

TRANSFERIR CUSTOS PARA O SETOR PRIVADO A FIM DE REALIZAR DIREITOS À EDUCAÇÃO E À CULTURA : UMA ANÁLISE DA POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL¹

TRANSFERRING COSTS FROM THE STATE TO PRIVATE SECTOR SO AS TO IMPLEMENT EDUCATION AND CULTURAL RIGHTS: AN ASSESSMENT OF THE SUPREME FEDERAL COURT'S POSITIONS

Lara Bonemer Azevedo da Rocha*
Marcia Carla Pereira Ribeiro**

Resumo: O artigo aborda a possibilidade de transferência pelo Estado ao setor privado do dever de prestar serviços básicos, aptos a garantir os direitos sociais, nos termos dos artigos 3º e 23 da Constituição da República do Brasil. Dedicada especial ênfase ao direito de acesso à educação e à cultura. Nesse contexto, foram analisadas a previsão constitucional dos direitos sociais que garantem o acesso à educação e à cultura e a responsabilidade pela sua promoção. Verificou-se tanto a responsabilidade primordial do Estado em matéria de prestação dos direitos sociais quanto a possibilidade de que a iniciativa privada promova atividades relacionadas à garantia desses direitos, tudo nos termos do que estabelece a Constituição Federal de 1988. Ato contínuo, foram estudadas a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.330, que tratou da questão referente ao Programa Universidade para Todos, e a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.950-3, na qual foi

abordada a questão de se garantir meia-entrada em eventos culturais, de lazer e desporto para estudantes regularmente matriculados em estabelecimentos de ensino. O estudo destaca os fundamentos utilizados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal em cada uma das decisões que se refere à possibilidade de intervenção do Estado na economia e a relação dessa atuação Estatal com o princípio da livre iniciativa. Ao final, foram tecidas considerações sobre a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal legitimar a intervenção estatal que imputa à iniciativa privada a prestação de políticas públicas que, nos termos da Constituição Federal de 1988, incumbem ao Estado.

Palavras-chave: Direito à cultura e à educação. Liberdade de iniciativa. Eficiência. Domínio econômico. Estado.

* Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, PR; Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá; Advogada e Professora no Curso de Graduação em Direito pelo Centro Universitário Cesumar de Maringá, PR, Avenida Guedner, 1610, jardim aclimação, 87050-390, Maringá, PR, Brasil; larabarocha1989@gmail.com

** Procuradora do Estado do Paraná, Advogada e Professora nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito na Universidade Federal do Paraná e na Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pesquisadora de produtividade da Fundação Araucária.

¹ O artigo se insere no âmbito do projeto Eficiência do acesso à justiça como fator de desenvolvimento: a instabilidade das decisões judiciais - Chamada MCTI/CNPQ/MEC/CAPES no. 43/13.

Abstract: The article discusses the possibility by the State to transfer to the private sector's the duty to provide basic services, able to guarantee social rights, in accordance with Articles 3 and 23 of the Federal Constitution. It devotes special attention to the right of access to education and culture. In this context, were examined the constitutional provision of social rights that guarantee access to education and culture and the responsibility for their promotion. It was analysed both the primary responsibility of the State in the provision of social rights, and the possibility of the private sector promote activities related to guarantee these rights, all pursuant to what the Federal Constitution of 1988 establishes. Thereafter, were studied the Inconstitutionality Lawsuit n. 3330, which dealt with the question of the University for All Program, and the Inconstitutionality Lawsuit n. 1950-3, in which the question of guaranteeing half price entrance in cultural events, entertainment and sport for students enrolled in schools was addressed. The study highlights the grounds used by the Ministers of the Supreme Court in each of the decisions regarding the possibility of state intervention in the economy and the relationship of this State acting with the principle of free enterprise. Finally, considerations were made about the possibility of the Supreme Court to legitimize State intervention which attributes to private sector the provision of public policies, which according to the Federal Constitution of 1988, incumbent on the State.

Keywords: Right to culture and to education. Free enterprise. Efficiency. Economic domain. State.

Introdução

A Constituição Federal de 1988, concebida como a constituição cidadã, representou um marco histórico no que se refere ao estabelecimento de um Estado Democrático de Direito e à garantia de direitos individuais aos cidadãos.

Muito embora as Constituições de 1946 e 1967 tenham previsto direitos sociais relativos aos trabalhadores e empregados, apenas com o advento da Constituição Federal de 1988 é que se verificou a previsão de um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, subdivididos em cinco grupos: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos.

Os direitos sociais representam o dever do Estado de adotar medidas para assegurar, no plano prático, o acesso à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância e à assistência aos desamparados, nos termos do artigo 6º da Constituição Federal de 1988.

Sob a ótica dos direitos humanos, tem-se que os direitos sociais estão intimamente ligados aos direitos civis, em virtude das características da indivisibilidade e da interdependência. Não se pode cogitar o direito à vida digna sem condições adequadas de acesso aos direitos sociais, como elencados. Nesse aspecto, os direitos sociais surgem como deveres prestacionais positivos por parte do Estado, a fim de garantir os meios necessários para que os cidadãos tenham uma existência digna.

Contudo, em que pese a ampla previsão de direitos sociais no texto constitucional de 1988, bem como a responsabilidade Estatal devidamente delineada para garanti-los, o que se verifica é que, na prática, sua implementação padece de efetividade.

A principal justificativa apresentada para essa falha na garantia dos direitos sociais por parte do Estado reside na escassez de recursos públicos. Seja no mo-

mento da arrecadação, seja no mesmo da destinação dos recursos arrecadados, a Administração Pública invoca dificuldades que obstaculizam a implementação dos direitos sociais nos moldes propostos pela Constituição Federal de 1988.

Como consequência dessa problemática, o Estado busca vias alternativas aptas a garantir, ao menos de forma satisfatória, os direitos sociais, e uma dessas vias, que será objeto de estudo neste trabalho, é a de transferir à iniciativa privada os custos da implementação prática dessas garantias.

Este artigo se propôs à análise da previsão dos direitos sociais, especificamente do direito à educação e à cultura, e de como tem ocorrido sua implementação no plano prático. Repisando o dever precípua do Estado de assegurar esses direitos aos cidadãos, serão identificados casos que trataram da possibilidade de transferência dos custos prestacionais dos direitos sociais pelo Estado ao setor privado, bem como os efeitos decorrentes dessa prática para a economia.

Por opção metodológica, foi utilizado o método dedutivo, de modo a se obter conclusões a partir das premissas que são trabalhadas e fundamentam o presente trabalho, objetivando solucionar a problemática proposta. Utilizou-se, também, utilizado o método indutivo, partindo-se de dados particulares para que, a partir de seu estudo, seja possível inferir uma verdade geral não verificada nas partes examinadas.

E para cumprir o desiderato proposto, o artigo foi estruturado em cinco seções. A primeira traz de forma mais detalhada a problemática trabalhada neste artigo. Pretendeu-se, nessa seção, expor de forma elucidativa a problemática analisada e a justificativa para a abordagem do tema.

São demonstrados a motivação e o ambiente, nos quais foi promulgada a Constituição da República e os quais justificam a ênfase nos direitos individuais e sociais nela contemplados. Ainda na primeira seção, destaca-se a inexistência do ferramental necessário para implementar, na prática, os direitos sociais insculpidos no texto constitucional.

