

## EDUCAÇÃO E CULTURA: DIREITO OU CONTRATO?

Marcia Carla Pereira Ribeiro

EDUCATION AND CULTURE: STATUTE OR CONTRACT?

### RESUMO

O ESTUDO INSERE-SE NO CAMPO DO DIREITO CONSTITUCIONAL, CIVIL E DO CONSUMIDOR. O COTEJO ENTRE DUAS DECISÕES PROFERIDAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO QUE SE REFERE À OFERTA DE SERVIÇOS RELACIONADOS AO ENSINO, NA PRIMEIRA DELAS, E À CULTURA, ESPORTE E LAZER, NA OUTRA, CONDUZ A UMA ANÁLISE DA NATUREZA E DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS ESTABELECIDOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ESPECIALMENTE QUANDO OFERTADOS PELA INICIATIVA PRIVADA E INSTRUMENTALIZADOS POR CONTRATOS. A PROPOSTA DO ARTIGO É DE UMA PONDERAÇÃO SOBRE A COERÊNCIA DAS DECISÕES E DOS VOTOS APRESENTADOS, PROJETADOS NUMA PERSPECTIVA DE UNIVERSALIZAÇÃO DE OFERTA DE ACESSO AOS DIREITOS SOCIAIS PRESTADOS NUM REGIME DE LIBERDADE DE INICIATIVA. AS DECISÕES SÃO CONSIDERADAS CONTRADITÓRIAS E A PROPOSTA É DE DELIMITAÇÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA NA MATÉRIA CONTRATUAL, DAS RELAÇÕES DE CONSUMO E DE OFERTA PÚBLICA E PRIVADA AO ACESSO AOS DIREITOS SOCIAIS.

### PALAVRAS-CHAVE

CONTRATOS, DIREITOS SOCIAIS, DIREITO DO CONSUMIDOR, COMPETÊNCIA LEGISLATIVA, JURISPRUDÊNCIA.

### ABSTRACT

THIS STUDY CONTRIBUTES TO THE AREAS OF CONSTITUTIONAL, CIVIL AND CONSUMER LAW. THE CONTRAST BETWEEN TWO SUPREME COURT DECISIONS ON TO THE OFFER OF SERVICES RELATED TO EDUCATION TOPIC OF THE FIRST DECISION, AND TO CULTURE, SPORT AND LEISURE, IN THE SECOND, LEADS TO THE ANALYSIS OF THE NATURE AND THE EFFECTIVENESS OF THE SOCIAL RIGHTS PROVIDED IN THE CONSTITUTION, SPECIALLY WHEN OFFERED BY PRIVATE INSTITUTIONS AND DOCUMENTED BY CONTRACTS. THE AIM OF THE ARTICLE IS A REFLECT UPON THE CONSISTENCY OF THE DECISIONS IN QUESTION AND THE VOTES PRESENTED, PROJECTED IN A PERSPECTIVE OF BROADENING THE OFFER OF ACCESS OF SOCIAL RIGHTS GIVEN IN A REGIME OF FREEDOM OF ENTERPRISE. THE DECISIONS ARE CONSIDERED CONTRADICTORY AND THE ARTICLE CONCLUDES WITH A PROPOSAL FOR THE DELIMITATION OF LEGISLATIVE COMPETENCE IN CONTRACTUAL MATTERS, CONSUMER RELATIONSHIPS AND PUBLIC AND PRIVATE OFFERING OF ACCESS TO SOCIAL RIGHTS.

### KEYWORDS

CONTRACTS, SOCIAL RIGHTS, CONSUMER RIGHTS, LEGISLATIVE COMPETENCE, JURISPRUDENCE.

## I. INTRODUÇÃO

A proposta do artigo é de análise de decisões do Supremo Tribunal Federal recentemente publicadas e que dizem respeito a duas ações diretas de inconstitucionalidade. A primeira, do Estado do Pernambuco, insurgiu-se contra Lei Estadual que pretendeu estabelecer data de vencimento de pagamento de mensalidades escolares. A segunda, do Estado de São Paulo, buscou afastar a previsão da Lei

Estadual de fixação de meio-ingresso no acesso a espetáculos culturais, ambientes de esporte e lazer.

As decisões e seus fundamentos inspiraram a apresentação de uma proposta de reflexão sobre a natureza da oferta de acesso aos direitos sociais e sua qualificação como relação de consumo, assim como a respeito do papel do Estado e do agente privado na implementação dos direitos garantidos constitucionalmente.

A perspectiva de comparação do posicionamento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal nas duas decisões não é uma expressão de juízo de valor. O que a reflexão busca é atestar a difícil tarefa dos representantes do Poder Judiciário de colaborar para a concretização dos princípios relacionados à pessoa humana e que fundamentam a Constituição brasileira.

Após uma rápida descrição de alguns dados relacionados aos dois julgados, o artigo apresenta uma série de considerações sobre serviços públicos prestados pela iniciativa privada, a utilização dos contratos e os limites à intervenção estatal em seu conteúdo. Os fundamentos destacados dos acórdãos e dos votos declarados são realçados em uma tentativa de sistematização que propicie o debate e a reflexão a respeito de temas que se relacionam ao aprimoramento das relações sociais.

**2. PRIMEIRA DECISÃO:** Fixação de vencimento de contrato de ensino. Direito civil. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.007-7/PE. Rel. Min. Eros Grau. DJU 24.02.2006.

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade – Lei 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.

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.

Nos termos do artigo 22, inciso I, da Constituição do Brasil, compete à União legislar sobre direito civil.

Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente.

### 2.1 DOS FATOS

A Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (Confenen) ingressou no ano de 1993 com ação direta de inconstitucionalidade contra Lei do Estado de Pernambuco que fixava prazo para pagamento das mensalidades escolares neste Estado, prevendo que o respectivo vencimento dar-se-ia no último dia do mês em que ocorresse a prestação dos serviços educacionais. Foi deferida a pretensão cautelar. A ação foi julgada procedente por maioria de votos.

## 2.2 QUESTÕES DE DIREITO

A ação direta de inconstitucionalidade foi proposta com fundamento nos arts. 206, III, e 209, sob o argumento de que os contratos celebrados entre particulares interessados, escolas e alunos, são bilaterais, onerosos, sujeitos aos princípios da autonomia da vontade, e de caráter obrigatório, cuja competência legislativa é da União, por força da previsão do art. 22, *caput*, I, art. 25, § 1.º, todos da Constituição Federal.

A Assembléia Legislativa e o Governo do Estado de Pernambuco sustentaram a competência dos Estados para legislar em matérias relacionadas a ensino e educação, nos termos do art. 24, IX, da CF.

## 2.3 PRINCIPAIS ARGUMENTOS EXTRAÍDOS DO VOTO DO RELATOR E DE VOTOS DECLARADOS

O Ministro Eros Grau, relator do processo, vota no sentido da declaração da inconstitucionalidade invocada, por se tratar da ordenação normativa de relações contratuais e, quanto à natureza do serviço de educação, afirma seu caráter de serviço público não privativo. Confirma a sujeição das entidades educacionais às normas gerais de educação nacional, cabendo-lhes fixar as condições de preço da prestação e afasta o caráter de relação contratual meramente de consumo, estabelecendo uma distinção entre consumidor e cidadão, entre Estado e mercado, já que o sujeito da relação no campo da atividade econômica é o consumidor e o beneficiário do serviço público é o cidadão.

