiros para contratar as instituições privadas de ensino.

“Como típico direito social, o direito à educação obriga o Estado a oferecer o acesso a todos interessados, especialmente àqueles que não possam custear uma educação particular. Os direitos sociais ocupam-se, prioritariamente,

dentro do universo de cidadãos do Estado, daqueles mais carentes.” (TAVARES, s.d., p. 7)

Outro traço marcante do constitucionalismo social de que decorre a Constituição de 1988 é a valorização da liberdade e, especificamente no que diz respeito ao direito à educação, este bem possui vários desdobramentos.

O mais expoente é a liberdade individual conferida ao cidadão que efetivamente possui acesso à educação, vez que a educação é um meio hábil à garantir o exercício da cidadania no bojo do estado democrático de direito, sendo assim uma liberdade instrumental.

Entretanto, outras questões relativas à liberdade se apresentam nessa discussão, tais como a liberdade, também individual, de escolha quanto ao meio de acesso ao direito à educação.

Sabe-se, portanto, que o ensino, no Brasil, é expressamente aberto à livre iniciativa, conforme disposto no art. 209, caput, da Constituição e que por isso consiste em um “processo público aberto às mediações de entidades privadas” (CANOTILHO, 2003, p. 342). Portanto, é possível escolher entre o serviço de ensino público e privado, sem interferência do Estado.

No âmbito do ensino privado, o Estado garantidor do direito à educação deve limitar-se ao papel de fiscalizador – do cumprimento da Lei de Diretrizes Básicas e demais preceitos constitucionais que orientam a vida em sociedade – e não de ditador de normas, orientação educacional, opções ideológicas, etc. No ensino privado, a salvaguarda da liberdade das instituições é que consiste na efetiva tutela do direito à educação pelo Estado. (TAVARES, s.d., p. 8)

Outro aspecto relevante ao trato constitucional à educação privada, refere-se à liberdade que, como atividade privada autorizada pelo constituinte, deve ser garantida às instituições de ensino particulares, no que toca a contratação do serviço.

Assim, o que se entende é que a interferência do Estado nesse serviço privado deve limitar-se ao controle de excessos e não ao cerceamento da autonomia. Ao Estado é obrigação impedir que instituições de ensino privado deixem de cumprir o programa educacional básico – conforme já mencionado acerca do papel fiscalizador do Estado quanto à Lei de Diretrizes Básicas - ou promovam a discriminação entre alunos, ou qualquer outra prática dissonante aos valores

trazidos pelo tecido social; mas não se justifica, ao poder público, a interferência no âmbito administrativo-financeiro de tais empresas, sob a justificativa de tutela do direito à educação.

Entretanto, em que pese seja claro o papel do Estado na ordem econômica, bem como a necessária conformação de todo o ordenamento jurídico com o texto constitucional, o princípio da livre iniciativa nem sempre encontra amparo nas legislações ordinárias e nos pronunciamentos jurisdicionais.

Neste sentido, com o intuito de demonstrar alguns entraves ao princípio da livre iniciativa, especificamente na interface com a garantia do direito fundamental à educação, traz-se a análise da Lei Federal Nº9.870/99 nas linhas que seguem.

3.1.2 A repercussão da Lei 9.870/99

Aqui, analisados alguns pontos acerca do direito à educação previsto pelo texto constitucional e a tutela mesma da livre iniciativa, pretende-se fazer uma análise à luz da concepção econômica de Posner, acima mencionada, acerca da Lei Federal 9.870/1999, a qual disciplina as anuidades escolares e outras providências.

De acordo com o artigo 6º da acima referida lei:

são proibidas a suspensão de provas escolares ou a aplicação de quaisquer outras penalidades pedagógicas por motivo de inadimplemento, sujeitando-se o contratante, no que couber, às sanções legais e administrativas, compatíveis com o Código de Defesa do Consumidor, e com os arts. 177 e 1.092 do Código Civil Brasileiro, caso a inadimplência perdure por mais de noventa dias.

O paradigma norteador da análise deste dispositivo legal é a compreensão da direta relação existente entre Direito e Economia, bem como o reconhecimento de que o convívio social se efetiva no bojo da economia de mercado, a qual viabiliza a sobrevivência do homem - ainda que diante de recursos escassos (TROSTER, 2002, p. 7).

A preocupação da análise aqui trazida é exatamente a de fazer com que a norma jurídica não se torne contraproducente, ou seja, não produza mais distorções que benefícios sociais (COUTINHO, 2005, p. 1).

Neste sentido é, pois, que repousa a valorização do pragmatismo, para Posner, que verifica neste o interesse “por aquilo que funciona e é útil” (2009a, p. 4),

uma vez que agindo pragmaticamente, fomenta-se o aperfeiçoamento e nutre-se a crença na possibilidade de realização através da ação humana calculada. O pragmatismo de Posner valoriza as ciências – e aqui situa-se o Direito e a Economia – quando estas são capazes compreender e produzir efeitos na sociedade.

Tendo em vista o objetivo constitucional de promoção do desenvolvimento, na dinâmica da economia de mercado em que a República brasileira se insere, não há como imaginar tal promoção sem considerar a repercussão das leis e decisões judiciais junto aos atores econômicos, sobretudo a iniciativa privada que através de carga tributária oxigena o programa estatal de promoção de bem-estar.

Neste sentido, a Análise Econômica do Direito de Posner se faz valiosa por destacar a necessidade tanto do Judiciário compreender melhor a repercussão econômica de suas decisões (POSNER, 2009a, p. 84), assim como do Legislativo, haja vista que, no cenário brasileiro, o que se observa é o injustificado engessamento das instituições do sistema de justiça à aplicação formalista de dispositivos – que nem sempre são conexos aos próprios objetivos da ordem constitucional, tal como o art. 6º da Lei 9.870/99 que busca garantir o direito à educação através da transferência de tal ônus à iniciativa privada.

As decisões judiciais, assim como o legislador ordinário, frequentemente, desconsideram que os recursos públicos e privados esbarram em limitações e estas são determinantes para a efetivação do programa constitucional, razão pela qual se entende que uma melhor compreensão da repercussão econômica das legislações e das decisões judiciais conferiria pragmaticidade ao programa constitucional e ao alcance dos interesses sociais como um todo.

Dessa forma, entende-se que um diálogo racional entre Direito e Economia é o canal hábil ao desenvolvimento de uma harmonia social, tal qual preconizada pelo constituinte, haja vista o desenvolvimento proporcionado através da livre iniciativa projetar reflexos - mediatos e imediatos – no tecido social, na medida em que toca em questões tais como a geração de empregos, a tributação de rendimentos, a especialização do mercado – garantidora da busca pela qualidade dos serviços – etc.; além de viabilizar escolhas legislativas acertadas, o que não se observa na legislação vigente, à exemplo do art. 6º da Lei Federal 9.870/99.

Enxergar o direito como finalidade do desenvolvimento sugere, em primeiro lugar, que se reconheça que o arcabouço jurídico é capaz de delimitar metas ou objetivos de política pública – isto é, seus “pontos de chegada”. O direito, nesse sentido, formaliza, ainda que de forma vaga, os objetivos que devem ser perseguidos programaticamente – distinguindo-os, assim, de meras intenções, recomendações ou diretrizes políticas. (COUTINHO, 2011/2012, p. 2)

Tendo em vista que o objeto do presente trabalho é atinente ao direito à educação, especificamente na prestação do serviço privado de ensino, cumpre situar a problemática na excessiva interferência do Estado na autonomia administrativo-financeira das instituições de ensino.

Isto porque, na tentativa de garantir o direito à educação à todos, o poder público vem cada vez mais editando normas – decretos, portarias, despachos, notas técnicas, etc. – que interferem na autonomia das instituições de ensino privadas, transferindo o ônus da efetivação deste direito à iniciativa privada, sob a justificativa de que se trata de um direito fundamental, subvertendo a ordem jurídica estabelecida.

Entretanto, ao agir desta forma, o poder público nega princípios constitucionais como a igualdade – isonomia – e a liberdade de iniciativa e desconsidera que, em que pese o direito à educação seja um direito fundamental, este não é obrigação legal da iniciativa privada, mas sim do Estado.

O liberalismo, para Posner, guarda importância à Análise Econômica do Direito exatamente por evitar concepções autoritárias de Estado, ao afirmar inexistir prioridade da eficiência sobre a liberdade (POSNER, 2009, p. 16). É preciso que o Estado entenda que a garantia do direito à educação não justifica a negativa da liberdade de iniciativa privada.

Aqui, registre-se, não se discute em momento algum a relevância da garantia do direito à educação, sobretudo pela sua importância para a concretização do princípio da dignidade humana e ao fato deste princípio ser adotado “pelo texto constitucional concomitantemente como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III) e como fim da ordem econômica (mundo do ser) (art.170, *caput* – ‘a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna’)” (GRAU, 2008, p. 196). O que se destaca é a preocupação com a imposição injustificada, posto que contrária ao programa constitucional, do ônus da garantia de tal direito ao setor privado que autorizadamente presta tal serviço.

A tutela constitucional da livre iniciativa pressupõe uma garantia em sentido amplo, “compreendendo não apenas a liberdade econômica, ou liberdade de desenvolvimento de empresa, mas englobando e assumindo todas as demais formas de organização econômica, individuais ou coletivas [...]” (TAVARES, 2006, p. 239).

No mesmo sentido, José Afonso da Silva (1999, p. 767) preleciona que a “liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato”; entretanto, a interferência do poder público constante na Lei Federal 9.870/99, por negar a autonomia contratual, na medida em que inviabiliza a resolução dos contratos motivadas pela inadimplência dos contratantes, nega também o direito de propriedade de quem a livre iniciativa decorre.

Aqui, fala-se em liberdade de contratar envolvendo

1) a faculdade de ser parte em um contrato; 2) a faculdade de se escolher com quem realizar o contrato; 3) a faculdade de escolher o tipo de negócio à realizar; 4) a faculdade de fixar o conteúdo do contrato segundo as convicções e conveniências das partes; e, por fim, 5) o poder de acionar o Judiciário para fazer valer as disposições contratuais (garantia estatal da efetividade do contrato por meio da coação. (TAVARES, 2006, p. 240)

Verifica-se, desta forma, a frontal ofensa ao princípio constitucional da livre iniciativa existente na Lei Federal 9.870/99, haja vista o completo cerceamento da liberdade contratual à ela vinculado.

Registre-se que o ensino privado contribui tanto para o desenvolvimento econômico do país, na medida em que gera empregos e compõe a carga tributária nacional; como para a melhoria da qualidade da educação, repercutindo positivamente na formação de profissionais com qualificação para atender às necessidades dos setores produtivos; razão pela qual é contraproducente sobrecarregar o referido setor com a excessiva interferência do poder público em sua gestão administrativo-financeira.

O texto constitucional é claro ao prever a obrigação do Estado com a garantia do direito à educação, na medida em que dispõe:

Art. 205, CF/88: 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.

Da mesma forma, o constituinte não deixa dúvidas sobre a autorização de exploração desta atividade pela iniciativa privada, nos termos do art. 209, CF/88.

Entretanto, o que vem sendo observado no Brasil é o poder público legislando sobre o ensino privado, excedendo a intervenção moldada pelo texto constitucional e efetivamente repartindo sua competência no que toca a garantia do direito à educação. Vive-se um efetivo paradoxo em que o texto constitucional contempla princípios liberais e as práticas do poder público ditam regras com contornos mais autoritários que o desenho do constituinte.

Tal quadro se dá com efetivo prejuízo não somente à iniciativa privada, mas à educação no Brasil como um todo, haja vista que a eliminação das distâncias educacionais entre o setor público e privado, através de projetos em comum e, sobretudo, da melhoria da qualidade do ensino, somente pode ser concretizada através de incentivos e não da arbitrária negativa de direitos – estes garantidos constitucionalmente.

A excessiva interferência do poder público na livre iniciativa das instituições de ensino privado, portanto, também produz prejuízo à noção de Estado Democrático de Direito, vez que relativiza garantias constitucionais sob o fundamento de restar promovendo outras.

Desta forma, o Estado de Direito consiste em um conceito jurídico que busca preservar o dualismo entre a sociedade e o poder público, o qual possui seus contornos de atuação limitados pelo texto constitucional – sempre à luz da preservação das liberdades individuais; enquanto que o Estado Social, por pressupor um Estado ativo e com funções interventivas, o qual diante da ausência de precisão na condução de tais prestações, corre o risco de relativizar garantias, ultrapassando os limites de controle do Estado de Direito, alterando as normas em nome de aspirações sociais (RANIERI, 2000, p. 269). É nesta relativização, entretanto, que repousa o prejuízo à democracia, haja vista as funções sociais do Estado não poderem justificar a dominação do mesmo, sob pena de configurar-se a negativa do fundamento constitucional do Estado de Direito.

Nas palavras de Nina S. Ranieri

Não é simples a compatibilização do Estado de Direito ao Estado Social. Se por um lado se faz necessário garantir que valores comuns sejam admitidos pelos grupos envolvidos, o que constitui um problema eminentemente

político, de outro, impõe-se um quadro constitucional rigoroso, balizando a atuação do Estado, o que é um problema exclusivamente jurídico. (2009, p. 20)

Neste sentido, a Lei Federal 9.870/99 chancelou a obrigatoriedade das instituições privadas manterem em seus quadros alunos inadimplentes até o final do período, proibindo que a instituição adote qualquer medida sancionatória administrativa ou pedagogicamente, restando-lhe apenas o direito de proceder a posterior execução da dívida, ainda que o risco de não lograr êxito na recuperação do prejuízo, lhe seja eminente.

Art. 6º, Lei 9.870/99: São proibidas a suspensão de provas escolares, a retenção de documentos escolares ou a aplicação de quaisquer outras penalidades pedagógicas por motivo de inadimplemento, sujeitando-se o contratante, no que couber, às sanções legais e administrativas, compatíveis com o Código de Defesa do Consumidor, e com os arts. 177 e 1.092 do Código Civil Brasileiro, caso a inadimplência perdure por mais de noventa dias.

Desconsidera-se, assim, todas as dificuldades práticas para a garantia da recuperação de prejuízos decorrentes de dívidas, tais como a falta de adequada estrutura do Judiciário para tanto, a ineficaz sistemática de execução judicial de dívidas e a legislação protetiva; e, desta forma, uma vez que ao combate da inadimplência só restam as vias ordinárias de cobrança, majoritariamente ineficazes e onerosas ao credor, o tratamento legal e judicial da inadimplência se torna, para o mercado, um custo adicionável à atividade.

A justificativa para tamanha interferência na iniciativa privada é que a

A prestação de serviços privados de educação por pessoas privadas não deve ser confundida com a prestação dos serviços em regime privado. Esta afirmação contém consequências importantes. A maior delas talvez seja a de que se descarta de antemão a compreensão que defende a aplicação de um regime de mercado às atividades de ensino, quando estas sejam executadas por pessoa de direito privado.” (SAAD, 2012, p. 93)

Na ADI nº 1992-9/DF, que encerrou os debates em sede de medidas provisórias acerca de mensalidades escolares e vedação de sanções pedagógicas e administrativas em decorrência da inadimplência em escolas privadas, o Ministério da Educação argumentou que

A educação é um dispositivo social assegurado pelo art. 6º da Constituição Federal, peculiaridade essa que por si só demonstra a constitucionalidade

da medida adotada pelo Poder Executivo. E mais, a maioria da clientela das instituições de ensino é composta de crianças e adolescentes, os quais não devem ser colocados a salvo de toda forma de discriminação e opressão, sendo esse o dever da família, da sociedade e do Estado imposto pelo art. 227 da Carta Magna

Tais argumentos foram inteiramente acatados pela Suprema Corte, o que reforça o entendimento que de haver, ainda que velada, uma injustificada rejeição à iniciativa privada no Brasil – impressão esta que se manifesta em inúmeras outras circunstâncias que frequentemente são submetidas à apreciação do judiciário, atinentes à saúde e educação - afastando a visualização de que tão importante quanto a garantia de tal direito é a adequada atribuição de responsabilidades à ele correlatas.

Na ADI 1.950-3, proposta pela Confederação Nacional do Comércio, foi questionada a constitucionalidade da Lei 7.844/92, do Estado de São Paulo, através da qual o Estado estaria intervindo na ordem econômica ao assegurar meia-entrada em espetáculos esportivos, culturais e de lazer aos estudantes regularmente matriculados em estabelecimentos de ensino de educação básica do Estado. Novamente a Corte se manifestou pela constitucionalidade da referida lei, afirmando a prevalência do direito à educação sobre a livre iniciativa, por maioria de votos, nos termos do voto do relator, Ministro Eros Grau.

Afirmou o Ministro que

Na composição entre princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. A superação da oposição entre os desígnios do lucro e de acumulação de riqueza da empresa e o direito de acesso à cultura, ao esporte e ao lazer, como meio de complementar a formação dos estudantes, não apresenta maiores dificuldades¹⁵

Ocorre que a função social da atividade de prestação de ensino privado não modifica a sua natureza, bem como as garantias constitucionais que lhe são asseguradas, como a livre iniciativa.

Em que pese o serviço de ensino privado ser uma atividade autorizada pela Constituição e, como toda atividade da iniciativa privada no âmbito da prestação de serviços, ser regida pela legislação civil – *in casu*, pelo direito

¹⁵ INGRESSO EM CASAS DE DIVERSÃO, ESPORTE, CULTURA E LAZER. COMPETÊNCIA CONCORRENTE ENTRE A UNIÃO, ESTADOS-MEMBROS E O DISTRITO FEDERAL PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO ECONÔMICO. CONSTITUCIONALIDADE. LIVRE INICIATIVA E ORDEM ECONÔMICA. MERCADO. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA, Min. Relator Eros Grau, DOU de 02.06.2006

contratual – as instituições possuem sua autonomia administrativo financeira cerceada na medida em que não podem suspender a prestação de um serviço devidamente contratado, quando diante da inadimplência do contratante. Pela Lei Federal 9.870/99, a iniciativa privada é obrigada a suportar os prejuízos financeiros decorrentes da inadimplência de seus contratantes, em razão de prestar um serviço que garante um direito fundamental, ainda que o encargo por tal prestação, conforme o texto constitucional seja de responsabilidade do Estado.

Ainda que a constitucionalidade da Lei 9.870/99 tenha sido vislumbrada pela Suprema Corte, conforme ocorreu na ADI 1992-9/DF, por ponderar – além da superioridade do direito à educação frequentemente construída pela jurisprudência do STF – que o prejuízo financeiro imposto à instituição de ensino que permanecesse com alunos inadimplentes em suas dependências, seria inferior ao prejuízo causado ao aluno a quem estaria sendo negado o preceito constitucional; entende-se que tal análise se mostra imprópria, na medida em que não considera a titularidade diversa de obrigações – aqui sendo ao Estado a imposição constitucional de garantia do direito à educação – quanto a transgressão de direitos – haja vista o direito de propriedade e a livre iniciativa e liberdade contratual que dele decorrem serem afastados pela imposição do Estado quanto ao ônus de arcar com a prestação educacional.

Não há, portanto, sequer que falar em conflito de princípios constitucionais, haja vista as esferas em que o direito à educação e a tutela constitucional da propriedade privada e livre iniciativa se encontram não coincidem.

Tal legislação, por sua vez, menos consegue efetivar a garantia do direito à educação, que a projeção de reflexos negativos.

Isto porque, a parcela da população que frequenta as instituições de ensino privado é menor que a quantidade de alunos que recorrem à rede pública de ensino, o que implica dizer que a permanência de tais alunos nas instituições de ensino – independentemente da observância de suas obrigações contratuais – não garante a efetivação de tal direito para a população como um todo, dado o reduzido alcance. Efetivamente, a imposição às instituições privadas de permanecer com a prestação do serviço de ensino aos contratantes inadimplentes somente transfere a responsabilidade de custeio da educação – ainda que em reduzida parcela – à iniciativa privada.

Ademais, outro efeito negativo que pode ser produzido pela referida lei é o incentivo à inadimplência, junto aos contratantes que cumprem com suas obrigações. Ou seja, os pais ou responsáveis que cumprem com suas obrigações contratuais para garantir o serviço de ensino, nos termos oferecidos pela instituição privada e livremente, na engrenagem do mercado, aceitos, podem não visualizar razão para permanecer adimplente, se a inadimplência além de não ser adequadamente punida, é premiada pela chancela do Estado que obriga – e, assim, garante – a permanência na escola.

Eis o momento em que a análise cautelosa do dispositivo constitucional que disciplina a responsabilidade pela garantia do direito fundamental à educação se mostra valiosa e necessária, sob pena de incorrer-se na negação de princípios constitucionais como o da livre iniciativa.

Ao positivar o art. 205 da CF/88, tem-se certamente a pretensão do constituinte em compartilhar a responsabilidade pela garantia da educação entre o Estado e a sociedade; contudo tal compartilhamento não pressupõe a transferência do encargo de tal garantia, mas sim o intuito de promover a integração e harmonia social.

Inclusive, é no sentido de promover tal cooperação em prol da harmonia social, especificamente no que toca o direito à educação, que a iniciativa privada deve ser vista quanto à prestação do serviço de ensino, uma vez que a garantia de condições de mercado adequadas para o desenvolvimento desta atividade econômica implica na possibilidade de exercício do direito à educação por uma parcela da sociedade a qual pode arcar com tal custo, por liberdade de escolha, sem repousar à margem da tutela do Estado.

Inviabilizar economicamente a iniciativa privada na prestação do serviço de ensino, ao invés de auxiliar o Estado na garantia do direito fundamental à educação, em verdade, sobrecarrega o mesmo, o qual além de ter que prestar tal serviço, com gratuidade, aos que efetivamente não possuem condições de arcar com tais custos, o terá que fazer da mesma forma aos que possuem recursos, mas não possuem oferta no mercado. Eis um exemplo em que a norma jurídica assumiria um papel contraproducente.

3.2 Lei de meia entrada: fomento ou boicote? Uma análise da Lei 12.933/2013 e seus reflexos à conformação constitucional do ordenamento jurídico

A lei 12.933/2013, conhecida como “Nova Lei da Meia Entrada”, disciplina no âmbito federal o benefício ao pagamento da metade do preço do ingresso efetivamente cobrado ao público em geral para o acesso aos cinemas, cineclubes, teatros, espetáculos musicais, circenses e eventos educativos e extracurriculares, este concedido aos estudantes, pessoas com deficiência e jovens de 15 a 29 anos comprovadamente carentes.

Assim como a legislação analisada no tópico anterior, tal iniciativa legislativa se orienta no intuito de garantir o direito à cultura, enquanto bem juridicamente tutelado e constitucionalmente intitulado fundamental.

Nos termos do art. 215 da Constituição de 1988, “o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”. Tal garantia, por sua vez pressupõe um serie de prestações por parte do poder público, o que nem sempre acontece, frustrando o projeto constitucional.

Conforme já visto, dentre as características da Constituição de 1988, a ampla tutela de direitos individuais e sociais é das mais relevantes ao momento histórico de sua promulgação, ou seja, ao período pós Ditadura Militar, em que a intolerância e o autoritarismo inerentes às atividades do Estado, negavam tais direitos aos cidadãos como artifício de manutenção do poder.

Na tentativa de recuperar a legitimidade do Estado a Constituição traz a referida gama de direitos e embora a tutela de direitos tais como a cultura e a educação não seja uma novidade desta Carta, os termos por ela impressos são singulares, haja vista a positivação da função social da propriedade associar-se diretamente ao dever de toda a comunidade contribuir para a concretização do projeto constitucional.

Neste sentido, do poder público emanaram vários atos no intuito de tutelar os sobreditos direitos, dentre eles a legislação em análise.

