

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO “GUARDIÃO ACANHADO” DA
CONSTITUIÇÃO: ANÁLISE DO DIREITO À EDUCAÇÃO NA ADIN N.º 1.266-5/BA**

**SUPREME COURT LIKE A “RETICENT GUARDIAN” OF CONSTITUTION:
EXAM RIGHT TO EDUCATION EXAM FROM A HARD CASE**

Emanuel Lins Freire Vasconcellos¹

RESUMO

Busca-se, por intermédio do presente trabalho, analisar empiricamente, a partir de um precedente selecionado da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, uma eventual postura de “guardião acanhado” adotado pela Corte Suprema, em conformidade com a premissa teórica firmada por Conrado Hübner Mendes, por meio do referencial proposto por Virgílio Afonso da Silva acerca da racionalização da técnica da ponderação e na teoria dos direitos fundamentais elaborada por Robert Alexy, utilizada como método interpretativo pelo Supremo Tribunal Federal para o exame de *hard cases*. Deste modo, com base na utilização do método empírico, este estudo busca testar a hipótese firmada a partir do exame de um caso concreto, qual seja, a ADIN n.º 1.266-5/BA.

PALAVRAS-CHAVE: hermenêutica constitucional; Supremo Tribunal Federal; ponderação; guardião acanhado; direito à educação.

ABSTRACT

One aim, through this paper, to analyze empirically, from a previous selected the jurisprudence of a practical attitude of "Sheepish guardian" adopted by the Supreme Court in accordance with the theoretical premise signed by Conrado Hübner Mendes Supreme Court through the framework proposed by Virgilio Afonso da Silva about the rationalization of the weighting technique and theory of fundamental rights elaborated by Robert Alexy, used as an

¹ Mestre em Direito (UFBA). Professor substituto da Faculdade de Direito da UFBA. Professor Assistente III do Centro Universitário Estácio da Bahia. Professor da Faculdade Ruy Barbosa. Advogado.

interpretive method by the Supreme Court to take hard cases. Thus, based on the empirical method, this study seeks to test the hypothesis signed from the examination of a particular case, namely, the constitutional action numbered 1.266-5/BA.

KEYWORDS: constitutional hermeneutics; Supreme Court; ponder; reticent guardian; right to education.

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo analisar empiricamente, a partir de um precedente selecionado da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, uma eventual postura de “guardião acanhado” adotado pela Corte Suprema, em conformidade com a hipótese firmada com base na premissa teórica de Conrado Hübner Mendes (2011), valendo-se, para tanto, do referencial proposto por Virgílio Afonso da Silva (2011) acerca da racionalização da técnica da ponderação, utilizada como método interpretativo pelo Supremo Tribunal Federal para o exame de *hard cases*.

Destarte, o presente *paper* busca testar a hipótese firmada a partir do exame de um caso concreto: a ADIN n.º 1.266-5/BA.

1 SITUAÇÃO-PROBLEMA E HIPÓTESE: OS ESPAÇOS INTERPRETATIVOS DESPERDIÇADOS: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO “GUARDIÃO ACANHADO” DA CONSTITUIÇÃO

É cediço na hermenêutica constitucional que o Supremo Tribunal Federal possui o monopólio da última palavra² na medida em que ostenta, em conformidade ao *caput* do art. 102 da Carta Magna.

A este fato se acrescenta o papel educativo outorgado à Corte Suprema, que possui a tarefa de delinear as controvérsias constitucionais e, em particular, o conteúdo dos direitos fundamentais. Conrado Hübner Mendes (2011) destaca que, como argumento favorável às

² Ou o “direito de errar por último”, célebre formulação de Rui Barbosa, como bem lembrou o decano da Suprema Corte brasileira, Ministro Celso de Mello, em manifestação veiculada no *site* do STF (Cf. <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=165752>>. Acesso em 18 fev. 2014).

cortes constitucionais, está a sua condição de instituição educativa, que promove o debate público. Preleciona o pesquisador:

Para além de representar, a corte pode também educar. Provoca o debate público mais focado em argumentos de princípio do que em disputas partidárias ou estratégias de barganha. Sendo uma instituição com habilidade especial para decidir por meio da justificação pública e com base em princípio, ela estimula que as reações a tais decisões sejam feitas na mesma linguagem, e isso enriquece a política. Sem essa instituição, o debate de princípio praticamente some da vida democrática, ao menos nos momentos de política ordinária (MENDES, 2011, p. 82).

Diante desta tarefa que lhe impõe a Constituição, o Supremo Tribunal Federal costuma adotar, segundo Conrado Hübner Mendes (2011, p. 252), duas posições distintas: a “retórica do guardião entrincheirado” e a “prática do guardião acanhado”. Nada obstante, não seria possível identificar qual prevalece na prática do Pretório Excelso. Eis a formulação do pesquisador:

[A “retórica do guardião entrincheirado” e a “prática do guardião acanhado”] São duas faces presentes na prática do STF. Por um lado, a “retórica do guardião entrincheirado” refere-se ao hábito de afirmar, com a maior eloquência e no mais alto volume possíveis, que o STF tem o monopólio da última palavra, que é o guardião da constituição, que é a última trincheira do cidadão etc. A “prática do guardião acanhado”, por outro lado, refere-se a uma postura acuada que o tribunal adota em casos centrais da agenda de proteção de direitos, seja decidindo de modo estreito, desperdiçando espaços interpretativos que a constituição lhe abre, ou mesmo valendo-se de artifícios pouco visíveis que lhe permitem não decidir, ou atrasar indefinidamente a decisão (como na prática de engavetamento pelo ‘voto-vista’). A combinação dessas duas faces geraria um tribunal que “late, mas não morde”.

(...)

Justamente por latir muito, e por sua presunção de monopólio da interpretação constitucional, o STF pode ter receio de morder. O tribunal se coloca uma tamanha responsabilidade ao achar que a última palavra é sua e de ninguém mais que acaba acanhando-se nas oportunidades de decidir de forma mais interventiva. Ele não precisa colocar tanto peso em suas costas, mas pode desafiar os outros poderes com maior coragem (em especial nos casos de omissão legislativa). Mesmo que não haja tal causalidade entre discurso e prática, a simples coexistência, às vezes no mesmo caso, às vezes entre casos diversos, de retórica inflamada e decisão tímida (ou mesmo de não decisão) é um problema para a legitimidade do STF. Precisamos observar com mais cuidado não só o que o STF decide, mas também o que ele não decide. Temos que observar, entre os casos que ele decide, quais, quais são aqueles em que ele demora muito, em oposição aos casos em que ele demora pouco. Quando não decide, é verdade, nem sempre significa que ele está acanhado e com medo de decidir, mas, o contrário. Enfim, precisamos começar a testar essas hipóteses empíricas para conseguir identificar tendências de comportamentos do STF e ver quais são as mais criticáveis, como certas reformas podem minimizar alguns desses vícios, e assim por diante (MENDES, 2011, p. 252-3).

Destarte, é tarefa da ciência jurídica identificar aqueles casos em que o Supremo decidiu menos do que poderia, avançando timidamente sobre um tema que exigia maior conteúdo teórico. Para o presente trabalho, como dito, interessa o exame específico dessa

postura da Corte Suprema em relação ao direito à educação, especialmente quando este direito fundamental colide com a liberdade de exploração comercial da educação conferida à iniciativa privada por intermédio do art. 209 da Lei Maior.

Estabelecida essa premissa teórica, utilizar-se-á a técnica da ponderação associada à teoria dos direitos fundamentais para analisar, empiricamente, a posição adotada pelo STF quando do julgamento da ADI 1.266-5/BA, oportunidade em que foi estendido à Suprema Corte o espaço interpretativo para caracterização do conteúdo do direito à educação em cotejo com o princípio da livre iniciativa inserto no art. 209 do Texto Constitucional. Busca-se investigar, empiricamente, se a Corte Constitucional teria incorrido ou não na aludida prática do “guardião acanhado” acima alinhada, bem como indicar os elementos pelos quais tal postura pode ser evidenciada.

