

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Responsabilidade Civil Ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. 2. ed. rev., ampl., e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. Apelação Cível: direitos indígenas. Disponível em: [http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1\\_captcha\\_id=802f067b-793142b13c650b00f60117ac&trf1\\_captcha=fj4c&enviar=Pesquisar&proc=200432000008530&secao=TRF1](http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1_captcha_id=802f067b-793142b13c650b00f60117ac&trf1_captcha=fj4c&enviar=Pesquisar&proc=200432000008530&secao=TRF1). Acesso em: 01/04/2015

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. Agravo de Decisão Denegatória de Rec. Extraordinário - FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO – FUNAI. Disponível em: [http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar\\_documento\\_gedpro.php?local=trf4&documento=4543989&hash=1545b3d63a5aacf5b0da467a646b50d4](http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=4543989&hash=1545b3d63a5aacf5b0da467a646b50d4). Acesso em: 01/04/2015

Mônica Teresa Costa SOUSA<sup>1</sup>  
Rayana Pereira Sotão ARRAES<sup>2</sup>

## UMA ANÁLISE ECONÔMICA DA TUTELA AO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO NO ARTIGO 6º DA LEI FEDERAL 9.870/99, A PARTIR DO PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA

AN ECONOMIC ANALYSIS OF THE PROTECTION OF THE CONSTITUTIONAL RIGHT TO EDUCATION IN ARTICLE 6 OF FEDERAL LAW 9870/99, PRESUMING CONFORMITY WITH THE PRINCIPLE OF FREE ENTERPRISE

UMA ANÁLISE ECONÔMICA DA TUTELA AO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO NO ARTIGO 6º DA LEI FEDERAL 9.870/99, A PARTIR DO PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA

### SUMÁRIO:

Introdução; 1. Considerações sobre Constituição, Estado e Economia: O surgimento do Direito Econômico; 2. O Direito à educação na Constituição Federal de 1988; 3. Sobre a livre-iniciativa no Direito Brasileiro: Da Constituição Federal à jurisprudência do STF; 3.1. O entendimento da jurisprudência do STF acerca do princípio da livre-iniciativa, enquanto guardião do texto constitucional; 4. Uma análise econômica do direito previsto pela lei federal 9.870 de 23.11.1999; Considerações finais; Bibliografia.

### RESUMO:

O texto constitucional de 1988 trouxe expressamente a tutela do direito à educação como direito fundamental incluído no amplo rol de direitos sociais

Como citar esse artigo:  
SOUSA, Mônica.  
ARRAES, Rayana.  
Uma análise econômica da tutela ao direito constitucional à educação no artigo 6º da lei federal 9.870/99, a partir do princípio da livre iniciativa. Argumenta Journal Law, Jacarezinho - PR, Brasil, n. 22, p. 301-336  
Data de submissão: 10/06/2015  
Data de aprovação: 31/07/2015

1. Universidade Federal do Maranhão

2. Universidade Federal do Maranhão

ali salvaguardados. 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 o serviço de ensino tenha sido autorizado à iniciativa privada com significativa autonomia, restando ao Estado o papel de fiscalização da adequação de tal serviço às diretrizes e bases da educação nacional (Lei Federal 9394/96), a interferência do Estado na livre iniciativa das instituições de ensino privadas tem sido agigantada em face de diplomas legais tais como a Lei Federal 9.870/99. O presente trabalho analisa como a lei 9.870/99, apesar de declarada constitucional, fere o princípio constitucional da livre iniciativa, na medida em que interfere na autonomia administrativo-financeira das instituições de ensino privadas, sob a justificativa de garantia do direito fundamental à educação, por via reversa de transferência deste ônus à iniciativa privada.

#### ABSTRACT:

The constitutional text of 1988 clearly brought the protection of the right to education as a fundamental right included in the broad range of social rights there protected. Thus, aiming to achieve the goal of promoting development, the text regulated the economic order in a specific session and boldly protected the private property and the free enterprise. Although the educational service has been authorized by the government to the private initiative, with notorious autonomy, being the State in charge only of supervising the adequacy of the service to the principles and bases of national education (Federal Law 9394/96), the interference of the government in the free initiative of private educational institutions has increased in face of legislations such as the Federal Law 9870/99. This article analyzes how such law, despite having been declared constitutional, goes against the constitutional principle of free initiative, inasmuch as it interferes in the administrative and financial autonomy of private educational institutions, under the justification of guarantee of the right to education by way of the reverse transfer of this obligation to the private initiative.