Apreciar a Lei 12.933/2013 à luz da Constituição de 1988, como forma de tutela do direito de acesso à cultura pressupõe tanto a avaliação da legitimidade de tal diploma, por uma análise de sua compatibilidade com o texto constitucional como

o efetivo alcance de seus objetivos fundantes, qual sejam, a promoção do direito de acesso à cultura.

No que toca a averiguação da legitimidade de tal disciplina legal à luz da Constituição, analisa-se a sua conformidade não somente com os dispositivos constitucionais que declaram o direito de acesso à cultura e a obrigação do Estado em promover tal direito; mas também a não afronta aos demais dispositivos constitucionais, tais como os atinentes à disciplina da ordem econômica e os fundamentos do Estado ali constituído, relevantes ao presente recorte.

Tal análise, por sua vez, se faz de grande relevância, tendo em vista o atual papel da Constituição no ordenamento jurídico. O constitucionalismo pressupõe o afastamento de toda e qualquer legislação ou mesmo pronunciamento jurisprudencial em desacordo com o texto constitucional.

Assim, como entende Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 12),

Uma vez que a nota típica do Direito é a imposição de condutas, compreende-se que o regramento constitucional é, acima de tudo, um conjunto de dispositivos que estabelecem comportamentos obrigatórios para o Estado e para os indivíduos. Assim, quando dispõe sobre a realização da Justiça Social – mesmo nas regras chamadas programáticas – está, na verdade, imperativamente, constituindo o Estado Brasileiro no indeclinável dever jurídico de realizá-la.

Desta forma, incompatibilizar-se com a Constituição é tanto fazer o que ela proíbe quanto não fazer o que ela determina.

Conforme é possível depreender da simples análise dos 6 artigos dispostos pela Lei 12.933/2013, o legislador ordinário ocupou-se em disciplinar o conteúdo do benefício concedido (art.1º, caput) - ou seja, o pagamento de metade do preço do ingresso efetivamente cobrado ao público em geral para o acesso aos cinemas, cineclubes, teatros, espetáculos musicais, circenses e eventos educativos e extracurriculares – o público que faria jus ao mesmo (art. 1º, §2º, §8º e §9º) – estudantes, pessoas com deficiência e jovens de 15 a 29 anos, comprovadamente carentes –o alcance numérico de ingressos (art.1º, §10º) – 40% do total – e a forma hábil a demonstrar o preenchimento dos requisitos necessários à caracterização do beneficiário referido pela lei.

Em que pese a disciplina acima referida, enquanto ato do poder público que é, coadunar-se com o dispositivo constitucional atinente ao dever do Estado de

promover o acesso à cultura, a mesma se mostra confrontante ao texto constitucional que garante a livre iniciativa e o direito de propriedade.

Isto porque na medida em que a referida legislação impõe à iniciativa privada que desenvolve atividades no ramo de entretenimento - cultura e lazer – regras para a exploração da mesma, verifica-se a direta intervenção no domínio protegido pela Constituição. Ao contrário das demais modalidades de incentivo à cultura promovidos pelo Estado, tais como a manutenção de museus, bibliotecas e galerias, isenção de encargos fiscais, dentre outros, a Lei de Meia Entrada constitui um benefício social oponível à iniciativa privada, impondo ao setor uma obrigação que originalmente lhe é estranha.

A liberdade de iniciativa garantida pelo texto constitucional possui amplitude suficiente para contemplar e garantir além da genérica liberdade econômica, a liberdade contratual e comercial. Segundo José Afonso da Silva (1999, p. 767), a “liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato”.

O postulado da livre-iniciativa, portanto, tem uma conotação normativa positivada, significando a liberdade garantida a qualquer cidadão, e uma outra conotação que assume viés negativo, impondo a não intervenção estatal, que só pode se configurar mediante atividade legislativa que, acrescente-se, há de respeitar os demais postulados constitucionais e não poderá anular ou inutilizar o conteúdo mínimo da livre iniciativa. (TAVARES, 2006, p. 240)

Na defesa da livre iniciativa constitucionalmente tutelada, Celso Ribeiro Bastos (2000, p. 115) lembra a relação existente a garantia da liberdade de iniciativa como garantia também do direito de propriedade e, por esta razão, entende que o empresário, por situar-se em um mercado livre, deve definir “o que produzir, como produzir, quanto produzir e por que preço vender”.

Desta forma, percebe-se que a incompatibilidade de tal intervenção com o texto constitucional se agrava quando o legislador se esquivava da previsão acerca da viabilidade econômica de tal disciplinamento legal, ou seja, na medida em que a lei de meia entrada não prevê contrapartida financeira do Estado para a garantia de tal direito, através da referida lei, tem-se a transferência do “patrocínio” de tal garantia à iniciativa privada.

Sabe-se que o modelo de Estado constituído pela Carta Magna de 1988 admite a intervenção do Estado na Ordem Econômica, contudo, tal possibilidade se

dá de forma pontual e excepcional, não justificando a negativa de princípios tão estruturantes como o princípio da livre iniciativa.

Poder-se-ia, ainda na tentativa de compatibilizar tal legislação com o texto constitucional, falar em tal atribuição como decorrente do princípio da função social da propriedade, o qual, visando equilibrar as relações de mercado, reduzir as desigualdades e alcançar a justiça social, orienta-se à luz de um princípio social de solidariedade no bojo da comunidade como um todo, impondo à iniciativa privada algumas obrigações para que a obtenção de lucro decorrente da exploração comercial de determinada atividade se faça legítima.

Entretanto, tal raciocínio não se sustenta frente às próprias garantias e obrigações impostas à iniciativa privada no texto constitucional, haja vista na medida em que o Constituinte garante a liberdade de iniciativa aos particulares e autoriza a exploração econômica de atividades de cultura e lazer, este também prevê específica tributação e demais obrigações ao empresariado, tais como a atenção à normas trabalhistas relacionadas aos funcionários envolvidos na exploração da atividade comercial, o respeito aos bons costumes e valores sociais, a cautela com a proteção dos consumidores, especialmente crianças e idosos, etc.

Ademais, além da geração de receita ao Estado, através da contribuição tributária da atividade – arrecadação, esta, indispensável ao financiamento das políticas públicas de assistência social e prestação de serviços públicos - a simples geração de empregos decorrente da exploração econômica de atividades também corresponde ao cumprimento da função social da propriedade.

Não há, portanto, como justificar a descaracterização de um princípio constitucional, em seu núcleo cognitivo, sob a justificativa de garantir outro princípio. A função social da propriedade não justifica a negativa da liberdade de iniciativa, mas tão somente a sua adequação e, inclusive, preservação.

O afastamento de tal argumento, por sua vez, afasta outros tantos, tais como o de que tal intervenção do Estado na Ordem Econômica se justifica pelo alcance dos objetivos fundamentais da República Federativa – dispostos no art. 3º da Constituição – uma vez que o já demonstrado cumprimento de tal função, através das vias disciplinadas pelo próprio Estado, já desvirtuam tal transferência de obrigações.

Importante é, ainda, consignar que o reconhecimento da responsabilidade do Estado pela garantia do direito à cultura não é posterior à promulgação da lei em comento, haja vista na proposta de lei apresentada no ano 2006 ao Senado Federal, constar em sede de justificativa do texto inicial a previsão do acesso, pelos empresários produtores, ao Programa Nacional de Apoio à Cultura, como forma de ressarcimento à perda de receita em consequência da concessão da “meia entrada”. Ou seja, por ser do Estado a responsabilidade direta pela garantia do acesso à cultura, promovendo tal fim, a iniciativa privada não deveria ser onerada - mas sim premiada, até – devendo o recebimento do referido recurso, subsidiar tal benefício.

Tal previsão consiste tanto no reconhecimento da responsabilidade do Estado para a garantia do direito de acesso à cultura, como no respeito ao direito de propriedade - amplamente tutelado pela Constituição. Da mesma justificativa extrai-se, ainda, a atenção à impossibilidade de intervenção do Estado no domínio econômico, à luz da Constituição.

De acordo com a redação da referida justificativa, “somente dessa forma se poderá restabelecer a ordem jurídica e tornar possível aos empresários das atividades de lazer e entretenimento ajustar o orçamento à receita real, fazendo com que voltem a investir, face o retorno da possibilidade de auferirem lucro.”

Por este entendimento, efetivamente a lei de meia entrada se faria um instrumento de fomento à cultura, assim como representaria uma cooperação entre o setor público e privado em prol do projeto constitucional – fala-se em cooperação pois, ainda que não onerasse a iniciativa privada com o custo do benefício, não deixaria de constituir-se em intervenção do Estado na Ordem Econômica, posto trazer outros disciplinamentos atinentes ao desenvolvimento da atividade econômica em comento, tais como a quantidade de ingressos a serem destinados, o público beneficiado e a forma legalmente amparada para demonstrar a legitimidade.

Ademais, a existência de um subsídio estatal para reequilibrar o balanço financeiro da atividade também consistiria em incentivo à cultura pelo fato de viabilizar o investimento na qualidade da prestação do serviço de entretenimento, tal qual consta no próprio projeto de lei.

À propósito, da mesma forma que o incentivo econômico se faz importante para o acesso à cultura, o investimento em prol da qualidade da prestação do serviço, sobretudo em se tratando do público a que se direciona a lei

de meia entrada – jovens, idosos e pessoas com deficiência – também representa importante condição. Assim, o fomento e a viabilidade econômica dos atos públicos em prol do acesso à cultura devem ter atenção a tal peculiaridade, sob pena de não o fazendo, incorrerem em verdadeiro boicote ao invés de incentivo à cultura.

Entretanto, em que pese a clareza da necessidade de viabilizar o subsídio financeiro para a referida legislação, de forma a não onerar a iniciativa privada com o patrocínio de uma obrigação que não lhe é originária, tal previsão de inclusão dos empresários no Programa Nacional de Apoio à Cultura não foi aprovada pela Comissão de Educação, Cultura e Esporte do Senado.

Interessante é perceber que nos argumentos utilizados para tal negativa não há o enfrentamento da questão central que motiva tal proposta, qual seja, a incompatibilidade com o texto constitucional, decorrente da intervenção do Estado na Ordem Econômica através da lei de meia entrada, pela imposição do custo de tal benefício à iniciativa privada, mas sim por presunção de má-fé da iniciativa privada, a Comissão de Educação, Cultura e Esporte rejeitou o subsídio através das verbas do PRONAC por entender ser favorável à práticas fraudulentas por parte do empresariado. No mesmo parecer, ainda, a Comissão apontou como fato facilitador de fraudes a limitação de quarenta por cento do total de ingressos, bem como a não cumulatividade do benefício com outras promoções.

Desta forma, ao passo que a proposta de lei apontava o reconhecimento da obrigação do Estado em patrocinar o acesso à cultura, como já dito, a Comissão de Educação, Cultura e Esporte – seja pela rejeição do subsídio, ou pela tentativa de retirar a limitação quantitativa do benefício - deixou claro a intenção de repassar tal ônus à iniciativa privada.

Outro ponto interessante a ser observado no parecer em comento é o argumento de que a concessão do subsídio através do PRONAC construiria uma receita permanente para determinados setores da área cultural, afrontando o caráter democrático do programa. Tal argumento, por sua vez, na medida em que visa preservar ao máximo a integridade do programa, não demonstra a mesma preocupação com a natureza da atividade econômica, cuja exploração tem como finalidade a obtenção de lucro, esta em conformidade com a Constituição.

Não é demais trazer à presente análise a Emenda nº 4, mesmo esta tendo sido rejeitada. Isto porque, tal emenda almejava incluir na lei de meia entrada

os “serviços adicionais eventualmente oferecidos em áreas como camarotes, áreas e cadeiras especiais”, sob a justificativa de que, ao público referido pela mesma lei, as acomodações favorecidas são as mais adequadas. Coerentemente, a emenda foi rejeitada por entender-se causar um ônus excessivo e desnecessário aos empresários do ramo.

Assim, em ato autoritário, sem ponderar a legitimidade de tal transferência de responsabilidade originariamente do Estado para a iniciativa privada e a consonância com o texto constitucional – sobretudo ao princípio da livre iniciativa – o Senado, então, vota pela aprovação do Projeto de Lei nº188 de 2007, nos termos aqui trazidos.

Apresentado o referido projeto de lei para a sanção da Presidente da República, Dilma Rouseff, esta não só anuiu com a quase totalidade dos dispositivos enunciados, como as modificações que fez foram úteis para reforçar a aqui combatida intervenção do Estado na Ordem Econômica, a exemplo do veto ao limite de quarenta por cento dos ingressos para a destinação do pagamento de meia entrada por estudantes e idosos, agora excluindo os idosos da referida parcela para fins de garantir-lhes o direito irrestritamente. Assim, se um idoso quiser comprar seu ingresso e pagar metade do valor efetivamente cobrado à comunidade em geral, independentemente se quarenta por cento do total de ingresso já tenha sido vendido nestas condições aos demais consumidores referidos pela lei de meia entrada, o empresário não poderá se negar a proceder nos termos pleiteados pelo idoso, haja vista ser no Estatuto do Idoso que repousa a disciplina legal de tal ocorrência.

Isto posto, aprovou-se a Lei de Meia Entrada concedendo

[...] aos estudantes o acesso a salas de cinema, cineclubes, teatros, espetáculos musicais e circenses e eventos educativos, esportivos, de lazer e de entretenimento, em todo o território nacional, promovidos por quaisquer entidades e realizados em estabelecimentos públicos ou particulares, mediante pagamento da metade do preço do ingresso efetivamente cobrado do público em geral

[...]

§ 8º Também farão jus ao benefício da meia-entrada as pessoas com deficiência, inclusive seu acompanhante quando necessário, sendo que este terá idêntico benefício no evento em que comprove estar nesta condição, na forma do regulamento.

§ 9º Também farão jus ao benefício da meia-entrada os jovens de 15 a 29 anos de idade de baixa renda, inscritos no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal (CadÚnico) e cuja renda familiar mensal seja de até 2 (dois) salários mínimos, na forma do regulamento. (art. 1º, caput e §§8º e 9º, Lei 12.933/2013)

Verifica-se que para tais fatos é irrelevante a perda de arrecadação da iniciativa privada, a modificação compulsória do planejamento da mesma, etc. o que deve ser garantido, independentemente das garantias constitucionais quanto à livre iniciativa, é a concretização do projeto constitucional atinente aos direitos sociais por ele garantidos.

É possível perceber o retrato da sociedade brasileira impresso pela legislação em análise, tanto sob o ponto de vista da denúncia do patrimonialismo, quanto do autoritarismo, posto enganar-se o que pensa serem apenas os episódios de nepotismo os que denunciam a dificuldade de, no Brasil, diferenciar-se o público do privado; atos públicos como a lei 12.933/2013 em que o Estado lança mão da propriedade privada, na medida em que apropria-se do lucro desta para a consecução de suas obrigações, demonstram como também o Estado possui dificuldade em diferenciar tais esferas.

Há ainda que se analisar os efeitos projetados na sociedade pela lei em análise uma vez que, por meio de um discurso retórico, a promulgação de legislações como a da meia entrada, criam a falsa percepção de tutela de direitos pelo poder público.

Tal percepção desorganiza a sociedade civil, acomodando os pleitos reivindicatórios sob a névoa da tutela pública de direitos, quando, em verdade, o que ocorre é a manutenção da inércia do poder público diante das obrigações pelo Estado assumidas através do texto constitucional e a arbitrária transferência de responsabilidade, revestida de legalidade à iniciativa privada.

Consistiria efetivamente em forma de garantia de tais direitos, o fomento, o incentivo, a criação e manutenção de vias de acesso à cultura, adaptadas para as crianças e idosos como para as pessoas com deficiência, mas não a simples transferência de custos à iniciativa privada. Neste sentido não parece razoável pensar que a garantia do acesso à cultura para uma pessoa com deficiência seja concedida através do pagamento de metade do valor do ingresso cobrado à comunidade em geral, ou mesmo que o idoso será melhor integrado às práticas culturais sem uma adequação – física ou temática – ao seu perfil, mas tão somente pela mesma concessão de desconto no valor do ingresso.

Simultaneamente, como resposta da própria dinâmica de mercado, o que se observa é a alta dos preços repercutindo negativamente para toda a sociedade,

inclusive aos que originalmente seriam beneficiados pelo pagamento da meia entrada pois, diante da falta de alternativa para compensar a perda de arrecadação decorrente da venda de significativa parcela dos ingressos pela metade do valor, a alternativa para viabilizar a obtenção de lucros pela exploração econômica de tal atividade – o que, ratifica-se, não encontra qualquer obstáculo no ordenamento jurídico pátrio – é o aumento do valor do ingresso.

Enquanto o discurso falacioso de inclusão cultural sustenta a legislação que institui o benefício da meia entrada, sem qualquer comprovação objetiva do alcance de resultados positivos atinentes à tal política pública pesquisas demonstram a repercussão econômica negativa decorrente de tal regulamentação.

Neste sentido, pesquisa realizada pela FGV aponta que no ano 2005 os preços de ingressos de cinema, teatro e shows tiveram aumento superior ao aumento do custo de vida do consumidor.¹⁶

Da mesma forma, estudo coordenado pelo professor Samy Dana, na Escola de Economia de São Paulo, demonstra que o preço dos ingressos de cinema no Brasil está entre os quatro mais elevados, sendo superado apenas pela Nigéria, Índia e China¹⁷. A Nigéria, não por acaso, possui política de meia entrada semelhante à instituída, no Brasil, pela legislação em comento.

A produção de efeitos negativos em consequência de legislações insustentáveis como a lei em comento se apresenta em espiral, visto que na medida em que prejudica diretamente a iniciativa privada, tal prejuízo irradia para a sociedade como já visto; para a arrecadação tributária, geração de empregos, etc.

Pesquisa realizada pela Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo constatou que o benefício da meia entrada, da forma como foi instituído no Brasil, não passa de promessa, tendo em vista que para viabilizar o lucro da atividade as empresas são obrigadas a majorar o valor dos ingressos e assim os jovens, idosos e pessoas com deficiência não pagam o valor com desconto, efetivamente, e os demais pagam valor bastante superior¹⁸.

¹⁶ NOVAES, Tereza e SOARES, Pedro. O Preço da Cultura. Folha de São Paulo, São Paulo, 15 de janeiro de 2006. Disponível em: <www.folhaonline.com>. Acesso em: 20 jul. de 2015

¹⁷ Disponível em: <<http://fgvnoticias.fgv.br/pt-br/noticia/ingresso-de-cinema-no-brasil-e-um-dos-mais-caros-do-mundo-aponta-pesquisa-da-escola-de>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

¹⁸ Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2013/06/1293354-estudo-da-usp-mostra-que-na-pratica-beneficio-da-meia-entrada-nao-existe.shtml>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

Assim, a lei de meia entrada além de não beneficiar os que se propõe, ainda imprime prejuízos.

Desta forma, a lei de meia entrada está longe de representar uma alternativa para a redemocratização da cultura, mas sim, firma-se em mais uma experiência de insucesso da intervenção do Estado no domínio econômico.

4 A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL NO DIREITO BRASILEIRO: A BATALHA PELA INTEGRIDADE DO ORDENAMENTO COM AS ARMAS DA ARGUMENTAÇÃO E DOS PRINCÍPIOS

Perto de completar trinta anos de sua promulgação, a Constituição de 1988 ainda enfrenta largos desafios no que pertine à sua integridade perante o ordenamento jurídico pátrio, ou seja, ainda é uma tarefa árdua proporcionar a manta jurídica em que os fios representados pelas legislações ordinárias e especializadas harmonizem-se no desenho sugerido pelo tecelão constituinte.

Da história constitucional brasileira – que não ostenta experiência milenar, mas também não se escolta na inexperiência juvenil – se extrai um desencontro recorrente da esfera política de poder com a sociedade representada e “uma infundável sucessão de violações da legalidade constitucional” (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 2).

Fala-se, então, em uma sociedade construída sob as mazelas do autoritarismo patrimonialista que não só dificultou como impediu a edificação de um projeto único de país. Direitos, muitos, foram formalizados através de sucessivas Constituições; contudo, a herança colonial de apropriação do espaço público pelo privado e o apego aos privilégios culminou com uma sociedade à margem da efetividade de uma cidadania sedimentada nas Cartas Políticas que encabeçavam e encabeçam o ordenamento jurídico brasileiro.

Na busca pela compreensão das razões que determinaram a falta de efetividade das Constituições brasileiras é inevitável recorrer aos traçados de Konrad Hesse (1991) sobre a força normativa dos textos, haja vista as promessas constitucionais, no Brasil, terem sido sempre acompanhadas da falta de vontade política de aplicação e da redução de sua relevância real e vinculação na hierarquia do ordenamento jurídico.

A Constituição de 1988, todavia, trouxe uma nova atmosfera decorrente do contexto político de que emergiu, em que a identificação da Constituição como materialização de conquistas civis protagonizadas pelo povo trouxe consigo o âmago de cuidado para com ela. Conferiu-se à Constituição um apego antes inexistente, pelo seu papel no então Estado de Direito estabelecido; e no texto constitucional repousaram os olhares atentos de uma sociedade civil mais

participativa, de uma imprensa livre e pulverizada e de um desenho institucional incumbido de concretizá-lo.

Tal cenário político não ocupa papel secundário no momento hoje declarado pela história constitucional, ou seja, não é pequena a contribuição que a embrionária maturidade política do país possui para a atual efetividade da Constituição em que as suas normas representam normas jurídicas imperativas, o que nas palavras de Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos faz com que a Constituição seja “a lente através da qual se leem e se interpretam todas as normas infraconstitucionais”. (2003, p. 3)

Desta forma, tem-se um cenário jurídico redimensionado pelo vinculante texto constitucional, o qual perpassa por todas as esferas do ordenamento, unificando-o em um único projeto dotado de legitimidade social e rejeitando qualquer norma jurídica que se afaste dos interesses primários trazidos pela Constituição.

Esse é o condão político da Constituição apontado por Bello Filho (2003, p. 204) quando, ao defender a existência de um sistema constitucional aberto que o texto se faz aberto à realidade, afirma que “a Constituição é um estatuto jurídico do político, uma interpolação entre o aspecto jurídico da norma e a faceta política da sociedade.”

Fala-se, então, em nova interpretação constitucional, em que os tradicionais métodos de interpretação – subsuntivo, gramatical, histórico, sistemático e teleológico - unem-se ao caráter principiológico e aberto das normas constitucionais para traçar a moldura em que o intérprete vai encontrar ou desenvolver a solução do caso concreto. Tal dinâmica, certamente, busca concretizar a Constituição nas mais amplas proporções possíveis, entretanto, pela margem de discricionariedade que tal processo confere ao intérprete, pode-se estar diante de um novo problema à efetividade das normas constitucionais, o que ocorre quando, pelo excesso de liberdade interpretativa, chega-se à anotações cuja identificação com o texto Constitucional já não se mostra tarefa fácil e clara.

Como marco filosófico que fundamenta a referida nova interpretação constitucional, tem-se o pós positivismo o qual, como produto da “superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo [...] busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; [...]” (BARROSO, 2005, p. 6)

Observa-se, assim, ser cada vez mais frutífera a produção acadêmica acerca dos limites da discricionariedade interpretativa, haja vista a efetividade das normas constitucionais depender diretamente da harmonia entre os seus princípios e conceitos – determinados e indeterminados – e da ponderação de valores, interesses e prioridades.

Neste sentido, cirúrgica é a posição do constitucionalista ao afirmar que “qualquer modelo baseado em regras imutáveis, ou arrimado em princípios sempre cambiantes acarretaria um sistema obtuso marcado ou pelo anacronismo de uma legislação que não caminha, ou pela tirania dos intérpretes titulares dos canais de interpretação.” (BELLO FILHO, 2003, p. 213)¹⁹

A característica valorização dos princípios pelo texto constitucional os insere na mesma esfera de vinculação das demais normas jurídicas constitucionais, em que pese o maior nível de generalidade dos mesmos, afastando a idéia da existência de hierarquia entre estas, mas sim definindo funções próprias dentro do ordenamento²⁰.