2 O REFERENCIAL UTILIZADO PARA ANÁLISE DA PREMISSE TEÓRICA: TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE

Com efeito, a teoria dos direitos fundamentais e a técnica da proporcionalidade de Robert Alexy (2008) – às quais ora adere o presente estudo – afiguram-se, ao presente trabalho, como referencial adequado para avaliar empiricamente a premissa estabelecida acima. MENDES (2011, p. 127) reconhece que a técnica da proporcionalidade é usualmente associada a um instrumento de supremacia judicial, mas também pode constituir uma *virtude ativa* da técnica de diálogo entre os poderes constituídos (legislativo e judiciário, *in casu*). Preleciona o autor:

Mesmo que, de fato, confira grande margem de atuação à corte, prefiro-me referir a ela [a técnica da proporcionalidade] como uma forma forte de exercício de virtudes ativas e, portanto, ainda dentro do diálogo. A sua flexibilidade e abertura para calibração em função do desempenho do legislador deixar claro que, em alguma medida, é disso que se trata, e não de um julgamento estanque de princípio. A proporcionalidade, na interpretação constitucional, corresponde a uma estrutura de análise para racionalizar o exame sobre a validade de restrições a direitos fundamentais (MENDES, 2011, p. 252-3).

Insta destacar, brevemente, que a teoria dos direitos fundamentais do autor alemão considera que o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, sendo que, para Alexy, este conceito de mandamento comporta um sentido amplo, que inclui também as permissões e proibições. *Mandamentos de otimização* são

caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas, também, das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.³

Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção *qualitativa*, e não uma distinção de *grau*. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.⁴

A diferença entre regras e princípios mostra-se com maior clareza nos casos de colisões entre princípios e de conflitos entre regras. Comum às colisões entre princípios e aos conflitos entre regras é o fato de que duas normas, se isoladamente aplicadas, levariam a resultados inconciliáveis entre si, ou seja, a dois juízos concretos de dever-ser jurídico contraditórios. E elas se distinguem pela forma de solução dos conflitos.

O *conflito entre regras* somente pode ser solucionado se é introduzida em uma das regras uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida. O fundamental é que se trata de uma decisão sobre validade.

A *colisão entre princípios* deve ser solucionada de modo totalmente distinto. Se dois princípios colidem – o que ocorre, *e.g.*, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um princípio tem *precedência* em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma

³ Alexy distingue dois casos de restrição à realização ou satisfação dos princípios por meio de regras: (1) A regra *R*, que restringe o princípio *P*, vale estritamente. Isso significa que vale uma *regra* de validade *R'*, que diz que *R* tem precedência em relação a *P*, independentemente de se saber o quão importante é a realização de *P* e o quão desimportante é a realização de *R*; (2) *R* não vale estritamente. Isso significa que vale um *princípio* de validade *P'*, que permite, em determinadas situações, que *P* supere ou restrinja *R*. Essas condições não podem ser satisfeitas com a simples constatação de que o cumprimento de *P* é, no caso concreto, mais importante que o cumprimento do princípio *PR*, que *materialmente* sustenta *R*, pois isso faria com que *P'* não desempenhasse nenhum papel. Tudo seria uma questão de relação entre *P* e *PR*. *P'* desempenha um papel se para a determinação da precedência de *P* não somente se exija que *P* preceda o princípio *PR*, que materialmente sustenta *R*, mas também que *P* seja mais forte que *PR* em conjunto com o princípio *P'*, que exige o cumprimento de regras e que, nesse sentido, sustenta formalmente *R*.

⁴ Humberto Ávila se opõe a esta concepção, afirmando que uma mesma norma, a depender da formulação linguística e dos dados que recebe, pode, *alternadamente*, constituir-se como regra *ou* como princípio (ou, ainda, como postulado). Esta abordagem não foi, entretanto, adotada no presente estudo, razão pela qual remetemos o leitor à obra: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. ampl. e atual., Porto Alegre: Malheiros, 2009.

que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só os princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.

Consequência desta concepção é a elaboração do que Alexy chama de *lei de colisão*, um dos fundamentos da sua teoria dos princípios. Uma formulação menos técnica da lei de colisão afirma que as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência. Esta lei reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização: em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência (a precedência é sempre *condicionada*) e, em segundo lugar, sua referência a ações e situações que não são quantificáveis. Ao mesmo tempo, constituem eles a base para a resposta a objeções que se apoiam na proximidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores.

Outra consequência é que dos sopesamentos resultam *normas de direito fundamental atribuídas*, nos seguintes termos: como resultado de todo sopesamento que seja correto do ponto de vista dos direitos fundamentais pode ser formulada uma norma de direito fundamental atribuída, que tem estrutura de uma regra e à qual o caso pode ser subsumido. Nesse sentido, mesmo que todas as normas de direitos fundamentais diretamente estabelecidas tivessem a estrutura de princípios, ainda assim haveria normas de direitos fundamentais com a estrutura de princípios e normas de direitos fundamentais com a estrutura de regras. Essas considerações conduzem à aplicação da teoria dos princípios à teoria das normas de direitos fundamentais.

Para o que interessa ao presente trabalho, destaque-se também o caráter *prima facie* dos princípios. Eles exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um *mandamento definitivo* (tal qual as regras), mas apenas *prima facie*. Da relevância de um princípio para um caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. Princípios são, portanto, *razões prima facie*, ao tempo que as regras são *razões definitivas*.

Consoante destaca Alexy, a teoria dos princípios possui estreita conexão com a máxima da proporcionalidade em suas três máximas parciais (todos expressando a ideia de otimização), uma vez que a própria natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e esta implica aquela. Neste particular, o autor alemão elabora a seguinte síntese:

Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. Visto que a aplicação de princípios válidos – caso sejam aplicáveis – é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. Isso significa, por sua vez, que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais.

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem na natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas (2008, p. 117-8).

Alexy expõe que a *máxima parcial da idoneidade (adequação)* exclui o emprego de meios que prejudiquem a realização de, pelo menos, um princípio, sem, pelo menos, fomentar um dos princípios ou objetivos cuja realização eles devem servir.

A *máxima da necessidade* reflete-se na ideia de, entre dois meios que em geral fomentam igualmente P¹, escolher aquele que menos intensamente intervém em P². Se existe meio menos intensamente interveniente e igualmente bem idôneo, então uma posição pode ser melhorada, sem que nasçam custos para a outra. A aplicabilidade da máxima da necessidade pressupõe, todavia, que não existe um terceiro princípio P³ que, pelo emprego do meio menos intensivamente interveniente em P², é afetado negativamente. Nessa conjuntura, o caso não mais pode ser solucionado em virtude de reflexões que se apoiam na ideia de otimismo-Pareto. Se custos ou sacrifícios não podem ser evitados, torna-se necessária uma ponderação.

A ponderação é objeto da terceira máxima parcial da máxima da proporcionalidade, da máxima da proporcionalidade em sentido estrito. Essa máxima diz o que significa a otimização relativamente às possibilidades jurídicas. Ele é idêntico com uma regra que Alexy denomina de *lei da ponderação*, que diz: quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro.

Gilmar Mendes (2012, p. 101), ao tratar especificamente sobre a colisão de direitos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, traz à baila o exemplo da decisão proferida na ADI-QO 319-4/DF⁵, no qual o Tribunal Constitucional brasileiro reconheceu que, com

⁵ Sobre a ADI-QO 319-4/DF, cf. VASCONCELLOS, Emanuel Lins Freire. *Ensaio sobre a racionalização da técnica da ponderação no STF: análise a partir da ADIN Nº 319-4/DF*. In: José Filomeno de Moraes Filho; Regina Célia Martinez; Ilton Norberto Rob Filho. (Org.). *Teoria do Estado e da Constituição*. Florianópolis: FUNJAB, 2014, p. 316-346.

objetivo de conciliar os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência e 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 prática de preços de bens e serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros⁶.