O Ministro Carlos Britto discorda quanto à qualificação do ensino como serviço público e destaca a proteção do consumidor como direito individual e como princípio da ordem econômica, para cujo disciplinamento a Constituição Federal confere competência às três pessoas jurídicas de direito público interno, votando pela improcedência da ação. Para ele, a proteção do cidadão, do consumidor e do usuário de serviço público são cumulativas. O cidadão é o agente de controle, acompanhamento e crítica, que ostenta poder para a formulação de denúncias, queixas e representações. O consumidor é um gênero e o usuário de serviço público, uma de suas espécies. Propõe que o Estado tome decisões de mercado e que saia em defesa do consumidor, especialmente com relação à atividade educacional, em razão de sua natureza de direito social. Invoca, ainda, a competência concorrente para a disciplina da produção e consumo, estabelecida no art. 24, V, da Constituição Federal.

O Ministro Sepúlveda Pertence expressa entendimento no sentido de o direito do consumidor relacionar-se ao direito contratual e contesta a existência de peculiaridade do Estado do Pernambuco a justificar o tratamento diferenciado para a matéria, votando pela procedência da ação.

O Ministro Marco Aurélio considera o caráter contratual da questão analisada e a existência de norma específica no Código Civil quanto a pagamento, concluindo pela procedência da ação.

O Ministro Carlos Velloso lembra, no mesmo artigo, a previsão do inciso IX do art. 24 da CF, no que se refere à educação, cultura, ensino e desporto, questionando a qualificação da mensalidade escolar como relacionada a ensino e educação. Pontua que a competência federal firma-se na definição de normas gerais e que a fixação de mensalidades é legislação específica, de competência dos Estados. Vota, porém, pela procedência da ação como expressão de política judiciária, já que a mesma havia sido proposta há doze anos, suspensa a Lei desde então, e que não ficaria bem, em termos de segurança, modificar o entendimento.

O Ministro Cezar Peluso considera a fixação de mensalidade uma norma de caráter geral, justificando a previsão constitucional de competência exclusiva da União como forma de evitar que os contratos estejam sujeitos a normas diferentes de Estado para Estado, sob pena de perturbação do sistema de produção que vive em função dos contratos. Expressa seu voto pela procedência do pedido.

O Ministro Celso de Mello considera a fixação do vencimento determinada pela Lei Estadual matéria de condomínio legislativo no campo do direito do consumo, e à educação e ao ensino. Vota pela improcedência da ação.

O Ministro Joaquim Barbosa parte da educação como direito social e fundamental, compartilhado em sua prestação com a iniciativa privada, com base no art. 209 da Constituição Federal, porém sujeita às restrições impostas pela legislação. Invoca precedentes que admitiram a legitimidade do Ministério Público para a propositura de ações civis públicas em matéria relacionada à mensalidade escolar com fundamento na relevância social do direito à educação, relacionado aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da cidadania. Vota pela improcedência da ação porque a norma impugnada não versa sobre direito civil, mas acerca da educação e ensino, incidindo o art. 24, IX, da Constituição Federal.

**3. SEGUNDA DECISÃO:** Determinação de meia-entrada para estudantes em casas de diversão, esporte, cultura e lazer. Direito econômico. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.950-3/SP. Rel. Min. Eros Grau. DJU 02.06.2006.

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade – Lei 7.844/92, do Estado de São Paulo – Meia-entrada assegurada aos estudantes regularmente matriculados em estabelecimentos de ensino – 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 – Arts. 1.º, 3.º, 170, 205, 208, 215 e 217, § 3.º, da Constituição do Brasil.

É certo que a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais.

Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus arts. 1.º, 3.º e 170.

A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da “iniciativa do Estado”; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa.

Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto [arts. 23, V, 205, 208, 215 e 217, § 3.º, da Constituição]. Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário.

O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer são meios de complementar a formação dos estudantes.

Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

### 3.1 DOS FATOS

A Confederação Nacional do Comércio (CNC) ingressou, em 1998, com ação direta de inconstitucionalidade contra Lei do Estado de São Paulo do ano de 1992, que prevê a disponibilização de meia-entrada do valor efetivamente cobrado para o ingresso em casas de diversão, de espetáculos teatrais, musicais e circenses em casas de exibição cinematográfica, praças esportivas e similares das áreas de esporte, cultura e lazer do Estado de São Paulo. Foi indeferida a pretensão cautelar. A ação foi julgada improcedente por maioria de votos.

### 3.2 QUESTÕES DE DIREITO

A ação direta de inconstitucionalidade foi proposta com fundamento nos arts. 170 e 174 da Constituição Federal, sob o argumento de que os termos da Lei representam uma indevida intervenção do Estado no domínio econômico.

A Assembléia Legislativa sustentou a competência dos Estados para legislar sobre direito econômico de forma plena, por se tratar de campo não explorado por Lei Federal, afirmando que o dispositivo impugnado tem por objetivo fomentar o acesso à cultura aos estudantes. O Governo do Estado de São Paulo reitera a conformidade da Lei com os termos dos arts. 23, V, e 24, I, IX e XV, porquanto não estaria a contrariar a liberdade de empresa, respaldando-se ainda nos arts. 105, 208, V, 215 e 217, § 3.º, todos da Constituição Federal.

### 3.3 PRINCIPAIS ARGUMENTOS EXTRAÍDOS DO VOTO DO RELATOR E DOS VOTOS DECLARADOS

O Ministro Eros Grau afasta a alegação de inconstitucionalidade formal da Lei, sob o fundamento de que a União, os Estados e os Municípios podem legislar de

forma concorrente sobre o domínio econômico, nos termos dos arts. 24, I, e 30, I, da Constituição Federal. Destaca o papel primordial da livre iniciativa no sistema capitalista e o caráter diretivo da Constituição Federal e da ordem econômica lá estabelecida, especialmente com base nos arts. 1.º, 3.º e 170. A intervenção do Estado no domínio econômico é vista como essencial à preservação do sistema capitalista, qualificando o mercado como uma instituição jurídica. O princípio da liberdade de iniciativa é tomado como relacionado a outros valores, além da empresa, e que deve ser cotejado com outros direitos como aquele à educação, à cultura e ao desporto. Conclui pela improcedência do pedido formulado na ação em face da superação da oposição entre o lucro, a acumulação de riqueza da empresa e o direito à cultura, ao esporte e ao lazer, como instrumentos complementares à formação dos estudantes. Questionado sobre a posição firmada no acórdão indicado no item anterior, esclarece que a ADI 1.007 tratava de matéria de direito civil em situação completamente diversa daquela agora analisada. Destaca o caráter cultural de previsão do direito que beneficia apenas os jovens e não outras categorias.

O Ministro Sepúlveda Pertence aponta a intervenção na economia das empresas de diversão pública como de natureza consuetudinária no Brasil, e vota pela improcedência da ação.