Segundo Robert Alexy (1997, p. 86)

Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Por isso, são mandados de otimização, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, mas também das jurídicas. O âmbito do juridicamente possível é determinado pelos princípios e regras opostas.

Tal entendimento se coaduna perfeitamente com a construção principiológica disposta na Constituição de 1988, vez que uma gama de princípios liberais e social-democratas coexistem e estendem sua esfera de projeção até o limite do outro, sob pena da invasão e conseqüente negativa da carga valorativa de

¹⁹ Acrescenta, ainda, que “O claro subjetivismo latente na ditadura dos intérpretes permitidos e oficializados acarretaria um sistema de ímpeto passional, sem quaisquer amarras legais. Sistemas totalmente abertos, sem grau de fechamento hermenêutico, acarretariam a ausência de segurança jurídica e fim da estabilidade democrática. Algo que, por excessivamente aberto, permitiria a ampla usurpação pelos detentores dos canais de controle hermenêutico. Todo sistema constitucional, para que possa ser um sistema democrático, necessita de uma tensão entre regras e princípios que possam harmonizar a dinâmica e a segurança jurídica, espancando a excessiva ditadura da lei e a excessiva ditadura dos aplicadores da lei. A democratização dos canais e dos métodos interpretativos, a partir de uma abertura necessária, é o tom da teoria da Constituição socialmente adequada”. (BELLO FILHO, 2003, p. 213)

²⁰ Observa-se ao longo dos 250 artigos, inúmeras referências aos princípios.

um deles – ainda que pela atividade interpretativa – representar fraude ao texto constitucional (MELLO, 1999, p. 490).

Os princípios constitucionais apontam as “decisões políticas fundamentais do constituinte originário” (BARROSO, 2008, p. 3) e por esta razão necessitam ser tratados com muita perícia e cautela pelos interpretes da Constituição, tanto para evitar que os demais comandos do ordenamento jurídico afrontem as disposições deles decorrentes, como para garantir a integridade dos mesmos.

Neste sentido, Canotilho aponta que os princípios conferem legitimidade às regras, por ocuparem, na lógica da natureza normognética das normas, posição de base. (1998, p. 1035)

Desta forma, é na busca permanente pelo incremento da força normativa ao texto constitucional que se encontra a principal característica do atual momento no qual não somente se observa a inclusão de conteúdos no texto constitucional, tais como o direito à cultura e educação, que nas palavras de Cláudio Pereira de Souza Neto e José Vicente Santos de Mendonça (2006, p. 2) consiste na *constitucionalização-inclusão*, como também a interpretação de todo o ordenamento jurídico à luz dos preceitos constitucionais no que se entende por *constitucionalização-releitura*.

Pelas características da Constituição de 1988 - a qual traz ao núcleo de sua normatividade o princípio da dignidade humana e os direitos ditos fundamentais que dela decorrem - e no bojo do seu processo de concretização, fala-se ainda na *fundamentalização-releitura*, movimento que vincula a interpretação constitucional à coerência com tais direitos; e na *fundamentalização-inclusão*, quando da inserção de fundamentalidade à direitos, princípios e preceitos constitucionais.

O manejo com tais variáveis vinculantes à interpretação constitucional, contudo, nem sempre se dá de forma harmônica e a inclusão de fundamentalidade acima referida em alguns direitos e bens jurídicos, na atividade hermenêutica do intérprete, pode tanto contribuir para a efetiva constitucionalização/fundamentalização-releitura, quando de forma exitosa orquestra a tutela jurídica ao texto constitucional, como para a degeneração da norma constituída pela interpretação, nos casos de manifesto excesso.

Tal dupla fundamentalização, por prescindir da impressão do intérprete e atribuição de alta carga valorativa pelo mesmo, pode representar violação ao

princípio democrático, nos casos em que as deliberações decorrentes das decisões judiciais não correspondam à ideia de predominância da vontade da maioria, à semelhança do que se observa nas manifestações de autoritarismo pelo Poder Judiciário. Decisões judiciais excessivamente fundamentalistas podem representar perigo à integridade e concretização do texto constitucional, tanto quanto a ausência de preocupação do intérprete em sincronizar o ordenamento jurídico aos preceitos da Constituição. (SARMENTO, 2004, p. 170)

A atividade jurisprudencial, sobretudo nas cortes superiores, tem justificado sua interpretação na conformação com o texto constitucional. É cada vez mais recorrente a existência de fundamentalização-inclusão nos pronunciamentos jurisdicionais que, além dos direitos formalmente fundamentais, atribuem a fundamentalidade à direitos e bens jurídicos em função da “importância” dos mesmos, criando por vezes verdadeira hierarquia entre as normas.

Entretanto, o STF já teve oportunidade de rejeitar tal sistemática, quando declarou que

A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de uma em face de outras é impossível com o sistema de Constituição rígida. Na atual Carta Magna, compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição (art. 102, caput), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. (ADI 815/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 10-05-1996)

Assim, é evidente a importância da harmonia entre os integrantes do ordenamento jurídico a partir das diretrizes constitucionais, entretanto a constitucionalização e fundamentalização dos direitos não justifica a falta parâmetros de razoabilidade e coerência por parte do intérprete, sob pena de prejudicar a imparcialidade constitucional tão necessária ao Estado democrático. (SOUZA NETO, 2006, p. 119-131)

Na interpretação do texto constitucional, as cortes devem se restringir a essa esfera. Seu compromisso é com a preservação do Estado Democrático de Direito. Seus membros só estão autorizados a fazer um “uso público da razão” recorrendo a argumentos que possam, ao menos tendencialmente, ser objeto de consenso. Os magistrados não podem invocar orientações axiológicas cultivadas no interior das doutrinas abrangentes a que se filiam. Do contrário, o exercício da jurisdição

constitucional implicaria substituir a moralidade que obteve adesão da maioria pela moralidade particular dos que compõem um órgão não-eletivo. Teria lugar um “uso privado da razão” para decidir questões públicas. Em uma república democrática e pluralista, este é importante critério para a legitimação da atividade jurisdicional. (SOUZA NETO; MENDONÇA, 2006, p. 120)

Importante é, portanto, definir com clareza os pilares que edificam a nova interpretação constitucional, haja vista o amparo de doutrinas abrangentes razoáveis na sociedade pluralista a que se dedica a Constituição de 1988²¹.

Neste contexto social – o Estado Democrático de Direito – aos jurisdicionados não pode ser dada a possibilidade de imprimir suas próprias convicções, mas sim, sob pena de não o fazendo agredir o texto constitucional, a concretização da Lei Fundamental pelo intérprete deve ser feita com fulcro em razões sustentáveis, conformando a democracia constitucional, e quando diante de doutrinas ou legislações que, mesmo recepcionadas pela maioria, violam o texto constitucional – hipótese aqui apontada pela recorrente negativa do princípio constitucional da livre iniciativa pelo Direito brasileiro – espera-se do Judiciário postura ativa e coerente hábil à invalidar tal afronta à CF.

No afã de verificar em qual medida o Supremo Tribunal Federal integra a nova interpretação constitucional aqui tratada, analisa-se no próximo tópico o exame da constitucionalidade da lei de meia entrada, através das ADIs 2163-0 RJ e 1950-3 SP.

²¹ À semelhança do que Rawls teoriza em sua concepção política de justiça. Diz o autor que “[...] ao dizer que não é razoável impor dada doutrina, mesmo que desejemos rejeitá-la por considerá-la incorreta, não é necessário que façamos isso. Muito pelo contrário, é vital para a idéia de liberalismo político que possamos sustentar, sem que nisso haja nenhuma incoerência, que não seria razoável empregar o poder político para impor nossa própria doutrina abrangente, a qual – disso não há dúvida – devemos afirmar ou como razoável ou como verdadeira. [...] os valores do político são muito importantes e, por essa razão, não são facilmente superáveis: esses são os valores que governam a estrutura básica da vida social – os próprios fundamentos de nossa existência – e especificam os termos essenciais da cooperação social e política. [...] os valores da razão pública não incluem somente o uso apropriado dos conceitos fundamentais de juízo, inferência e evidência, mas também as virtudes da razoabilidade e o sentido de imparcialidade, tal como se manifestam no acatamento dos critérios e procedimentos do conhecimento de bom-senso e na aceitação dos métodos e conclusões da ciência, quando estes não são controversos. [...] O liberalismo político procura, portanto, formular uma interpretação desses valores como os de um domínio especial – o político – e, por conseguinte, como uma visão que se sustenta por si própria. Aos cidadãos individualmente, como parte da liberdade de consciência, cabe estabelecer como os valores do domínio político devem se articular a outros valores de sua doutrina abrangente. [...] A história nos fala de uma pluralidade de doutrinas abrangentes que não são desarrazoadas. Isso torna um consenso sobreposto possível, o que reduz o conflito entre os valores políticos e valores de outra índole. (2011, p. 163 a 165)

4.1 A análise da lei de meia entrada pelo STF: fundamentalização-releitura, fundamentalização-inclusão ou fundamentalismo?

Como visto no capítulo anterior, a Lei nº 12.933/2013 disciplina o benefício da meia entrada no âmbito federal, determinando por seu texto que os estudantes, pessoas com deficiência física e idosos, possuem o direito de pagar metade do valor cobrado aos demais consumidores dos serviços de cultura e lazer, até o limite máximo de 40% (quarenta por cento) do total de ingressos disponíveis.

Tal legislação, que possui como interesse declarado, a democratização da cultura, está sendo questionada pela ADI 5108/DF, pelo fato do Partido Popular Socialista entender ser inconstitucional tal norma por ofender a liberdade de associação, haja vista condicionar tal benefício à demonstração da condição estudantil por documento “*emitido pela Associação Nacional de Pós-Graduandos (ANPG), pela União Nacional dos Estudantes (UNE), pela União Brasileira dos Estudantes Secundaristas (Ubes), pelas entidades estaduais e municipais filiadas àquelas, pelos Diretórios Centrais dos Estudantes (DCEs) e pelos Centros e Diretórios Acadêmicos*”. Referida Ação Direta de Inconstitucionalidade ainda não foi apreciada, restando conclusa após emissão de parecer pela Procuradoria Geral da República.

No momento da provocação do Supremo Tribunal Federal, entretanto, o objeto da presente pesquisa - qual seja, a análise do tratamento conferido ao princípio da livre iniciativa – não foi suscitado, cumprindo aguardar o julgamento para constatar-se se os Ministros da referida Corte vão enfrentar tal questão, bem como verificar se novo posicionamento será construído, haja vista o STF já ter tido oportunidades anteriores de se pronunciar sobre os aspectos polêmicos que integram o benefício da meia entrada, o que fez nas respectivas ADIs 2163-0 RJ, 1950-3 SP, 3512-6 ES, a seguir analisadas.

Embora as referidas Ações Diretas de Inconstitucionalidade versem sobre legislações estaduais, a matéria por elas contemplada é a mesma da Lei 12.933/2013, analisada no capítulo anterior, ou seja, a concessão do benefício da meia entrada; razão pela qual, no intuito de compreender – ou mesmo, analisar, tão

somente – o posicionamento do STF acerca do direito constituído pela legislação em comento, utiliza-se as referidas ADIs.

No cenário atual, tem-se a vigência tanto da Lei Federal 12.933/2013, quanto das inúmeras legislações estaduais que se multiplicam em todo o território nacional disciplinando a semigratuidade de ingressos para grupos determinados da sociedade, o que se dá pela rejeição pelo STF da inconstitucionalidade suscitada em todas as oportunidades já registradas, ainda que de forma não unânime.

Dentre os aspectos analisados pelas Ações Diretas de Inconstitucionalidade já propostas, tem-se a competência para legislar sobre a matéria, onde se situa o conflito sobre a própria natureza da matéria; a isonomia, posto que grupos determinados são apontados para o gozo do benefício constituído pelo texto legal; a natureza jurídica da intervenção do Estado materializada pela lei e a fonte de custeio da operacionalização do comando normativo.

O conflito de que decorrem os questionamentos acerca da constitucionalidade das leis de meia entrada, como já mencionado no capítulo anterior, é a intervenção do Estado no domínio econômico, uma vez que a atividade cultural é um setor econômico aberto à iniciativa privada e ao Estado constituído pela CF/88 cabe promover o equilíbrio entre a atividade econômica e os direitos e garantias sociais e individuais. Desta forma, sob a justificativa de promover o direito constitucional social de acesso à cultura, o Estado interfere na livre iniciativa ao impor-lhe o pagamento de metade do valor dos ingressos vendidos aos beneficiários da lei de meia entrada.

Importante é, por sua vez, destacar que enquanto os demais atos do Estado que possuem a mesma finalidade da lei de meia entrada – qual seja, promover e democratizar o acesso à cultura – operacionalizam-se através de efetiva prestação ou subsídio do mesmo, a lei de meia entrada constitui um direito cujo custeio recai única e exclusivamente sobre a iniciativa privada, cerceando o princípio da livre iniciativa, este espinhal ao ordenamento jurídico brasileiro; e este é um dos pontos nevrálgicos da presente discussão, que tem levado a matéria às portas do STF.

Desta forma, é com o intuito de analisar o posicionamento do STF acerca do local do princípio da livre iniciativa diante dos conflitos que envolvem direitos fundamentais – aqui, o acesso à cultura disciplinado pelos artigos 215 e 216 da CF –

que a presente análise se direciona; investigando as razões de decidir dos Ministros, a existência ou não de um conflito de princípios e, havendo, qual prevalece no discurso da Corte e, sobretudo, a coerência e suficiente motivação da argumentação jurídica dos mesmos.

Assim tendo em vista que a ADI que questiona a Lei Federal 12.933/2013 ainda não foi julgada e que os objetos utilizados para a presente análise – ADI 1950 e ADI 2163 - embora tratem da mesma matéria, vinculam-se à outros dispositivos legais, cumpre apresentar alguns pontos acerca das referidas legislações, em que pese todas as considerações feitas no capítulo anterior sobre a Lei Federal de Meia Entrada (12.933/2013) sejam transponíveis à presente construção.

Portanto, eis que:

- a) Em 1992 foi publicada a Lei Paulista n. 7844, a qual prevê o benefício da semigratuidade para os estudantes regularmente matriculados em estabelecimentos de primeiro, segundo e terceiro graus - questionada pela ADI 1950;
- b) Em 2000 foi publicada a Lei Estadual do Rio de Janeiro n. 3364, a qual prevê a meia entrada para todos os jovens de 21 (vinte e um) anos, independentemente da condição de estudante regular – questionada pela ADI 2163
- c) Em 2004 foi publicada a Lei estadual n. 7737 no Espírito Santo, a qual prevê o mesmo benefício para os doadores de sangue, mediante a apresentação de carteira emitida pela Secretaria de Estado da Saúde - SESA.
- d) Em 2001 foi publicada a Medida Provisória nº 2208, a qual repercutiu sobre todas as legislações estaduais que vinculavam a concessão do benefício à apresentação de carteira emitida pela UNE (União Nacional dos Estudantes) ou pela UBES (União Brasileira dos Estudantes Secundaristas), haja vista ter reduzido a exigência à comprovação da identificação estudantil e, aos menores de idade, da carteira de identidade emitida pelo órgão público competente.

Feitas tais considerações, passa-se à análise da ADI 1950-3 SP, proposta pela Confederação Nacional do Comércio, decorrente de apontada

inconstitucionalidade por ofensa aos artigos 170 e 174 da Constituição Federal, bem como por apontado vício formal atinente à competência legislativa.

De forma incidental, mas não menos importante que os demais enfrentamentos os quais integram a referida Ação Direta de Inconstitucionalidade, a primeira análise repousa sobre a competência legislativa, haja vista trazer em seu bojo as diferentes concepções de Estado utilizadas pelos Ministros, bem como as relações de poder que delas decorrem, legítima e legalmente.

Isto porque, legislar sobre meia entrada representa para uns, competência comum, nos termos previstos pelo art. 23 da CF, haja vista tratar-se de matéria atinente à mecanismo de proporcionar acesso à cultura, educação e à ciência; enquanto que para outros, concorrente, conforme art. 24 da CF, posto tratar-se de disciplina legal sobre “educação, cultura e desporto”, e que não há específica lei federal. Há, contudo, ainda, os que entendam tratar-se de matéria de competência privativa da União, por vislumbrar na meia entrada, espécie de tabelamento de preço.

O questionamento trazido pela inicial quanto ao referido vício formal – competência legislativa – não prosperou e dentre os entusiastas de tal rejeição, destaca-se o Ministro Eros Grau, aqui Relator, que afastou tal alegação de forma categórica, entendendo que “não apenas a União pode atuar no domínio econômico, isto é, na linguagem corrente, intervir na economia”. Entende o Relator, pois, que os Estados-membros possuem competência concorrente para legislar sobre o Direito Econômico, bem como que diante de norma federal geral, há competência plena para os Estados disciplinarem a matéria.

No voto do Ministro Carlos Brito, que não destoa da rejeição ao vício formal apontado, tem-se outro argumento para admitir a compatibilidade constitucional da legislação questionada, tocando, inclusive, no mérito da mesma.

Isto porque, enquanto o Ministro Eros Grau, sustenta a sua argumentação nos artigos 23 e 24 da CF, o Ministro Carlos Brito atrela o disposto nos artigos 215 e 216, declarando que por se tratar de instrumento cuja finalidade é incentivar a cultura, a lei de meia entrada é da competência do Estado e este não se reduziria à União, mas sim a todos os demais entes federativos.

Perceba-se, aqui, a importante definição da compreensão do ato legislativo em análise pelo Ministro, qual seja, a garantia de um direito e, por

consequência, o estímulo à sua efetiva promoção. No campo formal aqui analisado, constata-se que a constitucionalidade defendida pelo Ministro Carlos Brito se dá em seqüela da solidariedade decorrente dos preceitos federalistas de cooperação em prol da consecução de objetivos comuns ao país, aqui o acesso à cultura. Por coerência, falar-se-ia que a compreensão exposta pressupõe uma responsabilidade comum à todos os entes federativos e, de tal responsabilidade, decorre a competência legislativa.

Contrariamente aos entendimentos aqui já expostos, o Ministro Cezar Peluso acolhe a pretensão da impetrante quanto à alegação de vício formal, bem como se une aos argumentos por ela trazidos. Nega a adequação formal da lei por entender tratar-se de interferência em contratos, uma vez determinar condições diferenciadas para um determinado universo de contratantes.

Esclarece o Ministro:

Na verdade, essa norma está interferindo em contratos, está tabelando prestações de contratos. Para um universo determinado de contraentes, é verdade, mas está tabelando, ao prescrever que um universo tal de contraentes paga a metade do valor dos contratos. Isso, a meu ver, com o devido respeito, ofende o art. 22, I e encontro grande dificuldade para ajustar essa norma ao art. 23, V [...].

Tal voto, embora represente posicionamento minoritário, aponta uma compreensão diametralmente oposta às anteriores. Antes mesmo da levantada interferência nos contratos, o argumento do Ministro nega que a referida lei trata-se de instrumento de incentivo à cultura, razão pela qual afasta a competência comum ou concorrente entre os entes federativos para legislar sobre o benefício da semigratuidade de ingressos em estabelecimentos de diversão, lazer ou cultura.

Desta forma, por entender tratar-se de interferência contratual, o Ministro afasta a possibilidade de caracterizar intervencionismo no Direito Econômico, razão pela qual aponta a União como único ente autorizado à legislar sobre tal matéria.

De forma corajosa, no intuito de ilustrar sua compreensão sobre a real dimensão da interferência do Estado no domínio privado representada pela lei em comento, o Ministro traça analogia com a possibilidade de o Estado “baixar uma norma que estatua que o menor de doze anos pague dez por cento da mensalidade escolar e outras análogas”. Para ele, é nítida a percepção de que o louvável objetivo

de promover a educação não autoriza tamanha interferência, por tocar em aspectos – contratuais – invioláveis da livre iniciativa.

Eis, então, o questionamento sobre o alcance do objetivo declarado pela lei – que, de acordo com informações prestadas pelo próprio Governador do Estado de São Paulo, trata-se de “uma medida de incentivo à participação de estudantes em eventos culturais, por meio de um desconto obrigatório” – bem como pela esfera que sua projeção toca; compreensão fundamental para a ponderação de princípios que pode ser necessária à decisão do caso em epígrafe.

Percebe-se, de imediato, nas palavras do Governador acima epigrafadas, a mácula do autoritarismo que carrega a referida lei e que, por sua vez, é recepcionada e ratificada pelo STF. Fala-se em autoritarismo pela “imposição” à livre iniciativa de um desconto que tem como intuito, declarado, fomentar o acesso à cultura, cuja responsabilidade é do Estado, de acordo com o texto constitucional; e afirma-se ser tal conduta autoritária recepcionada e ratificada pelo STF na medida em que este rejeita a apontada inconstitucionalidade e, dentre os argumentos - inclusive no que toca a legitimidade para legislar sobre a matéria, como faz o Ministro Carlos Brito – disserta sobre a responsabilidade da sociedade para com os objetivos da nação, referindo-se à solidariedade que repousa nos alicerces do sistema federalista ao qual o Brasil é signatário.

Outro sinalizador de autoritarismo é percebido quando da análise sobre a isonomia ou *discrímen* identificado na lei questionada, uma vez que ao defender a inobservância ao espinhal princípio da isonomia, o Ministro Marco Aurélio consignou na ADI 2163 que ao prever o benefício da semigratuidade para os menores de 21 anos, a lei contemplaria estudantes e não-estudantes, enquanto que a “tradição” do direito brasileiro era a concessão da meia entrada apenas aos primeiros.

Geralmente, quando temos o estabelecimento desse benefício, ele fica preso à qualificação do estudante. Penso que temos votado assim. Vou pedir vênias ao eminente Ministro-Relator para conceder, parcialmente, a liminar, e fazê-lo quanto à expressão “ou não”. No caso, observo que a meia-entrada relativamente aos estudantes já é praticamente uma tradição do nosso direito.

Entende-se que, ao buscar fundamentar seu entendimento na “tradição” do direito brasileiro e, mais ainda, ao vincular tal tradição aos estudantes, como se necessário fosse, aos mesmos, a concessão de benefícios desta natureza para o

alcance dos fins por eles declarados, *in casu* o acesso à cultura, indiscutível é a manobra demagógica então construída.

A admissão da constitucionalidade da cobrança de meia entrada aos estudantes com base no direito consuetudinário em nada serve para demonstrar a coerência de tal atribuição de responsabilidade – aqui compreendida como dever de suportar e operacionalizar tal direito e seus encargos – mas tão somente para reforçar a manutenção de um *status quo* e, aversão às discussões e questionamentos – ao Estado - que porventura acompanhassem uma mudança em tal “tradição”.

A fragilidade da argumentação jurídica utilizada para defender a constitucionalidade da meia entrada para os estudantes é, pois, reforçada pelo voto do mesmo Ministro retro analisado, agora na ADI 1950.

Isto porque, no julgamento da ADI 1950, o Ministro Marco Aurélio – o qual antes tinha defendido que a vinculação do benefício à idade fere a tradição jurídica de contemplação dos estudantes com a semigratuidade – critica a lei paulista por entender que a mesma não distingue os estudantes que podem arcar com o pagamento integral do ingresso, daqueles que, por não possuírem recursos suficientes para tanto, fazem jus ao desconto da meia entrada. Assim, o Ministro passa a defender que a constitucionalidade da lei que institui o benefício da meia entrada, atrela-se ao benefício conferido aos estudantes, sim; mas àqueles que não possuem recursos suficientes, deslocando o núcleo da discussão não à condição estudantil, simplesmente, como legitimadora do benefício constituído pela lei, mas sim à renda dos mesmos.