#### RESUMEN

El texto constitucional de 1988 trajo expresamente la tutela de lo de-

recho a la educación como derecho fundamental incluido en la amplia lista de los derechos sociales allí salvaguardados. De la misma forma, con el fin de concretar el objetivo de la República de promoción del desarrollo, disciplinó la orden económica en sesión específica y tuteló expresamente la propiedad privada y la libre iniciativa. Aunque el servicio de enseñanza ha sido autorizado a la iniciativa privada con significativa autonomía, restando al Estado el papel de fiscalización de la adecuación del servicio a las directrices y bases de la educación nacional (Ley Federal 9394/96), la interferencia del Estado en la libre iniciativa de las instituciones de ensino privadas ha sido agigantada en vista a actos normativos como la Ley Federal 9.870/99. El presente trabajo analiza como la Ley 9.870/99, a pesar de declarada constitucional, hiere el principio constitucional de la libre iniciativa, en la medida en que influye en la autonomía administrativo-financeira de las instituciones de ensino privadas, teniendo como justificativa la garantía del derecho fundamental a la educación, el revés de la transferencia de esta carga a la iniciativa privada.

#### PALAVRAS-CHAVE:

Direito à educação; livre iniciativa; Lei Federal 9.870/99

#### KEYWORDS:

Right to education; free enterprise; Federal Law 9870 / 99

#### PALABRAS-CLAVE:

Derecho a la educación; libre iniciativa; Ley Federal 9.870/99

---

#### INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 traz em seu bojo, dentre os inúmeros direitos sociais, a garantia do direito à educação como direito fundamental, atribuindo ao Estado a responsabilidade pela promoção de tal direito indistintamente e de forma gratuita.

A educação foi reconhecida, sobretudo, como meio de garantir o acesso a outros direitos fundamentais, tais como o exercício da cidadania no contexto democrático de participação política, o direito à saúde, cultura, lazer, dentre tantos.

Com igual preocupação o texto constitucional traz a disciplina da ordem econômica, na qual além de ocupar-se da promoção do desenvolvimento como objetivo da República, tutelou direitos de propriedade e a livre iniciativa.

Apesar da atenção do constituinte à dinâmica da sociedade, a harmonia entre o estado de direito e o estado social não tem sido tarefa de fácil execução pelas instituições, vez que diante da inexitosa experiência do Estado de bem-estar no Brasil, frequentemente o poder público compartilha e até transfere o ônus da garantia de tais direitos para a iniciativa privada.

Exemplo desta constatação é a Lei Federal 9.870/99, através da qual o Estado proíbe a resolução de contratos de prestação de serviço de ensino privado motivados pela inadimplência do contratante, sob a justificativa de que o direito à educação é um direito fundamental que deve ser garantido e cuja satisfação da relação contratual pode ser obtida por outras vias.

Desta forma, o presente trabalho visa analisar a disciplina constitucional do direito à educação, com base no princípio da livre iniciativa, à luz das diretrizes do movimento da Análise Econômica do Direito, a fim de verificar a existência de eventual afronta ao texto constitucional, bem como de colaborar para a construção de uma nova práxis jurídica em prol da harmonia da Economia e eficiente ao programa social.

## 1. CONSIDERAÇÕES SOBRE CONSTITUIÇÃO, ESTADO E ECONOMIA: O SURGIMENTO DO DIREITO ECONÔMICO

Embora as discussões acerca da relação existente entre direito e economia estejam ganhando atenção nos dias correntes, uma adequada compreensão dos efetivos reflexos desta interação projetados nas instituições do sistema justiça pressupõe o conhecimento do processo histórico e político que desemboca nas constituições econômicas desenvolvimentistas.

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).

Têm-se, assim, como modelos viáveis e de importante análise, o capitalismo e o socialismo.

O capitalismo consiste no 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 liberal 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, assim como pelo majoritário entendimento jurisprudencial - conforme será analisado no tópico 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, consequentemente, para a produção das necessidades da sociedade; interesse, este, sufocado - ou, pelo menos, não fomentado - pelo paternalismo estatal.

