

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

**TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA
ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA**

ILTON NORBERTO ROBL FILHO

ROBISON TRAMONTINA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Ilton Norberto Robl Filho, Robison Tramontina – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-205-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teorias da Justiça. 3. Teorias da Decisão. 4. Teorias da Argumentação Jurídica. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

Entre os dias 06 a 09 de Julho de 2016, ocorreu em Brasília, o XXV Encontro Nacional do CONPEDI. Entre os diversos Grupos de Trabalhos (GT), tivemos a oportunidade e a satisfação de coordenar o GT Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica I. As Teorias da Justiça e da Argumentação Jurídica encontram lugar de destaque tanto nos campos da filosofia como na prática e no pensamento jurídicos. Desse modo, os debates desenvolvidos nesse campo temático permitem uma rica construção interdisciplinar e a partir de diversas perspectivas sobre a estruturação do Estado, da sociedade civil e do conjunto de direitos. Não escapam ainda do debate das Teorias da Justiça e da Argumentação Jurídica o processo de construção das normas jurídicas e a sua aplicação no seio das sociedades complexas.

As apresentações e os debates, na ocasião, foram de altíssimo nível e instigantes.

Os artigos que constituem esta obra passaram por avaliação prévia (double-blind review), foram apresentados e discutidos no GT supracitado. São textos de alta qualidade redigidos por pesquisadores que se encontram em estágios diferentes de suas respectivas investigações. Expressam, cada um a sua maneira e no interior do seu campo investigativo, a evolução recente da pesquisa jurídica no Brasil.

Para assegurar unidade temática e organicidade à obra, os trabalhos foram organizados em três blocos temáticos, a saber: a) Teorias da Justiça, b) Teorias da argumentação Jurídica e c) Teoria da Decisão Judicial.

Prof. Dr. Ilton Norberto Robl Filho (UPF)

Prof. Dr. Robison Tramontina (UNOESC)

ARGUMENTOS CONSTITUCIONAIS E ARGUMENTOS SOCIAIS: UMA ANÁLISE DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DO STF QUANTO À DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DAS MENSALIDADES ESCOLARES

CONSTITUTIONAL ARGUMENTS AND SOCIAL ARGUMENTS: AN ANALYSIS OF SUPREME COURT LEGAL BASIS CONCERNING THE DECLARATION OF CONSTITUTIONALITY OF MONTHLY TUITION FEES.

**Rayana Pereira Sotão Arraes ¹
Ney De Barros Bello Filho ²**

Resumo

O presente artigo busca analisar a argumentação jurídica desenvolvida pelo STF para declarar a constitucionalidade da Lei das Mensalidades Escolares quando do questionamento feito com base na negativa do princípio da livre iniciativa. Da análise dos votos, constatou-se a criação de conflito de princípios, em verdade inexistente, para facilitação de um discurso de ponderação de princípios que justifique a negativa da livre iniciativa para fins de promoção do direito à educação. Tal negativa, contudo, não se dá em comunhão com a concretização da Constituição nos termos do neoconstitucionalismo, bem como é feita com latente fragilidade argumentativa.

Palavras-chave: Livre iniciativa, Direito à educação, Stf, Argumentação

Abstract/Resumen/Résumé

The current paper aims to analyze the legal basis developed by the Brazilian Supreme Court which has also been used to declare the constitutionality of School monthly fee Law once the denial of free private initiative has been questioned. The conflict of principles has been argued on ministers' votes, although not actually present, in order to turn a speech of principle mitigation easier and so the denial of free private initiative would be justified and the right of education promoted. However, such denial and the Constitution basis do not follow the same way, in fact, it happens with fragile arguments.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Free enterprise, School fees, Stf, Argumentation

¹ Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão

² Doutor em Direito Ambiental pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

INTRODUÇÃO

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

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

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

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

A Constituição de 1988, todavia, trouxe uma nova atmosfera decorrente do contexto político de que emergiu, em que a identificação da Constituição como materialização de conquistas civis protagonizadas pelo povo – embora esse não tenha sido, necessariamente, o grande protagonista da aquisição constitucional de 1988 - trouxe consigo o âmago de cuidado para com ela. Conferiu-se à Constituição um apego antes inexistente, pelo seu papel no então Estado de Direito estabelecido; e no texto constitucional repousaram os olhares atentos de uma sociedade civil mais participativa, de uma imprensa livre e pulverizada e de um desenho institucional incumbido de concretizá-lo.