Entretanto, tal argumento só reforça o caráter demagógico do discurso argumentativo adotado, vez que tendo em vista tratar-se de discussão atinente à direitos sociais e, portanto, de titularidade de todos os cidadãos, não há espaço ao amparo da legalidade instituída pelo ordenamento jurídico brasileiro para relacionar a cidadania à renda, ainda que seja para privilegiar os que possuem baixa renda, por orientação de nobres intenções. A proposta de cidadania trazida pela Constituição de 1988 não declara qualquer vinculação á fatores econômicos.

Reforçando a concepção autoritária cujo discurso se sustenta na obrigatoria solidariedade entre os entes federativos e também a sociedade para com os jovens – estudantes ou não – o Ministro Nelson Jobim defende a

constitucionalidade da lei paulista por reputar importante ao desenvolvimento dos menores a socialização proporcionada pelo benefício da meia entrada, no seu entendimento.²²

No mesmo sentido, fundamentando-se no art. 227 da CF, o Ministro Carlos Brito defende a constitucionalidade da lei paulista por entender que as crianças e adolescentes – maioria dos estudantes – devem possuir prioridade na garantia do direito à cultura. Entretanto, em que pese a nobreza de sua premissa, não apresenta argumentos suficientes a demonstrar que a imposição de tal medida consiste, efetivamente, em tutela de um direito constitucionalmente garantido.

Ao que se entende, uma vez que o Ministro reconhece a importância da concretização do projeto constitucional atinente ao acesso de todos – e, especialmente, das crianças e adolescentes – à cultura, deveria demonstrar-se como o Estado busca efetivamente garantir tal direito, bem como quais medidas foram e estão sendo adotadas, ao amparo da legitimidade do Estado de Direito, em prol da democratização do acesso à cultura.

Contudo, as palavras registradas no mencionado voto servem tão somente para construir um conflito de interesses que, embora desnecessário, é conveniente para justificar a negativa de princípios tais como a livre iniciativa, sob a justificativa de priorizar-se os interesses de um público vulnerável ao qual o Estado comprometeu-se, pelo texto constitucional, à direcionar políticas públicas.

Assim, a discussão acerca da igualdade existente nas ADIs aqui trazidas revela-se importante ao presente estudo na medida em que a identificação de grupos específicos para titularizar o direito constituído pela lei - que para os Ministros é o cerne da discussão sobre a agressão à igualdade dos cidadãos – chama ao debate a ponderação dos interesses contrapostos ao ônus imposto à livre iniciativa em decorrência da obrigatoriedade de cobrança inferior ao planejado.

Com clareza, na ADI 2163, o Ministro Nelson Jobim defende que o fator idade referido na Lei 3364 do Rio de Janeiro aumenta a participação de jovens em eventos culturais e que tal benefício, além de se coadunar com o texto

²² Sobre a apreensão discursiva aqui utilizada, Foucault fala em “discursos de verdade” da sociedade como os que consistem na linguagem, comportamento e valores, enquanto relações constituídas de poder e, por esta razão, aprisionam os sujeitos. O autor aponta que cada sociedade possui um regime próprio de verdade, sua “política geral” de verdade, que consiste em tipos de discurso que a sociedade aceita e legitima como verdadeiros (1979, p. 12). O papel que hoje o Judiciário, enquanto instituição do sistema de justiça, ocupa é absolutamente favorável para a construção e manipulação de tais discursos.

constitucional, haja vista o acesso à cultura estar previsto na CF, não encontra óbice nos prejuízos alegados pelas empresas do ramo, uma vez que a preservação do bem “cultura” é de valor “imensurável”

Ou seja, o Ministro construiu um conflito de interesses, qual seja a garantia da cultura enquanto direito constitucional *versus* os interesses da iniciativa privada; e a partir dele, sob a justificativa da ponderação – a qual não ultrapassa a superficialidade discursiva, visto não demonstrar a necessidade, adequação e proporcionalidade exigidas à utilização de tal técnica de solução de conflitos – elege prioridades, aqui a primeira.

Se concedida a liminar, for indeferido no mérito, os menores de 21 anos poderão deixar de participar de eventos, no período, cujo prejuízo se mostra irreparável.

[...]

A circunstância de grave dano parece-me de maior prejuízo aos menores de 21 anos que venham a ficar a descoberto do pagamento de meia-entrada.

As palavras do Ministro aqui trazidas servem, ainda, para declarar a inexistência de preocupação com a repercussão econômica das decisões judiciais, posto entender coerente e legítima a imposição de um “prejuízo” à iniciativa privada sob a justificativa de salvaguardar um “bem maior”, cuja proteção é da competência das políticas públicas.

Analisadas as questões incidentais apresentadas nas ADIs em comento, passa-se à análise do ponto nevralgico da presente pesquisa, que repousa na cerceamento abusivo da livre iniciativa, na medida em que a lei de meia entrada, sob a justificativa de fomentar a cultura, enquanto objeto do projeto constitucional, impõe um ônus à iniciativa privada para operacionalizar tal garantia.

A falta de previsão de fonte de custeio para o benefício constituído pela lei de meia entrada representa a principal negativa ao princípio constitucional da livre iniciativa, razão pela qual se insurgem os proponentes das ADIs.

Como prelecionam Holmes e Sunstein (2000), a tutela de direitos sociais custa dinheiro e não há como pensar a proteção de tais direitos sem o envolvimento do dinheiro público. Assim, não se pode admitir por razoável uma decisão judicial que visa unicamente garantir direitos, desconsiderando o custos de tal garantia, bem como sobre quem recaem as responsabilidades de tal garantia.

O autoritarismo já mencionado nas linhas anteriores se agiganta neste pormenor, visto que a intervenção do Estado na economia configurada pela lei em epígrafe, nas palavras do Ministro Eros Grau, relator da ADI 1950, se justifica pela legitimidade do Estado na estipulação de parâmetros ao mercado, de forma a impedir que a busca pelo lucro seja a única diretriz das atividades econômicas.

É certo que a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema, o sistema capitalista, no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o estado só intervirá na economia em situações excepcionais. Muito ao contrário. A ordem econômica ou Constituição econômica pode ser definida, enquanto parcela da ordem jurídica, mundo do dever ser, como o sistema de normas que o define, institucionalmente, determinado modo de produção econômica.

A ordem econômica diretiva contemplada na Constituição de 1988 propõe a transformação do mundo do ser. Diz o seu artigo 170 que a ordem econômica [mundo do ser] deverá estar fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa e deverá ter por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados determinados princípios. É Constituição diretiva. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus artigos 1º, 3º e 170. Os fundamentos e os fins da sociedade brasileira.

É necessário considerarmos, de outra banda, como anota AVELÃS NUNES, que a intervenção do Estado na vida econômica consubstancia um redutor de riscos tanto para os indivíduos quanto para as empresas, identificando-se, em termos econômicos, com um princípio de segurança: “A intervenção do Estado não poderá entender-se, com efeito, como uma limitação ou um desvio imposto aos próprios objectivos das empresas (particularmente das grandes empresas), mas antes como uma diminuição de riscos e uma garantia de segurança maior na prossecução dos fins últimos da acumulação capitalista”. Vale dizer: a chamada intervenção do Estado no domínio econômico é não apenas adequada, mas indispensável à consolidação e preservação do sistema capitalista do mercado. Não é adversa à lógica do sistema, que em verdade não a dispensa como elemento da sua própria essência.

Como entende Josie Barros (2006, p. 29)

A meia entrada seria, nesta feita, um condicionamento que o Estado impõe ao empresariado cultural, de modo que, para entrar neste ramo, deveria o agente econômico aceitar esta imposição legal e arcar com o ônus que, no limite, beneficiaria a toda a coletividade. Seria a meia entrada, neste raciocínio, uma espécie inserida no princípio da função social da propriedade, condicionante clara da livre iniciativa (CF, art. 170, III)

Em que pese no primeiro momento tal argumento parecer coerente, não é necessário muito esforço para constatar que a “justa troca” proposta pelo Ministro como legitimadora da imposição da meia entrada à iniciativa privada em limitação da

sua liberdade constitucionalmente garantida não encontra amparo na CF. Menos ainda, quando a dinâmica sugerida associa o princípio da função social da propriedade como justificativa para a inexistência de custeio ou subsídio de tal benefício por parte do Estado.

Para parte da Corte, o custo financeiro decorrente da política de meia entrada restaria inerente aos riscos da atividade, posto tratar-se de uma prerrogativa situada no campo da responsabilidade da iniciativa privada para com a sociedade tal como um contrapeso que justifique e legitime a exploração da atividade econômica e obtenção de lucros na dinâmica do mercado regulado pelo Estado.

Neste sentido, o Ministro Carlos Brito enuncia que “ressai do voto do eminente Ministro Eros Grau a compreensão, a ilação de que a função social da propriedade – e olhem bem, de propriedade de bens e valores culturais – é um dos princípios regentes de toda atividade econômica – art. 170, inciso III, CF”.

Perceba-se que com tal argumento, além de retirar a exclusiva responsabilidade do Estado em arcar com as despesas decorrentes da garantia do acesso à cultura, constrói-se um discurso no qual pela valorização do bem jurídico em questão - a cultura - uma escala hierárquica de bens juridicamente tutelados emerge. Ou seja, além da cultura ser apresentada como um bem de valor imensurável, sob a justificativa de garanti-la – e com o respaldo da atenção ao princípio da função social da propriedade – bens tais como a livre iniciativa e a própria segurança jurídica são relativizados com distância do texto constitucional, visto inexistir qual previsão desta ordem na CF.

Fala-se, na Constituição Federal, amplamente sobre a função social da propriedade e esta, na volumosa doutrina que se debruça aos frisos e relevos da complexidade existente na dinâmica do mercado, não é apontada como artifício para transferência de responsabilidades, ou ainda, para a desnaturação de características próprias da iniciativa privada.

Tais argumentos da Corte, ao declararem i) a importância da cultura enquanto bem jurídico; ii) o dever do Estado em promover e preservar tal bem; iii) a função social da propriedade como justificativa para o custeio da meia entrada por parte da iniciativa privada, constroem, ainda, a falsa percepção que a simples confecção de instrumentos legislativos que tratem da matéria confunda-se com a efetiva garantia e proteção do bem jurídico.

Assim, as leis de meia entrada, de acordo com os argumentos majoritariamente apresentados pelo STF representam a ação do Estado em garantia da cultura; entretanto não enfrentam a questão de forma a demonstrar: i) como tal garantia pode ser comprovada; ii) quais os resultados efetivamente produzidos enquanto política pública; iii) qual é a real mobilização do Estado para operacionalizar tal garantia; iv) qual é a participação do Estado em tal garantia.

Aqui não parece minimamente razoável que a simples edição de leis que tratem sobre a cultura, especialmente sobre a meia entrada, representem uma atitude do Estado em garantia do referido bem. Tanto pela ponderação do alcance numérico de tal medida na sociedade – a democratização da cultura exige muito mais - quanto pelos demais aspectos aqui já apontados, especialmente a vinculação de perfis determinados – estudantes, doadores de sangue ou pessoas de baixa renda - à concessão do benefício constituído, o qual gira em torno de um direito social que não segmenta a cidadania de forma correspondente.

Sobretudo no que toca a face atinente ao custeio do benefício, ponto de mais clara visualização da negativa ao princípio da livre iniciativa pela lei e pela Suprema Corte que defende a sua constitucionalidade, é importante perceber como a imposição da meia entrada afronta o texto constitucional por representar uma intervenção na economia superior àquela prevista como legítima ao Estado.

Não há dúvida de que a cultura deve ser incentivada e fomentada pelo Estado e a disciplina constitucional é clara neste sentido. Da mesma forma, não há hesitação qualquer quanto à pertinência do reconhecimento de tal importância pelo STF. O que carece de coerência é a inclusão da iniciativa privada de forma onerosa na operacionalização de uma obrigação do Estado, ou seja, a exigência de que a iniciativa privada cumpra uma função que é do Estado.²³

Apesar de minoritário, este é o entendimento do Ministro Marco Aurélio na ADI 1950, ao afirmar que “Essa forma de dispor ... com interferência de fundo na livre iniciativa, sem contrapartida, cumprimentando o Estado com o chapéu alheio, é consentânea com a Constituição Federal? A meu ver não [...]”

Isto porque, de acordo com o entendimento do Ministro acima referido, o incentivo à cultura cabe ao Estado e por esta razão, é na conta do Estado que

²³ Aqui, vale a ressalva feita por Dworkin (2010b, p. 127) sobre a responsabilidade política à que estariam sujeitos os juízes, em que “condena a prática de tomar decisões que parecem certas isoladamente, mas que não podem fazer parte de uma teoria abrangente dos princípios e das políticas gerais que seja compatível com outras decisões igualmente consideradas certas.”

devem restar amparadas as despesas decorrentes de tais incentivos. Exigir que um terceiro cumpra e cubra as obrigações que a Constituição Federal impõe ao Estado, não se confunde com incentivo, seja nas mais diversas concepções da palavra.

Pelos votos do Ministro²⁴, depreende-se que ao contrário do que alguns entendem, dentre eles os ministros Carlos Brito e Nelson Jobim, o desconto compulsório instituído pela lei de meia entrada onera a atividade, fatalmente implicando desestímulo à mesma, seja aos estudantes e demais beneficiários previstos na lei, nos casos em que a majoração do valor do ingresso se faça necessária à planilha financeira das empresas; ou mesmo às próprias empresas, nos casos em que a majoração do valor do ingresso, apesar de necessária, se faça inviável à manutenção do volume de público imperativo ao funcionamento da empresa.

Concordando com o Ministro Marco Aurélio, Cezar Peluso ainda destaca que, já que o Estado pretende demonstrar o cumprimento de uma atribuição que lhe foi conferida pelo texto constitucional, poderia em sede de contrapartida e para desconfigurar o repasse direto de tal ônus para a iniciativa privada, instituir incentivos fiscais às empresas que admitissem a meia entrada.

O olhar atento ao entendimento do STF acerca da lei em comento, portanto, possibilita a distinção de grupos na mesma Corte. O primeiro, que estrutura a defesa da constitucionalidade da referida legislação no princípio da função social da propriedade e na responsabilidade da sociedade para com a concretização do projeto constitucional atinente tanto à cultura, como aos estudantes – sobretudo crianças e adolescentes – como justificativa para a atribuição dos custos à iniciativa privada, defende não haver imposição de onerosidade para o empresariado, por pressupor a existência de um subsídio cruzado e até rateio do valor subtraído da arrecadação da bilheteria dentre as outras fontes envolvidas na atividade, como o valor total do ingresso; o segundo, de forma oposta, que não enxerga o amparo constitucional à tamanha interferência na iniciativa privada e suas prerrogativas, aponta a negativa repercussão econômica da legislação, a fragilidade da mesma

²⁴ Embora este tenha sido um ponto de obscuridade em seu pronunciamento, haja vista inicialmente o Ministro ter afirmado que a lei onera a iniciativa privada e, em seguida, por admitir a possibilidade de contrabalanceamento da planilha financeira da empresa e consequente aumento dos valores do ingresso para compensar o desconto compulsório, modificar o entendimento para admitir que a onerosidade passaria a recair sobre o público de consumidores e não mais sobre a empresa, a qual possui modos de repassar o custo.

aos objetivos declarados e o contrassenso à dinâmica do Estado de Direito, pelo viés de autoritarismo que repousa na imposição do cumprimento de funções que não são próprias da iniciativa privada.

Desta divisão de argumentos, dois pontos merecem maior atenção na presente discussão a qual, cumpre lembrar, investiga a atenção dada – ou a falta de atenção – ao princípio constitucional da livre iniciativa, corolário da iniciativa privada.

Ao argumento de que a lei de meia entrada não onera a iniciativa privada em função da possibilidade de rateio dos custos da referida legislação, tem-se a falta de diálogo com o argumento de que a lei de meia entrada possui no fomento ao acesso à cultura a sua razão de existir. Isto porque, tendo em vista que o direito à cultura é um direito social, o seu acesso deve ser democratizado ao universo de cidadãos e não somente à um grupo delimitado - ainda que tal delimitação seja feita por lei e em atenção à critérios de vulnerabilidade e necessidade apontados. Assim, admitir o rateio das despesas de forma à realocá-los na mesma atividade econômica, implica indiscutível oneração da atividade, ainda que não seja em prejuízo do empresariado - como entendem os ministros signatários desta defesa – e se a “redução” do valor do ingresso pela lei de meia entrada justifica-se pelo incentivo à cultura que representaria, a alta do mesmo valor não pode, dentro deste *locus* argumentativo, significar outra coisa senão a negativa do incentivo inicialmente planejado.

Tal ponto evidencia a incoerência por contradição existente nos argumentos do STF quanto ao questionamento da constitucionalidade da referida lei e, até, sugere um viés demagógico no discurso construído. Tal viés que, por sua vez, alcança não somente o Estado, enquanto Poder Executivo – que se beneficia com a imagem de “prestador” à sociedade e executor do projeto constitucional atinente à cultura – mas também ao próprio Poder Judiciário que, cada vez mais, se insurge na sociedade como redentor.

Outro ponto que merece cautelosa análise é o argumento decorrente do grupo que condiciona a constitucionalidade da referida lei à existência de subsídio por parte do Estado, por entender que impor à iniciativa privada os custos da efetivação de tal direito social constitucionalmente previsto configura afronta ao princípio da livre iniciativa.

Tal argumento é importante não pela existência de incoerência ou contradição ao modo do anteriormente tratado, mas sim por revelar um formato de incentivo à cultura que pode ter na iniciativa privada uma parceria coerente com a política pública hábil à tal incentivo e com a responsabilidade da sociedade pela concretização do projeto constitucional atinente à cultura. A defesa da necessidade de subsídio do Estado para o benefício da meia entrada também associa a iniciativa privada e a sociedade à concretização do acesso à cultura enquanto direito social, seja pela face do empresariado – haja vista o subsídio representar uma forma de não oneração à tal setor, mas não de ausência de interferência ao mesmo – ou pela sociedade que, de forma indireta, acabaria por patrocinar tal subsídio através da arrecadação fiscal; contudo, tal participação se amolda com maior adequação ao modelo de Estado constituído pela CF, tanto pela suavização do autoritarismo impresso pela imposição do desconto, como pelo diálogo estabelecido com a ideia de política pública, a qual é prevista pelo texto constitucional para a concretização de inúmeros direitos.

Ao que aqui aparenta, inclusive, é uma maior identificação de tal argumento à função social da propriedade elencada pelo grupo de defensores da lei de meia entrada de forma irrestrita; posto a reversão da arrecadação tributária para fins sociais materializar o conteúdo de tal princípio constitucional.

Por último, mas não por menor relevo, analisa-se o enfrentamento dos Ministros à modalidade de intervenção que resta configurada pela legislação em comento, observando quais as razões apontadas pela Corte para justificar o amparo constitucional à tamanha intervenção na iniciativa privada.

Investigando o voto do Relator da ADI 1950, Ministro Eros Grau, tem-se a defesa de que a intervenção do Estado na Economia é importante, sobretudo, pela construção de um direcionamento que almeja o alcance de um fim maior, em resistência ao individualismo dos agentes econômicos.

Assim é porque o mercado é uma instituição jurídica. Dizendo-o de modo mais preciso: os mercados são instituições jurídicas. A exposição de NATALINO IRTI é incisiva: o mercado não é uma instituição espontânea, natural – não é um *locus naturalis* – mas uma instituição que nasce graças a determinadas reformas institucionais, operando com fundamento em normas jurídicas que o regulam, o limitam, o conformam; é um *locus artificialis*. O fato é que, se deixarmos a economia de mercado desenvolver-se de acordo com suas próprias leis, ela criaria grandes e permanentes males. “Por mais paradoxal que pareça – dizia KARL POLANYI – não eram apenas os seres humanos e os recursos naturais que tinham que ser

protegidos contra os efeitos devastadores de um mercado auto-regulável, mas também a própria organização da produção capitalista”. O mercado, anota ainda IRTI, é uma ordem, no sentido de *regularidade e previsibilidade* de comportamentos, cujo funcionamento pressupõe a obediência, pelos agentes que nele atuam, de determinadas condutas. Essa uniformidade de condutas permite a cada um desses agentes desenvolver cálculos que irão informar as decisões a serem assumidas, de parte deles, no dinamismo do mercado. Ora, como o mercado é movido por interesses egoísticos – a busca do maior lucro possível – e a sua relação típica é a relação de intercâmbio, a expectativa daquela regularidade de comportamentos é que o constitui como uma ordem. E essa regularidade, que se pode assegurar somente na medida em que critérios subjetivos sejam substituídos por padrões objetivos de conduta – padrões definidos no direito posto pelo Estado – implica sempre a superação do individualismo próprio ao atuar dos agentes do mercado.

Verifica-se pelo extraído do retórico voto do Ministro Eros Grau o entendimento de que as interferências do Estado na livre iniciativa são perfeitamente amparadas pelo texto constitucional, o que se faz sem qualquer menção aos lugares ocupados na CF pelo referido princípio de origem liberal – fundamento da república, conforme art.1º, IV e princípio da ordem econômica, de acordo com o art. 170, caput.

A singularidade do mesmo voto está, entretanto, no momento em que, para reforçar a justificativa quanto à legitimidade da interferência do Estado na economia, o Ministro constrói um conflito de interesses conveniente à sua opção pelo “interesse social”, por ele intitulado “interesse público primário”.

Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. A superação da oposição entre os desígnios de lucro e de cumulação de riqueza da empresa e o direito de acesso à cultura, ao esporte e ao lazer, como meio de complementar a formação dos jovens, não apresenta maiores dificuldades.

Ou seja, embora: i) a exploração da atividade cultural pela iniciativa privada seja claramente autorizada pela constituição; ii) a livre iniciativa seja fundamento da República e princípio da ordem econômica; portanto valor de difícil afastamento pelos interpretes da Constituição Federal; iii) a promoção do acesso à cultura seja uma responsabilidade do Estado; o Ministro Eros Grau se distancia de todos esses pilares e constrói um conflito de interesses, ao presente entendimento, desnecessário, inexistente e, assim, insuficiente para demonstrar a legitimidade e razoabilidade da argumentação apresentada.

Fala-se em conflito desnecessário em razão do mesmo não ser um conflito decorrente da dinâmica social – fisiológico, pode-se assim dizer – mas, em

verdade, um conflito criado pelo próprio Estado, no momento em que este edita a legislação em comento, e chancelado pelo Poder Judiciário o qual, ao invés de sanar eventuais distorções no ordenamento jurídico através do remédio constitucional que lhe é legitimado, ao modo da Ação de Direta de Inconstitucionalidade em foco, opta por um discurso retórico, criando prioridades e hierarquias entre bens jurídicos, à revelia do texto constitucional, em verdade.

A livre iniciativa não precisa – nem pode, sob pena de configuração de fraude à Constituição (MELLO, 1999, p. 490) – ser sacrificada em prol da cultura, através da intervenção do Estado, uma vez que não é a dinâmica da iniciativa privada que apresenta perigo à cultura.

Se, ao contrário, a dinâmica da iniciativa privada que explora a atividade cultural estivesse ameaçando o bem jurídico “cultura”, não somente seria legítima, como necessária e imperiosa a intervenção do Estado para reprimir abusos e excessos e garantir a salvaguarda do mesmo bem. Restaria, aí, caracterizado um real conflito de interesses que ensejasse do Poder Judiciário uma argumentação no sentido da ponderação de princípios, por óbvio direcionada para a proteção dos interesses públicos primários.

Uma intervenção do Estado em tal contexto não representaria qualquer face de autoritarismo ou arbitrariedade por excesso, mas sim de autoridade constituída pela legitimidade de um Estado Democrático de Direito e ao amparo do texto constitucional, inclusive dos demais fundamentos trazidos à companhia da livre iniciativa, tanto no art. 1º, como no art. 170 da CF.