Vê-se, destarte, que estas colisões entre direitos ou entre direitos e outros valores e princípios constitucionais frequentemente se coloca nas discussões travadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal. É exatamente neste ponto que reside a importância da máxima da proporcionalidade para o presente ensaio.

2.1 Proposta de racionalização para obtenção da objetividade possível por meio da ponderação

Ante as críticas dirigidas à técnica da ponderação⁷, sempre baseada no conceito de objetividade, Virgílio Afonso da Silva (2011) problematiza se há possibilidade de racionalidade ou de objetividade no direito, seja no âmbito do sopesamento ou não. Relacionada a esta indagação está a pergunta acerca da existência de métodos de interpretação mais objetivos que outros.

O centro das críticas direcionadas à ponderação de Alexy tem a ver com o fenômeno às vezes denominado de axiologização dos direitos fundamentais. O produto desse fenômeno é a elevação da ponderação ou do sopesamento como a forma de aplicação por excelência dos direitos fundamentais (SILVA, 2011, p. 363-4).

Segundo SILVA (2011, p. 364), conjunto das críticas, menos forte no Brasil que no exterior, aponta inicialmente para uma suposta hipertrofia do sopesamento e dos princípios, e os direitos fundamentais valeriam para qualquer coisa e não teriam nenhum conteúdo determinado.⁸

Diante disso, o autor defende que o ponto de partida para qualquer debate sobre objetividade e racionalidade na aplicação ou interpretação do direito é a constatação de que

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 101.

⁷ Neste sentido, cf. SUNDFELD, Carlos Ari Vieira. Princípio é preguiça? *In: Ronaldo Porto Macedo Jr. e Catarina Helena Cortada Barbieri (Orgs.). Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011; MICHELON, Cláudio. Princípios e Coerência na Argumentação Jurídica. *In: Ronaldo Porto Macedo Junior; Catarina Helena Cordata Barbieri (Orgs.). Direito e interpretação: racionalidade e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011; STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁸ Sobre a denominada *ultraconstitucionalização*, cf. ALEXY, Robert. Da estrutura dos direitos fundamentais a proteção. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*. Salvador: n.18, 2009.

não é possível buscar uma racionalidade ou objetividade que exclua por completo qualquer subjetividade na interpretação e na aplicação do direito. Segundo Silva, seria uma ingenuidade imaginar que existe uma forma de aplicação que exclua a subjetividade do intérprete. Exigir isso de qualquer método é exigir algo impossível. Nada obstante, boa parte dos críticos que veem no sopesamento um método irracional e subjetivo de aplicação do direito parecem supor que outros métodos seriam capazes de garantir uma racionalidade quase perfeita.

Silva adota outro pressuposto: ele rejeita essa possibilidade – premissa à qual o presente trabalho expressamente adere. Para o jurista, não existe método totalmente objetivo, no sentido mais forte da palavra – que pressuponha uma completa exclusão da subjetividade na aplicação do direito. No direito, objetividade não pode ser sinônimo de demonstrabilidade inequívoca, ou sinônimo de única resposta correta faticamente demonstrável. Por isso, não é possível falar, na argumentação jurídica, em ônus que não seja ônus *argumentativo*. Ou seja: não existe ônus da *prova* na argumentação (a não ser, claro, em questões fáticas), não existe um ônus de *demonstração*, existe um ônus *argumentativo*.

Com base nessas premissas, deve-se buscar a *objetividade possível*. Neste sentido, o pesquisador apresenta, então, sua proposta de desdobramento da ideia de objetividade. Eis seus termos:

Assim, para tentar escapar de conceitos por demais exigentes (e, talvez, ingênuos), pretendo desdobrar a ideia de objetividade em *duas variáveis*, que abordarei a partir de *três aspectos*. Esse será o fio condutor deste texto a partir daqui. Essas duas variáveis são aquilo que, na minha opinião, poderia conferir uma maior objetividade a *qualquer forma* de interpretação do direito.

A primeira delas é a possibilidade de *controle intersubjetivo*. A segunda, a possibilidade de *previsibilidade da decisão*. No caso dessa última, embora seja óbvio que não se pode imaginar uma previsibilidade absoluta, alguma possibilidade de previsibilidade é necessária, e isso traz consigo ideias como as de segurança jurídica, coerência e consistência.

Em outras palavras: garantir ou aumentar a objetividade na interpretação do direito e, também, no sopesamento, significaria garantir ou aumentar a realização dessas duas variáveis, ou seja, *garantir ou aumentar a possibilidade de controle intersubjetivo e a possibilidade de previsibilidade*.

Parece-me que essas duas variáveis, no âmbito do sopesamento (mas talvez em outros âmbitos também), podem ser analisadas a partir de três aspectos: um *metodológico*, um *teórico* e um *institucional*, os quais eu gostaria de abordar a seguir. (grifos do original)

Essa divisão em duas variáveis, a partir de três enfoques, seria uma tentativa de fugir do maniqueísmo na discussão sobre a objetividade, sintetizada na frase *o meu método é mais objetivo que o seu*, pontua Silva.

De acordo com o autor, o sopesamento não pode ser compreendido como uma relação de preferência simples e sem qualificativos, do tipo *eu prefiro isso àquilo*. Se sopesamentos pressupõem relações de preferências – o que o pesquisador denomina de aspecto *metodológico* – essas relações têm que ser fundamentadas, o que implica a fixação de um escalonamento na relação entre a restrição de um direito e realização de outro. *Relação de preferência*, portanto, faz menção a esse tipo de comparação, isto é, à comparação entre graus de realização, de um lado, e graus de restrição de outro.

O autor cita dois exemplos de sopesamento para cotejar relações de preferências simples e sem qualificativos e relações de preferências fundamentadas, escalonadas e condicionadas.

Exemplo da primeira é um sopesamento feito não por um juiz em uma decisão judicial, mas por um jurista em um parecer – Silva refere-se ao parecer apresentado por Celso Antonio Bandeira de Mello acerca do projeto de lei do Estatuto do Desarmamento, anexado à ADI 3.535. No aludido documento, a questão lançada por Mello foi sintetizada em perquirir se era preferível, ao lume dos valores constitucionais, considerar preferível que os marginais andem armados (como o fazem ao arremão da lei), oferecendo toda espécie de riscos para os cidadãos de bem, *ou se é preferível* que estes últimos andem desarmados, condenados à indefensão perante os bandidos, sob o argumento de que assim prevenir-se-ão os riscos de vida a que podem se assujeitar no confronto com os marginais.

Para Silva, trata-se de um debate pautado em mero maniqueísmo, resumido na pergunta *o que você prefere?* Tal forma de argumentar em nada difere daquela levada a cabo no horário político, sintetizado no maniqueísmo *você prefere ficar indefeso diante do bandido armado ou prefere estar preparado (armado) para reagir?* Silva não se opõe que a política seja feita dessa forma, mas insurge-se contra o fato de que o sopesamento – enquanto forma de argumentação e aplicação do direito que pressupõe alguma racionalidade – seja feito dessa forma.

O outro exemplo citado pelo autor envolve as fotos da princesa Caroline de Mônaco, publicadas em uma revista alemã, tratando-se sempre da mesma pessoa (a princesa) e da mesma revista. Mesmo assim, o Tribunal alemão decidiu por um escalonamento, sob o critério de que algumas fotos restringiam mais do que outras a privacidade da princesa. Assim, as fotos andando de bicicleta no parque seriam menos problemáticas e restringiriam menos a sua privacidade (por estar em local público) do que a foto tirada com uma teleobjetiva quando ela jantava em uma parte reservada de um restaurante (pressupondo ser

um local privado). E um terceiro grupo de fotos merecia um tratamento ainda diferente, porque não apenas envolvia sua privacidade, mas também a imagem de seu filho.