Nas palavras de Palmer (2012, p.5) “a cultura capitalista celebra o empreendedor, o cientista, o indivíduo que assume riscos, o inovador, o

criador” e no mesmo sentido, estudos apontam que os países bem sucedidos “não são aqueles que seguiram as prescrições recomendadas pela vertente hegemônica de pensamento social sobre desenvolvimento econômico” (SCHAPIRO, 2011, p.13), mas sim aqueles que conseguiram desenhar um marco institucional próprio e adequado ao seu contexto econômico e social.

Contrariamente ao capitalismo, o sistema socialista baseia-se na autoridade, visando à unificação da economia e, politicamente, inviabilizando qualquer pretensão democrática. Por este modelo econômico, ao invés do anseio pelo lucro, almejava-se o suprimento das necessidades coletivas, razão pela qual idealizava-se a eliminação da propriedade privada (ROSETTI, 1980, p.347).

As experiências extremistas de ambos os sistemas ocasionaram a orquestrada tentativa de aplicação de sistemas mistos, procurando esquivar-se dos aspectos negativos de ambos os sistemas; contudo, em que pese a depender da intensidade da combinação se poder ter ao menos dois sistemas mistos distintos, o capitalismo de agora, não chega a negar sua essência valorizadora da liberdade, embora apresente limitações antes sequer ventiladas.

Hoje, fala-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.

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. Nas palavras de André Ramos Tavares (2006, p.46), “o grau de desen-

volvimento 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* (...)”.

No período em que o Estado assumia a postura distante, característica do liberalismo extremo, o individualismo ocasionou uma situação insuportável ao tecido social, razão pela qual passou-se a admitir a necessidade de intervenção do Estado na economia. Para Nusdeo (2001, p. 139), falhas como o pouco acesso às informações relevantes, concentração econômica, a falta de incentivo à produção de bens coletivos, dentre outros, ocasionaram a desnaturação do modelo liberal da economia e, conseqüentemente, a ausência da fraternidade nas relações sociais.

Os indivíduos podem não querer satisfazer suas metas-preferências, ou ser altruístas, a não ser que tenham certeza de que outros também serão obrigados a agir da mesma forma. Ou seja, se há uma tendência de as pessoas não participarem em favor das decisões coletivas quando tais participações têm caráter individual, também há uma tendência de que, se houver um sistema em que todos estão obrigados a participar das escolhas públicas, as contribuições individuais serão significativamente maiores. (SUNSTEIN, 2003, p.46-47)

Este foi o cenário favorecedor do modelo de Estado intervencionista, embora tal intervencionismo se justificasse pela necessidade de garantia das liberdades individuais de forma funcional, as quais, diante da absoluta ausência de intervenção do poder público na economia, já desapareciam. Nas palavras de Antunes (1954, p341), falava-se em um intervencionismo liberal.

No cenário da formação da sociedade industrial, “a ampliação da população urbana gerou uma maior demanda por serviços públicos e por infraestrutura essenciais, como transporte urbano, energia, saneamento, habitação, etc” (BERCOVICCI, 2013, p. 254)

O reconhecimento da necessidade de atuação<sup>3</sup> do Estado na economia se deu simultaneamente à incorporação de princípios e diretrizes econômicos nas constituições, o que aponta a cautela de que prescinde tal interferência. Surgia, então, a “tentativa de criar um campo de temas dei-

xados de fora da codificação civil e vinculados à economia industrial sob a perspectiva de que o direito deveria ser o instrumento de organização da economia” (BERCOVICCI, 2013, p. 255-256).

Com os resultados da guerra, projetados na sociedade, o Estado necessitou pronunciar-se politicamente sobre questões econômicas, uma vez que tais questões deixaram de ser privadas, passando a repercutir diretamente na sociedade e, sobretudo, na concretização dos anseios democráticos, razão pela qual as constituições incorporaram a disciplina econômica e todo o Direito passou a atentar para o emergente ramo da ciência: o direito econômico.

“Tratava-se uma nova concepção do papel do Estado e do direito em relação à economia, entendendo a dimensão econômica como elemento de especificidade do direito contemporâneo.” (BERCOVICCI, 2013, p.259). Edificava-se um ramo do direito com uma racionalidade macroeconômica indispensável ao alcance de resultados sociais declarados e necessários.