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

1. CONSIDERAÇÕES SOBRE A INTERPRETAÇÃO CONCRETIZADORA DA CONSTITUIÇÃO ABERTA

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

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

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

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

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

Neste sentido, cirúrgica é a posição do constitucionalista ao afirmar que “qualquer modelo baseado em regras imutáveis, ou arrimado em princípios sempre cambiantes acarretaria um sistema obtuso marcado ou pelo anacronismo de uma legislação que não caminha, ou pela tirania dos intérpretes titulares dos canais de interpretação”. (BELLO FILHO, 2003, p. 213)¹

¹ Acrescenta, ainda, que “O claro subjetivismo latente na ditadura dos intérpretes permitidos e oficializados acarretaria um sistema de ímpeto passional, sem quaisquer amarras legais. Sistemas totalmente abertos, sem

A característica valorização dos princípios pelo texto constitucional os insere na mesma esfera de vinculação das demais normas jurídicas constitucionais, em que pese o maior nível de generalidade dos mesmos, afastando a ideia da existência de hierarquia entre estas, mas sim definindo funções próprias dentro do ordenamento².

Segundo Alexy (1997, p. 86),

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

Tal entendimento se coaduna perfeitamente com a construção principiológica disposta na Constituição de 1988, vez que uma gama de princípios liberais e social-democratas coexistem e estendem sua esfera de projeção até o limite do outro, sob pena da invasão e consequente negativa da carga valorativa de um deles – ainda que pela atividade interpretativa – representar fraude ao texto constitucional (MELLO, 1999, p. 490).

Os princípios constitucionais apontam as “decisões políticas fundamentais do constituinte originário” (BARROSO, 2002, p. 3) e por esta razão necessitam ser tratados com muita perícia e cautela pelos interpretes da Constituição, tanto para evitar que os demais comandos do ordenamento jurídico afrontem as disposições deles decorrentes, como para garantir a integridade dos mesmos.

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

Desta forma, é na busca permanente pelo incremento da força normativa ao texto constitucional que se encontra a principal característica do atual momento no qual não somente se observa a inclusão de conteúdos no texto constitucional, tais como o direito à cultura e educação, que nas palavras de Souza Neto e Mendonça (2006, p. 2) consiste na

grau de fechamento hermenêutico, acarretariam a ausência de segurança jurídica e fim da estabilidade democrática. Algo que, por excessivamente aberto, permitiria a ampla usurpação pelos detentores dos canais de controle hermenêutico. Todo sistema constitucional, para que possa ser um sistema democrático, necessita de uma tensão entre regras e princípios que possam harmonizar a dinâmica e a segurança jurídica, espancando a excessiva ditadura da lei e a excessiva ditadura dos aplicadores da lei. A democratização dos canais e dos métodos interpretativos, a partir de uma abertura necessária, é o tom da teoria da Constituição socialmente adequada”. (BELLO FILHO, 2003, p. 213)

² Observa-se ao longo dos 250 artigos, inúmeras referências aos princípios.

constitucionalização-inclusão, como também a interpretação de todo o ordenamento jurídico à luz dos preceitos constitucionais no que se entende por *constitucionalização-releitura*.

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

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

Tal dupla fundamentalização, por prescindir da impressão do intérprete e atribuição de alta carga valorativa pelo mesmo, pode representar violação ao princípio democrático, nos casos em que as deliberações decorrentes das decisões judiciais não correspondam à ideia de predominância da vontade da maioria, à semelhança do que se observa nas manifestações de autoritarismo pelo Poder Judiciário. Decisões judiciais excessivamente fundamentalistas podem representar perigo à integridade e concretização do texto constitucional, tanto quanto a ausência de preocupação do intérprete em sincronizar o ordenamento jurídico aos preceitos da Constituição. (SARMENTO, 2004)

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

Importante é, portanto, definir com clareza os pilares que edificam a nova interpretação constitucional, haja vista o amparo de doutrinas abrangentes razoáveis na sociedade pluralista a que se dedica a Constituição de 1988³.

³ À semelhança do que Rawls teoriza em sua concepção política de justiça. Diz o autor que “[...] ao dizer que não é razoável impor dada doutrina, mesmo que desejemos rejeitá-la por considerá-la incorreta, não é necessário que façamos isso. Muito pelo contrário, é vital para a idéia [sic] de liberalismo político que possamos sustentar, sem que nisso haja nenhuma incoerência, que não seria razoável empregar o poder político para impor nossa própria doutrina abrangente, a qual – disso não há dúvida – devemos afirmar ou como razoável

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

No afã de verificar em qual medida o Supremo Tribunal Federal integra a nova interpretação constitucional aqui tratada, analisa-se no próximo tópico o exame da constitucionalidade da lei das mensalidades escolares, através da ADI nº 319-4.