Basicamente, o tribunal fez um escalonamento, segundo a qual algumas fotos implicavam uma restrição maior, outras, uma menor. Seria basicamente o que Alexy quer fazer menção quando propõe uma classificação das restrições a direitos fundamentais (e, também, da realização desses direitos) em pequenas, médias e grandes.⁹

Esse escalonamento e essa classificação não impediram a discordância quanto ao resultado, nem mesmo em relação aos próprios argumentos, o que significa que alguém poderia escalonar de forma diferente e afirmar, *e.g.*, que o fato de algumas fotos terem sido feitas com teleobjetiva não seria suficiente para que fossem tratadas de forma distinta, o que seria possível desde que fosse fundamentado. A plausibilidade dessa observação é tanta que foi exatamente o que aconteceu: a Corte Europeia de Direitos Humanos reavaliou o caso – considerando que a forma escolhida pelo tribunal alemão não foi a mais adequada – e concluiu, com base em vários argumentos, que a privacidade da princesa Caroline de Mônaco não fora garantida de forma suficiente.

O que importa destacar é: o que houve não foi uma simples divergência quanto ao resultado da decisão (um tribunal teria *preferido* a liberdade de imprensa, outro teria *preferido* a privacidade), mas uma divergência *na fundamentação* de algumas relações de precedência, em razão de uma série de variáveis expostas pela corte europeia.

Com base nestes exemplos, conclui-se que o sopesamento não pode ser uma questão de *preferir isto àquilo*, porque *simples preferências são infensas a qualquer controle intersubjetivo*.

Assim, se é feito um escalonamento – e esse escalonamento pode ser do tipo simples, baseado em classificações como pequeno, médio e grande – é possível comparar o grau de restrição a um direito fundamental (pequeno, médio ou grande) com o grau de realização do direito que com ele colide (pequeno, médio ou grande). Deste modo, abre-se uma possibilidade de diálogo intersubjetivo, o que demonstra que a *objetividade possível* não é algo tão distante.

Silva destaca que em alguns trabalhos recentes Alexy tem utilizado uma série de fórmulas – às vezes complexas – para ilustrar esse escalonamento simples. Contudo, não se pode imaginar que são as fórmulas que conferem objetividade à argumentação (como se a

⁹ Sobre a referida classificação, cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. *Op. cit.*, p. 600 e ss.; _____. Da estrutura dos direitos fundamentais a proteção. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*. Salvador: n.18, 2009, p. 469 e ss.

objetividade estivesse ligada à aparência de proximidade com a lógica ou a matemática). As fórmulas não conferem objetividade ao sopesamento ou possibilidade de diálogo intersubjetivo, elas apenas ilustram esse escalonamento básico: pequeno, médio e grande. *É o escalonamento que é o passo inicial para uma maior objetividade*, pois mostra com clareza os passos decisivos que fundamentaram o sopesamento e levaram àquela determinada decisão.

O segundo enfoque proposto por Virgílio Afonso da Silva é o *teórico*, que consiste na explicitação de pontos de partida teóricos na argumentação jurídica. Métodos, destaca o autor, em si mesmo considerados, são vazios, isto é, são instrumentos que têm que ser preenchidos com alguma substância. E uma importante variável que confere certa substância a esse instrumento são os pressupostos teóricos do aplicador e intérprete do direito, que não podem nunca ser escondidos. É possível dizer que dificilmente poderá existir método de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais sem uma teoria dos direitos fundamentais que esteja por trás desse método. E se essa teoria fica escondida, o método todo se obscurece.

Assim, no aspecto teórico, o problema principal não está relacionado à análise do caso concreto, mas às premissas teóricas de que se parte para solucioná-lo. O problema surge quando não se explicitam as premissas das quais se parte, ou qual a teoria dos direitos fundamentais que fundamenta a interpretação em questão, ou ainda, quando há falta de honestidade na exposição dessas premissas.

Claro que a própria opção por uma determinada teoria dos direitos fundamentais pode estar associada a um certo grau de subjetivismo. Por mais que dependa de fundamentação, essa é uma escolha subjetiva (devendo-se observar a compatibilidade entre pressupostos teóricos e material constitucional vigente). Mesmo assim, ainda que, em um cenário mais pessimista, a escolha dessa ou daquela teoria não seja fundamentada a contento, a simples explicitação do ponto de partida já confere mais objetividade ao sopesamento, porque conhecer os pontos de partida é um passo importante para a possibilidade de diálogo e controle intersubjetivos.

Por fim, o terceiro aspecto – o *institucional* – não tem importância apenas no debate sobre a objetividade do sopesamento ou da ponderação, mas sobre a objetividade de qualquer método. Ele está, além disso, mais fortemente ligado à questão da previsibilidade, nos termos mencionados anteriormente.

Para evitar ou diminuir a insegurança, a objetividade é algo necessariamente associado a certo grau de previsibilidade, âmbito no qual dois aspectos institucionais se fazem importantes: *respeito a precedentes e controle social*.

Respeito a precedentes pode ser compreendido da seguinte forma: quanto maior for o respeito a decisões judiciais tomadas em casos semelhantes, menor será a liberdade subjetiva do aplicador do direito ao realizar um sopesamento. Ou seja, quanto mais aplicações de uma determinada norma ao longo da história de um tribunal, maior é o ônus argumentativo para que esse histórico seja contrariado. E esta é uma técnica que vem ganhando importância no Brasil, especialmente quando se pensa nos efeitos vinculantes estabelecidos pelas decisões do Supremo Tribunal Federal, a exemplo das prolatadas nas ações de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade e na formatação de súmulas vinculantes. O uso de um precedente, também aqui, favorece o juiz que adere à sua tese, ao tempo que ao magistrado que pretende se afastar do precedente recai todo o ônus argumentativo, o que se dá em escala ainda maior em se tratando de decisões proferidas em órgãos colegiados.

Neste sentido, a possibilidade de decisões irracionais e exclusivamente subjetivas em um sopesamento *diminui na proporção em que se aumenta o respeito a precedentes*. É o que Alexy destaca ao afirmar que as normas de direitos fundamentais – os princípios – decorrem não somente do texto dos artigos de uma constituição, mas, também da jurisprudência de um tribunal constitucional (2008, p. 27).

Nesse ponto, a diferença de graus de racionalidade e objetividade entre esses dois cenários (sopesar apenas com base em textos *vs.* levar em consideração precedentes) fica clara. Sopesar apenas com base em textos extremamente abstratos e, em muitos casos, vagos – como entre o princípio da livre iniciativa e o da proteção ao consumidor – inevitavelmente leva a uma abertura subjetiva quase incontrolável. Este caso particular será, adiante, objeto de estudo do presente trabalho, oportunidade no qual se poderá verificar que, em casos que tratam de decisões similares, a fundamentação baseada em precedentes, na consolidação institucional de determinados preceitos em ordens constitucionais anteriores garantem maior racionalidade à decisão. Por outro lado, as decisões tomadas sem menção a precedentes – ou com uma argumentação fraca neste sentido – tem sua racionalidade e objetividade sensivelmente prejudicadas, especialmente quando se verifica a utilização de argumentos idênticos, em casos similares, com a adoção de resultados diversos.

Por isso, um sopesamento que leva em conta apenas o texto constitucional sempre tenderá a ser mais subjetivo se comparado a um sopesamento que inclua, como variável fundamental, a história jurisprudencial e os precedentes judiciais.

Por derradeiro, o segundo subaspecto do aspecto institucional pode ser chamado de *controle social*. Coerência e consistência (geradores de previsibilidade e segurança) nas decisões judiciais são aumentadas se houver controle dessas decisões. E, aqui, Silva refere-se

a um controle social exercido não por instâncias judiciárias superiores ou por um conselho de magistratura, mas sobretudo pela comunidade acadêmica e jurídica e pela imprensa.

Imprevisibilidade e insegurança jurídica estão intimamente ligadas à ideia de decisão *ad hoc*, algo que só é possível quando não há controle social (que aumenta à medida que for maior a transparência e publicidade das decisões de um determinado tribunal – na internet, por exemplo). De acordo com Silva, por mais banal que isso pareça ser, é uma forma de controle que pode aumentar a previsibilidade das decisões judiciais (e dos sopesamentos) e diminuir cada vez mais a possibilidade de decisões *ad hoc*.