Entretanto, o conflito apontado pelo Ministro Eros Grau não flui nesta vertente, ou seja, não decorre de ameaça da livre iniciativa à cultura, enquanto bem juridicamente tutelado. Trata-se de um conflito utilizado efetivamente para impor uma obrigação à iniciativa privada e fazer-lhe arcar com os custos de uma obrigação que não é sua, aproximando-se de uma “chantagem institucional” em que, a autorização de fato – e não somente de direito – para a exploração da atividade econômica está condicionada à assunção de responsabilidades incomunicáveis²⁵ com a natureza da atividade.

²⁵ Sim, incomunicáveis pois se a atividade do empresariado cultural visa a obtenção de lucro, conforme autoriza a Constituição Federal, abrir mão de parte do valor cobrado e composto mediante a autonomia administrativo-financeira da empresa por ocasião de uma legislação que vincula tal obrigação é afastar a prática do núcleo identificador da atividade, formalmente autorizado pela CF.

O voto do Ministro Eros Grau traz ainda a menção sobre a responsabilidade da sociedade – e não somente do Estado – para com as crianças e adolescentes, apontando a “socialização dos menores”, como fonte de obrigações. De tal argumento, inclusive, o Ministro Nelson Jobim é signatário

Em concordância com a rejeição da suscitada inconstitucionalidade da lei, o Ministro Sepúlveda Pertence aponta a tradição do benefício da meia entrada aos estudantes como um bem a ser tutelado juridicamente e, por tal razão, justificativa para legitimidade da interferência do Estado na livre iniciativa nos termos questionados.

Tal argumento, que além de não enfrentar as questões de fundo que integram a problemática reforça o autoritarismo de que já se falou outrora, não demonstra a pertinência da apontada tradição, sujeitando a sociedade a que se dedica a atividade jurisdicional à perpetuação de uma ilegalidade tão somente pela tradição que integra a sua manutenção no ordenamento jurídico.

Neste sentido, Claudia Roesler (2015) muito contribui ao apontar que a mudança de entendimento jurisprudencial requer a clara exposição das razões que a ensejaram, assim como a permanência de um entendimento o faz. Não basta, portanto, que a tradição seja apontada como justificativa para a manutenção do *status quo*, é necessário que seja demonstrada a coerência do entendimento mantido. O que não se faz no voto do Ministro Sepúlveda Pertence.

Apontando o reconhecimento do caráter retórico e demagógicos dos votos, o Ministro Cezar Peluso ao negar a constitucionalidade da lei, já adianta sentir que o seu posicionamento não seja simpático e, em continuidade, rejeita a intervenção do Estado na iniciativa privada nos moldes constantes na lei de meia entrada afirmando:

Primeiro, o Estado não está proporcionando nada, está obrigando o particular a proporcionar. Segundo, se o argumento fosse verdadeiro, o Estado poderia baixar norma que estatua que menor de doze anos paga dez por cento da mensalidade escolar e outras análogas.

O Ministro Marco Aurélio, entusiasta da analogia da cortesia do Estado com o chapéu alheio, assim como o Ministro Cezar Peluso, rejeitou a constitucionalidade da lei de meia entrada, subsumindo-a ao artigo 174 da

Constituição o qual dispõe sobre licença constitucional dada ao Estado para atuar como agente normativo e regulador da atividade econômica.

De acordo com o voto do Ministro,

Essa forma de dispor, entretanto, com interferência no fundo da livre iniciativa, sem contrapartida, cumprimentando o Estado – e a premissa é essa – com chapéu alheio, é consentânea com a Constituição? Ao meu ver, não [...]. A norma conflita com fundamento da República, que é a livre iniciativa. Ela contrasta com preceito expresso no Diploma Básico no artigo 174.

Assim, o Ministro Marco Aurélio não só nega a constitucionalidade da lei de meia entrada, como fundamenta sua posição de forma clara e objetivamente atrelada ao texto constitucional. Rejeita a classificação da lei como modalidade de incentivo à cultura, posto inexistir qualquer contraprestação do Estado que o coloque dentro da relação - firmada entre o empresariado cultural e os beneficiários da lei - com as características e responsabilidades que lhe são impostas pela Constituição; bem como reforça a premissa de que a responsabilidade pela democratização do acesso à cultura é de inteira responsabilidade do Estado, razões pelas quais não vislumbra compatibilidade com o texto constitucional na transferência de responsabilidade e custos à iniciativa privada, desenhada pela lei em questão.

Ao final, uma vez que o sistema judicial brasileiro de decisões colegiadas possibilita a convivência dos mais diversos posicionamentos individuais dos ministros julgadores para ao fim reduzir a ementa à álgebra matemática dos mesmos, o questionamento da constitucionalidade das leis de meia entrada, tanto em São Paulo, como no Rio de Janeiro, foi rejeitado e as mesmas não somente permanecem em vigor, como se multiplicam na esfera estadual e reforçam-se pela Lei Federal 12.933/2013, a qual disciplina o benefício da semigratuidade na macro esfera.

4.2 A análise da Lei das Mensalidades Escolares pelo STF

A Lei das Mensalidades Escolares que hoje vigora sob o número 9.870/99 já foi alvo de inúmeros questionamentos quanto à constitucionalidade de seus dispositivos desde quando ainda produzia efeitos sob o manto de Medida Provisória.

Data de 1993 a ADI Nº 319-4 que, proposta pela CONFENEM – Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino, visava a declaração de inconstitucionalidade da Lei Nº8.039 de 28 de maio de 1990, a qual dispunha sobre critérios de reajuste das mensalidades escolares.

Dentre os argumentos então levantados pela Requerente, estavam que:

- a) a escola particular é livre à iniciativa privada e que as limitações legitimadas ao exercício do poder público nessa atividade, encontram-se taxativamente previstas no art. 209 da Constituição Federal, não incluindo o controle ou tabelamento de preços;
- b) que o tabelamento de preços levaria as instituições de ensino privadas à insolvência e contrariavam a livre iniciativa e livre concorrência;
- c) e que o intervencionismo só se justificaria à posteriori, para conter aumentos arbitrários de lucratividade.

Em que pese o proposto tabelamento de preços seja matéria superada, é válido destacar que, naquela oportunidade, os ministros do STF já apontavam os argumentos estruturantes da defesa da intervenção do Estado na ordem econômica, independentemente das existentes limitações constitucionais à esse respeito.

O Ministro Moreira Alves destacou que:

Embora um dos fundamentos da ordem econômica seja a livre iniciativa, visa aquela assegurar a todos existência digna, em conformidade com os ditames da justiça social, observando-se os princípios enumerados nos sete incisos desse artigo. Ora, sendo a justiça social a justiça distributiva – e por isso mesmo é que se chega à finalidade da ordem econômica (assegurar a todos existência digna) por meio dos ditames dela -, e havendo a possibilidade de incompatibilidade entre alguns dos princípios constantes dos incisos desse artigo 170, se tomados em sentido absoluto, mister se faz, evidentemente, que se lhes dê sentido relativo para que se possibilite a sua conciliação a fim de que, em conformidade com os ditames da justiça distributiva, se assegure a todos – e, portanto, aos elementos de produção e distribuição de bens e serviços e aos elementos de consumo deles – existência digna.

O trecho do pronunciamento do ministro acima epigrafo demonstra a construção discursiva em que se apoia a relativização de princípios constitucionais, tais com a livre iniciativa, diante da latente impossibilidade do Estado concretizar suas obrigações constitucionais. Ou seja, sob a justificativa de efetivar a justiça social – conceito amplo e demasiadamente impreciso, por vezes retórico e até utópico – o princípio da livre iniciativa é relativizado às imediações de sua efetiva negativa.

O mesmo ministro afirma, ainda, que

Quando a Constituição estabelece, no caput do artigo 209 (que diz respeito à Ordem Social), que o ensino é livre À iniciativa privada, atendidas as condições que impõe nos incisos I e II desse mesmo dispositivo (“cumprimento das normas gerais da educação nacional” e “autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público”), a liberdade de iniciativa privada a que esse artigo alude é a liberdade de o particular, observadas as exigências do Estado quanto ao ensino sob o aspecto educacional, de ministra-lo paralelamente ao ensino público, o que implica dizer que ele, embora dever do Estado, não é monopólio deste, mas constitui atividade aberta à iniciativa privada, sem se levar em conta qualquer conotação econômica.

Preocupante é, contudo, a dificuldade de identificar qual inferência lógica de que decorre a conclusão do Ministro quanto à inexistência de “qualquer conotação econômica” na autorização constitucional de exploração da atividade de ensino pela iniciativa privada.

Isto porque, conforme já adiantado no início deste trabalho, a livre-iniciativa de que trata a Constituição de 1988 possui amplitude suficiente para contemplar e garantir, além da genérica liberdade econômica, a liberdade contratual e comercial. Segundo José Afonso da Silva (1999, p. 767), a “liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato”. Desta forma, a premissa de que não há “qualquer conotação econômica” na autorização constitucional, constante no art. 209, para a exploração da atividade de ensino pela iniciativa privada, contraria até mesmo a essência da iniciativa privada.

Em que pese a existência de inúmeros princípios norteadores da livre iniciativa no bojo da ordem econômica constitucional e de eventual necessidade de, por vezes, em casos concretos, de uso da ponderação de princípios, tal dinâmica não pressupõe ou autoriza tamanha degeneração do cerne de um enunciado constitucional, o princípio da livre iniciativa.

Não há, no contexto atual, espaço para conceber o absolutismo de um texto legal, ainda que em se tratando de princípio constitucional de tamanha envergadura – como é o princípio da livre iniciativa. Contudo, o equilíbrio de tal princípio diante dos demais valores consagrados no texto constitucional, tais como a valorização do trabalho humano e a defesa do consumidor, não justifica a negativa do núcleo axiológico dos enunciados albergados pelo constituinte. Não é razoável

aceitar que para conciliar a livre iniciativa com a defesa do consumidor, afaste-se o que há de genuíno em qualquer destes princípios.

Ademais, o texto da Constituição, seja na consagração da livre iniciativa como fundamento da República (art. 1º, IV) ou princípio da ordem econômica (art. 170), seja na autorização para a exploração do ensino pela iniciativa privada (art. 209), ou mesmo na tutela do direito à educação (art. 205), não aponta pela rejeição do caráter econômico da exploração da atividade de ensino privado, ao passo que o Ministro, em sua argumentação, também não aponta de onde decorre tal compreensão, mais parecendo tratar-se de impressão pessoal, o que não se admite para fins de motivação de uma decisão judicial²⁶.

Acompanhando o voto do Ministro Relator Moreira Alves, também os Ministros Celso de Mello, Sepúlveda Pertence e Paulo Brossard defendem a inexistência de absolutivismo do princípio da livre iniciativa, pelo que entendem constitucional o controle – ou tabelamento - de preços pretendido pela referida lei. Este último acrescenta, ainda, que se há a possibilidade de exploração mercantilizada do Ensino, “é por tolerância da Administração Pública”, razão pela qual entende legítima a intervenção do Estado que prevê o controle de preços das mensalidades escolares através de lei específica, para então combater o abuso do poder econômico.

De outra sorte, porém sem o acompanhamento dos demais julgadores, o Ministro Marco Aurélio manifestou-se pela procedência da ação, entendendo pela inconstitucionalidade da lei questionada.

Afirmou o Ministro Marco Aurélio que

Assim o é porque no campo econômico prevalece como regra a liberdade de mercado, fator indispensável à preservação da livre iniciativa, repetida em vários dispositivos da Constituição, inclusive nos referentes ao ensino. A exceção corre à conta das hipóteses em que configurado abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros – artigo 173, § 4º, quando então, a repressão se impõe. Contudo, a Lei nº 8.030/90 não versa sobre tais defeitos. Com abrangência ímpar e inafastável, introduz critérios de reajuste das mensalidades, jungindo-os inteiramente, seja qual for a prática

²⁶ No mesmo sentido, Mônica Sousa adverte que “a centralização política é temerosa tanto porque nega aos interessados imediatos a possibilidade de discutir suas necessidades reais, e assim permitir que privações mais imediatas sejam superadas, como aos agentes externos (investidores, por exemplo) que não hesitam em se afastar de sistemas econômicos não transparentes.” Aqui, uma vez que as decisões dos julgadores não são juridicamente justificáveis, pela via autoritária que ocupa o lugar da dinâmica originária do Estado Democrático de Direito, assemelha-se à centralização política de que trata a autora.

adotada por esta ou aquela escola, ao percentual mínimo mensal dos salários em geral, fixado no inciso II do artigo 2º da Lei nº 8.030, de 13 de abril de 1990. Com isto, deixa de estimular a educação, conflitando com o artigo 205 aludido. Inibe a iniciativa privada no que introduz desequilíbrio nas relações jurídicas mantidas entre alunos ou pais de alunos e as escolas, forçando a fuga destas últimas do campo no qual vêm atuado, discrepando, assim, da previsão do artigo 209 antes referido. Interfere na livre concorrência dos estabelecimentos de ensino, distanciando-se, assim, do mandamento constitucional pertinente – inciso IV do artigo 170. Introduce mecanismo de preços que coloca em plano secundário a liberdade de mercado, acabando por forçar os prestadores dos serviços a aceitá-lo, ainda que em prejuízo até mesmo da qualidade do ensino e do empreendimento econômico, ante o evidente achatamento das mensalidades, com quebra, inclusive, da natureza sinalagmática dos contratos firmados, compreendida nesta comutatividade.

A referida ADI 319-4 foi julgada improcedente por maioria dos votos, a Lei Nº 8.039/90 foi declarada constitucional, posteriormente revogada pela lei 8.170/91 e, em seguida, pela lei 9.870/99. Entretanto, o tabelamento de preços das mensalidades escolares não encontra amparo na legislação vigente, ao passo que o que se tem são parâmetros norteadores do reajuste das mensalidades escolares, conforme disposto na lei 9.870/99, com o intuito de reprimir o abuso do poder econômico e conferir maior transparência às relações de consumo decorrentes.

Posteriormente, a CONFENEN – Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino, propôs nova Ação Direta de Inconstitucionalidade, questionando a Medida Provisória nº 575/94.

Dentre os dispositivos apontados por desconformes ao texto constitucional, recorta-se o questionamento do art. 7º, que proíbe a “suspensão de provas escolares, retenção de documentos escolares, inclusive os de transferência, ou a aplicação de quaisquer penalidades pedagógicas ou administrativas, por motivo de inadimplência do aluno, sem prejuízo das sanções legais cabíveis.”

O argumento utilizado pela Requerente foi o de que tal dispositivo afronta o caput do art. 5º da Constituição Federal, por igualar maus e bons pagadores, na medida em que confere igual tratamento para desiguais.

A análise, contudo, que se pretende fazer é de como a liberdade de iniciativa é tratada pelos ministros do STF no bojo da presente discussão, tendo em vista que o dispositivo questionado interfere diretamente na liberdade das instituições de ensino privadas, na medida em que impede a suspensão da prestação do serviço contratado diante da inadimplência dos contratantes.

Iniciando o seu pronunciamento, o Ministro Relator Paulo Brossard registra a importância da fiscalização, controle e disciplina da educação pelo Estado, apontando como justificativa de tais atos o fato da Constituição ser eloquente na atribuição de tal responsabilidade ao Estado.

Destaca, o Ministro Relator que “o ensino privado está sujeito à fiscalização, a uma disciplina, a um controle exatamente porque é um serviço, cuja responsabilidade primeira é do Estado, ainda que o Estado reconheça o papel da iniciativa privada e até o estimule”.

Em seguida, o Ministro Brossard falou sobre o percurso decrescente percorrido pelo ensino no Brasil, registrando que apesar dos altos e baixos já vividos, haviam escolas de qualidade em todos os Estados, fossem elas públicas ou privadas; e que atualmente o ensino enfrenta uma crise tamanha à ponto de cogitar-se – embora tal medida tenha sido recusada pelo ordenamento jurídico pátrio - a aplicabilidade de medidas legislativas autoritárias tais como a pretendida MP 524 que almejava impedir que escolas particulares recusassem a matrícula de alunos inadimplentes

À esse respeito, apontando tanto o reconhecimento da responsabilidade do Estado para com a educação, como o preocupante estado em que se encontra a educação no Brasil, o Ministro Paulo Brossard classifica como “espantosa” a tentativa de proibição do indeferimento de matrícula dos alunos inadimplentes pelas escolas privadas, afirmando tratar-se de atentado “contra o cerne da educação, porque consagrava, na escola, o calote, a desonestidade, a ilicitude”.

Em que pese o argumento do Ministro não tenha tratado diretamente do atentado à livre iniciativa representado por tal pretensão, não há como negar a coerência de seus argumentos.

Após as considerações iniciais, o Ministro Relator Paulo Brossard e os demais julgadores do Supremo Tribunal Federal passaram a analisar individualmente os artigos da MP 575/94, após reeditada pela MP 612/94. Entretanto, curiosamente, o art.7º em que há a proibição de aplicação de sanções administrativas ou pedagógicas aos alunos inadimplentes – o que hoje resta disciplinado no art. 6º da Lei 9.870/99 – não foi analisado.

Posteriormente, a mesma Requerente (CONFENEM) propôs a ADI Nº1176-6, questionando a Medida Provisória 751/94, cujo teor não difere das

anteriormente questionadas – MP 757/94 e 612/94 – haja vista dispor sobre as regras para a conversão, em Real, das mensalidades escolares nos estabelecimentos particulares de ensino e dá outras providências. Contudo, entre os dispositivos questionados, não se encontra o que disciplina a proibição de suspensão de provas escolares, a retenção de documentos escolares, inclusive os de transferência, ou a aplicação de quaisquer penalidades pedagógicas ou administrativas, por motivo de inadimplência do aluno; ora ocupando o art. 8º da referida Medida Provisória de Nº 751/94, editada pelo Presidente da República no uso de suas atribuições constantes no art. 62 da CF.

Com a edição da Medida Provisória de Nº 932/95, a proibição de aplicação de sanções aos alunos inadimplentes recebeu nova redação, passando a considerar como tolerável apenas a inadimplência de até sessenta dias, o que ocasionou a propositura da ADI Nº 1236-3 por parte do Partido Comunista do Brasil – PC do B – que entendeu tal ressalva como afronta ao princípio do ato jurídico perfeito, uma vez que nas MP's anteriormente apreciadas pelo STF - MP's nºs 524, 550, 575, 612, 651, 697 e 751 - e cuja constitucionalidade já houvera sido declarada, a vedação estabelecida era absoluta.

Na apreciação da ADI, o Ministro Ilmar Galvão, então Relator, acolheu a pretensão do Requerente, afirmando ser a necessidade de suspensão da expressão impugnada recurso de preservação da norma que já havia sido declarada constitucional pelo STF, na oportunidade de apreciação da ADI 1.176. Entretanto, como se pode perceber através da leitura dos votos, na ADI 1.176 não houve qualquer enfrentamento da questão discutida, haja vista dentre os dispositivos questionados pela Requerente não constar o art. 8º em que a vedação às sanções aos inadimplentes se situa.

Assim, o que se percebe é a absoluta ausência de motivação da decisão do Ministro Ilmar Galvão, vez que para defender o seu voto e justificar a incompatibilidade de determinada expressão constante de um dispositivo legal, utiliza-se de decisão anterior que sequer apreciou a matéria.

Tal postura se manteve, sendo repetida no julgamento da ADI Nº 1370-0, em que o mesmo Ministro Ilmar Galvão aponta como apreciada a questão pelas ADIs Nº 1117 e 1176, quando em verdade não se encontra em nenhuma delas o entendimento do Tribunal – ou mesmo de qualquer de seus julgadores,

individualmente – acerca das razões que legitimam o respaldo constitucional da norma em discussão.

Com a mesma pretensão das ações anteriormente mencionadas, a CONFENEM novamente propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade contra Medida Provisória nº 1733-60 de 08.04.99 (em seu todo) e, especificamente, dos artigos 6º e 10º (que ao tempo do julgamento tornaram-se 7º e 11º, por reedição da Medida Provisória questionada), por entendê-los atentatórios ao texto constitucional – arts. 1º, IV, 5º, 6º, 62, 173, §4º e 209 da Constituição Federal.

Dentre as razões apresentadas pela Requerente para a impugnação da medida provisória, a primeira apontada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino diz respeito exatamente ao cerceamento da liberdade das escolas particulares. Alegou que:

A medida provisória atacada nesta ação atinge diretamente os estabelecimentos particulares de ensino de todo o Brasil, por interferir na liberdade de contratar os serviços que prestam, na sua gerência e organização administrativa internas, na receita que auferem com estes serviços destinada à sua manutenção, e estimula a inadimplência dos usuários, colocando em risco o recebimento do que é devido a elas, dificultando-lhes ainda o cumprimento de seus compromissos financeiros em dia, especialmente pelo disposto nos artigos 6º e 10.

Não menos importante é o destaque dado ao caráter discursivo de que se reveste a norma impugnada, uma vez que por cinco anos o Executivo vem editando medidas provisórias com o mesmo teor para conferir caráter de lei à manifesta conduta autoritária, ao passo que a matéria – que é de extrema relevância e cujos contornos conferidos prescindem de delicada atenção, haja vista tratar-se de intervenção do Estado na economia – permanece à margem do originário e adequado procedimento legislativo.

Fala a Requerente, ainda, no que aqui se intitula caráter discursivo, por apontar os reflexos negativos que tamanha interferência no ensino privado causa.

Há 60 meses – 5 anos, o Executivo edita a Medida Provisória nº 1733, que já teve números diferentes, interferindo no ensino privado, desestruturando-o e desorganizando-o, jogando alunos e familiares contra a escola particular, para esconder sua omissão no cumprimento da obrigação constitucional que lhe compete, qual seja a de oferecer ensino gratuito e de qualidade nos estabelecimentos estatais a todos os que o queiram.

Especificamente na afronta à Constituição que se faz objeto da presente análise, a Requerente aponta:

1. ofensa ao artigo 209, haja vista o mesmo instituir que "o ensino é livre à iniciativa privada" e as possibilidades de intervenção oficial restarem expressas taxativamente no mesmo diploma, através dos incisos I e II, não contemplando preços e condições contratuais tais como pretendido pela norma questionada;
2. ofensa ao artigo 1º, IV, vez que este dispositivo garante a livre iniciativa como fundamento da República;
3. ofensa aos artigos 173, §4º e 174, vez que os mesmos só admitem a intervenção no domínio econômico da entidade privada para evitar a dominação de mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros
4. ofensa ao artigo 6º, por conferir privilégio aos alunos inadimplentes, em detrimento dos demais, na medida em que proíbe a suspensão de provas ou aplicação de qualquer tipo de penalidade por motivo de inadimplência; afrontando o princípio da isonomia.

Dentre os mais robustos argumentos trazidos pela Requerente, entretanto, está a irrazoabilidade que macula a norma discutida, na medida que esta:

obriga um dos contratantes (a escola) a continuar prestando serviços ao outro, que descumpra sua obrigação elementar de pagar. Choca-se contra o dispositivo no art. 1092 do Código Civil, privilegia um contratante em detrimento do outro e prejudica os alunos adimplentes e cumpridores das obrigações assumidas, pois acabam arcando com o custo-de-ensino daqueles que não pagam. A escola particular mantém os serviços que presta e seu nível de qualidade graças ao que arrecada de seus alunos. Com a arrecadação, paga professores, empregados, serviços públicos, impostos, contribuição previdenciária e FGTS. Tem que pagá-los em dia, sob pena de altos juros, multa e correção monetária. Não recebendo dos alunos, não tem os recursos necessários para arcar com os custos, sujeitando-se a cortes de serviços, greve de professores, despesas financeiras e queda da qualidade do que oferece. Tem que recorrer a empréstimos e encargos para suprir a deficiência de receita. O preço da anuidade escolar é calculado pela divisão do custo total do ensino pelo número de alunos matriculados. Se alguns não pagam, este custo é dividido por um número menor de alunos, os que honram em dia seus compromissos. Assim, os bons, os que assumem e cumprem em dia suas obrigações são prejudicados, porque ficam mais onerados.