Nesse contexto, pois, verifica-se a legitimação do modelo de Estado de Bem Estar Social, marcado pela assunção da responsabilidade social pelo Estado e esta a justificação maior de sua intervenção na economia para fins de promover assistência geral e econômica para a sociedade.

O *Welfare State* trouxe uma intervenção do poder público na economia voltada para a distribuição da produção - e não para a titularidade formal dos meios de produção, tal como no Estado socialista, por exemplo; entretanto, mostrou-se ineficiente.

Após o breve conforto do crescimento econômico industrial e a implementação de políticas públicas sociais, as crises do petróleo de 1973 e 1979, junto à atmosfera da guerra fria, desequilibraram significativamente a economia.

Essas crises do petróleo, somadas à insatisfação das empresas privadas com o modelo de Estado vigente, isto em razão das altas cargas de impostos cobradas pelo Estado de bem-estar social, levaram à consolidação das críticas das correntes defensoras de outras concepções de Estado e de sociedade. A expansão do Estado de bem-estar social começou a ser ameaçada em um momento crítico, em que a carga tributária atingiu níveis alarmantes para a lucratividade e o desempe-

no do setor privado (...). (VICENTE, 2009, p.125)

Assim, a desmoralização do Estado enquanto promotor do desenvolvimento econômico surgiu juntamente com a valorização da livre-iniciativa e das organizações econômicas como capazes de dinamizar a economia – então em frangalhos pela ingerência do Estado.

Com a proposta de redução das dimensões do Estado como solução para a economia estrangulada, surge o modelo neoliberal, marcado pelo entusiasmo das privatizações e anseio de uma administração mais financeiramente eficiente e equilibrada e menos onerada pelos encargos sociais do pós-guerra.

O redimensionamento do Estado culminou com o modelo desenvolvimentista, através do qual a livre-iniciativa retomou o cerne das políticas de mercado, sem, contudo, desprezar a importância do Estado para a harmonia da economia e dos interesses sociais. Como preceitua André Ramos Tavares (2006, p.65) “o que se pretende, no momento atual, é promover o desenvolvimento, não apenas econômico-financeiro (que é imprescindível), mas também o desenvolvimento humano, e, para ele, concorre o desenvolvimento das liberdades fundamentais”.

No Brasil, a Constituição de 1988 caracteriza-se por ser uma carta dirigente que, através do art 170 e seguintes inaugura uma ordem econômica, afastando qualquer questionamento sobre o reconhecimento da importância da economia para o alcance dos fins sociais amplamente disciplinados no mesmo diploma.

Comprometida com a promoção do desenvolvimento – não somente econômico, mas sobretudo humano - a Constituição de 1988, ao mesmo tempo que garante direitos fundamentais, sociais e políticos, traz a livre iniciativa como princípio da ordem econômica e por este não pressupõe a liberdade absoluta da iniciativa econômica característica dos tempos do liberalismo econômico em um Estado mínimo, mas sim, “é a expressão de uma garantia de legalidade” (GRAU, 2008, p.204), ou seja, a existência de limitações ao Estado em prol da garantia de desenvolvimento das atividades econômicas da iniciativa privada com a liberdade necessária para tanto.

A tutela de tantos direitos, entretanto, por vezes esbarra em algumas dificuldades relativas à precariedade de recursos públicos para a robusta

pretensão prestacional e, frequentemente, através da legislação infraconstitucional verifica-se a negativa de alguns princípios constitucionais – tais como a livre iniciativa.

Neste cenário, pois, destaca-se a importância de refletir sobre a postura das instituições do sistema de justiça, tais como o Poder Legislativo e o Judiciário, enquanto interprete-aplicador da legislação; para verificar a adequação das mesmas aos propósitos da constituição.

## 2. 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 a partir da Constituição Federal de 1988.

A referida Constituição, marcada pela tutela de inúmeros direitos, trouxe a tutela do 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 fato constatado, pois, que após a Constituição de 1988, os níveis educacionais da população brasileira como um todo aumentaram significativamente<sup>4</sup> e tal fato se deve ao empenho do Estado em efetivar tal direito.