A natureza da asserção de Silva parece ganhar relevo quando se parte do argumento de que, apesar do juiz decidir com base em razões formadas internamente, é cediço que a sua legitimidade, diferente dos outros poderes, é *argumentativa* (e não representativa), como ensina Alexy¹⁰. Ampliar o controle social representa, portanto, um alargamento do *auditório*, nos termos expostos por Perelman, impondo um maior ônus argumentativo ao juiz ou corte na interpretação e aplicação do direito para obter adesão dos *ouvintes* – ônus que se acentua quando se trata de casos julgados pela Corte Constitucional.

Na opinião de Virgílio Afonso da Silva, é a conjugação destas três premissas – às quais o presente trabalho adere – que viabilizam escapar do maniqueísmo *o método A é melhor do que o B*, outorgando ao sopesamento a possibilidade de desempenhar um papel preponderante – e, sobretudo, racional e objetivo – na interpretação constitucional.

Destarte, aquele que pugna que objetividade tem que ser mais que isso, ou que há métodos mais objetivos e racionais do que a ponderação e que, ao mesmo tempo, sejam adequados para a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais em um Estado constitucional contemporâneo, tem o ônus de fundamentar a viabilidade metodológica, teórica e institucional dessa suposição.

3 O CASO EMPÍRICO AVALIADO: A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N.º 1.266-5/BA

Compete analisar, nesta quadra do presente estudo, um precedente selecionado dentre as decisões do Supremo Tribunal Federal referentes ao exercício da atividade educacional na seara privada, no qual se revela fundamental a ponderação entre o direito à educação e o princípio da livre iniciativa.

¹⁰ Sobre a legitimidade argumentativa do juiz constitucional, cf. ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

O Supremo Tribunal Federal, em aresto proferido em 06 de abril de 2005, no julgamento da ADI n.º 1.266-5/BA¹¹, reconheceu a educação como serviço público não privativo, nada obstante o argumento central na resolução da controvérsia tenha sido um critério meramente formal, qual seja, o reconhecimento da competência suplementar do Estado-membro para legislar sobre normas gerais de educação (art. 24, § 2º da Carta da República). Nada obstante, o julgado traz relevante discussão acerca da classificação da educação adotada pela Corte Constitucional.

Trata-se de ação direta proposta pela Confederação Nacional de Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN) requerendo a declaração de inconstitucionalidade da Lei n.º 6.586/94 do Estado da Bahia, que dispõe sobre a adoção de material escolar e de livros didáticos pelos estabelecimentos de ensino, com o seguinte texto normativo:

O PRESIDENTE DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DA BAHIA PROMULGA E FAZ PUBLICAR, NOS TERMOS DO § 7º, DO ARTIGO 80¹², DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DA BAHIA, A SEGUINTE:

LEI Nº 6.586 DE 16 DE JUNHO DE 1994

Dispõe sobre a adoção de material escolar e de livros didáticos pelos estabelecimentos de ensino e dá outras providências.

A ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DECRETA:

Art. 1º - A adoção de material escolar e de livros didáticos pelos estabelecimentos particulares de ensino pré-escolar, de 1º e 2º graus obedecerá às normas estatuídas por esta lei.

Art. 2º - Para os efeitos desta Lei, considera-se material escolar todo aquele item de uso exclusivo e restrito ao processo didático-pedagógico e que tenha por finalidade o atendimento das necessidades individuais do educando durante a aprendizagem.

Art. 3º - Os estabelecimentos particulares de ensino pré-escolar, de 1º e 2º graus divulgarão, durante o período de matrícula a lista de material escolar solicitado, acompanhada do respectivo plano de execução.

§ 1º - Constará deste plano de execução, de forma detalhada e com referência a cada unidade de aprendizagem do período letivo, a discriminação dos quantitativos de cada item de material escolar, seguido da descrição da atividade didática para o qual se destina, com seus respectivos objetivos e metodologia empregada.

§ 2º - Será facultado aos pais ou, se for o caso, aos responsáveis pelo educando, optar entre fornecimento integral do material escolar no início do período letivo ou pela entrega parcial e parcelada, segundo os quantitativos de cada unidade de

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.266-5/BA*. Requerente: CONFENEN, Requerido: Assembleia Legislativa do Estado da Bahia. DJ 23.09.2005, Ementário n.º 2206-1, p. 95-110.

¹² Dispõe o art. 80, § 7º da Constituição do Estado da Bahia:

Art. 80 - Aprovado o projeto de lei, será encaminhado ao Governador que, aquiescendo, o sancionará, no todo ou em parte.

[...]

§ 7º - Se a lei não for promulgada dentro de quarenta e oito horas pelo Governador, o PresId.nte da Assembléia Legislativa promulga-la-á e, se este não o fizer em igual prazo, caberá a um dos Vice-PresId.ntes fazê-lo, obedecida a hierarquia na composição da Mesa.

aprendizagem, sendo que, neste caso, far-se-á a entrega com antecedência mínima de 8 (oito) dias do início da unidade.

§ 3º - Fica vedada, sob qualquer pretexto, a indicação pelo estabelecimento de ensino, de preferência por marca ou modelo de qualquer item do material escolar.

§ 4º - Fica proibido constar da lista de material escolar ou ainda, exigir do educando, a qualquer título, material de consumo, de expediente ou de uso genérico, tais como: papel-ofício, papel higiênico, fita adesiva, cartolina, estêncil e tinta para mimeógrafo, verniz corretor, álcool, algodão, artigos de limpeza e higiene, dentre outros.

Art. 4º - A lista de material poderá sofrer alterações no decorrer do período letivo, não podendo exceder a 30% (trinta por cento) do originalmente solicitado.

Parágrafo único - Todo material que exceder à cota fixada neste artigo, deverá ser suplementado pelo estabelecimento de ensino que o exigir.

Art. 5º - Fica vedada, sob qualquer modalidade, a cobrança de taxa de material escolar.

Art. 6º - Os títulos dos livros didáticos adotados pelos estabelecimentos particulares de ensino só poderão ser substituídos após transcorrido o prazo de 4 (quatro) anos, contado de sua adoção.

Art. 7º - Fica proibido condicionar o comparecimento, a participação e a permanência do aluno nas atividades escolares, à aquisição e/ou fornecimento de livro didático ou material escolar.

Art. 8º - Os estabelecimentos particulares de ensino que descumprirem as normas da presente lei estarão sujeitos às penalidades fixadas no Código de Defesa do Consumidor e na legislação correlata.

Art. 9º - Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação.

Art. 10 - Revogam-se as disposições em contrário.

GABINETE DA PRESIDÊNCIA DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DA BAHIA, EM 16 DE JUNHO DE 1994.

Deputado EUJÁCIO SIMÕES

Presidente

A CONFENEN atribuiu à lei estadual impugnada a pecha de inconstitucionalidade ao argumento de usurpação da competência privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação (art. 22, inciso XXIV, da Constituição Federal), bem como sob o fundamento de que o texto normativo vergastado representaria afronta ao art. 209 da Carta Magna, uma vez que deste dispositivo constitucional emanaria de forma clara a liberdade de ensino pela iniciativa privada, limitando a ação do Poder Público a estabelecer tão somente currículo mínimo obrigatório, autorização e avaliação de qualidade e que as peculiaridades de currículo e desenvolvimento são de competência exclusiva de cada estabelecimento.

O objetivo central da CONFENEN constituía-se em impedir a obrigatoriedade de apresentação pelas instituições particulares lista de material escolar solicitado, acompanhada do respectivo plano de execução, ao argumento de inexecuibilidade do mandamento legal¹³.