O Ministro Marco Aurélio considera a norma analisada como estando em conflito com o princípio da liberdade de iniciativa, em razão de aplicar o benefício de forma indistinta e sem a previsão dos mecanismos de compensação para o empresário, além de provocar uma majoração no valor cobrado para os não-beneficiados, como forma de interiorização das perdas. Invoca também o teor do art. 174 quanto ao papel do Estado como agente normativo e regulador para votar pela procedência do pedido.

O Ministro Carlos Britto destaca os bens e valores culturais como dignos de proteção estatal, sob os quais desponta uma função social mais forte, e, para tanto, invoca os arts. 215 e 170, III, da Constituição Federal. Considera que o mercado resolve a questão dos efeitos da redução pelo aumento do valor dos ingressos e vota pela improcedência da ação. Complementa sua posição invocando a competência de todos os entes federativos para o estabelecimento de incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais, segundo a previsão do art. 216, § 3.º.

O Ministro Cezar Peluso invoca a natureza contratual da previsão da norma questionada, porque relacionada a tabelamento de prestações. Considera a incidência de ofensa constitucional ao art. 22, I, e a dificuldade de ajustamento à previsão do art. 23, V, que determina o dever do Estado de possibilitar os meios de acesso à cultura e à educação, ao passo que a norma está obrigando o particular a proporcioná-los. Em seu entendimento, concluir em sentido contrário seria admitir, por exemplo, que o Estado possa editar uma norma reduzindo o valor de mensalidade escolar e outras análogas. Vota pela procedência da ação.

PROCESSO	ADI 1.007-7/PE PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO: 24.02.2006	ADI 1.950-3/SP PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO: 02.06.2006
MATÉRIA DISCIPLINADA NA LEI ESTADUAL ATACADA	PRAZO PARA PAGAMENTO DAS MENSALIDADES ESCOLARES NO ESTADO DE PERNAMBUCO	PREÇO DO INGRESSO PARA ESTUDANTES EM CASAS DE DIVERSÃO, ESPORTE, CULTURA E LAZER
DECISÃO QUANTO À COMPETÊNCIA LEGISLATIVA	COMPETÊNCIA FEDERAL: MATÉRIA CONTRATUAL	COMPETÊNCIA ESTADUAL (CONCORRENTE); MATÉRIA DE DIREITO ECONÔMICO
DISPOSITIVOS CONSTITU- CIONAIS DEBATIDOS	ARTS. 5.º; 6.º; 22, I; 25, I; 22, XXIV; 24, V, VIII E IX, § 1.º, § 2.º, § 3.º; 170; 206, III; E 209	ARTS. 1.º; 3.º; 5.º; 22, I; 23, V; 24, I, IX E XV; 170; 174; 205; 206, II; 208; 215; 217, § 3.º; E 227
MINISTRO EROS GRAU (RELATOR)	MATÉRIA CONTRATUAL; INCOMPETÊNCIA DA LEI ESTADUAL PARA FIXAR DATA DE VENCIMENTO DE MENSALIDADE ESCOLAR	MATÉRIA DE DIREITO ECONÔMICO (NÃO-CONTRATUAL); COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS ESTADOS PARA LEGISLAR
MINISTRO CARLOS BRITTO	MATÉRIA DE DIREITO DO CONSUMIDOR; COMPETÊNCIA CONCORRENTE	MATÉRIA DE DIREITO ECONÔMICO (NÃO-CONTRATUAL), BEM CULTURAL; COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS ESTADOS PARA LEGISLAR
MINISTRO CARLOS VELLOSO	LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA VOLTADA AO ENSINO (NATUREZA NÃO-CONTRATUAL)	NÃO VOTOU
MINISTRO CEZAR PELUSO	MATÉRIA DE DIREITO CONTRATUAL GERAL; COMPETÊNCIA FEDERAL	MATÉRIA DE DIREITO CONTRATUAL; COMPETÊNCIA FEDERAL
MINISTRO CELSO DE MELLO	MATÉRIA DE DIREITO DO CONSUMIDOR, DIREITO À EDUCAÇÃO E AO ENSINO (NÃO-CONTRATUAL)	ACOMPANHOU O RELATOR [MATÉRIA DE DIREITO ECONÔMICO (NÃO-CONTRATUAL); COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS ESTADOS PARA LEGISLAR]
MINISTRO JOAQUIM BARBOSA	DIREITO SOCIAL E FUNDAMENTAL. COMPETÊNCIA CONCORRENTE	ACOMPANHOU O RELATOR [MATÉRIA DE DIREITO ECONÔMICO (NÃO-CONTRATUAL); COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS ESTADOS PARA LEGISLAR]
MINISTRO MARCO AURÉLIO	DIREITO CONTRATUAL. COMPETÊNCIA FEDERAL	MATÉRIA RELACIONADA À LIBERDADE DE INICIATIVA E AO PAPEL DO ESTADO COMO AGENTE NORMATIVO E REGULADOR. PELA INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA
MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE	DIREITO CONTRATUAL. COMPETÊNCIA FEDERAL	ACOMPANHOU O RELATOR [MATÉRIA DE DIREITO ECONÔMICO (NÃO-CONTRATUAL); COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS ESTADOS PARA LEGISLAR]

#### 4. QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS

É bastante comum a preocupação doutrinária em elaborar o direito por meio da análise do sistema legislativo posto, sobretudo no direito de base civilista. No direito da *common law*, além da elaboração doutrinária típica, há correntes de pensamento que buscam identificar na atuação dos juízes elementos que permitam compreender e antever a solução que será dada ao litígio apresentado, especialmente nas escolas do realismo pragmático, psicológico e sociológico (Frank, 2001:30-36).

Tomado o direito como o estudo da resposta que será dada a uma determinada conduta colocada sob a análise do julgador, como pretendem os realistas, desponta o papel dos fatos como base para o julgamento. A valoração dos fatos e a formação do convencimento quanto a sua ocorrência, características e condições, normalmente se farão em primeira instância, atribuindo-se aos Tribunais de Segunda Instância e Superiores, ordinariamente, a valoração do direito, vedando-se nestes a reanálise das questões de prova e de fato pela via do recurso especial e extraordinário nos termos da Súmula 7 do STJ e Súmula 279 do STF. No entanto, ainda que as questões de direito possam ser analisadas em todas as instâncias, e por conseqüência, de forma mais ampla, as questões de fato são essenciais para a orientação quanto à escolha da norma que incidirá na situação concreta, daí a necessidade de buscar a correta percepção e enquadramento dos fatos.

Por outro lado, no direito brasileiro a lei é tida como a principal fonte de normas, porém a importância e a influência da jurisprudência são notórias na formação do convencimento do Poder Judiciário.