As limitações financeiras e estratégicas do Estado conduzem-no, muitas vezes, a buscar alternativas que ao mesmo tempo minimizem a sua oneração e garantam os direitos fundamentais. E uma dessas alternativas encontradas pelo Estado é justamente a transferência dessa missão institucional ao agente privado que, quando ocorre, produz impactos no mercado e faz com que princípios constitucionais devam ser cotejados, como é o caso dos princípios relacionados ao acesso à cultura e à educação e o do princípio da liberdade de iniciativa.

Na sequência, destaca-se o dever primordial do Estado de prestar ações positivas aptas a garantir os direitos sociais de acesso à cultura e à educação, identificando no texto constitucional os artigos que atribuem essa responsabilidade à Administração Pública, de forma precípua.

Essa seção será seguida pela terceira seção do estudo, que aponta a possibilidade de atuação da esfera privada na consecução desse objetivo. É consignado o papel complementar, subsidiário e colaborador da sociedade no que se refere à garantia dos direitos sociais elencados na Carta Constitucional.

Na quarta seção, são analisados dois julgados do Supremo Tribunal Federal relacionados ao tema e escolhidos em razão de seu enquadramento *vis a vis* o objeto da reflexão teórica, na medida em que indicam a possibilidade de intervenção do Estado na economia e a relação dessa conduta Estatal com o princípio da livre iniciativa.

Os fundamentos utilizados nos julgamentos no tocante à possibilidade de intervenção do Estado na economia e a relação dessa atuação Estatal com o princípio da livre iniciativa servem de base para que, ao final, seja alcançada a proposta deste artigo de abordar, de forma crítica, a alocação de responsabilidades públicas aos agentes privados e seus potenciais efeitos práticos.

1 Problematização

A Constituição Federal de 1988 tem como razão de ser a instituição de um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício, entre outros, dos direitos sociais e individuais que representam os meios materiais necessários para a existência digna (HONÓRIO, 2006, p. 145). Para tanto, estabelece diversas diretrizes e normas que caracterizam o Estado como um ente prestacional no âmbito social.

Ocorre que, inobstante o farto arcabouço normativo existente para positivar os direitos sociais, ele não se verifica quanto à existência de mecanismos aptos a instrumentalizar a efetiva prestação desses direitos, que exigem o elevado dispêndio financeiro por parte do Estado (NOGUEIRA, 2006, p. 46).

Nesse aspecto, Sarlet (2001, p. 321) assevera que a simples previsão dos direitos sociais, como postos na norma constitucional, não garante sua efetividade, porquanto a mera positivação não fornece o instrumental necessário para a almejada concretização.

E no mesmo sentido, afirma Bello (2007, p. 147) que a simples existência de normas constitucionais que consagrem direitos sociais não implica sua implementação concreta no mundo dos fatos; eis que se tratam de direitos que não são autorrealizáveis e, portanto, demandam mobilização política e social para serem satisfatoriamente realizados.

A mera previsão legislativa não cria vagas em escolas públicas de qualidade ou, ainda, o aumento de leitos em hospitais da rede pública. Do mesmo modo, não tem o condão de garantir habitação àqueles que necessitam, bem como de promover assistência social ideal àqueles que não têm condições de promover sua subsistência (OLIVEIRA, 2012, p. 236). Isso porque os direitos sociais ganham eficácia apenas quando devidamente implementados. Se não efetivados, constituem apenas letra morta na Carta Constitucional. E para realizá-los, o Estado precisa utilizar de recursos financeiros, os quais são arrecadados por meio da tributação, geridos pela Administração Pública e aplicados na consecução das atividades.

Ocorre que nem sempre a conjuntura econômica do Estado, pela insuficiência na arrecadação, pela escolha pública ou pelo desvio de verbas e má gestão

dos recursos, ou, ainda, por outros fatores não discutidos neste estudo, permite a efetivação dos direitos sociais, ficando sua implementação muito aquém da forma estabelecida pela Constituição.

Por esse motivo, o Estado busca meios alternativos para solucionar o problema da escassez de recursos, o que faz por meio da adoção de princípios, como, o da Nova Gestão Pública (*New Public Management*) (OLIVEIRA, 2012, p. 258), e também pela transferência dos custos de realização desses direitos ao particular.

Segundo Oliveira (2012, p. 258), a nova gestão se caracterizaria pela “[...] gestão profissional, introdução de uma cultura de performance, ênfase nos resultados, adoção de estilos de gestão empresarial e a ideia de se fazer mais com menos [...]”

A outra solução encontrada pelo Estado consiste na transferência dos custos da realização dos direitos sociais ao setor particular, para que este, às vezes com algum benefício em contrapartida, realize as políticas públicas que, constitucionalmente, competem ao Estado.

Neste estudo, analisam-se os direitos sociais relativos à educação e à cultura, desde a sua previsão na Constituição Federal até o modo como o Estado tem agido para garanti-los, o que será realizado mediante a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em duas decisões consideradas paradigmáticas sobre a questão: a ADIN que tratou da questão referente ao ProUni e a ADIN que discutiu a possibilidade da cobrança de meia-entrada em festivais de lazer, cultura e desporto, no Estado de São Paulo, aos estudantes devidamente matriculados nos estabelecimentos de ensino.

Ao final, são tecidas considerações sobre a possibilidade de intervenção do Estado na economia privada e a relação dessa atuação Estatal com o princípio da livre iniciativa, bem como sobre a efetiva possibilidade da realização desses direitos pelos particulares, quando nos termos da Constituição Federal de 1988 a prestação de políticas públicas como essas incumbem ao Estado.

2 O dever primordial do Estado de garantir Direitos Sociais

Na lição de Silva (2001, p. 289-290), os direitos sociais se traduzem como uma dimensão dos direitos fundamentais do homem: “São prestações positivas proporcionadas pelo Estado, direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos [...]”

A Constituição da República, diferentemente das Constituições anteriores, dedicou grande parte de suas disposições aos direitos sociais. Já no seu preâmbulo, institui um Estado Democrático preocupado com o exercício dos direitos sociais e individuais.

No artigo 3º, a Constituição estabelece os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e, entre eles, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e o controle das desigualdades, bem como a promoção do bem-estar de todos sem preconceitos.

Nesse contexto, o art. 23 estabelece como sendo de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios “[...] cuidar da saúde e assistência pública [...] proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência [...]” (BRASIL, 1988), entre outras garantias fundamentais trazidas na Constituição Federal.

Ao longo da leitura do texto constitucional, verifica-se, ainda, diversas disposições que tratam da garantia dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional, os quais o Estado tem o dever de proporcionar a todos os cidadãos.

É, portanto, dever do Estado promover a realização de políticas públicas necessárias à consecução dos fins dispostos na Constituição Federal de 1988. O texto é, como visto, categórico nesse sentido, sendo atribuída ao Estado a função primordial de promover esses direitos. O problema, contudo, reside em como torná-los efetivos.

Nesse sentido, afirma Bello (2007, p. 145) que:

[...] apesar da existência dos direitos sociais parecer não estar ameaçada no plano normativo, sua efetivação vem sendo drasticamente reduzida, o que demonstra uma tendência recente [...] da descoberta e da exploração do Judiciário como espaço para efetivação dos direitos sociais e exercício da cidadania.

