

HUM@NÆ

Questões controversas do mundo contemporâneo

v. 16, n. 2

O CONTROLE DE PREÇOS PELO ESTADO: a redução de mensalidades escolares pelo legislativo estadual e o princípio da livre iniciativa

João Claudio CARNEIRO DE CARVALHO¹

RESUMO

O texto aborda a possibilidade do Estado, em qualquer de suas faces, reduzir mensalidades escolares, ainda que em momento de crise pandêmica. O artigo defende que qualquer manifestação do legislativo nesse sentido deve ser analisada com máximo de cuidado, uma vez posta a necessidade de obediência ao princípio constitucional da livre iniciativa.

Palavras-Chave: 1. Intervenção; 2. Estado; 3. Instituições de Ensino; 4. Política de Preços e Regulação.

ABSTRACT

The text addresses the possibility of the State, in any of its facets, to reduce school fees, even in a time of pandemic crisis. The article argues that any manifestation of the legislature in this sense must be analyzed with the utmost care, once the need to obey the constitutional principle of free enterprise is established.

Key Words: 1.Intervention; 2. State; 3. Educational Institutions; 4. Pricing and Regulation Policy.

1 Introdução: colocação do contexto e do problema analisado

O objetivo deste texto é debater, ainda que abstratamente, a intenção do poder legislativo estadual (PE) em impor descontos em mensalidades escolares da rede privada de ensino. A opinião aqui é estritamente pessoal e possui como metodologia a interpretação sistemática da ordem jurídica envolvendo dispositivos constitucionais que garantem a livre

¹ Professor de Direito Tributário, Palestrante e Advogado. Mestre em Direito (2005) e Doutor em Direito (2013) na área de concentração de Filosofia, Sociologia e Teoria do Direito. Professor Adjunto I da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Email: joao.claudio@carvalhoeandrade.adv.br

iniciativa, além das regras de competência legislativa, todas previstas na Constituição Federal de 1988.

Para materializar a situação, cabe trazer à discussão o objeto da análise, o Projeto de Lei Estadual nº 1.028, de 31 de março de 2020, cuja iniciativa pertenceu ao Deputado Estadual Álvaro Porto, integrante da Assembleia do Estado de Pernambuco. O referido projeto trouxe como justificativa a determinação do Governador do Estado que suspendeu o funcionamento de escolas, de universidades e de outros estabelecimentos de ensino, públicos ou privados, no âmbito de Pernambuco durante o combate à pandemia causada pelo novo coronavírus (Art. 6º-A do Decreto Estadual nº 48.809/2020).

Os sucessivos decretos do Governador se seguiram após a Organização Mundial de Saúde ter classificado a contaminação pelo vírus SARS-CoV-2, causador da doença COVID 19, como pandemia mundial. Aqui no Brasil, tem vigência a Lei Federal nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020. A lei dispôs sobre medidas adotadas para enfrentamento do problema de saúde pública causado pelo coronavírus.

O alerta da OMS teve como consequência imediata atos do poder público nacional e internacional. Aqui, o Presidente da República enviou a Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020, requerendo que o Congresso Nacional reconhecesse o estado de calamidade pública, com efeito até 31 de dezembro de 2020. Na prática, o Governo Federal requereu autorização do Congresso Nacional para não atender ao cumprimento de resultado primário ou nominal estabelecidas no anexo de metas fiscais, não se obrigando ao cumprimento dos limites de empenho e o atingimento dos resultados fiscais (LRF, Art. 65). O Legislativo Federal acatou a Mensagem Presidencial através do Decreto Legislativo nº 06, de 2020.

Outras medidas foram adotadas nas áreas dos governos federal, estaduais, distrital e municipais. Serão tratadas neste texto apenas aquelas que interessam direta ou indiretamente à discussão em comento. Conforme mencionado, o Governador do Estado de Pernambuco determinou a suspensão de funcionamento das instituições privadas e públicas, medida que atingiu os ensinos fundamental, médio e superior (Art. 6º-A do Decreto Estadual nº 48.809/2020).

2 Instituições de ensino fundamental e médio em meio ao caos normativo durante a crise sanitária e o PL 1.028/2020 da ALEPE

Em meio aos efeitos da situação extraordinária para as relações trabalhistas, o Presidente da República baixou a Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020. A norma dispôs sobre medidas laborais a serem utilizadas pelos empregadores para enfrentamento do estado de calamidade pública, posteriormente alterada pela Medida Provisória nº 928, de 2020. As possibilidades apresentadas foram: adequação da relação trabalhista através do teletrabalho, antecipação de férias individuais, concessão de férias coletivas, aproveitamento dos feriados, construção do banco de horas, direcionamento do trabalhador para qualificação, suspensão de exigências administrativas em segurança e saúde do trabalho e diferimento do recolhimento do FGTS.