Nos dois acórdãos apresentados nos itens anteriores, a decisão quanto à constitucionalidade ou inconstitucionalidade das normas dos Estados centrou-se especialmente na questão formal, ou seja, na identificação do titular da competência legislativa em relação à matéria em foco. Pode-se então dizer que, mais do que o estabelecimento constitucional da distribuição de competência legislativa, a primeira dificuldade está no enquadramento dos fatos atingidos pela previsão normativa questionada. Esta dificuldade se revela nos debates quanto à Lei do Estado de Pernambuco e à Lei do Estado de São Paulo: a) referirem-se à disciplina de contratos e, portanto, relações de natureza obrigacional; b) dizerem respeito à disciplina da atividade econômica, uma forma de expressão do direito econômico; c) regulamentarem direitos sociais – educação e cultura; d) normatizarem relações de consumo. Mesmo após a identificação da disciplina, há outra dificuldade ainda por resolver: decidir pela possibilidade de se dar azo à pretensão de enquadramento da disciplina das mencionadas leis em um só dos ramos do direito – da forma como discriminados na Constituição Federal –, ou a vários, ou a todos eles. Na hipótese de várias possibilidades de enquadramento, outra questão levanta-se quanto ao critério possível de ser destacado como preponderante em relação a outro, para balizar a escolha da norma de competência que, por sua vez, possibilitará a aceitação ou a recusa da atribuição aos Estados



do poder de disciplinamento dos fatos, e, por último, permitirá a análise quanto ao mérito da imposição normativa.

As múltiplas possibilidades de enquadramento dos fatos e a eventual inconstância na prestação do direito podem ser consideradas elementos de insegurança jurídica negativos à almejada estabilidade social (Carlucci, 1998:211-218). Esta insegurança pode associar-se não apenas às escolhas legislativas, como também à atuação do Poder Judiciário e, até mesmo, à utilização de declarações de voto que não sejam suficientes à alavancar uma nova proposta de prestação jurisdicional, ou que não se expressem de modo coerente quando cotejados com julgados posteriores e calcados em situações de fato muito próximas.

Uma das propostas deste artigo é que se parta da identificação dos fatos enquadráveis nas Leis Estaduais atacadas como baliza para o comentário que será apresentado em relação à posição dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento das duas ações diretas de inconstitucionalidade.

**4.1 ADI 1.007 – Fatos enquadráveis na Lei 10.989, de 07.12.1993, e ADI 1.950-3 – Fatos enquadráveis no art. 1.º da Lei 7.844, de 13.05.1992.**

O texto da Lei declarada inconstitucional e do artigo de Lei declarado constitucional tem a seguinte redação:

<p><b>LEI 10.989 (ESTADO DE PERNAMBUCO)</b>                  FIXA PRAZO PARA PAGAMENTO DAS MENSALIDADES ESCOLARES EM PERNAMBUCO.</p>	<p><b>LEI 7.844 (ESTADO DE SÃO PAULO)</b>                  ASSEGURA A ESTUDANTES O DIREITO AO PAGAMENTO DE MEIA-ENTRADA EM ESPETÁCULOS ESPORTIVOS, CULTURAIS, E DE LAZER E DÁ PROVIDÊNCIAS CORRELATAS</p>
<p><b>ART. 1.º</b>                  A MENSALIDADE ESCOLAR NO ESTADO DE PERNAMBUCO VENCER-SE-Á NO ÚLTIMO DIA DO MÊS, EM QUE OCORRER A PRESTAÇÃO DOS RESPECTIVOS SERVIÇOS EDUCACIONAIS, OCORRENDO A PARTIR DAÍ OS ACRÉSCIMOS PREVISTOS EM CONTRATO.</p> <p><b>ART. 2.º</b>                  ESTA LEI ENTRARÁ EM VIGOR NA DATA DE SUA PUBLICAÇÃO.</p> <p><b>ART. 3.º</b>                  REVOGAM-SE AS DISPOSIÇÕES EM CONTRÁRIO.</p>	<p><b>ART. 1.º</b>                  FICA ASSEGURADO AOS ESTUDANTES REGULARMENTE MATRICULADOS EM ESTABELECIMENTOS DE ENSINO DE PRIMEIRO, SEGUNDO E TERCEIRO GRAUS, EXISTENTES NO ESTADO DE SÃO PAULO, O PAGAMENTO DE MEIA-ENTRADA DO VALOR EFETIVAMENTE COBRADO PARA O INGRESSO EM CASA DE DIVERSÃO, DE ESPETÁCULOS TEATRAIS, MUSICAIS E CIRCENSES, EM CASAS DE EXIBIÇÃO CINEMATOGRAFICA, PRAÇAS ESPORTIVAS E SIMILARES DAS ÁREAS DE ESPORTE, CULTURA E LAZER DO ESTADO DE SÃO PAULO, NA CONFORMIDADE DA PRESENTE LEI.</p>

Observa-se que a Lei pernambucana menciona expressamente a disciplina de uma relação de natureza contratual, já que se refere à data de vencimento de obrigação e à incidência de acréscimos previstos em contrato. O artigo da Lei paulista assegura meia-entrada no pagamento de ingressos a estudantes.

Logo, o fato disciplinado pela primeira é a data de vencimento de obrigação de pagar, decorrente de contrato de prestação de serviço educacional. Na segunda é o valor de obrigação de pagar, decorrente da oferta de espetáculo artístico ou cultural, ou de uso de área destinada ao lazer ou esporte.

No entanto, para além da existência da obrigação e da prestação, relacionam-se ambas à educação e cultura.

#### 4.2 O FATO DE CONTRATAR

Diante da possibilidade que se desenha de qualificação dos fatos enquadráveis nas Leis Estaduais como de natureza contratual, torna-se interessante buscar referências doutrinárias sobre o tema para cotejar com tais fatos, buscando-se a confirmação ou não da sua natureza.

Os contratos educacionais são, hoje, ordinariamente escritos. Os de aquisição de ingressos, por sua vez, são representados por *tickets* ou meramente verbais pela liberalização do acesso. A forma escrita não é essencial à configuração dos contratos (Gomes, 2002:9), logo, não estaria aqui a distinção entre os fatos da primeira e da segunda ação.

Outra possibilidade de identificação do fato de contratar estará na identificação da plurititularidade, ou seja, na co-participação de sujeitos de direito com interesses econômicos contrapostos (Gomes, 2002:11). Tanto na questão da prestação educacional como na do acesso a espetáculos é possível que se reconheçam os interesses contrapostos – um quer prestar o serviço, ofertar o espetáculo em troca da remuneração; o outro deseja receber a prestação e assistir ao espetáculo, aceitando a remuneração imposta. É como se apresentam os fatos enquadráveis nas Leis Estaduais. Entretanto, assim como nos demais contratos, há a possibilidade de identificação também de interesses coincidentes. Como ordinariamente acontece nos contratos, há convergência que pode ser identificada no interesse da realização do negócio. No entanto, há outro ponto de convergência: aquele do interesse social na realização de condutas que possam contribuir para o aprimoramento da sociedade brasileira.

A aceitação do contrato para além das relações de ordem civil faz por incluir aqueles corporativos e os constitutivos de sociedades, os coletivos de trabalho e de consumo, e os de direito público (Almeida, 2003:26-27). Todos eles estão igualmente sujeitos aos ditames da Constituição Federal, ainda que suas características peculiares possam induzir mais facilmente à incidência de determinadas normas se comparados a outros contratos.