A irrazoabilidade apontada pela CONFENEN chama atenção para a repercussão econômica que a norma questionada projeta, na medida em que, pela face de uma disfunção moral, redimensiona o cálculo dos custos da atividade para fins de, orientada pelo afã de afastar prejuízos, considerar como ativos na dinâmica, somente os cumpridores das obrigações pactuadas e assim sobre estes recaindo um peso maior.

Além, no momento em que enumera as obrigações da instituição de ensino particular, demonstrando a importância da concretização de seu planejamento – ainda que a dinâmica natural do mercado imponha certos riscos e que estes sejam devidamente considerados – a Requerente provoca o STF à responder por qual motivo é obrigada a se manter no pleno exercício de suas obrigações contratuais, diante do descumprimento da outra parte – o aluno inadimplente. Ou seja, se a escola possui a obrigação de pagar professores, empregados, serviços públicos, impostos, contribuição previdenciária e FGTS, em dia, sob pena de altos juros, multa e correção monetária e tal pagamento se dá através da receita oriunda da arrecadação das mensalidades dos alunos contratantes, o que obriga a manutenção de alunos inadimplentes em uma instituição privada cujo funcionamento resta acima descrito?

Tal provocação, contudo, apesar de sua cabal importância, não foi enfrentada no bojo do ordenamento jurídico vigente; tão somente, o STF, através do Ministro Sidney Sanches, então Relator, limitou-se a considerar “prejudicada” a pretensão da inicial, diante das informações encaminhadas pela Presidência da República, a seguir analisadas.

Especificamente quanto à imposição de emissão do documento de transferência aos alunos inadimplentes que assim desejarem, a Requerente questiona como, apesar da clara redação do Código Civil quanto às consequências do descumprimento contratual, uma instituição privada de ensino pode ser obrigada à emitir ao aluno inadimplente o seu documento de transferência, cujo significado contempla, dentre outras, a quitação. (BRASIL, ADI 1992)

Antes mesmo da pretendida resposta, a Requerente aponta a disfunção moral e econômica decorrente de tal imposição, ao constatar que como consequência da norma em discussão, tem-se um

estímulo à inadimplência e um crescimento astronômico do calote institucionalizado, generalizado e organizado por entidades notoriamente conhecidas, o que vem inviabilizando as escolas ou fazendo com que enfrentem a queda de qualidade do ensino ou tenham que reajustar seus preços acima do normal para compensarem a receita evadida. (BRASIL, ADI 1992)

Em resposta à demanda da Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino, manifestou-se a Presidência da República que, de início, apontou o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) como instrumentos legislativos hábeis a desconstituir a pretensão da Requerente, além de destacar que a matéria em questão já havia sido discutida em oportunidades anteriores (ADIs Nº 1117, 1129, 1176, 1236 e 1370).

O cerne do argumento da Presidência da República é, contudo o de que

A educação é um direito social assegurado pelo art. 6º da Constituição Federal, peculiaridade essa que por si só demonstra a constitucionalidade da medida adotada pelo Poder Executivo.

E mais, a maioria da clientela das instituições de ensino é composta de crianças e adolescentes, os quais não devem ser colocados a salvo de toda forma de discriminação e opressão, sendo esse o dever da família, da sociedade e do Estado imposto pelo art. 227 da Carta Magna.

Idêntico dever estabelece a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) em seu art. 18, [...]

É evidente que a suspensão de provas escolares, a retenção de documentos escolares e a aplicação de penalidades pedagógicas, por motivo de inadimplência, as crianças e adolescentes, constitui em tratamento vexatório e constrangedor, o que é vedado pelo art. 227 da Carta Magna e art. 18 da Lei 8.069.

A pretensão da Requerente de que as instituições de ensino particular possam aplicar tais penalidades nada mais é do que uma forma de coação para a cobrança de dívidas, submetendo o devedor a uma situação constrangedora, o que, também, é proibido pelo art. 42, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 [...]. (BRASIL, ADI 1992)

Após, como já adiantado, o Relator da ADI 1992-9, Ministro Sidney Sanches, limitou-se a endossar os argumentos constantes das informações prestadas pela Presidência da República, admitindo-os para a defesa da constitucionalidade da norma discutida.

Diante da precariedade de argumentos e razões trazidos pelo STF na análise da matéria, cumpre analisar as considerações acima epigrafadas.

Das Ações Diretas de Inconstitucionalidade já analisadas neste trabalho é possível perceber que embora a norma que proíbe as instituições particulares de ensino de aplicarem sanções aos alunos inadimplentes tenha sido sucessivas vezes questionada, o enfrentamento necessário das questões tangenciadas pela mesma

não foi concretizado. Trata-se de dispositivo legal que cuida de matéria relevante, a educação; e que prevê a direta intervenção do Estado no domínio econômico privado, o que basta para justificar um acurado tratamento por parte do Supremo Tribunal Federal que, dentre as atribuições, a principal consiste na garantia da Constituição.

Verifica-se que o argumento que contradita as alegações de inconstitucionalidade apontadas pela Requerente giram em torno da garantia do direito social à educação, constitucionalmente garantido e da proteção à criança e ao adolescente.

Pois bem. Em que pese o texto constitucional traga expressamente a tutela de direitos e garantias individuais, é sabido que a efetivação de tais dispositivos depende tanto da atuação do Executivo, através da execução de políticas públicas, por exemplo; quanto da forma como as instituições do sistema de justiça, sobretudo o Poder Judiciário, conduzem a aplicação das normas.

Assim, especificamente no que toca a tutela da livre-iniciativa, enquanto fundamento da República Federativa Brasileira e princípio da ordem econômica constitucional, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal parece posicionar-se de forma anti-liberal, haja vista, frequentemente, negar a essência de tal princípio quando diante de legislações infraconstitucionais referentes às questões econômicas

O já apontado julgamento da ADI nº 319-4, em contestação ao tabelamento de preços de mensalidades escolares é um claro exemplo desta impressão, visto que naquela oportunidade, o STF decidiu que

em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros. (BRASIL, ADI 319-4)

O voto do Ministro Moreira Alves ilustra com clareza como o posicionamento do Supremo Tribunal Federal prioriza os objetivos sociais da Constituição, em detrimento das garantias direcionadas à salvaguarda da liberdade de iniciativa, afastando da ponderação o fato de caber ao Estado a efetivação de tais direitos – e não à iniciativa privada.

Tem razão, pois, José Afonso da Silva (Curso de Direito Constitucional Positivo, 5ª ed., pags. 663/664, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1989) ao acentuar que “a liberdade de iniciativa econômica privada, num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (os fins condicionam os meios), não pode significar mais do que liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidade de submeter-se às limitações postas pelo mesmo. É nesse contexto que se há de entender o texto supracitado do art. 170, parágrafo único, sujeito aos ditames da lei e, ainda, dos condicionamentos constitucionais em busca do bem-estar coletivo. Ela constitui uma liberdade legítima enquanto exercida no interesse da justiça social. Será ilegítima, quando exercida com o objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário” E conclui com a observação de que o Poder Público, nos termos da lei, pode legitimamente regular a liberdade de indústria e comércio, em alguns casos impondo a necessidade de autorização ou de permissão para determinado tipo de atividade econômica, quer regulando a liberdade de contratar, especialmente no que tange às relações de trabalho, mas também quanto à fixação de preços, além da intervenção direta na produção e comercialização de certos bens. Essas conclusões se justificam ainda mais intensamente quando a atividade econômica diz respeito à educação, direito de todos e dever do Estado, disciplinada, em si mesma, no Título da Ordem Social, ordem essa que tem como objetivo, além da justiça social, o bem-estar social, nos termos expressos do art. 193. (BRASIL, ADI 319-4)

Pelo entendimento do referido Ministro, o tabelamento de preços das mensalidades escolares encontra respaldo constitucional em razão do princípio da defesa do consumidor - embora o ensino seja uma atividade econômica autorizada à iniciativa privada e, portanto, supostamente goze de liberdade administrativo-financeira em razão do princípio da livre-iniciativa.

Reforçando o posicionamento anticapitalista do STF (RAMOS, 2012), no mesmo julgamento o Ministro Paulo Brossard, como já apontado, declarou que em que pese seja possível a exploração do ensino pela iniciativa privada, tal se dá por tolerância e complacência da Administração Pública”

A mentalidade antiliberal do STF se evidencia, principalmente, em demandas relacionadas à exploração de atividades que envolvam os direitos sociais garantidos constitucionalmente e cuja responsabilidade prestacional foi atribuída ao Estado²⁷.

No julgamento da ADI nº 1.950, o Ministro Eros Grau foi categórico ao declarar que é salutar à economia a expressiva interferência do Estado na economia, ao afirmar que “a intervenção do Estado na vida econômica

²⁷ Assim como o caso anteriormente mencionado, em que discutiu-se a intervenção do Estado na livre iniciativa das escolas privadas, na ADI nº 1.950, onde questionou-se a constitucionalidade de lei que assegurava meia-entrada à estudante em eventos culturais, sob a justificativa de garantir o exercício do direito à cultura – cuja obrigação é do Estado - o STF declarou constitucional a transferência de tal ônus à iniciativa privada, negando atenção ao princípio da livre-iniciativa.

consubstancia um redutor de riscos tanto para os indivíduos quanto para as empresas, identificando-se, em termos econômicos, com um princípio de “segurança”, isto por entender o mercado como sendo um *locus* artificial e, portanto, impossível de fluir de forma harmônica sem a intervenção do poder público.

Entende-se, portanto, que tais posicionamentos negam a liberdade consagrada pela Constituição em decorrência do modelo de Estado capitalista ali constituído. Em que pese a Constituição de 1988 traga a ordem econômica e a liberdade de iniciativa em lugar de destaque, o Poder Judiciário se posiciona de forma diversa, manifestamente antiliberal.

Interessante é perceber que na defesa da constitucionalidade da intervenção do Estado na economia, frequentemente o STF alega que a limitação à livre-iniciativa se justifica na garantia de princípios tais como a valorização do trabalho humano, a redução das desigualdades sociais, dentre outros; entretanto, a garantia da livre-iniciativa não representa, obrigatoriamente prejuízo à tais objetivos, assim como a sua negativa não os garante. Tal posicionamento do STF mais parece uma estratégia política que, ao ratear ou transferir à iniciativa privada as responsabilidades do Estado quanto aos aludidos direitos sociais, consegue afastar os cidadãos da discussão política e pressão social.

Neste sentido, Martinez (2011, p. 45) afirma que

em alguns países, onde a promoção qualificada das liberdades individuais já é algo ampliado, o exercício da “condição agente” pode facilmente ser verificado no seio social, a notar-se especialmente pela atuação massiva da sociedade na defesa de interesses coletivos e difusos envolvendo questões de consumo, cidadania, ambiente, democracia e qualidade de vida

Assim, entende-se que muito mais eficaz à garantia de tais direitos sociais, seria um redirecionamento das ações do Estado para a promoção de espaços hábeis ao desenvolvimento de liberdades individuais instrumentais, como defende Sen (2000); ao invés do cerceamento de um princípio constitucional de cunho liberal, que foi tão cuidadosamente disciplinado pelo constituinte, em reconhecimento da importância da harmonia econômica - leia-se desenvolvimento – para a efetivação do programa social constitucional.

Perceba-se que não se trata de questionar ou reduzir a relevância da garantia do direito à educação, sobretudo pela sua importância para a concretização do princípio da dignidade humana, mas sim o que se destaca é a preocupação com

a imposição injustificada, posto que contrária ao programa constitucional, do ônus da garantia de tal direito ao setor privado que autorizadamente presta tal serviço e a convivência do Supremo Tribunal Federal com tal afronta ao texto constitucional – mascarada por um instrumental conflito de princípios, posto que inexistente.

O texto constitucional é claro ao prever a obrigação do Estado com a garantia do direito à educação, na medida em que dispõe “*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*” (art. 205, CF/88); da mesma forma que não deixa dúvidas sobre a autorização de exploração desta atividade pela iniciativa privada, nos termos do art. 209, CF/88. Entretanto, o STF desconsidera tais previsões do constituinte para, retoricamente, manipular um discurso de garantia de direitos, também constitucionais, que justifique a negativa dos primeiros.

Desta forma, o STF deixa de cumprir o seu papel de guardião da Constituição, posto que o Estado de Direito em que esta se fundamenta consiste em um conceito jurídico que busca preservar o dualismo entre a sociedade e o poder público, o qual possui seus contornos de atuação limitados pelo texto constitucional – sempre à luz da preservação das liberdades individuais; enquanto que o Estado Social, por pressupor um Estado ativo e com funções interventivas, o qual diante da ausência de precisão na condução de tais prestações, corre o risco de relativizar garantias, ultrapassando os limites de controle do Estado de Direito, alterando as normas em nome de aspirações sociais (RANIERI, 2000, p. 269). É nesta relativização, entretanto, que repousa o prejuízo à democracia, haja vista as funções sociais do Estado não poderem justificar a dominação do mesmo, sob pena de configurar-se a negativa do fundamento constitucional do Estado de Direito.

Ao acatar inteiramente os argumentos da Presidência da República no sentido de apontar a fundamentalidade do direito à educação como justificativa para a constitucionalidade da norma questionada, o STF reforça o entendimento de haver, ainda que velada, uma injustificada rejeição à iniciativa privada no Brasil – impressão esta que se manifesta em inúmeras outras circunstâncias que frequentemente são submetidas à apreciação do Judiciário, atinentes à saúde e

educação - afastando a visualização de que tão importante quanto a garantia de tal direito é a adequada atribuição de responsabilidades à ele correlatas.

4.3 Da ponderação de princípios apontada

Analisando não somente os pronunciamentos judiciais, mas também a construção conceitual acerca da nova interpretação constitucional verifica-se que, sobretudo pelo caráter principiológico das Constituições do pós-guerra, o processo de subsunção abandonou o *locus* de exclusividade no processo hermenêutico para dar espaço à convivência com a ponderação de interesses.

Verifica-se, assim, que a técnica de aplicação do direito através da única formula em que a norma enquanto premissa maior incidia sobre os fatos então compreendidos como premissa menor tornou-se insuficiente para a adequada tutela de direitos que demandava dos conflitos de interesses da sociedade democrática e plural a que se dedica a Constituição de 1988.

Como nas palavras de Barroso e Barcellos (2003, p. 17)

a interpretação constitucional viu-se na contingência de desenvolver técnicas capazes de lidar com o fato de que a Constituição é um documento dialético – que tutela valores e interesses potencialmente conflitantes – e que princípios nela consagrados frequentemente entram em rota de colisão.

Desta forma, nos casos em que há o indiscutível e inesquivável conflito de princípios o raciocínio necessário ao intérprete da Constituição é diverso do formato subsuntivo, por mais complexo que seja. A produção da regra concreta que vai incidir sobre tais casos – também intitulados difíceis pela doutrina²⁸ - requer uma habilidade multilateral que consiga contemplar, de alguma forma, todos os interesses envolvidos, ainda que através de uma escolha necessária, orientada pela importância extraída, reste evidente qual interesse será predominante no caso em análise.

Fala-se, portanto, no uso da ponderação nos casos difíceis apresentados ao intérprete, onde através do uso da racionalidade e discricionariedade são feitas escolhas em razão da simples subsunção de uma norma jurídica não ter sido suficiente para o deslinde da controvérsia.

²⁸ À respeito ver DWORKIN, Ronald. O império do Direito. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010

O conflito, então, se mostra o primeiro requisito para o justificável uso da ponderação, seja ele no âmbito das normas ou dos bens e interesses tutelados. Do conflito, extrai-se a análise dos fatos que compõem o caso concreto e tal exame é de fundamental importância para a adequação da decisão que decorre da ponderação.

Os princípios, por sua natureza flexível, que os possibilita serem aplicados, com a mesma validade, em maior ou menor intensidade, diante dos casos difíceis amoldam-se aos argumentos de forma a conduzir o intérprete, pela via da proporcionalidade e da racionalidade, à decisão cuja repercussão seja mais conformável ao texto constitucional.

A ponderação de princípios, entretanto, não se trata de convite ou licença para o agigantamento de discricionariedade por parte do intérprete; menos ainda de um artifício de manobra para deturpar o texto constitucional. É, sim, uma necessidade decorrente dos casos difíceis, que tem na argumentação o elemento de controle de sua legitimidade.

Nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade acima analisadas, entretanto, o que se observa é a equivocada utilização da ponderação de princípios para justificar uma escolha do Poder Judiciário em desacordo com o texto constitucional.

Fala-se em equívoco por diversas razões, à começar pela inexistência do obrigatório conflito de normas exigido para o uso da ponderação, vez que a negativa do princípio da livre iniciativa - prerrogativa constitucional atinente à iniciativa privada - para justificar a tutela de um direito cuja obrigação é do Estado – aqui, tanto o direito à cultura como o direito à educação - situa direitos e deveres em esferas distintas que não se chocam, mas sim, harmonizam-se através da atuação limitada do Estado, aqui regulador. Assim, não há que se falar em conflito, uma vez que a imposição da obrigação de um sujeito à outro, para negar-lhe um direito não é uma dinâmica natural, mas sim construída pela ferramenta do autoritarismo.²⁹

²⁹ Como já dito, não há, portanto, sequer que falar em conflito de princípios constitucionais, haja vista as esferas em que o direito à educação e a tutela constitucional da propriedade privada e livre iniciativa se encontram não coincidem. A questionada lei das mensalidades escolares, por sua vez, menos consegue efetivar a garantia do direito à educação, que a projeção de reflexos negativos, visto que a parcela da população que frequenta as instituições de ensino privado é menor que a quantidade de alunos que recorrem à rede pública de ensino, o que implica dizer que a permanência de tais alunos nas instituições de ensino – independentemente da observância de suas obrigações contratuais – não garante a efetivação de tal direito para a população como um todo, dado o reduzido alcance. Efetivamente, a imposição às instituições privadas de permanecer

Ao que parece, os ministros que defendem a constitucionalidade da lei de meia entrada e da lei das mensalidades escolares e, para tanto, negam o princípio constitucional da livre iniciativa, mais almejam alcançar um fim e proteger-se por um discurso – tal qual ocorre na grande maioria das práticas ativistas – que efetivamente cumprir o papel de proceder uma interpretação do ordenamento jurídico à luz da Constituição como requer a fundamentalização-releitura.

Isto porque, a argumentação utilizada pelos intérpretes – e este é outro sintoma de inadequação da ponderação apontada – não é suficiente para enraizar a legitimidade necessariamente existente às normas jurídicas decorrentes da ponderação, seja pela falta de compatibilidade com o texto constitucional, ou mesmo pela ausência de razoabilidade e racionalidade, aproximando-se de uma interpretação fundamentalista.

Da fragilidade argumentativa decorre, ainda, a abundância de autoritarismo utilizada para vincular a norma construída.

Sobretudo nas ADIs que discutem a constitucionalidade da lei de meia entrada, observa-se que além da multiplicidade de razões – ainda que superficiais e carentes de fundamentação que as auto sustentem – de que fazem uso os ministros, não há o amplo enfrentamento das mesmas que possibilite à sociedade compreender a adesão de um Ministro ao argumento do outro, ou a sua rejeição. O que se observa é somente a produção de uma decisão final que vincula a norma jurídica produzida pela ponderação de princípios e interesses dentro do caso concreto, a qual se dá pela álgebra das mais diversas razões apresentadas pelos Ministros de forma individual. Impossível é, contudo, extrair uma *ratio decidendi* que possibilite a compreensão do entendimento médio do STF acerca da matéria e tal impossibilidade, entende-se, decorre da absoluta ausência de diálogo argumentativo entre os intérpretes, diálogo esse imprescindível ao êxito da ponderação.

Perceba-se que o que desaponta não é a existência de posicionamentos diversos dentro do julgado, até porque tal dessemelhança é tanto natural de um ordenamento pluralista, quanto necessária à própria ponderação, ao invés da simples subsunção normativa; mas sim, a ausência de controle da racionalidade do discurso jurídico produzido pela norma.

com a prestação do serviço de ensino aos contratantes inadimplentes somente transfere a responsabilidade de custeio da educação – ainda que em reduzida parcela – à iniciativa privada.

No caso da interpretação constitucional, a argumentação assume, muitas vezes, um papel decisivo: é o caráter aberto de muitas normas, o espaço de indefinição de conduta deixado pelos princípios e os conceitos indeterminados conferem ao intérprete elevado grau de subjetividade. A demonstração lógica adequada do raciocínio desenvolvido é vital para a legitimidade da decisão proferida (BARROSO, BARCELLOS, 2003, p. 26)

A análise da argumentação do STF acerca de questões como as presentes é, pois, muito importante, tanto pelo lugar que o Judiciário hoje ocupa na sociedade, onde para além da resolução de conflitos individuais, interfere nos conflitos existentes e eminentes aos demais Poderes; como pela centralidade que a Constituição Federal possui no ordenamento jurídico pátrio. (ROESLER, 2015).

Neste mesmo cenário, a argumentação jurídica reveste-se de cautela necessária, ou ao menos assim deveria, tendo em vista a sua projeção na sociedade. Contudo, o que se percebe na análise das jurisprudências aqui trazidas é tanto a inexistência de razões claras que justifiquem os votos dos Ministros, como a construção dos votos de forma retórica e demagógica, onde menos se consegue compatibilizar a norma jurídica criada com o texto Constitucional, que – por atos velados de autoritarismo – promover a imagem pública dos julgadores, de forma individual, à semelhança de perfis caridosos e entusiastas da justiça social.

4.4 Da fragilidade argumentativa

A cada vez menor tolerância ao autoritarismo – nos mais diversos setores da sociedade – confere à argumentação, sobretudo à argumentação jurídica, uma importância particular. No bojo do constitucionalismo do Estado Democrático de Direito aqui tratado, a adequada argumentação jurídica, por proporcionar um crescimento qualitativo à fundamentação das decisões e afastar os elementos do autoritarismo e da tradição como fontes de legitimidade, se faz indispensável.

A argumentação jurídica é, inclusive, pela via da racionalidade, um instrumento capaz de legitimamente afastar o legalismo do ordenamento jurídico,

conformando as normas aos casos concretos na melhor anatomia que lhes seja possível.

Sabe-se que o ordenamento jurídico orquestrado pelo texto constitucional, até mesmo pelo seu forte traço principiológico, confere um impulso criativo aos juízes, o que se faz perceptível no ato de interpretação de normas que não apresentam uma única leitura. A argumentação jurídica está para a interpretação constitucional como um veículo de legitimidade, afastando da atividade do julgador a mácula da arbitrariedade e ilegalidade no ato de construção/interpretação/aplicação da norma, pela adequação à solução do caso concreto conferida à mesma.

A atividade de interpretação das leis, pelo Judiciário, intérprete autorizado pela nossa constituição, portanto, se dá através da argumentação inerente às decisões de casos concretos submetidos à apreciação do poder público, para solução de controvérsias à luz do isonômico texto legal.

Assim, ao longo da história, positivistas e jusnaturalistas, exegetas e históricos, dentre outros, dedicaram-se a como conhecer e aplicar a norma e o Direito como um todo, positivado ou não.

No bojo das discussões interpretativas, entre os defensores da aplicação objetiva e direta do texto da norma pelo intérprete, o qual era apenas a boca da lei; a busca pela vontade do legislador; e a interpretação flexível à luz dos direitos naturais e princípios soberanos; sobreviveu a equação relativa à renúncia de um Direito justo e equânime em prol da segurança jurídica ou a relativização desta em prol da conformação do Direito.