2 ANÁLISE DA LEI DAS MENSALIDADES ESCOLARES PELO STF

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

Data de 1993 a ADI Nº 319-4 que, proposta pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEM), visava a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 8.039, de 28 de maio de 1990, que dispunha sobre critérios de reajuste das mensalidades escolares.

Dentre os argumentos então levantados pela Requerente, estavam que: a) a escola particular é livre à iniciativa privada e que as limitações legitimadas ao exercício do poder público nessa atividade, encontram-se taxativamente previstas no art. 209 da Constituição Federal, não incluindo o controle ou tabelamento de preços; b) que o tabelamento de preços levaria as instituições de ensino privadas à insolvência e contrariavam a livre iniciativa e livre

ou como verdadeira. [...] os valores do político são muito importantes e, por essa razão, não são facilmente superáveis: esses são os valores que governam a estrutura básica da vida social – os próprios fundamentos de nossa existência – e especificam os termos essenciais da cooperação social e política. [...] os valores da razão pública não incluem somente o uso apropriado dos conceitos fundamentais de juízo, inferência e evidência, mas também as virtudes da razoabilidade e o sentido de imparcialidade, tal como se manifestam no acatamento dos critérios e procedimentos do conhecimento de bom-senso e na aceitação dos métodos e conclusões da ciência, quando estes não são controversos. [...] O liberalismo político procura, portanto, formular uma interpretação desses valores como os de um domínio especial – o político – e, por conseguinte, como uma visão que se sustenta por si própria. Aos cidadãos individualmente, como parte da liberdade de consciência, cabe estabelecer como os valores do domínio político devem se articular a outros valores de sua doutrina abrangente. [...] A história nos fala de uma pluralidade de doutrinas abrangentes que não são desarrazoadas. Isso torna um consenso sobreposto possível, o que reduz o conflito entre os valores políticos e valores de outra índole”. (2011, p. 163 a 165)

concorrência; c) e que o intervencionismo só se justificaria à posteriori, para conter aumentos arbitrários de lucratividade.

Em que pese o proposto tabelamento de preços seja matéria superada, é válido destacar que, naquela oportunidade, os ministros do STF já apontavam os argumentos estruturantes da defesa da intervenção do Estado na ordem econômica - independentemente das existentes limitações constitucionais a esse respeito – majoritariamente no sentido de que a livre iniciativa deve ser relativizada em prol do alcance da famigerada “justiça social”.

Fala-se, ainda, na mesma ADI, que da autorização constitucional à exploração particular do ensino não guarda qualquer conotação econômica. Preocupante é, contudo, a dificuldade de identificar qual inferência lógica de que decorre a conclusão do Ministro quanto à inexistência de “qualquer conotação econômica” na autorização constitucional de exploração da atividade de ensino pela iniciativa privada.

Isto porque a livre iniciativa de que trata a Constituição de 1988 possui amplitude suficiente para contemplar e garantir, além da genérica liberdade econômica, a liberdade contratual e comercial. Segundo Silva (1999, p. 767), a “liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato”. Desta forma, a premissa de que não há “qualquer conotação econômica” na autorização constitucional, constante no art. 209, para a exploração da atividade de ensino pela iniciativa privada, contraria até mesmo a essência da iniciativa privada e no bojo da autorizada interpretação constitucional, nem mesmo a ponderação de princípios autoriza a degeneração do cerne de premissas – aqui, também, os princípios constitucionais.

Ademais, o texto da Constituição, seja na consagração da livre iniciativa como fundamento da República (art. 1º, IV) ou princípio da ordem econômica (art. 170), seja na autorização para a exploração do ensino pela iniciativa privada (art. 209), ou mesmo na tutela do direito à educação (art. 205), não aponta pela rejeição do caráter econômico da exploração da atividade de ensino privado, ao passo que o Ministro Relator Moreira Alves, em sua argumentação, também não aponta de onde decorre tal compreensão, mais parecendo tratar-se de impressão pessoal, o que não se admite para fins de motivação de uma decisão judicial⁴.