¹³ Segundo a CONFENEN, fácil seria concluir sobre a inexecuibilidade de apresentação de plano de execução para justificar o pedido de material escolar, uma vez que a escola deveria remeter para cada aluno, de acordo com sua série e grau, o planejamento anual, mês a mês, dia a dia e correlacionando com material solicitado. Por outro lado, o art. 4º impediria que as escolas comprassem o material a preço de atacado e o disponibilizassem aos pais “sem ônus de lucro”, e que “estabelecer o mesmo livro didático para 4 (quatro) anos é no mínimo querer que a história pare no tempo e no espaço”.

Destaque-se que a própria lei impugnada estabelece uma ponderação: as exigências e limites impostos aos estabelecimentos particulares de ensino, ao tempo que restringem a livre iniciativa, asseguram aos pais uma maior proteção contra abusos praticados pelas escolas privadas – ainda que mais sob uma ótica de proteção ao consumidor do que sob uma perspectiva de realização do direito à educação. Neste sentido, note-se que o próprio art. 8º do texto normativo impugnado sujeita os estabelecimentos particulares que descumprirem a lei às penalidades fixadas no Código de Defesa do Consumidor e na legislação correlata.

A ação foi julgada improcedente, constando a seguinte ementa no acórdão:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 6.584/94 DO ESTADO DA BAHIA. ADOÇÃO DE MATERIAL ESCOLAR E LIVROS DIDÁTICOS PELOS ESTABELECIMENTOS PARTICULARES DE ENSINO. SERVIÇO PÚBLICO. VÍCIO FORMAL. INEXISTÊNCIA.

1. Os serviços de educação, seja os prestados pelo Estado, seja os prestados por particulares, configuram serviço público não privativo, podendo ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização.
2. Tratando-se de serviço público, incumbe às entidades educacionais particulares, na sua prestação, rigorosamente acatar as normas gerais de educação nacional e as dispostas pelo Estado-membro, no exercício de competência legislativa suplementar (§2º do ar. 24 da Constituição do Brasil).
3. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado improcedente.

Para o que interessa ao presente *paper*, a peculiaridade do caso está em observar, da análise do inteiro teor do acórdão, que, nada obstante a ementa do julgado caracterize a educação como serviço público não privativo, este entendimento foi expressamente rechaçado pelos Ministros no decorrer do processo argumentativo e deliberativo.

Com efeito, o Relator da ADI, Ministro Eros Grau, remetendo-se a classificação doutrinária própria alinhada em livro de sua autoria, estabeleceu como premissa argumentativa que a educação seria serviço público não privativo. Os termos do argumento do Relator foram os seguintes:

4. No que tange ao mérito, lembro ter afirmado, em outra ocasião (Vide o meu *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 9ª ed., Malheiros, São Paulo, 2004, p. 108), que os serviços de educação, seja os prestados pelo Estado, seja os prestados por particulares, configuram serviço público não privativo, isto é, podem ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização. São, porém, sem sombra de dúvida, serviço público. O Estado-membro detém competência concorrente para legislar sobre a matéria, nos termos do disposto no artigo 24, IX, da Constituição. A lei impugnada dispõe sobre material escolar e livros didáticos adotados pelos estabelecimentos particulares de ensino.

5. O artigo 209 da Constituição do Brasil afirma que o ensino é livre à iniciativa privada, isso significando que o setor privado pode prestar esse serviço público independentemente de obtenção de concessão ou permissão. Tratando-se contudo de serviço público, incumbe às entidades educacionais particulares, na sua prestação, rigorosamente acatar as normas gerais de educação nacional e as dispostas pelo

Estado-membro, no exercício de competência legislativa suplementar (§ 2º do art. 24 da Constituição do Brasil).

6. O texto assegura ao usuário do serviço prestado pelo estabelecimento particular de ensino o conhecimento, durante o período de matrícula, do quantitativo de material escolar a ser utilizado no ano letivo, com a justificativa da necessidade de cada item. Veda a indicação de preferência por marca ou modelo de qualquer item; faculta aos pais ou responsáveis pelo educando a entrega do material de uma só vez ou de forma parcelada, ente outras disposições de igual índole.

6. [sic] A Lei em questão não se afastou do âmbito da competência concorrente dos Estados-membros fixada pela Constituição no art. 24, inciso IX e seu § 2º. Outrossim, enfatizo que a medida cautelar foi indeferida há dez anos, desde então produzindo efeitos a Lei n. 6.586, de 1.994.

Ante o exposto, julgo improcedente o pedido formulado na presente ação.

O fato do argumento lançado pelo Relator ter sido refutado impõe-lhe um ônus argumentativo maior, o que apenas não se verificou porque a Corte entendeu ser suficiente o critério formal para a resolução da controvérsia.

Com efeito, o Relator apenas fez uma menção à classificação doutrinária que teceu em obra de sua lavra, pressupondo que os demais Ministros a conhecessem ou compartilhassem. A recusa ao seu argumento lhe teria imposto uma dificuldade adicional para obtenção de adesão dos seus pares, não fosse o fato de que os demais Ministros concordaram ser suficiente resolver a questão por intermédio de um critério formal.

Em verdade, o entendimento do Relator parece consentâneo à ideia de que o direito fundamental à educação pode estar sujeito a restrições, especialmente quando oferecido pela iniciativa privada. Veja-se, contudo, tratar-se de formulação que não adentra ao campo específico dos limites do direito à educação do estudante da instituição particular, mas consigna que a iniciativa privada tem sua liberdade restringida pelos regulamentos públicos sobre o sistema educacional.

Observa-se, deste modo, que o Relator não deixou, *in casu*, de fazer uma ponderação, ainda que fraca. Com efeito, *metodologicamente*, poder-se-ia ter adentrado no terreno da valoração do art. 209 da Constituição, para daí analisar a colisão com outros direitos fundamentais – inclusive o direito à educação. *Teoricamente*, isto exigiria uma melhor fundamentação das premissas, inclusive melhor detalhamento doutrinário da classificação levada a efeito pelo Ministro Relator. *Institucionalmente*, perdeu a Corte a oportunidade de forjar precedente mais sólido, de modo a fortalecer seu uso posterior como paradigma¹⁴.

¹⁴ Em pesquisa de jurisprudência no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, verifica-se que a ADI 1266-5/DF não possui citações relevantes como precedente para resolução de outras controvérsias constitucionais.

O único voto divergente, julgando procedente a ação, foi apresentado pelo Ministro Marco Aurélio, ao argumento de que não caberia ao Estado membro disciplinar, relativamente ao ensino particular, o material escolar e os livros didáticos a serem adotados, nem adentrar o campo da disciplina da cobrança a ser feita aos estudantes. Na opinião do Ministro, tratar-se-ia de tema que não está na competência da unidade da Federação, quer quanto à comercialização, quer quanto à escolha do material escolar, dos livros didáticos.

Ao refutar o fundamento de que o estado membro teria competência para disciplinar o ensino particular – acrescentando o argumento de que sequer caberia à unidade da federação adentrar o campo da cobrança feita aos estudantes – o voto divergente parece concluir que não é possível estabelecer limitação à cobrança, ou, em outras palavras, as instituições particulares não poderiam sofrer qualquer restrição no oferecimento do serviço.

Vê-se que o voto divergente efetivamente entrecortou uma ponderação distinta daquela apresentada pelo Relator. O ministro Marco Aurélio, metodologicamente, estabeleceu maior valor, no caso concreto, ao princípio da livre iniciativa, malgrado tenha optado por não aprofundar *teoricamente* as suas premissas.

Com efeito, o entendimento do Ministro Marco Aurélio parece alinhar-se à ideia de que, por não estar sujeito à restrição legislativa (pelo menos no que concerne aos valores das mensalidades), prevaleceria a liberdade ampla na fixação de preços. Ademais, o Ministro Marco Aurélio não assinala, *v.g.*, se a União – e não um Estado-membro – poderia regulamentar a cobrança de mensalidades pelas instituições particulares de ensino, se a própria cobrança estaria sujeita a limites decorrentes da ponderação (ainda que em abstrato) com o direito fundamental à educação ou se, de outra sorte, encontraria restrições no campo do direito consumerista.