A relevância e atualidade desta discussão permanece nos debates jurídicos até os dias correntes, afinal a atividade interpretativa do juiz e seus limites dentro do Estado Democrático de Direito, no atual cenário de constante politização do Judiciário, fica a cada dia mais plural.

Desta forma, entende-se que a interpretação é para o Direito um veículo que o conduz à realidade, convertendo a generalidade e abstração das normas, às peculiaridades do caso, tão necessárias de concretização; trazendo o Direito para o universo do *ser*; e a argumentação jurídica se insere nesse contexto conferindo legitimidade à atividade interpretativa do julgador.

Um relevante recorte à discussão sobre a interpretação do Direito consiste nos limites desta atividade interpretativa pelos seus interpretes autorizados, haja vista que frequentemente, sob a justificativa de interpretar, os juízes têm criado novas regras, desconsiderando a “moldura da norma” de que tratava Kelsen (2006) ao preconizar por uma objetividade racional na aplicação do Direito.

O formalismo jurídico – que não raras vezes é mal interpretado e confundido com o legalismo incompatível ao formato de constitucionalismo³⁰ adotado, em verdade - consiste em importante ingrediente do Estado de Direito, pois em termos argumentativos demonstra os limites do ordenamento jurídico que balizaram a interpretação da norma (ATIENZA, 2013), ao mesmo passo em que contribui para o adequado funcionamento institucional – do Judiciário, sobretudo – tão necessário para a concretização do ideal político – de Estado de Direito. (WALDRON, 2009)

A demanda pela argumentação adequada na interpretação do Direito, portanto, supõe o que se entende por justificação que pode ser entendida como...

Sabe-se que a atividade argumentativa no Direito, possui componentes morais e políticos, além dos jurídicos; contudo, tal composição não justifica a desconsideração das esferas da moral, da política e do Direito, mas sim pressupõe a harmonia e unidade de tais esferas, através da razão. (ATIENZA, 2013)

Assim, pela atividade de argumentar é sempre necessário compreender tratar-se de ação relativa à linguagem que almeja apresentar razões – para defender ou confrontar. O percorrer da argumentação, portanto, se situa entre o problema e a solução deste, supondo um processo racional em que possam ser identificadas, ao mínimo, premissas, conclusão e inferência.

A racionalidade da argumentação jurídica é, portanto, um traço – embora não o único - que proporciona a avaliação dos argumentos. Pela racionalidade dos argumentos, vislumbra-se o objetivo que se busca alcançar através da

³⁰ Como já referenciado nas linhas supra. “O claro subjetivismo latente na ditadura dos intérpretes permitidos e oficializados acarretaria um sistema de ímpeto passional, sem quaisquer amarras legais. Sistemas totalmente abertos, sem grau de fechamento hermenêutico, acarretariam a ausência de segurança jurídica e fim da estabilidade democrática. Algo que, por excessivamente aberto, permitiria a ampla usurpação pelos detentores dos canais de controle hermenêutico. Todo sistema constitucional, para que possa ser um sistema democrático, necessita de uma tensão entre regras e princípios que possam harmonizar a dinâmica e a segurança jurídica, espancando a excessiva ditadura da lei e a excessiva ditadura dos aplicadores da lei. A democratização dos canais e dos métodos interpretativos, a partir de uma abertura necessária, é o tom da teoria da Constituição socialmente adequada”. (BELLO FILHO, 2003, p. 213)

argumentação, tanto quanto dota-se de capacidade de avaliá-los como bons ou ruins para tal finalidade.

A avaliação dos argumentos trazidos pelos ministros do STF das ADIs aqui analisadas é feita através destes pilares. Avalia-se a consistência da argumentação jurídica por ele trazidas através da (in)consistência racional das mesmas e, fatalmente, entende-se pela fragilidade argumentativa.

Fala-se em fragilidade argumentativa por vários motivos, dentre os quais:

a) pela falta de coerência, visto que no argumento de que a lei de meia entrada não onera a iniciativa privada em função da possibilidade de rateio dos custos da referida legislação, tem-se a falta de diálogo com o argumento de que a lei de meia entrada possui no fomento ao acesso à cultura a sua razão de existir. Isto porque, tendo em vista que o direito à cultura é um direito social, o seu acesso deve ser democratizado ao universo de cidadãos e não somente à um grupo delimitado - ainda que tal delimitação seja feita por lei e em atenção à critérios de vulnerabilidade e necessidade apontados. Assim, admitir o rateio das despesas de forma à realocá-los na mesma atividade econômica, implica indiscutível oneração da atividade, ainda que não seja em prejuízo do empresariado - como entendem os ministros signatários desta defesa – e se a “redução” do valor do ingresso pela lei de meia entrada justifica-se pelo incentivo à cultura que representaria, a alta do mesmo valor não pode, dentro deste *locus* argumentativo, significar outra coisa senão a negativa do incentivo inicialmente planejado.

b) pelo uso de argumentos falaciosos, na medida em que ao declararem i) a importância da cultura enquanto bem jurídico; ii) o dever do Estado em promover e preservar tal bem; iii) a função social da propriedade como justificativa para o custeio da meia entrada por parte da iniciativa privada, constroem, ainda, a falsa percepção que a simples confecção de instrumentos legislativos que tratem da matéria confunde-se com a efetiva garantia e proteção do bem jurídico.

c) pela inadequação das consequências, aqui um dos mais exponenciais, visto que tanto no caso da lei de meia entrada, como no caso da lei das mensalidades escolares, em que o intuito é democratizar a cultura e a educação, o que se observa é uma repercussão econômica negativa que faz com

que os custos de tal interferência sejam recalculados, de forma a prejudicar o mercado como um todo, visto que ao acesso à cultura, os valores de ingressos são majorados de forma global e ao contrário do que alguns entendem, dentre eles os ministros Carlos Brito e Nelson Jobim, o desconto compulsório instituído pela lei de meia entrada onera a atividade, fatalmente implica em desestímulo à mesma, seja aos estudantes e demais beneficiários previstos na lei, nos casos em que a majoração do valor do ingresso acima referida se faça necessária à planilha financeira das empresas; ou mesmo às próprias empresas, nos casos em que a majoração do valor do ingresso, apesar de necessária, se faça inviável à manutenção do volume de público imperativo ao funcionamento da empresa.

Quanto às ADIs que analisam a constitucionalidade da lei das mensalidades escolares, sobretudo da vedação do sancionamento dos alunos por motivo de inadimplência, como não houve o efetivo enfrentamento da questão e adequada motivação argumentativa por partes dos julgadores, os argumentos da Presidência da República que foram acatados pelo Relator da ADI 1992-9, fizeram-se os argumentos da Corte.

Analisando-os, então, percebe-se que a defesa da constitucionalidade da norma questionada se funda, basicamente, no trecho abaixo:

A educação é um direito social assegurado pelo art. 6º da Constituição Federal, peculiaridade essa que por si só demonstra a constitucionalidade da medida adotada pelo Poder Executivo.

E mais, a maioria da clientela das instituições de ensino é composta de crianças e adolescentes, os quais não de ser colocados a salvo de toda forma de discriminação e opressão, sendo esse o dever da família, da sociedade e do Estado imposto pelo art. 227 da Carta Magna.

Percebe-se, entretanto, que tal argumento repousa no que se entende por contexto de descoberta, posto que são razões que explicam porque o julgador entendeu de determinada forma; contudo, para a argumentação jurídica adequada aos preceitos do Estado Democrático de Direito o que importa é o contexto de justificação, ou seja, as razões que permitem aceitar o argumento como justificado. (ATIENZA, 2006)

Como já dito diversas vezes, não há que se questionar a relevância da garantia do direito à cultura e do direito à educação, da mesma forma que o cuidados com as crianças, adolescentes e idosos, os quais são diretamente atingidos pelas legislações aqui discutidas, deve ser pauta de firme atuação do

Estado. Entretanto, em razão da existência de outros componentes - como a responsabilidade do Estado pela concretização de tais direitos, declarada pelo texto constitucional – faz com que a relevância de tais razões não alcance nível de justificação suficiente para negar o princípio constitucional da livre iniciativa, sobretudo tendo em vista que “de modo geral, os órgãos jurisdicionais ou administrativos não precisam explicar as suas decisões; o que devem fazer é justificá-las” (ATIENZA, 2006, p. 20)

Desta forma, a substituição do contexto de justificação pelo contexto de descoberta, também aponta a fragilidade argumentativa do STF nas decisões aqui analisadas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verifica-se, portanto, que o programa constitucional esbarra na dificuldade das instituições em conciliar o Estado de Direito ao Estado Social, uma vez que diante das dificuldades em efetivar o Estado de Bem-Estar, o poder público inclina-se à compartilhar o ônus da garantia dos direitos sociais à iniciativa privada.

É possível concluir que os direitos à educação e cultura possuem inegável destaque no texto constitucional, razão pela qual, por reconhecida essencialidade, a garantia dos mesmos também restou expressamente situada dentre as responsabilidades e atribuições do Estado, embora também tenha sido autorizado à iniciativa privada a exploração de tais atividades.

Da mesma forma, a liberdade de iniciativa foi amplamente assegurada pela Constituição de 1988, garantindo autonomia contratual, administrativa e financeira à iniciativa privada, o desenvolvimento da indústria e do comércio por reconhecimento da importância do desenvolvimento econômico para a concretização do programa social.

Observa-se, contudo, a proliferação de legislações infraconstitucionais e decisões judiciais pronunciadas por juízes que desconhecem – ou desconsideram – a sua repercussão econômica, inviabilizando, inclusive, a iniciativa privada, através do cerceamento da liberdade de iniciativa, bem como da transferência de responsabilidade quanto à garantia de direitos fundamentais.

A análise dos pronunciamentos judiciais, com ênfase para os do Supremo Tribunal Federal, é muito preocupante aos que compreendem a importância de um diálogo harmônico entre Direito e Economia, haja vistas os votos serem predominantemente anti-capitalista; bem como pelo fato de mais colaborarem para manobras retóricas do Estado, que efetivamente para a concretização da Constituição no ordenamento jurídico como um todo.

Em que pese o texto constitucional tenha tido bastante atenção em tutelar, por diretrizes liberais, o livre mercado e ao Judiciário caber a interpretação e aplicação da norma jurídica, sempre, pela condução do Texto Maior, o que se observa é a frequente e progressiva imposição, anti-democrática, inclusive, de um desenho institucional que constrói um mercado excessivamente regulado – e, por vezes, diretamente intervencionado pelo Estado - ao invés de um livre mercado.

Em que pese a análise do texto constitucional demonstre como o legislador constituinte simultaneamente, e sem prescrição hierárquica, garantiu direitos sociais e fundamentais, tais como a cultura, educação e saúde, assim como tutelou a liberdade de iniciativa e as diretrizes econômicas liberais, haja vista o desenvolvimento ser tanto um direito quanto objetivo da República, legislações infraconstitucionais têm encontrado no Supremo Tribunal Federal o respaldo necessário para a imposição autoritária dos custos da efetivação de tais direitos, bem como para a solidificação de um discurso retórico de tutela de direitos, ineficaz até aos fins que se propõe.

A presente análise buscou trazer ao debate reflexões sobre a importância do Direito enquanto instituição econômica e, no bojo da análise do art. 6º da Lei 9.870/99 que chancela a permanência de alunos inadimplentes nos estabelecimentos privados de ensino e da lei de meia entrada, que confere o benefício da semigratuidade em estabelecimentos culturais privados; demonstrar como tais legislações e a aceitação da mesma pelo STF são prejudiciais ao modelo de Estado Democrático de Direito adotado, ao negarem o princípio constitucional da livre iniciativa e, pela mesma via, à sociedade como um todo, por premiarem o autoritarismo e contribuírem para a desarticulação da sociedade civil através do chancelamento de um discurso de tutela de direitos inexistente..

Sob o manto retórico de democratização da educação e da cultura, tais legislações multiplicam reflexos negativos na sociedade, na medida em que interferem diretamente na livre iniciativa, confrontando o texto constitucional que alicerça todo o ordenamento sob este fundamento, bem como institui tal princípio como diretriz da ordem econômica.

No rol de negativas à Constituição, tais legislações ocasionam, ainda, distorção econômica no mercado, tanto da educação como de entretenimento, uma vez que por onerar tais setores - boicotando-os, inclusive - em razão da natureza privada dos mesmos, os preços são diretamente afetados e majorados para viabilizar o equilíbrio financeiro das atividades, provocando o efeito contrário ao declarado intuito de democratização da educação e cultura.

Eis mais um episódio em que a intervenção do Estado na economia se mostra catastrófico, vez que diante da impossibilidade de concretização plena das promessas constitucionais – tais como a tutela dos direitos de acesso à educação,

cultura, esporte e lazer – ao Estado seria mais racional fomentar a iniciativa privada para ter nesta uma parceria, efetivamente.

A transferência, autoritária, do ônus da garantia de tais direitos não tem sido exitosa, ao contrário, como demonstra o caso da Lei de Meia Entrada, prejudica não somente o público delimitado pela mesma lei, como todo o mercado desta atividade e, ainda, a iniciativa privada.

Desta forma, a Lei de Meia Entrada não somente contraria a Constituição pela interferência à livre iniciativa que representa (conduta positiva), como pela ineficácia aos fins que se propõe (conduta omissiva). Tal inconformidade constitui-se em grande retrocesso, haja vista a normatividade constitucional ter sido uma árdua conquista do Estado Democrático de Direito.

Da mesma forma, a Lei 9870/99, assim como as legislações de meia entrada, não se mostram eficazes ao alcance dos fins a que se propõem, visto não contribuírem para a democratização do acesso à educação e cultura, afrontarem a livre iniciativa pela interferência que representam à autonomia administrativo-financeira das empresas que exploram tais atividades econômicas mediante autorização do texto constitucional.

Ainda, e ao presente estudo este é o mais relevante aspecto negativo projetado pelas legislações em análise, observa-se uma desarticulação social através de leis como as de Nº 9870/99 e 12.933/2013, pois como dito, os referidos diplomas conseguem acomodar os pleitos reivindicatórios da sociedade, a qual se vê representada pelo discurso demonizador da iniciativa privada, quando, em verdade, o Estado se mantém inerte, burlando suas obrigações constitucionais, sob a guarda de um discurso revestido de legalidade e transferindo as suas responsabilidades para a iniciativa privada.

Desta forma, o agigantamento da intervenção do Estado, por sua vez, ocasiona a afronta aos princípios constitucionais tais como a livre iniciativa e, por via reversa, ocasiona prejuízos ao desenvolvimento e distorções éticas no tecido social; ao mesmo tempo em que não se mostra eficiente ao alcance da finalidade que arrola.

Por fim, observa-se que a postura do Judiciário diante da apresentação de tais controvérsias é tanto cúmplice da agressão ao texto constitucional, como eivada de fragilidade argumentativa.

Ao Judiciário é dada a missão, bem como o poder, de fundamentalizar o ordenamento jurídico à luz dos preceitos constitucionais, compatibilizando as legislações ordinárias e os atos do Poder Público de forma geral, com a Constituição de 1988; entretanto, o que se observa é o recuo e proteção desta instituição no texto legal e nas manobras retóricas de um Estado demagógico.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ANDERSON, Perry. **Passagens da Antiguidade ao Feudalismo**. Tradução de Telma Costa. Porto: Afrontamento, 1980.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**: teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy Editora, 2006

ATIENZA, Manuel. **Curso de Argumentación Jurídica**. Madrid: Trotta, 2013

AZEVEDO, Dermi. A Igreja Católica e seu papel político no Brasil. **Estudos avançados**. [online] vol.18, no.52, São Paulo, Sept./Dec. 2004.

BARCELOS, Ana Paula de.; BARROSOS, L. R. O começo da história. a Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. **Interesse Público**, v.5, n. 19, p. 51-80, 2003.

BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**. FGV. Rio de Janeiro, v. 240, abr./jun. 2005, p. 1-42. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

_____. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista dos Tribunais** (São Paulo), v. 795, p. 55, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito econômico brasileiro**. São Paulo: IBDC, 2000.

BELLO FILHO, Ney de Barros. **Sistema constitucional aberto: teoria do conhecimento e da interpretação do espaço constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1986.

BRASIL. Lei 12.933, de 26 de dezembro 2013. Dispõe sobre o benefício do pagamento de meia-entrada para estudantes, idosos, pessoas com deficiência e jovens de 15 a 29 anos comprovadamente carentes em espetáculos artístico-culturais e esportivos, e revoga a Medida Provisória no 2.208, de 17 de agosto de 2001. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 dez. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12933.htm>. Acesso em: 15 jun. 2015.

_____. Lei 9.870, de 23 de novembro 1999. Dispõe sobre o valor total das anuidades escolares e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF,

24 nov. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/L9870.htm>. Acesso em: 20 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 1992**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1757595>>. Acesso em: 5 jan. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 319-4**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1501599>>. Acesso em: 5 jan. 2016.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Estado de direito**. Lisboa: Gradiva, 1999

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 18. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014

CASTRO, Matheus Felipe de.; MEZZAROBBA, Orides. **História ideológica das constituições brasileiras**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015

CODATO, Adriano Nervo. **Sistema estatal e política econômica no Brasil pós-64**. São Paulo: Hucitec/Anpocs; Curitiba: EDUFPR, 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. Capitalismo: civilização e poder. **Estudos avançados**. [online]. 2011, vol.25, n.72, pp. 251-276. ISSN 0103-4014.

CORREA, Oscar Dias. **O sistema político-econômico do futuro: o societarismo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

COUTINHO, Diogo R. **O diálogo caricato entre direito e economia**. Disponível em: <<http://www.valoronline.com.br>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

_____. **Revista eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº28, novembro/dezembro/janeiro, 2011/2012. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.cm/revista/REDAE-25-NOVEMBRO-2011-DIOGO-COUTINHO.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

DUARTE, Clarice. **A educação como um direito fundamental de natureza social**. IN: *Educação Social*. Campinas, v.28, n.100, Especial, out./2007.

DUAYER, Mário; MEDEIROS, João Leonardo. Miséria brasileira e macrofilantropia: psicografando Marx. **Revista de Economia Contemporânea**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, jul./ dez. 2003.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010b.

_____. **O império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010

ESPÍRITO SANTO. Assembleia Legislativa. **Lei nº 7.737, de 05 de abril de 2004**. Institui a ½ (meia) entrada em locais públicos de cultura, esporte e lazer para doadores de sangue e órgãos, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.conslegis.es.gov.br/>>. Acesso em: 25 jun. 2015.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Congelamento de preços – tabelamentos oficiais (parecer), **Revista de Direito Público** nº 91, 1989, p. 77/78

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. A Evolução da Ordem Econômica no Direito Constitucional Brasileiro e o Papel das Agências Reguladoras. **Revista da AGU**, v. 6 n. 13 ago. 2007.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

GOMES, Carlos Jacques Vieira. O Princípio constitucional da livre concorrência: corolário da livre iniciativa ou princípio autônomo da ordem econômica? *In*: DANTAS, Bruno *et al.* **Estado e Economia em 20 anos de Mudanças**: Sistema Tributário e Ordem Econômica. Brasília: Senado Federal, 2008, p. 331-346.

GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HOLMES, S; SUSTEIN C. **The Cost of Rights** - Why Liberty Depends on Taxes. New York: W.W. Norton & Company, Inc., 2000

HUGON, Paul. **História das doutrinas econômicas**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 1995

HUNT, E. K. **História do pensamento econômico**: uma perspectiva crítica. 2. Ed. Tradução de José Ricardo Brandão Azevedo e Maria José Cyhlar Monteiro. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2005.

HUNT, E. K; SHERMAN, Howard J. **História do Pensamento Econômico**. Tradução de Jaime Larry Benchimol. - 26. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2006

MARTINEZ, Sérgio Rodrigo. A liberdade, a igualdade e a fraternidade na análise econômica do direito à partir do pensamento de Amartya Sen. **Ciências Sociais**

Aplicadas em Revista – UNIOESTE/MCR – v. 11 – n.20 – 1º sem.2011 – p. 43 a 53 – INSS 1679-348X

_____. **A liberdade, a igualdade e a fraternidade na análise econômica do direito à partir do pensamento de Amartya Sen.** Ciências Sociais Aplicadas em Revista – UNIOESTE/MCR – v. 11 – n.20 – 1º sem.2011 – p. 43 a 53 – INSS 1679-348X

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 11. ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais.** 1º ed. São Paulo: Malheiros, 2015

MONCADA, Luís Cabral de. **Direito Econômico**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Ordem econômica e desenvolvimento na Constituição de 1998**, Rio de Janeiro: APEC, 1989.

MÜLLER, Friedrich. **Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

NUNES, A. J. Avelãs. **Os sistemas econômicos**. Coimbra: Almedina, 1994.

OLIVEIRA JUNIOR, Raimundo Frutuoso de. **Aplicações da Análise Econômica do Direito**. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Junho/2010

POLANYI, Karl. **A grande transformação**: as origens de nossa época. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

POSNER, Richard. **El análisis económico del derecho**. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.

_____. **Para além do Direito**. Tradução: Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009a.

QUESNAY, François. **Quadro Econômico**: análise das variações do rendimento de uma nação. 3. ed. Tradução de Bento Murteira e Teodora Cardoso. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **A mentalidade anticapitalista do STF**. 2012. Disponível em: <<http://www.mises.org.br/ArticlePrint.aspx?id=1475>>. Acesso em: 02 jan. 2015.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **Educação Superior, Direito e Estado**. São Paulo, EDUSP/FAPESP, 2000.

_____. Os estados e o direito à educação na constituição de 1988 - comentários acerca da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *In*:

MORAES, Alexandre de. (Org.). **Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 183-200.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011

RIO DE JANEIRO. Assembleia Legislativa. **Lei nº 3.364, de 07 de janeiro de 2000**. Institui a meia-entrada para jovens de até vinte e um anos de idade em estabelecimentos que proporcionam lazer e entretenimento. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/69d90307244602bb032567e800668618/c1434e5a49cae4fa03256863006b18a6?OpenDocument>>. Acesso em: 15 maio. 2015.

ROESLER, Claudia R., **Entre o Paradoxismo de Razões e a Razão Nenhuma: Paradoxos de Uma Prática Jurídica**. Artigo aceito para publicação. 2015.

SAAD, Amauri Feres. **O direito constitucional à educação e a exceção do contrato não cumprido nas relações educacionais (comentários à margem dos arts. 5º e 6º da Lei nº9.870/1999)**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v.259, p. 89-121, jan/abr. 2012

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial (as estruturas)**. São Paulo: Malheiros, 1998

SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira de. Origem e evolução do direito constitucional brasileiro. In: _____. **Comentários à constituição brasileira de 1891**. Brasília: Senado Federal, 2005.

SÃO PAULO. Assembleia Legislativa. **Lei nº 7.844, de 13 de maio de 1992**. Assegura a estudantes o direito ao pagamento de meia entrada em espetáculos esportivos, culturais e de lazer, e dá providências correlatas. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1992/lei-7844-13.05.1992.html>>. Acesso em: 20 set. 2015.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004

SCHAPIRO, Mario Gomes. Amarrando as próprias botas do desenvolvimento: a nova economia global e a relevância de um desenho jurídico-institucional nacionalmente adequado. **Revista Direito GV**, São Paulo. jan-jun 2011.

SCHIMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. México: Editora Nacional, 1970

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Cia das Letras, 2000.

_____. **Sobre ética e economia**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SHIEBER, Benjamin M., **Abusos do poder econômico (direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**: o que é o terceiro estado? Tradução de Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.