O autor prossegue afirmando que com essa inércia, muitas vezes propositada, do Estado em garantir os direitos sociais mediante a promoção de políticas públicas voltadas à sua concretização, o que ele denomina “viés jurídico da cidadania”¹ passou a ser manejado não mais como uma garantia formal de titularidade de direitos sociais, mas como instrumento necessário à sua efetivação na esfera do Poder Judiciário (BELLO, 2007, p. 145).

Já foi adiantado na problematização que a realização dos direitos sociais encontra óbice não somente na falta de um planejamento eficiente por parte do Estado, mas também na questão orçamentária, em razão da escassez de recursos.

Outro problema que pode ser destacado, como salientam Ribeiro e Campos (2012, p. 312), reside na formatação da atuação estatal, revestida por políticas públicas, “[...] de forma a que os efeitos concretos desse agir impliquem na máxima efetivação possível dos direitos fundamentais [...]” Os autores asseveram que é possível observar, não raras vezes, que os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário têm nos resultados de suas intervenções efeitos diversos daqueles almejados, ou que “[...] acabam se voltando contra o próprio direito fundamental que se buscava tutelar.” (RIBEIRO; CAMPOS, 2012, p. 312).

¹ Segundo Bello (2007, p. 145), “[...] a cidadania neoliberal requer a participação ativa da sociedade civil, compreendida como espaço privado e representada pelo terceiro setor (ONGs), para a substituição do estado no desempenho de funções ligadas à responsabilidade social, de maneira que, ao invés de uma intervenção política direta, tem-se uma mera gestão estatal sobre a participação espontânea dos particulares. Assim, preponderando a perspectiva individualista, tem-se uma concepção de solidariedade moral e estritamente privada, pautada pela prática voluntária e seletiva de medidas de filantropia, direcionadas unicamente às pessoas de extrema necessidade.”

É o que se observa, por exemplo, nos casos referentes ao direito à educação e à cultura, em que o Poder Público, imbuído da realização de um direito social, intervém no domínio econômico típico da iniciativa privada, legitimado pelo Poder Judiciário, ao argumento de que está a promover uma política pública, o que será objeto de considerações no presente estudo.

2.1 Direito à educação

No que concerne à educação, a Constituição Federal prevê que “[...] a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, devendo 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 [...]” (MORAES, 2003, p. 1968).

São, portanto, três os objetivos básicos da educação, conforme estabelece o art. 205 da Constituição Federal de 1988. Silva (1999, p. 314-315), nesse aspecto, afirma que “[...] a consecução prática desses objetivos só se realizará num sistema educacional democrático, em que a organização da educação formal (via escola) concretize o direito de ensino, informados por alguns princípios com eles coerentes [...]” E entre esses princípios, destaca-se o da “[...] universalidade (ensino para todos), igualdade, liberdade, pluralismo, gratuidade do ensino público, valorização dos respectivos profissionais, gestão democrática da escola e padrão de qualidade [...]” (SILVA, 1999, p. 314-315).

Pela leitura do dispositivo, infere-se como sendo dever do Estado e da família a prestação do direito à educação. Conforme destaca Tavares (2013, p. 742), o direito à educação é um típico direito social “[...] que obriga o Estado a oferecer o acesso a todos os interessados, especialmente àqueles que não possam custear uma educação particular.”²

Ao Estado, surge, portanto, o dever de atuar positivamente, seja criando condições normativas adequadas ao exercício do direito à educação, que, no caso, seria uma legislação apta a essa finalidade, seja na criação de condições reais, com uma estrutura adequada dotada de recursos humanos e institucionais (TAVARES, 2013, p. 743).

O autor prossegue afirmando que, em que pese a conotação de direito social, o direito à educação deve ser concebido também como uma clássica liberdade pública, no sentido de que deve ser garantida pelo Estado a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar pensamento (TAVARES, 2013, p. 742).

² No mesmo sentido: “[...] significa, em primeiro lugar, que o Estado tem que aparelhar-se para fornecer, a todos, os serviços educacionais, isto é, oferecer ensino, de acordo com os princípios estatuídos na Constituição (art. 206) [...]” E, em segundo lugar, “[...] que todas as normas da Constituição, sobre educação e ensino, hão que ser interpretadas em função daquela declaração e no sentido de sua plena e efetiva realização [...]” (SILVA, 1999, p. 314-315).

É, portanto, um direito prestacional incumbido ao Estado, que atua como agente principal (conforme artigos 205, 206 e 208 da CF), com a colaboração da família e da sociedade, de acordo com os princípios estatuídos na Constituição Federal de 1988. Pode, ainda, nos termos do art. 209 da Constituição Federal de 1988, ser franqueado à iniciativa privada, desde que atendido o cumprimento das normas gerais de educação e com a autorização e a avaliação de qualidade pelo Poder Público.

2.2 Direito à cultura

Canotilho e Moreira (1991, p. 114), ao tecerem considerações sobre o direito à cultura, anotam que os direitos e deveres culturais, insculpidos nos artigos 215 e seguintes da Constituição Federal de 1988, dividem-se igualmente em dois grupos, sendo o primeiro representado pelos bens culturais fundamentais, a saber, ensino e cultura, fruição e criação cultural e desporto, e o segundo, referente às instituições diretamente interessadas na satisfação desses direitos, como escolas e universidades.

Verifica-se que a Constituição Federal de 1988 atribuiu relevante importância à cultura, entendida em sentido abrangente da formação educacional do povo, “[...] expressão criadora da pessoa e das projeções do espírito humano materializadas em suportes expressivos, portadores de referências à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira [...]” (SILVA, 1999, p. 314). O direito à cultura envolve o direito à proteção do patrimônio cultural brasileiro, o que se viabiliza “[...] por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação [...]” E “[...] entre as manifestações culturais inseridas na tutela constitucional encontram-se as manifestações populares, as indígenas e as afro-descendentes [...]” (TAVARES, 2013, p. 753).

E para a garantia desses direitos referentes ao acesso à cultura, a Constituição impôs literalmente ao Estado tal dever, conforme se extrai do artigo 215, que prevê que “O Estado garantirá [...]”, no artigo 216, que “O Estado protegerá [...]”, no artigo 216-A, que “O Sistema Nacional de Cultura [...]” será responsável por instituir um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas relacionadas à cultura e, por fim, o § 4º, desse artigo, que “Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão seus respectivos sistemas de cultura em leis próprias.”

Compete, portanto, precipuamente ao Estado, promover e proteger a cultura nacional, de acordo com as diretrizes trazidas pelo texto constitucional. A sociedade novamente atua apenas como colaboradora, rejeitando-se a ideia de figurar como agente principal na promoção desse valor fundamental.

3 Da possibilidade de iniciativa privada em matéria de direitos sociais

Diante da escassez de recursos, seja pela insuficiência de arrecadação seja pela má gestão das verbas ou ainda por outros fatores, o Estado tem falhado na implementação dos direitos sociais.

É que, conforme assevera Mendes (2012, p. 465):

[...] embora os direitos sociais, assim como os direitos e liberdades individuais, impliquem tanto direitos a prestações em sentido estrito (positivos) quanto direitos de defesa (negativos), e ambas as dimensões demandem o emprego de recursos públicos para a sua garantia, é a dimensão prestacional (positiva) dos direitos sociais o principal argumento contrário à sua judicialização. A dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Nessa perspectiva, também se defende que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção dessas políticas, violaria o princípio da separação dos poderes e o princípio da reserva do financeiramente possível.