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 Brasil<sup>5</sup>.

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.

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 Carta Magna 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 a 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 se destaca o fato de o Estado, apesar de autorizar a educação privada e conceder-lhe autonomia administrativo-financeira, liberdade de cátedra, dentre outras, garantir a si próprio o direito de intervir para fins de controle e adequação 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 a 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. A 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 a 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 a 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 cons-

tituinte, deve ser garantida às instituições de ensino particulares, no que toca a contratação do serviço.

Conforme será melhor tratado no tópico 4 deste trabalho, entende-se 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.

### 3. SOBRE A LIVRE-INICIATIVA NO DIREITO BRASILEIRO: DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL À JURISPRUDÊNCIA DO STF

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 a esse valor, haja vista que o conceito de liberdade, dentro de uma abordagem jurídica e no contexto social de então, refere-se a 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, como trazido pela análise de Sen, “o componente diretivo a ser analisado propõe uma vertente pró-ativa 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 propor-

cionaria 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).

A tutela da livre-iniciativa na Constituição de 1988, como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV, CF/88) 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).

Cumprir 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, acrescentando-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 à 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).

### 3.1. O entendimento da jurisprudência do STF acerca do princípio da livre-iniciativa, enquanto guardião do texto constitucional

Em que pese o texto constitucional trazer expressamente a tutela de direitos e garantias individuais, 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 antiliberal, haja vista, frequente-

mente, negar a essência de tal princípio quando diante de legislações infraconstitucionais referentes a questões econômicas.

O julgamento da ADI nº 319-4, em contestação ao tabelamento de preços de mensalidades escolares.

No referido julgamento, 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.

O voto do Ministro Moreira Alves ilustra com clareza como o posicionamento da Suprema Corte 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 à efetivação de tais direitos – e não à iniciativa privada.

Tem razão, pois, José Afonso da Silva (Curso de Direito Constitucional Positivo, 5º 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.

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 declarou que em que pese seja possível à 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 Estado. Assim como o caso anteriormente mencionado, em que se discutiu a intervenção do Estado na livre iniciativa das escolas privadas, na ADI nº 1.950, onde se questionou a constitucionalidade de lei que assegurava meia-entrada á 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.

No julgamento da ADI nº 1.950, o Ministro Eros Grau é categórico em declarar que é salutar à economia a expressiva interferência do Estado na economia, ao afirmar 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”, isto por entender o mercado como sendo um *locus* artificial

e, portanto, impossível de fluir de forma harmônica sem a intervenção do poder público.

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 a 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, tal 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.

#### 4. UMA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PREVISTO

#### PELA LEI FEDERAL 9.870 DE 23.11.1999

Após o reconhecimento do sólido diálogo existente entre Direito e Economia e da importância da harmonia entre tais ciências - o que ensejou o surgimento do direito econômico, inclusive - 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 muitas das vezes mal interpretada pela comunidade, sendo inclusive associada ao individualismo exacerbado do liberalismo teórico 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, uma 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.

É neste sentido que Richard Posner (2007, p.625) 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 como um todo.

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.

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 reconhecadora 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 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., é transferido à iniciativa privada, através do cerceamento de sua liberdade.

Ocorre que 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 responsabilidade pela garantia de tais direitos sociais à iniciativa privada, a qual, autorizadamente, presta serviços particulares correlatos aos aludidos direitos sociais – sobretudo aos direitos à saúde e educação.

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 men-

cionada, acerca do artigo 6º da Lei Federal 9.870/1999, a qual disciplina as anuidades escolares e outras providências.

De acordo com esse dispositivo legal, “*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 se situa 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 do Judiciário compreender melhor a repercussão econômica de suas decisões (POSNER, 2009a, p.84), 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 frequentemente desconsideram que os recursos públicos e privados esbarrassem 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 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 de a 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 a 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 iniciativa e desconsidera que, em que pese o direito à educação ser 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 motivada 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 a 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 a ela vinculado.

Registre-se que o ensino privado contribui tanto para o desenvolvimento econômico do país, na medida em que gera empregos, compõe a carga tributária nacional e contribui 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 “*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 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 podem 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. (RANIERI, 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 d Código Civil Brasileiro, caso a inadimplência perdure por mais de noventa dias.