É verdade que o voto divergente não aprofunda estes argumentos, o que exigiria examinar se a livre iniciativa tem, ao menos *prima facie*, uma fundamentalidade maior do que outros direitos, e se essa premissa teórica é fundamentada de forma consistente – o que seria um bom começo para que a decisão fosse tomada com base em um sopesamento, e não em um critério de constitucionalidade meramente formal, apoiado em uma regra de competência.

Sobre o que importa ao presente estudo, interessante, em verdade, são os votos apresentados pelos Ministros Carlos Britto e Sepúlveda Pertence, que, apesar de acompanharem o Relator no sentido de julgar improcedente a ação, destacam a sua não

adesão à classificação tecida pelo Ministro Eros Grau, refutando expressamente o argumento que caracteriza a educação como serviço público não privativo¹⁵.

Malgrado tenham rechaçado o argumento, não assumem os ministros Carlos Britto e Sepúlveda Pertence o ônus argumentativo de delimitar uma caracterização teórica mais consistente da educação, atendo-se a classificá-la como uma atividade que pode constituir-se como estatal ou privada. Para melhor compreensão da controvérsia, veja-se o debate engendrado no voto dos Ministros Carlos Britto e Sepúlveda Pertence:

VOTO [DO MINISTRO CARLOS BRITTO]

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO – Senhor Presidente, acompanho o Relator, data venia do ponto de vista do Ministro Marco Aurélio.

Quero deixar registrado que não tenho a educação enquanto modalidade de serviço público. Com respeito à opinião do eminente Ministro-Relator, entendo que o artigo 175 da Constituição deixa claro que o serviço público é aquele titularizado pelo poder público, ou seja, de senhorio exclusivo do poder público.

Sabemos que, em matéria de ensino, a Constituição chega a dizer que o ensino é livre. Vejam: “liberdade” – é livre a iniciativa privada.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): e – O Ministro me concede um aparte?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO – Pois não.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): – É livre exatamente porque prescinde de concessão.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO – Porque não é serviço público.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): – Exatamente por ser serviço público é que a Constituição diz, depois, que é livre no sentido de que, apesar de ser serviço público, é não-privativo. Esse é o entendimento que se tem adotado atualmente.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO – Entendo que não.

Saúde pública e educação são atividades ambivalentemente públicas e privadas, ou seja, mistamente públicas e privadas, porque admitem as duas titularidades, os dois senhorios. Data venia, excludo esses dois tipos de atividade da área dos serviços públicos típicos.

VOTO [DO MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE]

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Senhor Presidente, também eu, conforme o Ministro Carlos Britto, embora respeitando como categoria doutrinária a classificação do Ministro Eros Grau, *entendo que, em termos constitucionais, o ensino privado não é serviço público; é uma atividade privada, mas, porque imbricada com o direito à educação, sujeita a regulamentações públicas.*

¹⁵ O extrato da ata atesta a ausência da Ministra Ellen Gracie e voto divergente do Ministro Marco Aurélio. Votaram com o Relator os Ministros Nelson Jobim (Presidente), Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto e Joaquim Barbosa.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA – Entendo que a Constituição caracteriza educação e saúde como direitos fundamentais, prestacionais.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Por isso mesmo julgamos constitucional, conforme o voto do Ministro Moreira Alves, a disciplina de preços, dada a sua imbricação com o direito à educação.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – De qualquer forma, não há um direito à educação numa escola privada se não houver o pagamento.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Se não houver pagamento, sim; *mas ele pode estar sujeito a parâmetros normais, fixados em lei.*

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA – *A fundamentalidade desse direito é que leva à legitimação da atuação do Estado, no sentido de disciplinar essa prestação.*

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Sem convertê-lo em serviço público.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA – Claro. *Temos de encontrar um meio termo aí.*

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – No caso, *não é preciso chegar a esse resultado, porque é comum o entendimento de que é passível de regulação a matéria por parte do Estado.*

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU 9RELATOR):– Na linha do pensamento dos Ministros Sepúlveda Pertence e Carlos Britto, o ensino e a saúde são mercadoria quando prestados pelo setor privado; mas são serviço público quando prestados pelo Estado. Ou seja, uma coisa consegue ser, ao mesmo tempo, em termos jurídicos, duas coisas.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO – Acho que, do nosso ponto de vista, não se extrai essa conclusão a que chegou Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – *Mas isso não é necessário para definir a questão.* Vamos deixar que ela se imponha. (grifos nossos)

Veja-se que o entendimento do Ministro Carlos Britto conduz a um conceito bastante amplo – a exigir maior esforço argumentativo para convencimento dos seus pares –, na medida em que sequer estabelece, *e.g.*, quais os direitos fundamentais ou princípios constitucionais que devem ser observados quando a educação for prestada no âmbito privado.

Deste entendimento derivam várias questões, das quais elencamos apenas algumas, a demonstrar a necessidade *teórica* de melhor consistência da tese: quais seriam os limites para a atuação privada na seara educacional? Se a atividade é privada, qual o grau de regulamentação que pode ser imposto pelo Estado-membro? Quais seriam os limites do art. 209 da Constituição Federal?

Cria-se, com o entendimento do Ministro Carlos Britto, uma zona conceitual extremamente aberta: quando ofertada pela iniciativa privada a educação deixaria de ser um

direito fundamental, ainda que com restrições? Em outras palavras, o fato de não ser prestada pelo Estado lhe retira qualquer garantia, enquanto direito, contra os abusos dos estabelecimentos particulares? Quais princípios constitucionais devem reger tal atividade? O direito fundamental à educação teria algum tipo de eficácia horizontal sobre a atividade privada? O princípio da livre iniciativa, em colisão com o direito fundamental à educação, pode sofrer restrições? Em que grau? Qual seria a ponderação possível neste caso?

Perceba-se que o voto do Ministro Carlos Britto não adentra no exame do art. 209 da Carta Magna, eximindo-se de assumir o ônus argumentativo de estabelecer parâmetros diante de tal princípio constitucional. É dizer, exime-se da tarefa de, no caso concreto, verificar se a lei impugnada ofende materialmente ou não o princípio da livre iniciativa na educação insculpido no aludido texto normativo constitucional.

No mesmo sentido é o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, que, tal qual o Ministro Carlos Britto, igualmente não considera o ensino privado um serviço público, nada obstante reconheça que está sujeito a regulamentação pública. Percebe-se, aqui, a realização de uma ponderação, ainda que igualmente fraca, posto que as premissas teóricas não são melhor apresentadas, nem se estabelece um escalonamento metodológico mais rigoroso entre os princípios e direitos em eventual conflito.

4 CONCLUSÃO

Parece lícito concluir, no caso em estudo, que a Corte Constitucional eximiu-se deliberadamente do aprofundamento de tecer uma análise teórica mais consistente dos temas tratados, especialmente porque se estava diante de caso que comportava em boa medida o exercício da ponderação. Assumi o STF, portanto, a postura de *guardião acanhado*, nos exatos termos cunhados por Conrado Hübner Mendes (2011).

Deste modo, nada obstante a potencialidade interpretativa e argumentativa dos temas *sub examine*, a controvérsia restou solvida por meio de uma simples regra *formal* de competência constitucional: reconheceu-se, com base no art. 24, § 2º da Magna Carta, a competência suplementar da unidade federativa para adicionar diretrizes àquelas normas gerais de educação fixadas pela União.

Ainda assim, parece igualmente lícito concluir que o caso demandava uma ponderação: o reconhecimento da competência do Estado-membro para legislar suplementarmente sobre educação não suprime a necessidade de exame do mérito da lei

impugnada, especificamente no que concerne aos limites estabelecidos ao princípio constitucional da livre iniciativa, nos termos impugnados pela CONFENEN.