Em face dos poderes e deveres típicos do Estado e da previsão específica do art. 37 da CF, os contratos administrativos aparecerão mais diretamente associados, do que os contratos comuns, aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, assim como ao da isonomia, previsto no art. 5.º, I, da CF – via procedimentos licitatórios –, da promoção do bem de todos e da erradicação da

pobreza, da forma estabelecida no art. 3.º, III e IV, da CF. Os contratos de propriedade intelectual, por sua vez, condicionam-se à temporariedade do reconhecimento da tutela de sua titularidade, assim como ao interesse social e ao desenvolvimento tecnológico e econômico do país – art. 5.º, XXIX, da CF – de forma especial, se cotejado a outras formas contratuais relacionadas à propriedade física. Ainda assim, a proposta do presente artigo é de enquadramento de todos eles à condição de contrato e, conseqüentemente, de reconhecimento da existência do fato de *contratar*.

Nas duas situações examinadas as condutas disciplinadas – prestação de serviço educacional e cultural – decorrem do fato de contratar. A existência de relação entre o seu conteúdo e a disciplina constitucional não exclui a natureza do fato disciplinado, nem as distinguem. Em ambas as leis, os fatos disciplinados são considerados, pela ordem jurídica, relações de natureza obrigacional.

## 5. SUJEIÇÃO DOS FATOS À DISCIPLINA CONSTITUCIONAL A PARTIR DO CONTEÚDO DO CONTRATO

Reconhecida a condição fática de efetivação de contratos relacionados à educação e cultura como a matéria contemplada nas Leis Estaduais comentadas, torna-se oportuno identificar na Constituição Federal alguns dos princípios e normas que mais facilmente serão considerados incidentes em razão do conteúdo do contrato.

### 5.1 RELAÇÃO CONTRATUAL PRIVADA, LIBERDADE DE INICIATIVA E DIREITO ECONÔMICO

O direito à educação, à cultura e ao desporto, como expressão dos direitos sociais, vincula-se aos direitos fundamentais, mas apresenta elementos de distinção em relação àqueles. Os direitos fundamentais são basicamente relacionados às garantias e defesas do cidadão em relação referentes aos poderes do Estado, e de forma geral apresentam um custo direto não significativo para o Estado. Já os direitos sociais relacionados ligados à saúde, à educação ou à cultura dependem de uma estrutura a ser organizada e custeada pelo Estado para que possam ser efetivamente prestados, se de forma direta. Em razão da escassez dos recursos públicos, suas limitações estarão relacionadas à capacidade financeira do Estado e de organização da sociedade.

Os direitos sociais configuram deveres positivos do Estado, condicionados, porém, “à capacidade econômica do Estado, clima espiritual da sociedade, estilo de vida, distribuição de bens, nível de ensino, desenvolvimento econômico, criatividade cultural, convenções sociais, ética filosófica ou religiosa” que condicionam a existência e proteção de tais direitos (Canotilho, 1999:443). Podem ser enquadrados na categoria dos direitos derivados a prestações, ou seja, traduzidos como o direito do cidadão a uma participação igual nas prestações estatais concretizadas por lei na medida da capacidade existente (Canotilho, 1999:449).

Estão na pretensão de igualdade e no caráter distributivo da ação estatal as chaves para a delimitação da possibilidade de a Lei interferir nos contratos privados com vistas à efetividade dos direitos sociais.

A incapacidade financeira ou organizacional do Estado e da sociedade de ofertarem de forma organizada as condições para a efetivação dos direitos sociais é que tem conclamado a doutrina e a jurisprudência a pensarem a transferência da obrigação, ou parcela dela, para os agentes privados, alterando, quando necessário, as condições de formulação de contratos privados daí derivados. É o que se pode inferir da discussão ocorrida nos dois julgados, admitindo-se Lei neste sentido no segundo e negando-se no primeiro.

Considerar as leis analisadas como de direito contratual – primeiro julgado – ou direito econômico – no segundo –, ou ainda, como de direito do consumidor, conforme aventado nas discussões, foi essencial ao reconhecimento ou não da pertinência de propositura de ação de inconstitucionalidade por vício formal, já que estava em jogo a competência legislativa para a disciplina do mérito. Mostrou-se, portanto, indispensável a percepção deste mérito, ou seja, qual a conduta disciplinada. Se uma conduta de agentes econômicos que exigia a intervenção legislativa, pensando-se o sistema econômico a partir das situações justificadoras da intervenção do Estado, num regime assumidamente capitalista, como o brasileiro, ou se uma conduta contratual privada, regida pelas normas de direito civil, mais precisamente do direito contratual. Na segunda ação a orientação predominante foi no primeiro sentido, enquanto na primeira prevaleceu a segunda.

Lembre-se, porém, que a primeira decisão relaciona-se ao ensino e foi considerada de natureza contratual, ao passo que a segunda diz respeito à cultura e lazer, tendo sido considerada reputada uma relação de direito econômico, ainda que todas as prestações mencionadas possam ser qualificadas como de direito social.

A origem da controvérsia quanto à natureza contratual ou não da prestação pode estar situada na natureza do direito invocado de direito social a ser garantido, a princípio, pelo Estado, mas que por razões, dentre elas financeiras, não é efetivamente ou satisfatoriamente ofertado, estando tais prestações previstas na própria Constituição como disponíveis também à oferta pelo particular. A partir do momento em que são ofertadas pelo agente privado, sujeitam-se também a outros princípios e normas, peculiares às relações privadas estabelecidas no mercado.

## 5.2 RELAÇÃO CONTRATUAL DA ORDEM DO DIREITO SOCIAL

Como corolário do princípio da liberdade de iniciativa, as atividades econômicas que não forem da competência exclusiva da pessoa jurídica de direito público (monopólio) serão realizadas pelos agentes privados em associação ou não à prestação pelo Estado. Algumas atividades econômicas revestem-se também da condição de serviço público, em razão de sua essencialidade e relação com políticas públicas.

O art. 209 da Constituição Federal atribui a liberdade de ensino à iniciativa privada e a educação é contemplada como dever do Estado e da família, a ser 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”, segundo dispõe o art. 205. A efetivação do dever do Estado com o ensino é associada à garantia de: ensino fundamental obrigatório e gratuito; progressiva universalização do ensino médio gratuito; atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência; atendimento em creche e pré-escola; acesso aos níveis elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística; oferta de ensino noturno regular; programas suplementares ao ensino, fixação de conteúdos mínimos, previsão de oferta de ensino religioso; obrigatoriedade de oferta do ensino fundamental em língua portuguesa (Moraes, 2005:734-735).

Portanto, o estabelecimento de data de vencimento de contrato educacional não se enquadra na previsão constitucional como um dos deveres do Estado relacionados ao ensino.

Indiretamente, o contrato de ensino, como muitas outras ações humanas, pode ser associado a princípios como os denominados objetivos fundamentais do País de garantia do desenvolvimento nacional, da erradicação da marginalização e de redução das desigualdades sociais e regionais, previstos no art. 3.º, II e III, da Constituição Federal, assim como ao princípio da liberdade iniciativa, expresso genericamente no art. 1.º, IV, da Constituição Federal, relativamente à ordem econômica no art. 170 da Constituição Federal, e de forma específica no já mencionado art. 209 da Constituição Federal.