Dessa forma, em que pese à exaustiva garantia constitucional desses direitos a todos os cidadãos, na prática, os direitos sociais atinentes à educação e à cultura, objeto do presente estudo, não são proporcionados de forma satisfatória pela Administração Pública.

Por consequência, o Poder Legislativo tem admitido, por meio do exercício de sua competência, que a consecução dos direitos sociais exige, também, um papel ativo da sociedade, não incumbindo ao Estado prestá-los na sua totalidade. Admite, para tanto, que o Estado, por meio de incentivos em contrapartida, ou não, transfira à iniciativa privada o dever de praticar políticas públicas que, conforme enunciam os artigos 3º e 23, inciso V, da Constituição Federal, são de sua incumbência. Trata-se da legitimação de uma forma de intervenção estatal justificada na implementação de um direito social.

É o que se extrai do entendimento do Ministro Ayres Britto, Relator no julgamento da ADIN n. 3.330, que será adiante explorada, no sentido de que a educação, por exemplo, é uma das políticas públicas de primeira prioridade pelo Estado, mas que é “[...] necessariamente imbricada com ações da sociedade civil [...]” e que “[...] impõe ao Estado e à sociedade uma atuação rigorosamente concertada ou solidária [...]” (BRASIL, 2013, p. 3).

Ocorre que, conforme assevera Hachem (2013, p. 139), “[...] o Poder Público não pode restringir-se a regular e fomentar os agentes econômicos privados [...]” Isso porque, segundo Gabardo (2009, p. 203-250), não é apropriada a concepção do Estado como prestador subsidiário em matéria de direitos sociais. Muito menos deve a atuação estatal ficar restrita à garantia da dignidade, competindo-lhe “[...] oferecer o máximo para os indivíduos [...]”

E nesse fluxo de ideias, afirma Hachem (2013, p. 139) que “[...] a realização do bem-estar social, nos termos da Constituição Federal, reclama uma atuação estatal intervencionista [...]” visto que “[...] por meio do planejamento, o Estado figura como o principal propulsor do desenvolvimento, através da coordenação dos agentes públicos e privados [...]” Ressalta, então, que os dispositivos que compõem o Título VIII, “Da Ordem Social”, ao disciplinar “[...] as incumbências e competências quan-

to à concretização dos direitos fundamentais sociais não estabelecem em momento algum uma atuação secundária ou acessória do Estado.” Apenas “[...] permitem uma ação concertada entre Estado e sociedade civil, dirigindo a esta, em algumas matérias, deveres concomitantes àqueles encomendados ao Poder Público, sem conferir prioridade de atuação à iniciativa privada [...]” Verifica-se “[...] que o constituinte confere ao Estado ‘uma inafastável competência própria e direta para gerir o processo de desenvolvimento’, atribuindo à sociedade e à comunidade deveres de ação complementar.”

Existe, portanto, a possibilidade de que a iniciativa privada desempenhe um papel na realização dos direitos sociais, mas unicamente na forma de ações complementares às do Estado. É o que se extrai do art. 209, da Constituição Federal, que fala em autorização e avaliação pelo Poder Público do ensino privado.

[...] Assim, deve-se entender que preenchidas as condições legais a instituição tem o direito de obter a autorização do Poder Público. Do contrário, o ensino não seria livre, nem bastaria o atendimento das condições legais para que pudesse ser exercido [...] essa autorização é antes uma certificação de que a instituição cumpre exigências legais, fornecida pelo Poder Público para segurança dos que nela se dispuserem a aprender. (TAVARES, 2013, p. 751).

Não há que se falar na substituição do Estado no papel de realizador de políticas públicas para a implementação de direitos fundamentais ou, ainda, em se conferir prioridade de atuação à iniciativa privada nesse aspecto.

O dever é do Estado, em primeiro lugar, cabendo à sociedade unicamente um papel complementar, de colaborador com o planejamento estatal. A transferência de incumbências e de custos na realização de políticas públicas para a realização dos direitos sociais inteiramente à iniciativa privada fere, por consectário lógico, o Texto constitucional, que fortemente exalta o papel garantidor e afirmativo do Estado nesse sentido.

4 Estudo de casos práticos: cortesia com o chapéu alheio

Como opção metodológica, o artigo destaca duas ações diretas de inconstitucionalidade que tramitaram perante o Supremo Tribunal Federal e que envolvem situações em que o Estado compeliu a iniciativa privada a assegurar direitos sociais. Na primeira delas, acesso à educação e na segunda, acesso à cultura.

Em que pese as duas ações tenham sido julgadas improcedentes, os assuntos trazidos à baila e os votos dos Ministros que participaram do julgamento merecem especial atenção, para que seja possível compreender qual tem sido o fundamento utilizado para justificar essa prática correntemente levada a efeito pelo Estado no que se refere à substituição de políticas públicas aptas a implementar os direitos ora estudados pela oneração do agente privado.

4.1 A Adin n. 3.330/Df e o direito à educação

A ADIN n. 3.330/DF, movida pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (Confenen), pelos Democratas e pela Federação Nacional dos Auditores Fiscais da Previdência Social (Fenafisp), tendo como interessados o Presidente da República, o Conectas Direitos Humanos e o Centro de Direitos Humanos (CDH), visou à declaração de inconstitucionalidade da medida provisória n. 213/2004, convertida na Lei n. 11.096/2005, que instituiu o Programa Universidade para Todos (ProUni).

Na referida ADIN, os requerentes alegaram, dentre outros argumentos sobre os quais não se pretende debruçar no presente estudo, que os textos normativos violaram os princípios da legalidade, da isonomia, da autonomia universitária, do pluralismo de ideias e concepções pedagógicas, na medida em que, pelo preenchimento dos critérios estabelecidos na norma, estudantes de baixa renda teriam direito a uma bolsa, ainda que parcial, em uma entidade de ensino superior privada. Em contrapartida, as entidades que aderissem ao programa gozariam de imunidade tributária no que pertine à contribuição para a seguridade social.

A ação foi julgada improcedente, entendendo-se pela constitucionalidade do texto normativo apontado por disciplinar o direito à educação, direito social que deve a todos alcançar, sendo este um dever do Estado e uma de suas políticas públicas prioritárias. Do julgamento, participaram os Ministros Carlos Ayres Britto, que atuou como Relator, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Luiz Fux, Rosa Weber, Dias Toffoli e Marco Aurélio, único vencido.

Em seus votos, entenderam os Ministros que votaram contra a ADIN, em apertadíssima síntese, que a educação, por ser um direito social, ocupa posição prioritária nas políticas públicas estatais e, necessariamente, conta com ações da sociedade civil. Isso porque, como salientou o Ministro Ayres Britto, a Constituição Federal impõe também às famílias deveres com a educação, nos termos do art. 205, *caput*; franqueiam à iniciativa privada a atividade do ensino, conforme estabelece o art. 209; e, ainda, admite a prestação do ensino por “[...] escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei [...]”, desde que haja a satisfação dos requisitos do artigo 213, incisos I e II.