Diante das possibilidades trazidas pelas MPs 927 e 928, as instituições de ensino se adequaram, numa reengenharia difícil e não menos custosa; quem optou pelo teletrabalho não pôde reduzir o valor do recebimento mensal do trabalhador; aquela instituição que resolveu antecipar férias individuais ou conceder férias coletivas não ficou desobrigada do pagamento dos valores respectivos, nada obstante **não** ter se preparado financeira para essas situações. Os sindicatos das escolas de nível médio e fundamental e dos professores convencionaram **antecipar as férias** com as despesas correspondentes.² Passado o estado de crise, as aulas retornarão seu percurso normal, em meio a uma readequação do calendário de atividades que garanta o cumprimento da carga horária. É que durante o ano de 2020, os 200 (duzentos) dias letivos exigidos pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (§3º, Art. 47 da Lei nº 9.394/96) não precisaram ser cumpridos, em função da Medida Provisória nº 934/2020.³

2[<https://www.folhape.com.br/noticias/noticias/coronavirus/2020/03/25/NWS,134776,70,1668,NOTICIAS,2190-ESCOLAS-PRIVADAS-PERNAMBUCO-ANTECIPAM-FERIAS-PARA-ABRIL-POR-CAUSA-CORONAVIRUS.aspx>], acesso em 5 de abril de 2020.

3 Art. 1º O estabelecimento de ensino de educação básica fica dispensado, em caráter excepcional, da obrigatoriedade de observância ao mínimo de dias de efetivo trabalho escolar, nos termos do disposto no inciso I do **caput** e no § 1º do art. 24 e no inciso II do caput do art. 31 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, desde que cumprida a carga horária mínima anual estabelecida nos referidos dispositivos, observadas as normas a serem editadas pelos respectivos sistemas de ensino.

Parágrafo único. A dispensa de que trata o **caput** se aplicará para o ano letivo afetado pelas medidas para enfrentamento da situação de emergência de saúde pública de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.

A medida provisória foi convertida na Lei n. 14.040/2020, que deu a seguinte redação a passagem colada:

“Art. 2º Os estabelecimentos de ensino de educação básica, observadas as diretrizes nacionais editadas pelo CNE, a Base Nacional Comum Curricular (BNCC) e as normas a serem editadas pelos

Inicialmente, analisam-se as questões atinentes ao ensino fundamental e médio, depois o PL 1.028. No que tange o serviço educacional em si, que significa a ministração de aulas e avaliações, este requer um exame comedido. Normalmente as instituições de ensino dimensionam os custos em função das receitas: trata-se de regra simples de orçamento. Com vistas a viabilizar o negócio, as instituições prestam serviço educacional utilizando como unidade de tempo o ano letivo, 200 (duzentos) dias, e a carga horária que deve ser ministrada. Toda estrutura institucional é acomodada dentro dessa expectativa, despesas e receitas. A instituição oferece um pacote que contempla atividades, avaliações, acompanhamentos, representando um valor determinado; para viabilizar o fluxo financeiro, as escolas dividem esse pagamento em mensalidades. Em geral, esse é o cenário. Durante as férias, *i.ex.*, os pais continuam pagando as prestações, já que elas fazem parte de um valor total contratado. O pacote de contratação é o serviço como um todo (“processo de ensino e aprendizagem de determinada série”), segmentado em pagamentos mensais (mensalidades). É verdade que as instituições não terão que observar o número mínimo de dias letivos em 2020, mas precisaram garantir o cumprimento da carga horária. Na prática, a readequação do calendário escolar exigirá o cumprimento da carga horária, provavelmente com a adoção de aulas em turno e contraturno, cumprindo às instituições uma reengenharia na ministração dos conteúdos e em ações que permitam ao estudante a permanência na escola durante a “interjornada”. Os educadores também foram remunerados pelo trabalho extra, ou compensadas àquelas horas do banco acumulado, com a flexibilização de feriados.