Com relação à cultura como direito social, a Constituição Federal estabelece o dever do Estado de garantir a todos “o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional”, e de apoiar e incentivar a valorização e a difusão das manifestações culturais, nos termos de seu art. 215. Com relação ao desporto, também de forma expressa, dispõe o art. 217 quanto ao dever de fomento das práticas desportivas formais e não-formais.

Partindo da mesma lógica acima proposta com vistas ao direito à educação, com relação à cultura e desporto, a fixação do valor de ingresso a ser cobrado por prestadores privados não está prevista expressamente nos artigos próprios ao tema na Constituição Federal, mas poderão ser relacionados de forma indireta a outros princípios e garantias constitucionais.

É bem verdade que a disciplina dos contratos não se restringe à norma constitucional, muito contrariamente, são nas leis infraconstitucionais, especialmente no Código Civil, que a mesma deverá mostrar-se mais minuciosa. Entretanto, suas cláusulas gerais poderão exigir a invocação das normas constitucionais (Nalin, 2006:18), restabelecendo a pertinência da análise contratual sob a moldura constitucional.

A desconfiguração dos limites tradicionalmente reconhecidos quanto à referenciabilidade pública e os problemas privados acaba por demonstrar a insuficiência das

codificações, especialmente com relação a conflitos bilaterais com conseqüências que extrapolam os interesses das partes, atribuindo aos conflitos privados uma perspectiva pública (Lorenzetti, 1998:356). Quer seja pelo reconhecimento da relativização dos efeitos (Negreiros, 2006:227) reconhecíveis aos contratos, seja sob a ótica das suas externalidades (Ribeiro, inédito), as relações privadas passam a ser analisadas também sob a ótica pública, sendo a busca da disciplina constitucional um dos caminhos trilhados. Há instituições jusprivatistas derivadas diretamente da norma constitucional – fenômeno mais freqüente no direito da *common law*, mas que também acontece no de base romanista –, normas constitucionais de direito privado e a já mencionada interpretação constitucional em temas de direito privado (Lorenzetti, 1998:355).

Tanto a prestação do serviço educacional como de cultura e desporto são reconhecidos como da alçada da liberdade de iniciativa, vale dizer, como sujeitos à iniciativa pública e privada, com a possibilidade de estabelecimento de normas balizadoras da conduta dos particulares com relação à educação, por meio do estabelecimento de normas gerais sobre educação, assim como pela concessão de autorizações e a realização de avaliação de qualidade pelo Poder Público (art. 209, I e II, da CF); com relação à cultura pela difusão das manifestações culturais (art. 215 da CF), para os desportos pelo fomento das práticas (art. 217 da CF).

Em razão da desigualdade típica neste tipo de relação, o instrumento próprio do âmbito público é a lei, como expressão do poder de império. No campo das relações privadas, no entanto, o referencial é o contrato, que, em princípio, expressa uma vontade comum. A característica do fato que se estabelece pela prestação da educação, da cultura e do desporto, qualificável como relação jurídica de natureza obrigacional, distancia-se de outros fatos da alçada estatal, como a cobrança de tributos, ou a prestação direta de determinado serviço pelo ente público – como o de segurança pública – compatibiliza-se com a utilização de contratos e, conseqüentemente, com suas características de definição de preço e vencimento pelas partes. O fato de serem direitos sociais não é incompatível com esta conclusão.

### 5.3 RELAÇÃO CONTRATUAL DE CONSUMO

Na análise do direito ao ensino, no primeiro julgado apontado, é suscitado um debate com relação à natureza jurídica do ato realizado pela ação de prestação de serviço educacional. Refere-se ao enquadramento do serviço prestado como de natureza de relação de consumo, contratual ou se da ordem do serviço público. Com relação ao debate estabelecido, este artigo pretende cingir-se à qualificação ou desqualificação que poderia decorrer da definição da natureza do fato.

Um dos fatores de quebra dos limites consagrados com relação à lei (instrumento de direito público) e ao contrato (instrumento de direito privado) foi a aceitação da existência de efeitos de interesse social nas relações de ordem privada, despertada

pela quebra da premissa igualdade/relação privada, desigualdade/relação pública. Nem mais o Estado tem o poder inquestionável e soberano, abalado pela formação das comunidades internacionais (Galgano, 2001:12), e pela força dos grandes grupos econômicos (Arnoldi e Michelan, 2000:158; Galgano, 2001:13-14; Araújo, 2006, inédito); nem as relações privadas conservam de forma generalizada um aspecto de igualdade entre os seus participantes. As relações trabalhistas e de consumo são as mais marcadamente maculadas pela nova concepção.

Pensar as relações de consumo, por outro lado, conduz a reflexões sobre a sociedade na qual se estabelecem, vale dizer, na sociedade de mercado e no papel do Estado como agente limitador da liberdade de mercado e como prestador de serviços públicos (Macedo Jr., 1998:50-53).

A defesa do consumidor é posta na Constituição Federal como direito individual e como direito econômico, na redação dos arts. 5.º, XXXII, e 170, V, e regulamentada especialmente pela Lei 8.078/1990.

Com relação ao enquadramento ou não das relações jurídicas relacionadas ligadas ao ensino, cultura e desporto como de natureza consumerista, há um impacto decorrente da definição da competência legislativa, visto que relativamente à produção e consumo, assim como acontece para a educação, cultura, ensino e desporto e quanto ao direito econômico, o art. 24 da Constituição Federal, respectivamente nos incisos V, IX e I, consagra a competência concorrente da União e dos Estados. O art. 23 da Constituição Federal estabelece a competência comum da União, dos Estados e dos Municípios para proporcionar meios de acesso à cultura, à educação e à ciência, e o art. 22 da Constituição Federal, a competência privativa da União para legislar sobre direito civil.

Na Lei pernambucana o estabelecimento de data de vencimento foi considerado matéria de direito civil, de competência exclusiva da União, independentemente de analisar a pertinência ou não da existência de uma lei neste sentido e seu impacto com relação ao princípio da liberdade de iniciativa, ressalva feita ao voto do Ministro Cezar Peluso. Na Lei paulistana a matéria foi considerada de direito econômico, reconhecendo-se a possibilidade de interferência do legislador estadual na fixação do valor dos ingressos, como forma de fomentar o acesso à cultura e ao desporto. Mais uma vez, o voto do Ministro Cezar Peluso, ao invocar a relação do conteúdo da lei com a prática de tabelamento de preços, refuta esta forma de intervenção no mercado. Também o Ministro Marco Aurélio considera, de forma expressa, o conflito que a Lei paulistana cria em relação ao princípio da liberdade de iniciativa, em razão da não-previsão dos mecanismos de compensação para o empresário como forma de internalização das perdas.

Há duas linhas de pensamento que despontam aqui: admitir a oferta do acesso à cultura e desporto e à educação como integrantes do mercado, tornados acessíveis pela ação da iniciativa privada, protegidos pelas normas específicas referentes às

relações de consumo; ou negar tal condição, reconhecendo apenas sua natureza de serviço público.