⁴ No mesmo sentido, Mônica Sousa adverte que “a centralização política é temerosa tanto porque nega aos interessados imediatos a possibilidade de discutir suas necessidades reais, e assim permitir que privações mais imediatas sejam superadas, como aos agentes externos (investidores, por exemplo) que não hesitam em se afastar de sistemas econômicos não transparentes.” Aqui, uma vez que as decisões dos julgadores não são juridicamente justificáveis, pela via autoritária que ocupa o lugar da dinâmica originária do Estado Democrático de Direito, assemelha-se à centralização política de que trata a autora.

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

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

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

O argumento utilizado pela Requerente foi o de que tal dispositivo afronta o *caput* do art. 5º da Constituição Federal, por igualar maus e bons pagadores, na medida em que confere igual tratamento para desiguais. A análise, contudo, que se pretende fazer é de como a liberdade de iniciativa é tratada pelos ministros do STF no bojo da presente discussão, tendo em vista que o dispositivo questionado interfere diretamente na liberdade das instituições de ensino privadas, na medida em que impede a suspensão da prestação do serviço contratado diante da inadimplência dos contratantes.

Iniciando o seu pronunciamento, o Ministro Relator Paulo Brossard registra a importância da fiscalização, controle e disciplina da educação pelo Estado, apontando como justificativa de tais atos o fato da Constituição ser eloquente na atribuição de tal responsabilidade ao Estado. Destacou o momento de crise que experimenta a educação no Brasil e apontou como “espantosa” a pretensão de indeferimento de matrícula de alunos inadimplentes, por entender tal conduta ser contrária ao cerne da educação e fomentadora da desonestidade.

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

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

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

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

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

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

Além, no momento em que enumera as obrigações da instituição de ensino particular, demonstrando a importância da concretização de seu planejamento – ainda que a dinâmica natural do mercado imponha certos riscos e que estes sejam devidamente considerados – a

Requerente provoca o STF a responder por qual motivo é obrigada a se manter no pleno exercício de suas obrigações contratuais, diante do descumprimento da outra parte – o aluno inadimplente. Ou seja, se a escola possui a obrigação de pagar professores, empregados, serviços públicos, impostos, contribuição previdenciária e FGTS, em dia, sob pena de altos juros, multa e correção monetária e tal pagamento se dá através da receita oriunda da arrecadação das mensalidades dos alunos contratantes, o que obriga a manutenção de alunos inadimplentes em uma instituição privada cujo funcionamento resta acima descrito?

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

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

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

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

A educação é um direito social assegurado pelo art. 6º da Constituição Federal, peculiaridade essa que por si só demonstra a constitucionalidade da medida adotada pelo Poder Executivo. E mais, a maioria da clientela das instituições de ensino é composta de crianças e adolescentes, os quais não devem ser colocados a salvo de toda forma de discriminação e opressão, sendo esse o dever da família, da sociedade e do Estado imposto pelo art. 227 da Carta Magna. Idêntico dever estabelece a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) em seu art. 18, [...] É evidente que a suspensão de provas escolares, a retenção de documentos escolares e a aplicação de penalidades pedagógicas, por motivo de inadimplência, as crianças e adolescentes, constitui em tratamento vexatório e constrangedor, o que é vedado pelo art. 227 da Carta Magna e art. 18 da Lei 8.069. A pretensão da Requerente de que as instituições de ensino particular possam aplicar tais penalidades nada mais é do que uma forma de coação para a cobrança de dívidas, submetendo o devedor a uma situação constrangedora, o que, também, é proibido pelo art. 42, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 [...]. (BRASIL, ADI 1992)

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

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

Das Ações Diretas de Inconstitucionalidade analisadas é possível perceber que embora a norma que proíbe as instituições particulares de ensino de aplicarem sanções aos alunos inadimplentes tenha sido sucessivas vezes questionada, o enfrentamento necessário das questões tangenciadas pela mesma não foi concretizado. Trata-se de dispositivo legal que cuida de matéria relevante, a educação; e que prevê a direta intervenção do Estado no domínio econômico privado, o que basta para justificar um acurado tratamento por parte do Supremo Tribunal Federal que, dentre as atribuições, a principal consiste na garantia da Constituição.

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

A mentalidade antiliberal do STF se evidencia, principalmente, em demandas relacionadas à exploração de atividades que envolvam os direitos sociais garantidos constitucionalmente e cuja responsabilidade prestacional foi atribuída ao Estado⁵.