SILVA, Hélio. **Vargas: uma biografia política**. Porto Alegre: L&PM, 2004

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SMITH, Adam. **Inquérito sobre a natureza e as causas da riqueza das nações**. 4. ed. Tradução de Teodora Cardoso e Luís Cristóvão de Aguiar. v. I. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

_____. **A riqueza das nações**: investigação sobre sua natureza e suas causas. Trad. Luiz João Braúna. v. I e II. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

SOUSA, Monica Teresa Costa. **Direito e Desenvolvimento**: uma abordagem a partir das perspectivas de liberdade e Capacitação. Curitiba: Juruá, 2011.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. O dilema constitucional contemporâneo entre o neoconstitucionalismo econômico e o constitucionalismo democrático. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; BARRETO LIMA, Martônio Mont'Alverne (Org.). **Diálogos constitucionais**: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa. *In*: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). **A constitucionalização do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SOUZA, Jessé. A ética protestante e a ideologia do atraso brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. vol 13. Nº 38, São Paulo, out. 1998. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-69091998000300006>>. Acesso em: 20 set. 2015

SOUZA, Nali de Jesus. **Desenvolvimento econômico**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

TÁCITO, Caio. **A Constituição de 1988**. *In*: PORTO, Walter Costa (Org.). Constituições brasileiras: 1946. 2. Ed. Brasília: Senado Federal e MC&T/Centro de Estudos Estratégicos, 2001, v. VII.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2006

_____. **Direito fundamental à educação**. [s.d.] Disponível em: <http://www.animaopet.com.br/primeira_edicao/artigo_Andre_Ramos_Tavares_direito_fund.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2015

TROSTER, Roberto Luis. **Introdução à economia**. São Paulo: Makron Books, 2002.

WALDRON, Jeremy. **The concept and the Rule of Law**. *In*: HeinOnline 43 Ga. L. Rev. 1 (2008-2009)

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. Tradução de José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

ANEXOS

ANEXO A – Lei nº 9.870, de 23 de novembro de 1999.

LEI Nº 9.870, DE 23 DE NOVEMBRO DE 1999.

Dispõe sobre o valor total das anuidades escolares e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º O valor das anuidades ou das semestralidades escolares do ensino pré-escolar, fundamental, médio e superior, será contratado, nos termos desta Lei, no ato da matrícula ou da sua renovação, entre o estabelecimento de ensino e o aluno, o pai do aluno ou o responsável.

§ 1º O valor anual ou semestral referido no caput deste artigo deverá ter como base a última parcela da anuidade ou da semestralidade legalmente fixada no ano anterior, multiplicada pelo número de parcelas do período letivo.

§ 2º (VETADO)

§ 3º Poderá ser acrescido ao valor total anual de que trata o § 1º montante proporcional à variação de custos a título de pessoal e de custeio, comprovado mediante apresentação de planilha de custo, mesmo quando esta variação resulte da introdução de aprimoramentos no processo didático-pedagógico. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.173-24, 23.8.2001)

§ 4º A planilha de que trata o § 3º será editada em ato do Poder Executivo. (Regulamento) (Incluído pela Medida Provisória nº 2.173-24, 23.8.2001)

§ 5º O valor total, anual ou semestral, apurado na forma dos parágrafos precedentes terá vigência por um ano e será dividido em doze ou seis parcelas mensais iguais, facultada a apresentação de planos de pagamento alternativos, desde que não excedam ao valor total anual ou semestral apurado na forma dos parágrafos anteriores. (Renumerado pela Medida Provisória nº 2.173-24, 23.8.2001)

§ 6º Será nula, não produzindo qualquer efeito, cláusula contratual de revisão ou reajustamento do valor das parcelas da anuidade ou semestralidade escolar em prazo inferior a um ano a contar da data de sua fixação, salvo quando expressamente prevista em lei. (Renumerado pela Medida Provisória nº 2.173-24, 23.8.2001)

§ 7º Será nula cláusula contratual que obrigue o contratante ao pagamento adicional ou ao fornecimento de qualquer material escolar de uso coletivo dos estudantes ou da instituição, necessário à prestação dos serviços educacionais contratados, devendo os custos correspondentes ser sempre considerados nos cálculos do valor das anuidades ou das semestralidades escolares. (Incluído pela Lei nº 12.886, de 2013)

Art. 2º O estabelecimento de ensino deverá divulgar, em local de fácil acesso ao público, o texto da proposta de contrato, o valor apurado na forma do art. 1º e o número de vagas por sala-classe, no período mínimo de quarenta e cinco dias antes da data final para matrícula, conforme calendário e cronograma da instituição de ensino.

Parágrafo único (VETADO)

Art. 3º (VETADO)

Art. 4º A Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, quando necessário, poderá requerer, nos termos da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, e no âmbito de suas atribuições, comprovação documental referente a qualquer cláusula contratual, exceto dos estabelecimentos de ensino que tenham firmado acordo com alunos, pais de alunos ou associações de pais e alunos, devidamente legalizadas, bem como quando o valor arbitrado for decorrente da decisão do mediador.

Parágrafo único. Quando a documentação apresentada pelo estabelecimento de ensino não corresponder às condições desta Lei, o órgão de que trata este artigo poderá tomar, dos interessados, termo de compromisso, na forma da legislação vigente.

Art. 5º Os alunos já matriculados, salvo quando inadimplentes, terão direito à renovação das matrículas, observado o calendário escolar da instituição, o regimento da escola ou cláusula contratual.

Art. 6º São proibidas a suspensão de provas escolares, a retenção de documentos escolares ou a aplicação de quaisquer outras penalidades pedagógicas por motivo de inadimplemento, sujeitando-se o contratante, no que couber, às sanções legais e administrativas, compatíveis com o Código de Defesa do Consumidor, e com os arts. 177 e 1.092 do Código Civil Brasileiro, caso a inadimplência perdure por mais de noventa dias.

§ 1º O desligamento do aluno por inadimplência somente poderá ocorrer ao final do ano letivo ou, no ensino superior, ao final do semestre letivo quando a instituição adotar o regime didático semestral. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.173-24, 23.8.2001)

§ 2º Os estabelecimentos de ensino fundamental, médio e superior deverão expedir, a qualquer tempo, os documentos de transferência de seus alunos, independentemente de sua inadimplência ou da adoção de procedimentos legais de cobranças judiciais. (Renumerado pela Medida Provisória nº 2.173-24, 23.8.2001)

§ 3º São asseguradas em estabelecimentos públicos de ensino fundamental e médio as matrículas dos alunos, cujos contratos, celebrados por seus pais ou responsáveis para a prestação de serviços educacionais, tenham sido suspensos em virtude de inadimplemento, nos termos do caput deste artigo. (Renumerado pela Medida Provisória nº 2.173-24, 23.8.2001)

§ 4º Na hipótese de os alunos a que se refere o § 2º, ou seus pais ou responsáveis, não terem providenciado a sua imediata matrícula em outro estabelecimento de sua livre escolha, as Secretarias de Educação estaduais e municipais deverão providenciá-la em estabelecimento de ensino da rede pública, em curso e série correspondentes aos cursados na escola de origem, de forma a garantir a continuidade de seus estudos no mesmo período letivo e a respeitar o disposto no inciso V do art. 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente. (Renumerado pela Medida Provisória nº 2.173-24, 23.8.2001)

Art. 7º São legitimados à propositura das ações previstas na Lei no 8.078, de 1990, para a defesa dos direitos assegurados por esta Lei e pela legislação vigente, as associações de alunos, de pais de alunos e responsáveis, sendo indispensável, em qualquer caso, o apoio de, pelo menos, vinte por cento dos pais de alunos do estabelecimento de ensino ou dos alunos, no caso de ensino superior.

Art. 8º O art. 39 da Lei no 8.078, de 1990, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso:

"XIII - aplicar fórmula ou índice de reajuste diverso do legal ou contratualmente estabelecido."

Art. 9º A Lei no 9.131, de 24 de novembro de 1995, passa a vigorar acrescida dos seguintes artigos:

"Art. 7º-A. As pessoas jurídicas de direito privado, mantenedoras de instituições de ensino superior, previstas no inciso II do art. 19 da Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996, poderão assumir qualquer das formas admitidas em direito, de natureza civil ou comercial e, quando constituídas como fundações, serão regidas pelo disposto no art. 24 do Código Civil Brasileiro.

Parágrafo único. Quaisquer alterações estatutárias na entidade mantenedora, devidamente averbadas pelos órgãos competentes, deverão ser comunicadas ao Ministério da Educação, para as devidas providências.

Art. 7º-B. As entidades mantenedoras de instituições de ensino superior, sem finalidade lucrativa, deverão:

I - elaborar e publicar em cada exercício social demonstrações financeiras, com o parecer do conselho fiscal, ou órgão similar;

II - manter escrituração completa e regular de todos os livros fiscais, na forma da legislação pertinente, bem como de quaisquer outros atos ou operações que venham a modificar sua situação patrimonial, em livros revestidos de formalidades que assegurem a respectiva exatidão;

III - conservar em boa ordem, pelo prazo de cinco anos, contado da data de emissão, os documentos que comprovem a origem de suas receitas e a efetivação de suas despesas, bem como a realização de quaisquer outros atos ou operações que venham a modificar sua situação patrimonial;

IV - submeter-se, a qualquer tempo, a auditoria pelo Poder Público;

V - destinar seu patrimônio a outra instituição congênere ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades, promovendo, se necessário, a alteração estatutária correspondente;

VI - comprovar, sempre que solicitada pelo órgão competente:

a) a aplicação dos seus excedentes financeiros para os fins da instituição de ensino;

b) a não-remuneração ou concessão de vantagens ou benefícios, por qualquer forma ou título, a seus instituidores, dirigentes, sócios, conselheiros ou equivalentes.

Parágrafo único. A comprovação do disposto neste artigo é indispensável, para fins de credenciamento e recredenciamento da instituição de ensino superior.

Art. 7º-C. As entidades mantenedoras de instituições privadas de ensino superior comunitárias, confessionais e filantrópicas ou constituídas como fundações não poderão ter finalidade lucrativa e deverão adotar os preceitos do art. 14 do Código Tributário Nacional e do art. 55 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, além de atender ao disposto no art. 7º-B.

Art. 7º-D. As entidades mantenedoras de instituições de ensino superior, com finalidade lucrativa, ainda que de natureza civil, deverão elaborar, em cada exercício social, demonstrações financeiras atestadas por profissionais competentes."

Art. 10. Continuam a produzir efeitos os atos praticados com base na Medida Provisória no 1.890-66, de 24 de setembro de 1999, e nas suas antecessoras.

Art. 11. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 12. Revogam-se a Lei nº 8.170, de 17 de janeiro de 1991; o art. 14 da Lei nº 8.178, de 1º de março de 1991; e a Lei nº 8.747, de 9 de dezembro de 1993.

Brasília, 23 de novembro de 1999; 178º da Independência e 111º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

José Carlos Dias

Pedro Malan

Paulo Renato Souza

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 24.11.1999 (Edição extra)

ANEXO B – Lei nº 12.933, de 26 de dezembro de 2013.

LEI Nº 12.933, DE 26 DE DEZEMBRO DE 2013.

Dispõe sobre o benefício do pagamento de meia-entrada para estudantes, idosos, pessoas com deficiência e jovens de 15 a 29 anos comprovadamente carentes em espetáculos artístico-culturais e esportivos, e revoga a Medida Provisória no 2.208, de 17 de agosto de 2001.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º É assegurado aos estudantes o acesso a salas de cinema, cineclubes, teatros, espetáculos musicais e circenses e eventos educativos, esportivos, de lazer e de entretenimento, em todo o território nacional, promovidos por quaisquer entidades e realizados em estabelecimentos públicos ou particulares, mediante pagamento da metade do preço do ingresso efetivamente cobrado do público em geral.

§ 1º O benefício previsto no caput não será cumulativo com quaisquer outras promoções e convênios e, também, não se aplica ao valor dos serviços adicionais eventualmente oferecidos em camarotes, áreas e cadeiras especiais.

§ 2º Terão direito ao benefício os estudantes regularmente matriculados nos níveis e modalidades de educação e ensino previstos no Título V da Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que comprovem sua condição de discente, mediante a apresentação, no momento da aquisição do ingresso e na portaria do local de realização do evento, da Carteira de Identificação Estudantil (CIE), emitida pela Associação Nacional de Pós-Graduandos (ANPG), pela União Nacional dos Estudantes (UNE), pela União Brasileira dos Estudantes Secundaristas (Ubes), pelas entidades estaduais e municipais filiadas àquelas, pelos Diretórios Centrais dos Estudantes (DCEs) e pelos Centros e Diretórios Acadêmicos, com prazo de validade renovável a cada ano, conforme modelo único nacionalmente padronizado e publicamente disponibilizado pelas entidades nacionais antes referidas e pelo Instituto Nacional de Tecnologia da Informação (ITI), com certificação digital deste, podendo a carteira de identificação estudantil ter 50% (cinquenta por cento) de características locais.

§ 3º (VETADO).

§ 4º A Associação Nacional de Pós-Graduandos, a União Nacional dos Estudantes, a União Brasileira dos Estudantes Secundaristas e as entidades estudantis estaduais e municipais filiadas àquelas deverão disponibilizar um banco de dados contendo o nome e o número de registro dos estudantes portadores da Carteira de

Identificação Estudantil (CIE), expedida nos termos desta Lei, aos estabelecimentos referidos no caput deste artigo e ao Poder Público.

§ 5º A representação estudantil é obrigada a manter o documento comprobatório do vínculo do aluno com o estabelecimento escolar, pelo mesmo prazo de validade da respectiva Carteira de Identificação Estudantil (CIE).

§ 6º A Carteira de Identificação Estudantil (CIE) será válida da data de sua expedição até o dia 31 de março do ano subsequente.

§ 7º (VETADO).

§ 8º Também farão jus ao benefício da meia-entrada as pessoas com deficiência, inclusive seu acompanhante quando necessário, sendo que este terá idêntico benefício no evento em que comprove estar nesta condição, na forma do regulamento.

§ 9º Também farão jus ao benefício da meia-entrada os jovens de 15 a 29 anos de idade de baixa renda, inscritos no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal (CadÚnico) e cuja renda familiar mensal seja de até 2 (dois) salários mínimos, na forma do regulamento.

§ 10. A concessão do direito ao benefício da meia-entrada é assegurada em 40% (quarenta por cento) do total dos ingressos disponíveis para cada evento.

§ 11. As normas desta Lei não se aplicam aos eventos Copa do Mundo FIFA de 2014 e Olimpíadas do Rio de Janeiro de 2016.

Art. 2º O cumprimento do percentual de que trata o § 10 do art. 1º será aferido por meio de instrumento de controle que faculte ao público o acesso a informações atualizadas referentes ao quantitativo de ingressos de meia-entrada disponíveis para cada sessão.

§ 1º As produtoras dos eventos deverão disponibilizar:

I - o número total de ingressos e o número de ingressos disponíveis aos usuários da meia-entrada, em todos os pontos de venda de ingressos, de forma visível e clara;

II – o aviso de que houve o esgotamento dos ingressos disponíveis aos usuários da meia-entrada em pontos de venda de ingressos, de forma visível e clara, quando for o caso.

§ 2º Os estabelecimentos referidos no caput do art. 1º deverão disponibilizar o relatório da venda de ingressos de cada evento à Associação Nacional de Pós-Graduandos, à União Nacional dos Estudantes, à União Brasileira dos Estudantes Secundaristas, a entidades estudantis estaduais e municipais filiadas àquelas e ao Poder Público, interessados em consultar o cumprimento do disposto no § 10 do art. 1º.

Art. 3º Caberá aos órgãos públicos competentes federais, estaduais e municipais a fiscalização do cumprimento desta Lei.

Parágrafo único. A comprovação da emissão irregular ou fraudulenta de carteiras estudantis acarretará à entidade emissora, conforme o caso, sem prejuízo das sanções administrativas e penais aplicáveis aos responsáveis pela irregularidade ou fraude:

I - multa;

II - suspensão temporária da autorização para emissão de carteiras estudantis; e

III - (VETADO).

Art. 4º Os estabelecimentos referidos no caput do art. 1º deverão afixar cartazes, em local visível da bilheteria e da portaria, de que constem as condições estabelecidas para o gozo da meia-entrada, com os telefones dos órgãos de fiscalização.

Art. 5º Revoga-se a Medida Provisória no 2.208, de 17 de agosto de 2001.

Art. 6º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, gerando efeitos a partir da edição de sua norma regulamentadora.

Brasília, 26 de dezembro de 2013; 192º da Independência e 125º da República.

DILMA ROUSSEFF
José Eduardo Cardozo
Marta Suplicy
Gilberto Carvalho
Maria do Rosário Nunes

Este texto não substitui o publicado no DOU de 27.12.2013

ANEXO C – Lei nº 7.844, de 13 de maio de 1992 / SÃO PAULO**LEI N. 7.844, DE 13 DE MAIO DE 1992**

(Projeto de lei n. 111/91, do deputado Jamil Murad)

Assegura a estudantes o direito ao pagamento de meia entrada em espetáculos esportivos, culturais e de lazer, e dá providências correlatas

O PRESIDENTE DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA, em exercício no cargo de Governador do Estado de São Paulo:

Faço saber que a Assembléia Legislativa decreta e eu promulgo a seguinte lei:

Artigo 1.º - Fica assegurado aos estudantes regularmente matriculados em estabelecimentos de ensino de primeiro, segundo e terceiro graus, existentes no Estado de São Paulo, o pagamento de meia-entrada do valor efetivamente cobrado para o ingresso em casas de diversão, de espetáculos teatrais, musicais e circenses, em casas de exibição cinematográfica, praças esportivas e similares das áreas de esporte, cultura e lazer do Estado de São Paulo, na conformidade da presente lei.

§ 1.º - Para efeito do cumprimento desta lei, consideram-se casas de diversão de qualquer natureza, como previsto no "caput" deste artigo, os locais que, por suas atividades, propiciem lazer e entretenimento.

§ 2.º - Serão beneficiados por esta lei os estudantes devidamente matriculados em estabelecimentos de ensino público ou particular, do primeiro, segundo e terceiro graus, no Estado de São Paulo, devidamente autorizados a funcionar pelos órgãos competentes.

Artigo 2.º - A Carteira de Identificação Estudantil CIE - será emitida pela União Nacional dos Estudantes - UNE - ou pela União Brasileira dos Estudantes Secundaristas - UBES - e distribuída pelas respectivas entidades filiadas, tais como União Estadual dos Estudantes, União Paulista dos Estudantes, Uniões Municipais, Diretórios Centrais de Estudantes, Diretórios Acadêmicos, Centros Acadêmicos e Grêmios Estudantis.

§ 1.º - Ficam as direções das escolas de primeiro, segundo e terceiro graus obrigadas a fornecer às respectivas entidades representativas da sua área de jurisdição, no início do semestre letivo, as listagens dos estudantes devidamente matriculados em suas unidades de ensino.

§ 2.º - A Carteira de Identificação Estudantil será válida em todo o Estado de São Paulo, perdendo a sua validade apenas quando da expedição de nova carteira no ano letivo seguinte.

Artigo 3.º - Caberão ao Governo do Estado de São Paulo, através dos seus respectivos órgãos de cultura, esporte, turismo e defesa do consumidor, e, nos Municípios, aos mesmos órgãos das referidas áreas, bem como ao Ministério Público do Estado de São Paulo, a fiscalização e o cumprimento desta lei.

Artigo 4.º - O Governo do Estado de São Paulo, no prazo de até 60 (sessenta) dias a contar da data da publicação desta lei, procederá à sua regulamentação,

prevendo, inclusive, sanções aos estabelecimentos infratores, que poderão chegar até a suspensão do seu alvará de funcionamento.

Artigo 5.º - Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário.

Palácio dos Bandeirantes, 13 de maio de 1992.

CARLOS ALBERTO EUGÊNIO APOLINÁRIO

Fernando Gomes de Moraes

Secretário da Educação

Cláudio Ferraz de Alvarenga

Secretário do Governo

Publicado na Assessoria Técnico-Legislativo, aos 13 de maio de 1992.

ANEXO D – Lei nº 3364, de 07 de janeiro de 2000 / RIO DE JANEIRO

LEI Nº 3364, DE 07 DE JANEIRO DE 2000.

INSTITUI A MEIA-ENTRADA PARA JOVENS DE ATÉ VINTE E UM ANOS DE IDADE EM ESTABELECIMENTOS QUE PROPORCIONAM LAZER E ENTRETENIMENTO.

O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO,

Faço saber que a Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º - É assegurado o pagamento de 50% (cinquenta por cento) do valor efetivamente cobrado para o ingresso em casas de diversões, praças desportivas e similares aos jovens de até 21 anos (vinte e um) anos de idade.

Art. 2º - Consideram-se casas de diversões, para efeitos desta Lei, os estabelecimentos que realizem espetáculos musicais, artísticos, circenses, teatrais, cinematográficos, atividades sociais, recreativas e quaisquer outros que proporcionem lazer e entretenimento.

Parágrafo único - A meia-entrada corresponderá sempre à metade do valor do ingresso cobrado, ainda que sobre os preços incidam descontos ou atividades promocionais.

Art. 3º - A Prova de condição prevista no Art. 1º, para recebimento do benefício, será feita por qualquer documento de identidade expedido pelos órgãos públicos.

~~Art. 4º - O Poder Executivo regulamentará a presente lei no prazo de 90 (noventa) dias.~~

***Art. 4º** - O estabelecimento que não cumprir a presente Lei estará sujeito à pena de multa no valor de 1000 (mil) UFIR's.

Parágrafo único – Em caso de reincidência a multa será dobrada, e assim sucessivamente.

* Nova redação dada pela Lei nº 3570, de 28 de maio de 2001, publicada em 31/05/2001.

Art. 5º - Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Rio de Janeiro, 07 de janeiro de 2000.

ANTHONY GAROTINHO

Governador

Projeto de Lei nº 190/99

Autoria: TÂNIA RODRIGUES

Publicação: 11/01/2000

<http://www.conslegis.es.gov.br/>

ANEXO E – Lei nº 7.737 / ESPÍRITO SANTO**LEI Nº 7.737**

Institui a ½ (meia) entrada em locais públicos de cultura, esporte e lazer para doadores de sangue e órgãos, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, faço saber que a Assembléia Legislativa aprovou, o Governador do Estado, nos termos do art. 66, §1º da Constituição Estadual sancionou, e eu, Cláudio Vereza, seu Presidente, nos termos do §7º do mesmo artigo, promulgo a seguinte Lei:

Art. 1º Fica instituída a ½ (meia) entrada para doadores regulares de sangue, em todos os locais públicos de cultura, esporte e lazer mantidos pelas entidades e órgãos das administrações direta e indireta do Estado do Espírito Santo.

Art. 2º A ½ (meia) entrada corresponde a 50% (cinquenta por cento) do valor do ingresso cobrado, sem restrição de data e horário.

Art. 3º Para efeitos desta Lei, são considerados doadores regulares de sangue aqueles registrados no hemocentro e nos bancos de sangue dos hospitais do Estado, identificados por documento oficial expedido pela Secretaria de Estado da Saúde - SESA.

Art. 4º A SESA emitirá carteira de controle das doações de sangue, comprovando a regularidade das doações.

Art. 5º São considerados locais públicos estaduais para efeitos desta Lei, os teatros, os museus, os cinemas, os circos, as feiras, as exposições zoológicas, os parques, os pontos turísticos, os estádios e congêneres.

Art. 6º O Poder Executivo regulamentará a presente Lei no prazo de 90 (noventa) dias, a contar da data de sua publicação.

Art. 7º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Palácio Domingos Martins, em 05 de abril de 2004.

CLAUDIO VEREZA

Presidente

(D. O. 06/04/2004)

ANEXO F – ADI 1.950 / SP

ANEXO G – ADI 2.163 / RJ

ANEXO H – 1.117-1 / DF

ANEXO I – ADI 1.129-4 / DF

ANEXO J – ADI 1.176-6 / DF

ANEXO K – ADI 1.236-3 / DF

ANEXO L – ADI 1.370-0 / DF

ANEXO M – ADI 1.992-9 / DF