Desconsideram-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 às 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 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.

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 dificuldades<sup>6</sup>

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 contratual – as instituições possuem sua autonomia administrativa 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.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em breve síntese, é possível concluir que o direito à educação possui

inegável destaque no texto constitucional, razão pela qual, por reconhecida essencialidade, a sua garantia também restou expressamente situada dentre as responsabilidades e atribuições do Estado, embora também tenha sido autorizada à iniciativa privada a exploração de tal atividade.

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 anticapitalista.

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, antidemocrática, inclusive, de um desenho institucional que constrói um mercado regulado, ao invés de um livre mercado.

No presente artigo demonstrou-se com afinco como o legislador constituinte simultaneamente, e sem prescrição hierárquica, garante direitos sociais e fundamentais, tais como a educação e saúde, assim como tutela a liberdade de iniciativa e as diretrizes econômicas liberais, haja vista o desenvolvimento ser tanto um direito quanto objetivo da República.

Tal 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, demonstrar como tal legislação e a aceitação da mesma pelo STF são prejudiciais à economia e à sociedade como um todo.

Isto porque, além de tal dispositivo contrariar a lógica liberal impressa no texto constitucional, negando a liberdade de iniciativa e sendo contraproducente ao desenvolvimento do país; esta também representa prejuízo à ética social e ao próprio estado democrático.

Contudo, diante de legislações infraconstitucionais que desconsideram tais prescrições superiores, o Judiciário, sobretudo o STF, tem assumido postura passiva e conivente com a relegação – e até deturpação – do texto constitucional, chancelando práticas antiliberais reiteradamente.

Conclui-se, assim, pela necessidade de aplicação dos paradigmas da Análise Econômica do Direito para o equacionamento de tais dispositivos legais com as diretrizes constitucionais, haja vista em que pese a Constituição de 1988 ter representado uma grande conquista à sociedade pelos inúmeros direitos sociais por ela tutelados, a sustentabilidade de tal modelo de estado prescinde do também constitucionalmente tutelado desenvolvimento econômico.

#### Notes

1 autora

2 autora

3 Aqui compreendida como nas palavras de Eros Grau (1987, p. 122-123), diferente da intervenção, haja vista que para o autor, a atuação do Estado na economia consiste quando este atua em sua área de titularidade “natural”, enquanto que a intervenção se dá quando tal atividade se desenvolvesse em área de titularidade da iniciativa privada.

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

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

6 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

#### REFERÊNCIAS

ANTUNES, J. Pinto. A produção sob o regime da empresa: economia e direito. São Paulo: [s.n.], 1954.

BASTOS, Celso Ribeiro. Direito econômico brasileiro. São Paulo: IBDC, 2000.

BERCOVICCI, Gilberto. As origens do direito econômico: homenagem a Washington Peluso Albino de Souza. Ver. Fac. Direito UFMG, Número Esp. Em Memória do Prof. Washington Peluso Albino de Souza, pp. 253-

263, 2013.

BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1986.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 2003.

CORRÊA, Oscar Dias. O sistema político-econômico do futuro: o socialismo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

COUTINHO, Diogo R. O diálogo caricato entre direito e economia. Valor Econômico. 28.12.2005. edição nº1417. Disponível em : <http://www.valoronline.com.br/veconomico/?show=imprimir&id=3457824>. Acesso em 20.01.2015

\_\_\_\_\_. Revista eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº28, novembro/dezembro/janeiro, 2011/2012. Disponível na Internet <[HTTP://WWW.direitodoestado.cm/revista/REDAE-25-NOVEMBRO-2011-DILOGO-COUTINHO.pdf](http://WWW.direitodoestado.cm/revista/REDAE-25-NOVEMBRO-2011-DILOGO-COUTINHO.pdf)>. Acesso em 20.01.2015.

DUARTE, Clarice. A educação como um direito fundamental de natureza social. Educação Social. Campinas, v.28, n.100, Especial, out./2007

GRAU, Eros Roberto. Capacidade normativa de conjuntura. In Enciclopédia Saraiva de Direito, v. 13. São Paulo: Saraiva, 1987.

\_\_\_\_\_. A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica). 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

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

NUNES, A. J. Avelãs. Os sistemas econômicos. Coimbra: Almedina, 1994.