Consignou ainda, o Excelentíssimo Ministro, que o programa concretiza o valor constitucional da igualdade, uma vez que combate aos fatores reais de desigualdade, permitindo o acesso à educação daqueles que, normalmente, não teriam condições para tanto. E prossegue afirmando que “[...] a lei existe para [...] impor uma outra situação compensatória. A lei como instrumento de reequilíbrio social [...]” (BRASIL, 2013, p. 12).

Anota, nesse fluxo de ideias, que essa “[...] desigualação em favor dos estudantes que cursaram o ensino superior em escolas públicas e os egressos de escolas privadas que hajam sido contemplados com bolsa integral [...]” não viola a Constituição Federal, tratando-se de um “[...] *descrímen* que acompanha a *toada* da compen-

sação de uma anterior e factual inferioridade [...]” (BRASIL, 2013, p. 14). Entende que o ProUni se constitui um programa de ações afirmativas, operado por um ato de adesão, que em nada se relaciona à ideia de vinculação forçada. Não fere, também, o princípio da livre iniciativa, já que esta compreende a garantia “[...] de uma existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]” (BRASIL, 2013, p. 16).

Em seguida, afirmou o Ministro Joaquin Barbosa que o ProUni “[...] nada mais é do que uma suave tentativa de mitigar essa cruel situação [...]” (BRASIL, 2013, p. 43), *in casu*, da pobreza que atinge considerável número de famílias no Brasil e que esse investimento constitui objeto governamental constitucionalmente válido. Consigna que a lei em nada restringe a atividade de ensino exercida pelas universidades particulares, podendo, inclusive, favorecê-la, quando se consideram os benefícios tributários que passarão a ser usufruídos.

A Ministra Rosa Weber, endossando o entendimento já esposado pelos dois Ministros citados, ressaltou o caráter social do Programa. Foi seguida pelo Ministro Luiz Fux, que asseverou a voluntariedade do Programa, consignando que “[...] ingressa quem quer [...]” (BRASIL, 2013, p. 59), e “[...] que o programa representa uma política pública federal de caráter geral, subsidiado com recursos da mesma natureza – ou seja, recursos federais –, revelando-se programa público de adesão voluntária [...]” (BRASIL, 2013, p. 60).

Por fim, o Ministro Marco Aurélio, com entendimento isolado no julgamento, anotou no início do seu voto a indignação no sentido de que em momento algum se cogitou investimento nas universidades públicas, tendo a questão, desde o início, relacionando-se com à iniciativa privada, com as universidades privadas. Afirmou que:

Na espécie, o Estado buscou trilhar o bom caminho e remeteu ao Congresso Nacional projeto de lei para versar o tema, como incumbia, calcado em política governamental que poderia rotular como sadia, realmente fazê-lo. Pediu que no tocante a esse projeto fosse emprestado o regime de urgência pelas duas Casas do Legislativo Federal. Choveram emendas, pareceres apontando a inconstitucionalidade do que estava contido no projeto, inclusive de nossa colega, à época na advocacia militante, Cármen Lúcia Antunes Rocha.

O que fez, então, o Poder Executivo, que encaminhara o projeto para deliberação pelos representantes do povo brasileiro, Deputados Federais e Senadores, e pedira, como previsto na Carta da República – e esse dado é importante para o que desenvolverei a seguir –, o regime de urgência? Abandonou o projeto. Abandonou-o tendo em conta a polivalência, que ganhou esse instituto, que deveria ser tomado como de excepcionalidade maior, que é a medida provisória. Generalizando exigências quanto à utilização desse instrumental, a urgência e a relevância – e toda lei, de início, goza da presunção de relevância –, potencializando esses dois requisitos, editou a medida provisória.

A meu ver, quando a Constituição Federal se refere à urgência, para ter-se a disciplina de certo tema, de forma precária, mediante medida provisória, potencializa o sentido desse vocábulo, já que é possível o encaminhamento de projeto de lei acompanhado de pedido de urgência. (BRASIL, 2013, p. 65).

Asseverou, também, a situação das entidades já beneficiadas por “[...] algo que é de envergadura maior, ou seja, pela imunidade [...]”, já que:

Caso não adiram ao ProUni, perderão algo assegurado constitucionalmente. E perderão algo, não pelo descumprimento do Código Tributário Nacional, no que revela o que deve ser atendido pelas entidades contempladas com a imunidade constitucional, exigências que observam a ordem natural das coisas, exigências do Código Tributário Nacional, que atendem ao princípio da razoabilidade, ao princípio da proporcionalidade. (BRASIL, 2013, p. 68).

Indagou a razoabilidade do princípio do determinismo, do Estado cumprir com chapéu alheio, questionando a ausência de fomento para viabilizar o acesso às universidades públicas:

Indago: é razoável, é aceitável, observa a ordem natural das coisas, o princípio do determinismo, o Estado cumprir com chapéu alheio? Por que não potencializa o instituto das universidades públicas, viabilizando o acesso com maior largueza? Por que esse acesso é tão afunilado, revelando via crucis, que é revelada pelo vestibular para uma universidade pública? (BRASIL, 2013, p. 68).

Concluiu que:

[...] é mais fácil utilizar-se de um poder de pressão maior, do poder que é inerente à soberania, e compelir-se a iniciativa privada a fazer o que ele próprio – Estado – deveria fazer viabilizando o acesso universitário, de uma forma larga, àqueles que tenham o requisito de escolaridade para cursar o nível universitário, sem essa carnificina – e assim rotulo – como o é o vestibular para uma universidade pública, com afunilamento insuplantável. Mas veio o Estado, como disse, a cumprir com chapéu alheio, deixando no ar a perda da imunidade prevista no artigo 150 na Carta da República, a impor, para ter-se a isenção – e não se pode cogitar de sobreposição, a um só tempo, versar-se o direito à imunidade e o direito à isenção, já que são valores que se excluem, sendo o primeiro mais abrangente do que o segundo –, até mesmo àquelas universidades detentoras da prerrogativa estampada na imunidade, para continuarem tendo jus a essa imunidade, a adesão ao ProUni e fazer o que ele não faz: abrir vagas aos estudantes egressos de escolas públicas [...] (BRASIL, 2013, p. 68).

Por fim, entende que não há a aludida proporcionalidade, pois para cada nove alunos, apenas um deterá a gratuidade, bem como a isonomia, “[...] no que se cogita o afastamento do fundo de financiamento ao estudante de ensino, se não houver adesão ao ProUni.” (BRASIL, 2013, p. 69).

Observa-se, portanto, que inobstante o entendimento exarado pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que sequer havia sido considerado realizar um aumento de vagas nas universidades públicas e de que o Estado estaria compelindo o setor privado a fornecer um direito social que constitucionalmente lhe incumbe; a ação foi julgada improcedente, reconhecendo-se como constitucional a lei que instituiu o ProUni.

O programa, como relatado, compele a iniciativa privada a tomar para si o objeto de uma política pública de acesso à educação, que nos termos do que precei-

tuam os artigos 3^o e 23, inciso V, da Constituição Federal, competiria à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

Não é o Estado quem proporciona o acesso à educação, mas a iniciativa privada, por meio do que a lei chama de incentivo tributário, eis que aqueles que aderirem terão em contrapartida imunidade em relação à contribuição para a previdência social.