No presente caso, o Ministro Eros Grau, na condição de Relator, buscou, à luz da Constituição, inserir a educação em outro marco doutrinário. Nada obstante, não o fez a contento, especialmente porque ficou omissa em fundamentar melhor as premissas que fundamentam a classificação que elaborou. Talvez isto tenha resultado de um erro argumentativo: ao pressupor que seus pares conheciam sua obra, concluiu o Relator que não era necessário fundamentar suas premissas de forma mais sólida, no que incorreu em uma *petição de princípio*. Refutada sua premissa, sua tese apenas foi mantida em virtude da consonância dos demais Ministros em julgar procedente a demanda. Simbólico, neste sentido, é o fato de que a decisão fora tomada com base em um critério meramente formal, baseado em uma regra de competência, desperdiçando-se a oportunidade de estabelecer uma valiosa ponderação entre os direitos, princípios e valores em jogo.

Repise-se: a Corte Constitucional poderia, neste caso, *metodologicamente*, ter efetuado um escalonamento entre direitos e princípios em colisão, fundamentando com maior consistência *teórica* os seus argumentos, de modo a viabilizar a formação *institucional* de precedentes sólidos, especialmente no que se refere, por exemplo, à ponderação entre o direito fundamental à educação – ainda que sob uma perspectiva de proteção consumerista – em face do princípio da livre iniciativa.

Interessante é notar que o Ministro Eros Grau utiliza os mesmos argumentos na ADI n.º 1.007-7/PE (BRASIL, 2006), para, contudo, chegar a resultado diverso. No caso, tratava-se de lei que impunha data de vencimento para o pagamento de mensalidades. Estas seriam pagas no quinto dia útil posterior à efetivação prestação do serviço educacional. Eis a ementa do acórdão:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 10.989/93 DO ESTADO DE PERNAMBUCO. EDUCAÇÃO: SERVIÇO PÚBLICO NÃO PRIVATIVO. MENSALIDADES ESCOLARES. FIXAÇÃO DA DATA DE VENCIMENTO. MATÉRIA DE DIREITO CONTRATUAL. VÍCIO DE INICIATIVA. 1. Os serviços de educação, seja os prestados pelo Estado, seja os prestados por particulares, configuram serviço público não privativo, podendo ser desenvolvidos pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização. 2. Nos termos do artigo 22, inciso I, da Constituição do Brasil, compete à União legislar sobre direito civil. 3. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente (BRASIL, 2006).

No caso, o Ministro Eros Grau, como relator, apresentou voto pela declaração de inconstitucionalidade da lei impugnada. O principal motivo parece ter sido o princípio da

segurança jurídica. Há dez anos antes do julgamento do mérito foi deferida uma medida cautelar para suspender os efeitos da lei atacada, consolidando uma situação de fato. Importante destacar que, na ADI 1.266-5/BA, deu-se o inverso: a medida cautelar foi indeferida cerca de quatro anos antes do julgamento do mérito. O Ministro Eros Grau, relator em ambas ações, apesar de ter apresentado argumentação praticamente idêntica à colacionada à ADI 1.266-5/BA, para, contudo, chegar a conclusão diametralmente oposta. Tratando de lei que fixa data de vencimento, estar-se-ia a falar de questão civil, e não do consumidor, razão pela qual faleceria competência ao Estado membro para legislar.

Deste modo, para além de não fazer a ponderação necessária ao caso, nos termos do precedente firmado na ADI 319-4/DF, o Relator (e a Corte, que aprovou seu voto por maioria) parece ter cometido dois erros: primeiro, o grau de restrição à livre iniciativa parece ser muito menor neste caso do que na ADI 319-4/DF, no qual se estabelecia um controle de preços, impactando diretamente o planejamento comercial do estabelecimento privado¹⁶. Na ADI 1.007-7/PE, estabeleceu tão somente o pagamento sob o critério do *mês vencido*. A remuneração – independente do valor – estava assegurada. Como segundo erro, o Relator e o Supremo, a pretexto de preservar a segurança jurídica, por um lado, resultou por abalá-la, de outro: firmou-se um precedente distinto daquele construído, por exemplo, na ADI 319-4/DF, sem a realização, contudo, do mesmo grau de fundamentação e construção de parâmetros e argumentos. Neste particular, para além de proferir uma decisão casuística, sem observância aos precedentes da Corte, sequer foi assumido o ônus argumentativo de construir uma fundamentação diversa do precedente anterior – o argumento do Relator, como dito, foi a mesma daquela aduzida na ADI 319-4/BA.

Repise-se que a ponderação parte da necessidade de verificar se o meio estabelecido pela lei impugnada para alcançar os objetivos a que se propõe (M¹) guarda observância a uma restrição proporcional dos demais princípios constitucionais colidentes. Destarte, a ponderação aqui poderia ser feita nos seguintes termos: o meio é adequado para a proteção contra a cobrança antecipada, assegurando o direito à educação e a proteção consumerista? Caso positivo, temos a segunda questão: o meio é necessário, é dizer, existe outro menos gravoso, que importe menor restrição à livre iniciativa e estabeleça igual proteção aos direitos à educação e do consumidor? Sendo necessária a medida, termos a ponderação, a

¹⁶ Sobre a ADI-QO 319-4/DF, cf. VASCONCELLOS, Emanuel Lins Freire. *Ensaio sobre a racionalização da técnica da ponderação no STF: análise a partir da ADIN N° 319-4/DF*. In: José Filomeno de Moraes Filho; Regina Célia Martinez; Ilton Norberto Rob Filho. (Org.). *Teoria do Estado e da Constituição*. Florianópolis: FUNJAB, 2014, p. 316-346.

proporcionalidade em sentido estrito: o grau de restrição à livre iniciativa é proporcional ao grau de realização do direito à educação?

O fato é que não se impôs à iniciativa privada que fornecesse gratuitamente o serviço, mas tão somente que a cobrança fosse feita posteriormente à prestação efetiva do serviço. O pagamento, desta forma, está garantido pela lei, que apenas estabeleceu um termo de vencimento. Veja que há, sim, no caso, uma restrição à livre iniciativa, mas uma restrição *fraca*. Por outro lado, a vedação à cobrança antecipada é medida que possibilita ao estudante usufruir do serviço e remunerá-lo posteriormente. A remuneração, portanto, está assegurada. É uma garantia, que outorga um grau de realização proporcional à restrição. Daí parece lícito inferir ser proporcional a medida estabelecida pela lei impugnada.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008

_____. Da estrutura dos direitos fundamentais a proteção. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*. Salvador: n.18, 2009.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008 [Trad. Virgílio Afonso da Silva a partir da 5ª edição alemã].

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.007-7/PE*. Requerente: CONFENEN, Requerido: Assembleia Legislativa do Estado de Pernambuco. Relator: Ministro Eros Grau. 31 de agosto de 2005. Coordenadoria de Análise de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DJ 24.02.2006, Ementário n.º 2222-1.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.266-5/BA*. Requerente: CONFENEN, Requerido: Assembleia Legislativa do Estado da Bahia. Relator: Ministro Eros Grau. 06 de abril de 2005. Coordenadoria de Análise de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DJ 23.09.2005, Ementário n.º 2206-1, p. 95-110.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MICHELON, Cláudio. Princípios e Coerência na Argumentação Jurídica. *In: Ronaldo Porto Macedo Junior; Catarina Helena Cordata Barbieri (Orgs.). Direito e interpretação: racionalidade e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. *In: Ronaldo Porto Macedo Jr.; Catarina Barbieri (Orgs.). Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari Vieira. Princípio é preguiça? *In: Ronaldo Porto Macedo Jr. e Catarina Helena Cortada Barbieri (Orgs.). Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011.

VASCONCELLOS, Emanuel Lins Freire. *Ensaio sobre a racionalização da técnica da ponderação no STF: análise a partir da ADIN N° 319-4/DF*. *In: José Filomeno de Moraes Filho; Regina Célia Martinez; Ilton Norberto Rob Filho. (Org.). Teoria do Estado e da Constituição*. Florianópolis: FUNJAB, 2014, p. 316-346.