No julgamento da ADI nº 1.950, o Ministro Eros Grau foi categórico ao declarar que é salutar à economia a expressiva interferência do Estado na economia, ao afirmar que “a intervenção do Estado na vida econômica consubstancia um redutor de riscos tanto para os indivíduos quanto para as empresas, identificando-se, em termos econômicos, com um princípio de segurança”, isto por entender o mercado como sendo um *locus* artificial e, portanto, impossível de fluir de forma harmônica sem a intervenção do poder público.

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

Interessante é perceber que na defesa da constitucionalidade da intervenção do Estado na economia, frequentemente o STF alega que a limitação à livre-iniciativa se justifica na

⁵ Assim como o caso anteriormente mencionado, em que discutiu-se a intervenção do Estado na livre iniciativa das escolas privadas, na ADI nº 1.950, onde questionou-se a constitucionalidade de lei que assegurava meia-entrada à estudante em eventos culturais, sob a justificativa de garantir o exercício do direito à cultura – cuja obrigação é do Estado - o STF declarou constitucional a transferência de tal ônus à iniciativa privada, negando atenção ao princípio da livre-iniciativa.

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

Ao acatar inteiramente os argumentos da Presidência da República no sentido de apontar a fundamentalidade do direito à educação como justificativa para a constitucionalidade da norma questionada, o STF reforça o entendimento de haver, ainda que velada, uma injustificada rejeição à iniciativa privada no Brasil – impressão esta que se manifesta em inúmeras outras circunstâncias que frequentemente são submetidas à apreciação do Judiciário, atinentes à saúde e educação - afastando a visualização de que tão importante quanto a garantia de tal direito é a adequada atribuição de responsabilidades à ele correlatas.

2.1 Da ponderação de princípios apontada

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

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

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

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

Desta forma, nos casos em que há o indiscutível e inesquivável conflito de princípios o raciocínio necessário ao intérprete da Constituição é diverso do formato subsuntivo, por mais complexo que seja. A produção da regra concreta que vai incidir sobre tais casos – também

intitulados difíceis pela doutrina⁶ - requer uma habilidade multilateral que consiga contemplar, de alguma forma, todos os interesses envolvidos, ainda que através de uma escolha necessária, orientada pela importância extraída, reste evidente qual interesse será predominante no caso em análise.

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

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

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

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

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

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

⁶ A respeito, ver DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010

uma vez que a imposição da obrigação de um sujeito a outro, para negar-lhe um direito não é uma dinâmica natural, mas sim construída pela ferramenta do autoritarismo⁷.

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

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

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

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

A análise da argumentação do STF acerca de questões como as presentes é, pois, muito importante, tanto pelo lugar que o Judiciário hoje ocupa na sociedade, onde para além da

⁷ Como já dito, não há, portanto, sequer que falar em conflito de princípios constitucionais, haja vista as esferas em que o direito à educação e a tutela constitucional da propriedade privada e livre iniciativa se encontram não coincidem. A questionada lei das mensalidades escolares, por sua vez, menos consegue efetivar a garantia do direito à educação, que a projeção de reflexos negativos, visto que a parcela da população que frequenta as instituições de ensino privado é menor que a quantidade de alunos que recorrem à rede pública de ensino, o que implica dizer que a permanência de tais alunos nas instituições de ensino – independentemente da observância de suas obrigações contratuais – não garante a efetivação de tal direito para a população como um todo, dado o reduzido alcance. Efetivamente, a imposição às instituições privadas de permanecer com a prestação do serviço de ensino aos contratantes inadimplentes somente transfere a responsabilidade de custeio da educação – ainda que em reduzida parcela – à iniciativa privada.

resolução de conflitos individuais, interfere nos conflitos existentes e eminentes aos demais Poderes; como pela centralidade que a Constituição Federal possui no ordenamento jurídico pátrio. (ROESLER, 2015).

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

2.2 Da fragilidade argumentativa

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

A argumentação jurídica é, inclusive, pela via da racionalidade, um instrumento capaz de legitimamente afastar o legalismo do ordenamento jurídico, conformando as normas aos casos concretos na melhor anatomia que lhes seja possível.

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

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

No bojo das discussões interpretativas, entre os defensores da aplicação objetiva e direta do texto da norma pelo intérprete, o qual era apenas a boca da lei; a busca pela vontade do legislador; e a interpretação flexível à luz dos direitos naturais e princípios soberanos;

sobreviveu a equação relativa à renúncia de um Direito justo e equânime em prol da segurança jurídica ou a relativização desta em prol da conformação do Direito.