4.2 A Adin n. 1.950-3/SP e o direito à cultura

A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.950-3/SP foi julgada antes da entrada em vigor da Lei n. 12.933, de 26 de dezembro de 2013, que dispõe sobre o benefício do pagamento de meia-entrada em espetáculos artístico-culturais para estudantes, idosos, pessoas com deficiência e jovens de 15 a 29 anos comprovadamente carentes. No entanto, os fundamentos apresentados pelos Ministros no julgamento da ação podem ser plenamente considerados em relação a essa Lei Federal que consagrou a meia-entrada em todo o país.

A ação foi movida pela Confederação Nacional do Comércio (CNC), contra o Governador do Estado de São Paulo e a Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo: objetivou a declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 7.844/92, do Estado de São Paulo, que assegurou a meia-entrada aos estudantes regularmente matriculados em estabelecimentos de ensino, sob o argumento de que afronta os artigos 170 e 174, ambos da Constituição Federal, na medida em que institui uma intervenção indevida do Estado no domínio econômico.

A ação foi julgada improcedente, ante o entendimento de que na composição entre o direito à livre iniciativa e o direito à educação, à cultura e ao desporto, “[...] há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário [...]” (BRASIL, 2006, p. 52) tendo participado do julgamento os Ministros Eros Grau, que atuou como Relator, Marco Aurélio, vencido nesse colegiado, Ayres Britto, Nelson Jobim, Cezar Peluso, que acompanhou a divergência, Gilmar Mendes e o Ministro Sepúlveda Pertence.

Iniciado o julgamento, o Ministro Eros Grau pontuou que a Constituição Federal de 1988 adotou o sistema capitalista, o que, contudo, não significa dizer que o Estado está limitado a intervir apenas de forma excepcional; afirmou que a Carta da República enuncia diretrizes, programas e fins a serem perseguidos pela ação conjunta do Estado e da sociedade, informada pelos preceitos estabelecidos nos artigos 1^o, 3^o e 170.

Citando Avelãs Nunes, consignou que “[...] a intervenção do Estado no domínio econômico não é apenas adequada, mas indispensável à consolidação e preservação do sistema capitalista de mercado.” (BRASIL, 2006, p. 60). Asseverou que o princípio da liberdade de iniciativa não representa uma afirmação do capitalismo, transcendendo à expressão de liberdade pela empresa, atingindo também a expressão de liberdade pelo trabalho.

Por fim, ponderou que o valor social e as virtualidades individuais da livre iniciativa devem ser interpretados em conjunto. Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro, determina ao Estado a realização do direito à educação, à cultura e ao desporto, “[...] há que ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário [...]”, visto que “[...] a superação da oposição entre os desígnios do lucro e da acumulação de riqueza da empresa e o direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer, como meio de complementar a formação dos estudantes, não apresenta maiores dificuldades [...]” (BRASIL, 2006, p. 63).

Em seguida, o Ministro Marco Aurélio, em entendimento contrário, entende que a norma viola a livre iniciativa, enquanto fundamento da República, na medida em que a interferência do Estado na livre iniciativa, sem a devida contrapartida, representa forma de dispor em que o Estado cumprimenta com o chapéu alheio:

[...] Essa forma de dispor, entretanto, com interferência de fundo na livre iniciativa, sem uma contrapartida, cumprimentando o Estado – e a premissa é esta – com chapéu alheio, é consentânea com a Constituição Federal? [...] A norma conflita com o fundamento da República, que é a livre iniciativa. Ela contrasta com preceito expresso no Diploma Básico, ao revelar o art. 174 [...] (BRASIL, 2006, p. 64).

Sob sua ótica, não há também harmonia com a isonomia, já que não distingue aquele que tem recursos daquele que não os tem, porque peca “[...] até mesmo no tratamento de desiguais de forma igual, sem distinguir aquele que tem recursos do que não tem para efetuar o pagamento.” (BRASIL, 2006, p. 64).

Conclui pela impossibilidade de transferir esse ônus da meia-entrada à sociedade, considerando a majoração da entrada para aqueles que não gozam do benefício, o que segundo seu entendimento, representaria uma desvantagem.

[...] Não vejo como se estabelecer, e de forma linear, o que apontei como gratuidade parcial, a meia-entrada para ingresso em espetáculos diversificados. Não vejo como se fixar esse ônus, que acaba sendo suportado, ante a transferência, pela sociedade, tendo em conta a majoração da entrada para aqueles que não gozam do benefício, mediante uma norma, repito, não razoável, porque nela não se contém a contrapartida, ou seja, uma compensação – havendo uma desvantagem significativa – da parda por aqueles que se lançam no mercado, na vida comercial, e precisam fugir à morte civil nessa mesma vida comercial, que é a falência. (BRASIL, 2006, p. 64).

Em discussão, o Ministro Nelson Jobim asseverou não haver problema algum com a prática referendada pela Lei em discussão, porquanto “[...] o cálculo da inteira é todo ele rateado [...] ninguém está pagando nada, é uma socialização dos menores [...]” (BRASIL, 2006, p. 66).

Em contrapartida, o Ministro Cezar Peluso, acompanhando a divergência inaugurada pelo Ministro Marco Aurélio, afirmou que a norma em debate interfere em contratos, o que despreza o artigo 22, inciso I, da Constituição Federal. Entende, então, que:

[...] essa norma está interferindo em contratos, está tabelando prestações de contratos. Para um universo determinado de contraentes, é verdade, mas está tabelando, ao prescrever que um universo tal de contraentes paga a metade do valor dos contratos. Isso, a meu ver, com o devido respeito, ofende o art. 22, I. E encontro grande dificuldade para ajustar essa norma ao art. 23, V, ao dizer que compete ao Estado: “V – proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação [...]” [...] (BRASIL, 2006, p. 68).

Observa, também, violação ao que dispõe o artigo 23, inciso V, porquanto o Estado não está proporcionando nada, mas, sim, está obrigando o particular a proporcionar:

[...] Primeiro, o Estado não está proporcionando nada, está obrigando o particular a proporcionar. Segundo, se o argumento fosse verdadeiro, o Estado poderia baixar a norma que estatua que menor de doze anos paga dez por cento da mensalidade escolar e outras análogas. (BRASIL, 2006, p. 69).

O que se verifica, portanto, é que por meio de uma lei estadual, o Estado de São Paulo compeliu a iniciativa privada a fornecer meia-entrada para eventos culturais para estudantes devidamente matriculados em estabelecimentos de ensino, ao argumento de que esta seria uma política pública de acesso à cultura.

Ocorre que, diferentemente do que aconteceu na ADIN, a qual tratou da questão do ProUni, anteriormente relatada, nesse caso sequer há uma contraprestação, ou qualquer incentivo que justifique a medida. Novamente o Estado, contrariando o que dispõe o artigo 3º e o artigo 23, inciso V, da Constituição Federal, nada proporciona, compelindo o particular a prestar a política pública de acesso à cultura.

Nessa hipótese, duas situações podem ocorrer: na primeira delas, conforme bem observado pelo Ministro Marco Aurélio, os custos da entrada inteira serão rateados pela sociedade, a segunda é a de que os custos podem ser arcados pelo próprio empreendedor do evento cultural, que terá parte de seu lucro prejudicado diante daqueles que pagarão meia-entrada.

Em ambas as hipóteses, o ônus recai sobre os particulares, seja sobre a sociedade seja sobre a empresa responsável pelo evento cultural, observando-se que o Estado em nada contribuiria para a consecução do acesso à cultura, como previsto na Constituição Federal.