Curiosamente, na primeira demanda, considerar a relação de ensino como de consumo poderia permitir a análise do mérito da lei, uma vez que estaria confirmada a competência dos Estados para legislar sobre o tema, o que em tese poderia conduzir à aceitação da interferência legislativa como forma de proteção do consumidor, nos termos do voto do Ministro Carlos Britto, atribuindo-lhe um direito à data de vencimento das prestações do serviço para o término do mês, ou seja, já ocorrida a prestação. Como a prestação vislumbrada é de educação, ao admitir a disciplina, produzir-se-ia um potencializador do acesso à educação. Nos debates, a condição de relação de consumo foi combatida pelo Ministro Eros Grau, prevalecendo no acórdão este entendimento.

Na segunda ação não aparece o debate quanto à natureza ou não de relação de consumo na oferta de atividades vinculadas à cultura e desporto, atendo-se às considerações sobre sua natureza de direito social.

Relativamente ao acesso à educação, cultura, desporto e lazer e à possibilidade do reconhecimento de seu caráter de relação de consumo ou não, pode-se estabelecer um critério de diferenciação para as seguintes situações: oferta realizada pela administração pública e de forma gratuita; oferta realizada pela administração pública e de forma remunerada; oferta realizada pela iniciativa privada de forma gratuita; oferta realizada pela iniciativa privada e de forma remunerada. A distinção fundamental para o reconhecimento ou não da prestação como relacionada ao direito do consumidor associa-se à existência ou não de remuneração, e não à condição do agente que a oferta.

Vale dizer, o Código de Defesa do Consumidor prevê sua incidência nas relações que envolvam produtos e serviços, esclarecendo que, para fins de aplicação de suas normas, serviço é “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração” – art. 3.º, § 2.º. Por outro lado, a definição de fornecedor expressamente admite como tal “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada” que atue na oferta de produtos ou serviços – art. 3.º do Código de Defesa do Consumidor –, inexistindo qualquer empecilho à aplicabilidade da citada norma em relação ao caráter do agente. Os votos dos Ministros Celso de Mello e Carlos Britto, na primeira decisão, aceitam a qualificação da prestação de serviços de ensino como de natureza de consumo e de direito social, e é bem verdade que o que afasta a aplicabilidade das normas de proteção do consumidor é a condição de remuneração ou não pelo serviço, e não sua categorização como direito social.

Assim, a atividade de ensino, cultura, desporto ou lazer que seja oferecida no mercado, pelo agente público ou privado, de forma remunerada, enquadrar-se-á nas especificidades que atestarão a incidência do Código de Defesa do Consumidor e de suas previsões fortemente favoráveis ao consumidor, como expressão da ordem pública que se impõe aos particulares em assuntos de interesse social.



#### 5.4 OFERTA PÚBLICA E OFERTA PRIVADA

Qual seria a desvantagem em reconhecer a condição ou não de relação de consumo quanto às atividades indicadas? Quais os malefícios da alegada redução do cidadão à condição de consumidor? Modificaria as conclusões a que se poderia chegar na análise das duas demandas?

A primeira potencial desvantagem em admitir o ensino ou a cultura como relações da ordem do mercado e do consumo estaria na aplicação das normas especiais somente para as prestações remuneradas ofertadas pelo agente público ou privado, deixando desprotegidos por esta via os beneficiários das prestações ofertadas gratuitamente. Por este lado, justifica-se a preocupação demonstrada nos debates quanto à qualificação ou não da prestação do ensino como relação de consumo e sua pretensa incompatibilidade com a natureza de direito social reconhecido aos cidadãos. No entanto, para as ofertas remuneradas não haveria necessariamente uma desqualificação da atividade como de natureza social, ampliando-se as possibilidades de defesa dos direitos relacionados à oferta pela aceitação da aplicabilidade das normas referentes ao consumo.

A segunda desvantagem é de natureza ideológica, no sentido de provocar um enfrentamento da questão do papel do Estado e do mercado no estabelecimento de acesso aos mencionados direitos sociais, de admitir a incapacidade de a pessoa jurídica de direito público atender de forma direta e adequada a demanda pela prestação, abrindo espaço para o compartilhamento da oferta pública e privada.

Quanto à primeira desvantagem, as prestações de serviço realizadas de forma gratuita, quer seja pelo agente privado ou pelo público, não se beneficiariam da disciplina imposta pelo Código de Defesa do Consumidor. Para tais ofertas, como expressão dos deveres impostos ao Estado ou como forma de participação da iniciativa privada nas ações de implementação de políticas sociais, a possibilidade de responsabilização do Estado e dos agentes privados será diversa. Para os últimos, salvo atuação que culposa ou dolosamente tenha causado dano ao beneficiário (por exemplo, na hipótese de apresentação de uma peça artística, produzida por uma empresa privada, em que um dos equipamentos utilizados provoque dano à assistência), a possibilidade de responsabilização do ofertante será restrita. Com relação ao Estado, a responsabilidade objetiva que lhe é imputada legalmente amplia a possibilidade de invocação do dever de indenizar.

Outra interessante reflexão aparece ao se considerar a possibilidade de exigir ou não a prestação, admitindo-se que os direitos sociais devam ser efetivamente garantidos aos cidadãos. Com relação ao agente público, ainda que haja a possibilidade de invocar a existência ou não de recursos e destinação destes para o custeio da oferta, há a potencialidade de reconhecimento do direito do beneficiário no sentido de tomar medidas para coagir o Estado à disponibilização, o que não subsiste em relação ao prestador privado. O mecanismo mais adequado de incrementação da oferta

de acesso aos direitos sociais pela iniciativa privada é a previsão da contrapartida estatal, por meio de ações de incentivo.

Ou seja, há elementos de distinção na oferta dos serviços públicos relacionados aos direitos sociais titulada pelo Estado e naquela titulada pelo prestador privado.

Sobre a segunda desvantagem potencial, aquela de ordem ideológica, a maior dificuldade pode ser identificada na exigência da tomada de posição quanto ao papel do Estado e também no que se refere à efetivação dos direitos determinados na Constituição Federal. Partindo-se da premissa de que o Estado não tem condições de atender toda demanda relacionada aos direitos assegurados aos cidadãos (incluindo-se aqui aqueles identificáveis como consumidores, assim como os não-consumidores), há a necessidade de aceitação da oferta privada e, conseqüentemente, de sua inserção no mercado.

Ora, se o propósito é tornar efetiva a oferta relacionada aos direitos sociais, se o Estado não pode cumprir satisfatoriamente o papel de ofertante, e se a oferta se produz no mercado, é preciso enfrentar questões concernentes ao poder do Estado para interferir e, por conseguinte, cotejar os direitos sociais ao princípio da liberdade de iniciativa. É preciso que se reconheça, por uma questão de coerência, a extensão do dever do Estado de realizar a oferta e de seu poder no controle da oferta privada.

Um meio-termo, com o fito de evitar o que se denominou aqui como desvantagem ideológica, não aparece como a melhor solução, em razão dos efeitos colaterais a esta posição, ou seja, tornar desinteressante à iniciativa privada atuar na prestação da atividade, restringindo o acesso geral da população aos valores sociais estabelecidos na Constituição e, portanto, contrariando o texto constitucional. A excessiva e pontual intervenção na prestação privada relacionada aos direitos sociais provavelmente acarretará esta conseqüência.