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

O formalismo jurídico – que não raras vezes é mal interpretado e confundido com o legalismo incompatível ao formato de constitucionalismo⁸ adotado, em verdade – consiste em importante ingrediente do Estado de Direito, pois em termos argumentativos demonstra os limites do ordenamento jurídico que balizaram a interpretação da norma (ATIENZA, 2013), ao mesmo passo em que contribui para o adequado funcionamento institucional – do Judiciário, sobretudo – tão necessário para a concretização do ideal político – de Estado de Direito. (WALDRON, 2009)

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

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

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

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

⁸ Como já referenciado nas linhas supra. “O claro subjetivismo latente na ditadura dos intérpretes permitidos e oficializados acarretaria um sistema de ímpeto passional, sem quaisquer amarras legais. Sistemas totalmente abertos, sem grau de fechamento hermenêutico, acarretariam a ausência de segurança jurídica e fim da estabilidade democrática. Algo que, por excessivamente aberto, permitiria a ampla usurpação pelos detentores dos canais de controle hermenêutico. Todo sistema constitucional, para que possa ser um sistema democrático, necessita de uma tensão entre regras e princípios que possam harmonizar a dinâmica e a segurança jurídica, espalhando a excessiva ditadura da lei e a excessiva ditadura dos aplicadores da lei. A democratização dos canais e dos métodos interpretativos, a partir de uma abertura necessária, é o tom da teoria da Constituição socialmente adequada”. (BELLO FILHO, 2003, p. 213)

se o objetivo que se busca alcançar através da argumentação, tanto quanto dota-se de capacidade de avaliá-los como bons ou ruins para tal finalidade.

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

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

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

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

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

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

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

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da inegável constatação das dificuldades encontradas pelo Poder Público para concretizar o programa constitucional atinente aos direitos sociais, o recorte do presente trabalho possibilita ainda a análise da fragilidade argumentativa do STF quando da análise da constitucionalidade da Lei das Mensalidades Escolares.

Assim, em que pese ao interprete seja dada a incumbência de concretizar o texto constitucional diante dos casos concretos que lhe são apresentados, tal missão não autoriza a transgressão dos princípios e garantias trazidos pelo Constituinte, tal qual o que se observa com a negativa do princípio da livre iniciativa em prol do discurso de garantia do direito à educação.

Ao Judiciário é dada a missão, bem como o poder, de fundamentalizar o ordenamento jurídico à luz dos preceitos constitucionais, compatibilizando as legislações ordinárias e os atos do Poder Público de forma geral, com a Constituição de 1988; entretanto, o que se observa é o recuo e proteção desta instituição no texto legal e nas manobras retóricas de um Estado demagógico.

O STF, contudo, não desenvolveu sua atividade interpretativa e argumentativa com um coerente fio condutor capaz de demonstrar a racionalidade argumentativa hábil à legitimar sua atuação.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**: teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy Editora, 2006

_____. **Curso de Argumentación Jurídica**. Madrid: Trota, 2013

BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**. FGV. Rio de Janeiro, v. 240, abr./jun. 2005, p. 1-42. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

_____. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista dos Tribunais** (São Paulo), v. 795, p. 55, 2002.

BARROSO, L. R.; BARCELOS, Ana Paula de. O começo da história. a Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. **Interesse Público**, v.5, n. 19, p. 51-80, 2003.

BELLO FILHO, Ney de Barros. **Sistema constitucional aberto: teoria do conhecimento e da interpretação do espaço constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BRASIL. Lei 9.870, de 23 de novembro 1999. Dispõe sobre o valor total das anuidades escolares e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 nov. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/L9870.htm>. Acesso em: 20 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 1992**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1757595>>. Acesso em: 5 jan. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 319-4**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1501599>>. Acesso em: 5 jan. 2016.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2006

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 11. ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011

ROESLER, Claudia R., **Entre o Paradoxismo de Razões e a Razão Nenhuma: Paradoxos de Uma Prática Jurídica**. Artigo aceito para publicação. 2015.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

SOUSA, Monica Teresa Costa. **Direito e Desenvolvimento: uma abordagem a partir das perspectivas de liberdade e Capacitação**. Curitiba: Juruá, 2011.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa. *In*: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). **A constitucionalização do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

WALDRON, Jeremy. **The concept and the Rule of Law**. *In*: HeinOnline 43 Ga. L. Rev. 1 (2008-2009)