5 A quem compete, então, a prestação de políticas públicas?

As políticas públicas perfazem o principal meio para efetivação dos direitos fundamentais e sociais de cunho prestacional (FONTE, 2008, p. 4). Na leitura de Fonte (2008, p. 6), “[...] as políticas públicas compreendem as ações e programas para dar efetividade aos comandos gerais impostos pela ordem jurídica que necessitam ação estatal.” São, portanto, as ações e normas instrumentais tomadas pela Administração Pública na realização dos direitos fundamentais sociais.

Segundo Assis (2012, p. 289), “[...] as políticas públicas constituem uma forma de efetivar o acesso das camadas mais desfavorecidas aos direitos fundamentais de cunho social.” E prossegue afirmando que “[...] desta forma, o Estado, gerindo interesses da sociedade, define, por meio dos Poderes Legislativo e Executivo, as metas e os instrumentos de interesse da comunidade” revelando-se as políticas públicas como “[...] uma intervenção do poder público na vida social.”

Assim,

[...] Definidos os objetivos fundamentais da República, o direito constituirá parâmetro para definição de tais programas, a partir do texto constitucional, leis, decretos e portarias que estabeleçam planejamento à realização dos fins e ao atendimento das necessidades públicas.

Ou seja,

Estabelecidos os parâmetros normativos, a escolha política das prioridades a serem implementadas e o modo da respectiva implementação devem ser construídos democraticamente, com ampla participação popular. Por conta da sua natureza, envolvem empenho de dotações orçamentárias para aquisição de patrimônio, gestão de serviços de pessoal envolvido no planejamento, execução e controle das atividades, dentre outros fatores imiscuídos nas vísceras da administração pública propriamente dita, consubstanciada nos órgãos do poder executivo. (GNATA, 2011, p. 184-185).

Em que pese à orientação da doutrina no sentido de que em hipótese alguma o Estado deve ocupar posição subsidiária na realização dos direitos sociais, devendo atuar como agente principal na promoção desses direitos, atribuindo à sociedade apenas um papel complementar, ordenado mediante o planejamento estatal para a realização dos fins dispostos no Texto constitucional, o que se tem verificado, na prática, é o contrário.

Nesse viés, é, inclusive, o entendimento adotado por Grau (2003, p. 25) de que “[...] a expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social [...]”, sendo o direito também uma política pública. Interpretando esse entendimento, Fonte (2009) afirma que “[...] uma definição tão abrangente tem o condão de transformar, por exemplo, uma sentença judicial numa forma de política pública, já que se trata de uma intervenção do Estado na vida social.”

O Poder Judiciário, conforme se extrai das Ações Diretas de Inconstitucionalidade relatadas, legitima pela maioria, a intervenção estatal que transfere o custo da realização de políticas públicas para a esfera particular, sob o forte argumento de que se está em busca de promover os direitos sociais, a todos alcançáveis.

A propósito, Ribeiro (2006, p. 128) assevera que a incapacidade financeira ou organizacional do Estado de proporcionar 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 [...]”

O mesmo se observa com a recentíssima adoção do vale-cultura pelo Ministério da Cultura. Veiculado pelo *site* do Ministério da Cultura (2013), da Secretaria de Fomento e Incentivo à Cultura, o vale-cultura é considerado um benefício que possibilita ao trabalhador de carteira assinada ter acesso a estabelecimentos culturais, como teatros, cinemas, museus, espetáculos, shows, circos, ou mesmo comprar e alugar CDs, DVDs, livros, revistas, jornais e, ainda, instrumentos musicais.

O vale vem na forma de um cartão magnético pré-pago, válido em todo o território nacional, por meio do qual o empregador investe R\$ 50,00 (cinquenta reais) mensais, cumulativos e, em contrapartida, o Governo Federal permite que a empresa de lucro real abata a despesa no imposto de renda em até 1% do imposto devido, estendendo também a participação para as empresas baseadas no lucro presumido ou Simples.

Segundo informações obtidas no *site* (MINISTÉRIO DA CULTURA, 2013), “O benefício oferecido pelo governo exige a adesão das empresas. São elas que vão oferecer o Vale-Cultura aos seus empregados” e “São as operadoras que vão produzir e distribuir os cartões magnéticos. São elas também que habilitarão os estabelecimentos que quiserem aceitar o Vale-Cultura.”

Ou seja, mais uma vez, o Estado, eximindo-se do seu dever constitucional de fornecer políticas públicas de acesso aos direitos fundamentais, e, *in casu*, à cultura, onera a iniciativa privada, dessa vez, traduzida na pessoa do empresário e dos estabelecimentos promotores dos eventos culturais, bem como dos produtos dos bens adquiríveis por meio do benefício, que deverá se responsabilizar pelo incremento cultural do país.

Nesse sentido, Ribeiro (2006, p. 134), ao analisar as Ações Diretas de Inconstitucionalidade de n. 1.007-7/PE de Relatoria do ex Ministro Eros Grau, DJU 24 de fevereiro de 2006 e de n. 1.950-3/SP, de Relatoria também do ex Ministro Eros Grau, DJU 02 de junho de 2006, destaca uma segunda ordem de consequências em se reconhecer a condição ou não de relação de consumo quanto às atividades de ensino e cultura, que seria a transferência dos ônus, na análise da Lei Paulista sobre a meia-entrada. Afirma, então, que:

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 consequência a universalização do acesso a tais bens. RIBEIRO, 2006, p. 134).

Redefiniria os valores de ingresso relativo a todos os potenciais usuários, pois tornaria mais barata a meia-entrada para aquele que tem o poder aquisitivo que

lhe permite adquiri-la, sem, contudo, torna-la acessível às camadas mais carentes da população. “Esta é uma redistribuição que não se enquadra nos propósitos de universalização e de equiparação da população brasileira pela diminuição das desigualdades.” (RIBEIRO, 2006, p. 135).

A autora prossegue afirmando que essa justiça distributiva no campo da oferta remunerada e contratual seria, portanto, imperfeita e, eventualmente, indevida, pois não alcançaria a todos, não se podendo excluir dos contratos seu caráter comutativo, inerente às relações privadas (RIBEIRO, 2006, p. 135).

Ao final, Ribeiro (2006) chega à conclusão de que talvez seria oportuno, quando se pensa em justiça distributiva, fazer com que o Estado cumpra suas obrigações relacionadas à prestação dos direitos fundamentais, não se satisfazendo com a mera transferência desse ônus ao agente privado, em especial às relações de natureza contratual e de oferta remunerada no mercado. Isso porque, entre outras consequências:

[...] 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 [...] 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. (RIBEIRO, 2006, p. 135).

Dessa forma, à medida que o Estado, incumbido do dever prestacional constitucionalmente garantido em matéria de direitos sociais, transfere ao particular os custos para a realização dos direitos sociais e tem essa conduta legitimada pelo Poder Judiciário, *in casu*, pelo Supremo Tribunal Federal, há, segundo Ribeiro (2006), um aumento do déficit de oferta no sistema capitalista, que tem o condão de gerar um desestímulo da oferta privada de tais serviços.