Há uma segunda ordem de conseqüências, conforme ventilado nos votos dos Ministros Marco Aurélio e Carlos de Britto, quanto à transferência dos ônus, na análise da Lei Paulista de meio-ingresso. Entretanto, diferentemente do exposto nos votos, há uma outra possibilidade de reflexão sobre o tema. Se a condição de direito social decorre da associação da prestação de cultura, ensino e desporto aos objetivos maiores da Constituição Federal, que somente serão alcançáveis mediante a implementação de políticas distributivas, cabe uma ponderação sobre o caráter distributivo e comutativo dos contratos *vis-à-vis* a atuação estatal.

Garantir o acesso ao meio-ingresso certamente relaciona-se ao menor dispêndio financeiro para a fruição dos bens culturais e de lazer, porém não terá necessariamente por conseqüência a universalização do acesso a tais bens. Vale dizer, tornar mais barato para aquele que tem o poder aquisitivo que lhe permita despendar parte de sua remuneração para seu proveito, tornará acessível a uma determinada faixa da população, mas não afastará as barreiras impeditivas com relação às camadas mais carentes desta. Ao mesmo tempo, provavelmente acarretará, como comentado nos

votos, uma redefinição de valores de ingresso relativa a todos os demais potenciais usuários, impedindo o acesso de larga margem da população. Esta é uma redistribuição que não se enquadra nos propósitos de universalização e de equiparação da população brasileira pela diminuição das desigualdades.

Daí por que, ainda que sujeita a aspectos relacionados à justiça distributiva, expressos nos princípios gerais consagrados em relação aos contratos, como o princípio da boa-fé, da equidade e do equilíbrio nas prestações, no campo da oferta remunerada e contratual, a distribuição será sempre imperfeita e, eventualmente, indevida. Não se pode alijar da análise dos contratos de forma absoluta o seu caráter comutativo, peculiar às relações privadas.

Por outro lado, a oferta do acesso aos bens sociais pelo Poder Público e de forma gratuita ou subsidiada, financiada pela utilização dos recursos públicos, diluída em todas as fontes de financiamento do Estado, terá um impacto bem diverso do caráter distributivo que se queira estabelecer em relação a um contrato ou a uma série limitada de contratantes e de contratos.

Talvez seja oportuno, ao se pensar em política distributiva, levar em consideração tais características, de forma a não se poupar o Estado do cumprimento de seus deveres, agente especialmente vocacionado à implementação de tal política, pela mera transferência ao agente privado, particularmente com vistas às relações de natureza contratual e de oferta remunerada no mercado.

## 6. CONCLUSÕES E PROPOSTAS

a. Não há elementos de fato que justifiquem a conclusão no sentido de reconhecer à situação disciplinada na Lei pernambucana natureza de relação contratual, e naquela prevista na Lei Paulista, natureza de prestação de serviço relacionada a direito social;

b. Os elementos factuais devem ser considerados de forma atenta quando da atividade do Poder Judiciário de qualificação jurídica dos mesmos, evitando-se uma instabilidade nos posicionamentos emanados do Poder Judiciário, especialmente quando provenientes dos Tribunais Superiores, sob pena de não-estabelecimento de uma verdadeira cultura de formação de jurisprudência como fonte do direito brasileiro;

c. A qualificação de um direito social como direito do consumidor não produz uma desqualificação da oferta no sentido de sua essencialidade, restringindo-se, porém, às ofertas realizadas pelos agentes públicos e privados de forma remunerada;.

d. A oferta relacionada aos direitos sociais que se faça de forma gratuita e que se apresente como direito do cidadão é de responsabilidade do Estado, contra quem poderá ser invocada pelo beneficiário impossibilitado de ter acesso à oferta de mercado, atendidas, no caso concreto, as limitações orçamentárias;

e. A oferta da prestação de serviços relacionados ao ensino, cultura e desporto que se opera no mercado estará sujeita às normativas legais gerais estabelecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, de caráter geral e que não acarrete a desconsideração do princípio da liberdade de iniciativa;

f. As normas gerais relacionam-se à disciplina dos contratos e são de competência exclusiva da União;

g. A previsão constitucional de competência das três esferas de poder relacionada à educação, cultura e ciência (art. 23, V) relaciona-se à oferta feita diretamente pelos entes federados, União e Municípios, assim como ao estabelecimento de políticas públicas de incentivo à oferta;

h. A previsão constitucional de competência da União e dos Estados para legislar sobre direito econômico, produção e consumo não deve confrontar a competência exclusiva da União para legislar sobre direito civil, sendo indispensável a dissociação entre oferta privada, oferta realizada pelo Poder Público, políticas sociais voltadas à universalização dos direitos sociais e a disciplina dos contratos e de seus elementos;

i. A política distributiva que deve estar associada à universalização dos direitos sociais compatibiliza-se com a oferta pública de acesso aos direitos sociais, voltada aos impossibilitados de recorrer ao mercado, financiada pela arrecadação tributária;

j. A interferência legislativa e do Poder Judiciário que extrapole a definição das normas gerais orientadoras da interpretação das normas contratuais, elaboração de planos de desenvolvimento relacionados ao ensino, cultura e desporto, e criação de mecanismos de compensação e fomento das atividades, tende a desestimular a oferta privada, aumentando o déficit de oferta no sistema capitalista.

: ARTIGO SELECIONADO

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos I: conceito, fontes, formação*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- ARAÚJO, José A. Estévez. *Crisis de la soberania estatal y constitution multinivel*. Trabalho apresentado no workshop de pesquisa realizado nas dependências da Edesp/FGVSP, no dia 30 de maio de 2006. Inédito.
- ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; MICHELAN, Tais Cristina de Camargo. Novos enfoques da função social da empresa numa economia globalizada. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 117, p. 157-162, jan.-mar. 2000.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CARLUCCI, Aída Kemelmajer de. La seguridad jurídica. *Revista Del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, ano 31, n. 182, p. 203-229, abr.-jun. 1998.
- FRANK, Jerome. *Derecho e incertidumbre*. 3. ed. México: Fontamara, 2001.
- GALGANO, Francesco. *Lex mercatoria*. Bologna: Il Mulino, 2001.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

- LORENZETTI, R. La influencia del derecho constitucional en el derecho privado. *Revista Del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, ano 31, n. 182, p. 355-357, abr.-jun. 1998.
- MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- NALIN, Paulo. A autonomia privada na legalidade constitucional. In: ——— (Coord.). *Contrato e sociedade*. Curitiba: Juruá, 2006. v. 2, p. 13-45.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Diretrizes para a compreensão do princípio da função social dos contratos empresariais*. Inédito.

*Marcia Carla Pereira Ribeiro*

DOUTORA EM DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS, UFPR  
PROFESSORA ADJUNTA DE DIREITO COMERCIAL DA UFPR  
PROFESSORA TITULAR DE DIREITO SOCIETÁRIO DA PUC/PR  
EX-PROFESSORA VISITANTE DA EDESP/FGV  
PROCURADORA DO ESTADO DO PARANÁ