NUSDEO, Fábio. Curso de economia: introdução ao direito econômico. 3. Ed. São Paulo: RT, 2001

OLIVEIRA JUNIOR, Raimundo Frutuoso de. Aplicações da Análise Econômica do Direito. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Junho/2010

PALMER, Tom G. A moralidade do capitalismo: o que os professores não

contam. 1. Ed. São Paulo: Peixoto Neto, 2012.

POSNER, Richard. El análisis económico del derecho. 2 ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007a.

\_\_\_\_\_. Problemas de filosofia do Direito. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007b.

\_\_\_\_\_. Para além do Direito. Tradução: Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009a.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. A mentalidade anticapitalista do STF. 2012. <http://www.mises.org.br/ArticlePrint.aspx?id=1475>. Acesso em 02 de janeiro de 2015.

ROSSETTI, José Pachol. Introdução à economia. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 1980

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

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

SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. São Paulo: Cia das Letras, 2000

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 16. Ed. Ver. E atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

STERMAN, Manoel. A educação e a liberdade. Tese apresentada na Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras da USP. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1952

SUNSTEIN, Cass R. As funções das normas reguladoras. Tradução de Vera Monteiro. In Revista de Direito Público da Economia, n.03, jul./set. 2003.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. 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.

\_\_\_\_\_. - Educação Superior, Direito e Estado. São Paulo, EDUSP/FAPESP, 2000

TAVARES, André Ramos. Direito fundamental à educação. [s.d.] Disponível em: <[http://www.animaopet.com.br/primeira\\_edicao/artigo\\_Andre\\_Ramos\\_Tavares\\_direito\\_fund.pdf](http://www.animaopet.com.br/primeira_edicao/artigo_Andre_Ramos_Tavares_direito_fund.pdf)>. Acesso em: 20.01.2015

\_\_\_\_\_. Direito Constitucional Econômico. 2ª edição. Editora Método. São Paulo-SP, 2006

TROSTER, Roberto Luis. Introdução à economia. São Paulo: Makron Books, 2002

VICENTE, Maximiliano Martin. A crise do Estado de bem-estar social e a globalização: um balanço. História e comunicação na ordem internacional [online]. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009. 214 p. ISBN 978-85-98605-96-8. Available from SciELO Books <<http://books.scielo.org>>

## O DIREITO PENAL NO BRASIL CONTEMPORÂNEO: UMA (RE) CONSTRUÇÃO NECESSÁRIA PRESA A MUITAS AMARRAS

CRIMINAL LAW IN CONTEMPORARY BRAZIL: A REQUIRED (RE)CONSTRUCTION WITH MANY STRINGS ATTACHED

EL DERECHO PENAL EN BRASIL CONTEMPORÁNEO: UNA (RE) CONSTRUCCIÓN NECESARIA ATADA POR MUCHOS LAZOS

### SUMÁRIO:

Introdução; 1. A raiz do mal em nossas raízes; 2. Das ordenações às codificações: o princípio de uma construção penal própria; 3. O Código de 1890 e o arremedo de uma república: Os inimigos éramos nós; 4. Conclusões - os novos paradigmas constitucionais e o abismo prático: sempre mais do mesmo; referências bibliográficas.

### RESUMO:

Torna-se necessário promover a alteração de um sistema penal que desde sempre se mostra como viciado, inoperante, seletivo e maculado por caprichos de indivíduos e/ou de grupos. A proposta é simplesmente lermo-nos como seres históricos, pertencentes ao tempo e não escravos dele, só a partir de modos-de-ser autênticos nos livramos dos vícios do passado, construimos um presente e nos projetamos para o futuro, caso contrário estamos fadados a sermos sempre caricaturas do que fomos. É chegada a hora de construir o novo, livrando-nos das velhas amarras.

### ABSTRACT:

Modernity has been built as an imprisoning

Como citar esse artigo:  
SILVA FILHO, Edson.

O direito penal no  
Brasil contemporâneo:  
uma (re) construção  
necessária presa a  
muitas amarras.

Argumenta Journal  
Law, Jacarezinho - PR,  
BRASIL, n. 22, p.  
337-362

Data de submissão:  
17/04/2015

Data de aprovação:  
26/07/2015