Sobre essa questão, Bello (2007, p. 138) afirma que:

[...] transferir a base da formação do conceito de cidadania das esferas do direito e da política democráticos para a economia capitalista [...] consiste em um reducionismo descabido e realoca a ordem do poder de se produzir o direito para um espaço desprovido de legitimidade democrática – o mercado.

Lamentavelmente, a realidade evidencia que cada vez mais o Estado, legitimado pelos Poderes Legislativo e Judiciário, intervém no domínio econômico da iniciativa privada, atribuindo a esta o papel de principal promotora dos valores fundamentais constitucionalmente consagrados. Exime-se, com forte amparo do Judiciário, de uma obrigação imposta pela Constituição Federal de 1988, transferindo ao setor privado os custos da realização de políticas públicas de acesso aos direitos sociais.

Considerações Finais

É possível constatar, pelo relato das Ações Diretas de Inconstitucionalidade estudadas, bem como do benefício denominado vale-cultura, que a transferência dos custos da realização de políticas públicas pelo Estado ao particular, no que se refere ao direito de acesso à educação e à cultura, tem se tornado situação corriqueira e recente no Brasil.

A prática, legitimada pelo Poder Judiciário, tem grande aceitação pela sociedade, haja vista o volume de ingressos vendidos a título de meia-entrada (BRASIL ECONOMIA E GOVERNO, 2011) e a adesão das universidades ao ProUni (PROUNI, 2015), o que é favoravelmente divulgado pelos meios de comunicação, como uma garantia de acesso aos direitos fundamentais pelo Estado. O que não se divulga, entretanto, é quem, de fato, é o responsável pelos custos dessa prestação e suas consequências.

Tratam-se, portanto, de exemplos perfeitos do que o Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal denomina “cumprimentar com o chapéu alheio”. O Estado divulga e realiza a política pública, mas quem de fato arca com seus custos, é a iniciativa privada e até mesmo a sociedade.

Cabe ponderar se essa prática é correta, ao menos quando interpretada de acordo com a previsão constitucional expressamente clara, no sentido de ser dever precípua do Estado garantir a realização dos direitos sociais a todos os cidadãos. Senão, seria adequado que o Estado encabeçasse os projetos de garantia aos direitos sociais a todos, destinando parcela da arrecadação para sua realização e acompanhando, até o final, sua correta consecução.

Pode-se concluir que, infelizmente, a mera criação de uma norma que institui uma política pública sem, contudo, instrumentalizá-la com a participação, como agente principal, do Estado, não estará apta a satisfazer o que está prescrito nos comandos da Constituição da República. Ao menos não sem que seja incutido um ônus social que precisa ser ponderado.

A resposta concedida pelo Poder Judiciário tem sido clara: o Estado cria o programa, e a iniciativa privada, como colaboradora, compelida pelo Estado, o realiza. Está, portanto, garantido o direito insculpido no Texto constitucional.

Perduram, no entanto, dúvidas sobre o acerto da decisão quanto a quem se deve reconhecer o dever e sobre quem devem recair os custos da realização dessas políticas públicas.

Ora, não há como se admitir uma posição subsidiária ou complementar ocupada pela iniciativa privada na realização desses direitos. Não se trata de mera colaboração, mas, sim, da essência na prestação realizada.

No entanto, tem-se visto a iniciativa privada atuar como agente principal na promoção dos direitos de acesso à educação e à cultura, arcando total ou parcialmente com os custos da atividade, em manifesta contraposição ao que está estabelecido na Constituição da República e, sobretudo, sem que fiquem claras as consequências

do deslocamento das atribuições, já que, quando delegadas ao agente privado, terão impactos no custo que atingirão a sociedade.

Por óbvio que não se está a refutar a possibilidade de iniciativa privada no que se refere à realização de tais direitos, mesmo porque o Texto constitucional, expressamente, a admite. Contudo, repete-se, o papel desempenhado pelo particular deve ser complementar, na forma unicamente de colaborador com as atividades levadas a efeito pelo Poder Público.

Há, portanto, a necessidade de clareza na definição dos deveres que incumbem ao Estado, e unicamente a ele, quando atua de forma a garantir o direito levado a efeito pela política pública planejada. Não há como se conceber válida uma norma que cria projetos a serem levados a efeito por outrem sem a consideração de seus impactos.

Assim, uma vez garantido o acesso principal pelo Estado, admite-se a possibilidade de iniciativa privada na realização dos direitos sociais, de forma subsidiária e complementar àquele, e nunca, como infelizmente tem ocorrido, de forma substitutiva.

Referências

ASSIS, Victor Hugo Siqueira. O controle judicial das políticas públicas: a problemática da efetivação dos direitos fundamentais sociais. *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 13, n. 2, p. 283-296, jul./dez. 2012.

BELLO, Enzo. Cidadania e direitos sociais no Brasil: um enfoque político e social. *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 8, n. 2, p. 133-154, jul./dez. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1950. Relator: Ministro Eros Grau. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 03 nov. 2005. Lex: Jurisprudência do STF, v. 28, n. 331, p. 56-72, jun. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ADI 3330. Relator: Ministro Ayres Britto. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 03 maio 2012. *JusBrasil*, Brasília, DF, 22 mar. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

FONTE, Felipe de Melo. A legitimidade do Poder Judiciário para o controle de políticas públicas. *Revista Brasileira de Direito Público RBDP*, Belo Horizonte, ano 6, n. 20, maio/jun. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=52595>>. Acesso em: 25 nov. 2013.

GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GNATA, Noa Piatã Bassfeld. Crítica aos limites do controle jurisdicional de políticas públicas em direitos sociais. *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 12, n. 12, p. 181-196, jul./dez. 2011.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2003.

HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013.

HONÓRIO, Cláudia. O custo dos direitos prestacionais. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 6, n. 25, p. 145-159, jul./set. 2006.

MATTOS, César. *Quem ganha com a meia-entrada?* São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.brasil-economia-governo.org.br/2011/10/24/quem-ganha-com-a-meia-entrada/>>. Acesso em: 25 nov. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade – Estudos de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo, Saraiva: 2012.

MINISTÉRIO DA CULTURA. *Vale-Cultura*. 2013. Disponível em: <<http://www.cultura.gov.br/valecultura>>. Acesso em: 05 dez. 2013.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2003.

NOGUEIRA, Rafael Moreira. Reflexões acerca da efetivação dos direitos sociais. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 6, n. 25, p. 41-66, jul./set. 2006.

OLIVEIRA, Rafael Arruda. Não concretização dos direitos sociais: o que há por trás da escassez de recursos? *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 233-261, jan./mar. 2012.

PROUNI 2015 – Faculdades Participantes. ProUni – Inscrições, 2015. Disponível em: <<http://www.prouniinscricoes.com/prouni-2015-faculdades-participantes/>>. Acesso em: 08 abr. 2015.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Educação e cultura: direito ou contrato? *Revista DireitoGV*, v. 2, n. 2, p. 117-138, jul./dez. 2006.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; CAMPOS, Diego Caetano da Silva. Análise Econômica do Direito e a Concretização dos Direitos Fundamentais. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 11, n. 11, p. 304-329, jan./jun. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

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

SILVA, José Afonso da . *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Data da submissão: 24 de março de 2014
Avaliado em : 10 de agosto de 2014 (Avaliador A)
Avaliado em : 06 de abril de 2014 (Avaliador B)
Aceito em: 09 de junho de 2015