Não se pode perder de mira: as instituições foram **forçadas, compelidas** a suspender o funcionamento, e não suspenderam as atividades por escolha própria. Se o serviço não foi prestado, os pais poderão ajuizar demandas objetivando o ressarcimento e perdas e danos. Claro que aqueles pais que foram diretamente afetados com a perda de renda, deverão ter

respectivos sistemas de ensino, ficam dispensados, em caráter excepcional:

I – na educação infantil, da obrigatoriedade de observância do mínimo de dias de trabalho educacional e do cumprimento da carga horária mínima anual previstos no inciso II do **caput** do art. 31 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996;

II – no ensino fundamental e no ensino médio, da obrigatoriedade de observância do mínimo de dias de efetivo trabalho escolar, nos termos do inciso I do **caput** e do § 1º do art. 24 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, desde que cumprida a carga horária mínima anual estabelecida nos referidos dispositivos, sem prejuízo da qualidade do ensino e da garantia dos direitos e objetivos de aprendizagem, observado o disposto no § 3º deste artigo.”

chances de negociar as dívidas, e ambas as partes exercerão a razoabilidade necessária para atravessar a crise econômica que se anuncia no pós-COVID19.

Se a escola concedeu férias coletivas, é um inequívoco indício que seus custos não diminuiram, porque os docentes foram afastados e devem receber os valores exigidos pela legislação trabalhista. Aqui em Pernambuco, esse foi o ajuste construído entre o Sindicato dos Professores e o Sindicato das Escolas. Diferente se as instituições utilizassem da prerrogativa contida na Medida Provisória 936, de 01 de abril de 2020. A MP permitiu a suspensão dos contratos de trabalho pelo prazo de 60 (sessenta) dias e a redução da jornada de trabalho por até 90 (noventa) dias, situações em que a relação jurídica educacional precisaria ser reinterpretada, já que os custos com a folha teriam sido repassados total ou parcialmente para o Governo Federal. Além dessa medida provisória, sabe-se que o Governo Federal concedeu diferimentos tributários que, se a instituição os utilizou, conseguiu equilibrar o fluxo de caixa momentaneamente, embora mais adiante precise quitá-los. Todavia, se a instituição optou por antecipar férias individuais ou conceder férias coletivas como permitido pelas MPs 927 e 928, o calendário será reajustado, e as prestações são devidas tal como negociadas anteriormente às suspensões. Nesse caso, a instituição adequará os encontros para oferecer a carga horária e o estudante poderia reclamar pelo serviço que eventualmente não foi prestado.

Em resumo, se a instituição não tiver tido diminuição dos custos operacionais, não se pode exigir diminuição das prestações mensais **e nada pode ser cobrado no momento da reposição**; se ela teve diminuição dos custos, o desconto poderá ser negociado temporariamente, certo que na reposição poderão existir acréscimos nas mensalidades para fazer frente aos novos custos assumidos. Tudo depende da estratégia utilizada pela instituição que precisa ser transparente com os pais.

Portanto, qualquer legislação que tratasse dessa matéria naquele momento, precisaria levar em consideração esses aspectos, e jamais poderia se afirmar em decisões homogêneas. Cada caso é um caso. A situação exigia cautela, inclusive do legislador, que não pode causar mais insegurança jurídica disseminando normas que podem ser declaradas inconstitucionais. O PL 1.028 dispõe que,

Art. 1º Ficam as instituições da rede privada de ensino infantil, fundamental e médio do Estado de Pernambuco obrigadas a reduzir suas mensalidades, durante o período que as aulas estiverem suspensas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, nos percentuais mínimos abaixo listados:

I – 10% (dez por cento) as instituições de ensino organizadas em cooperativa educacional;

II – 20% (vinte por cento) as instituições de ensino que possuem mais de 100 (cem) alunos matriculados;

III – 30% (trinta por cento) as instituições de ensino que possuem mais de 200 (duzentos) alunos matriculados.

Como se observa, não existe lógica nos percentuais estabelecidos; não se sabe de onde eles se originaram. Não há como garantir que esses percentuais representam “economias” das escolas, nem “lucro”, embora o lucro faça parte da atividade empresarial. O projeto de lei estadual não poderia apontar percentuais gerais, como se as instituições tivessem tido essas reduções nos custos operacionais nos meses durante a crise sanitária. Os custos operacionais das escolas são distintos. Logo, os percentuais não se sustentam a menor análise jurídica de fundo; e, no plano constitucional, interferem nas relações privadas.

Com relação aos serviços que se descaracterizam daqueles “puramente educacionais” (*i.ex.*: creches, hotelzinho, reforço, esportes), se esses não foram oferecidos, a regra geral é que não poderiam ser cobrados. Ressaltamos apenas a hipótese de, na contratação, os pais terem assinado instrumento referente a esses serviços de forma anual, com divisões de valores mensais; seria a hipótese da contratação por número determinado de dias, pois nesse caso as prestações são devidas se houver garantia da reposição. Mas, para aplicação desse raciocínio, o instrumento contratual deve ser capaz de demonstrar o valor global considerando o número fracionado de utilização, apontando exatamente a utilização do serviço. Tipo, contratação de 50 (cinquenta) horas anuais de determinado serviço, prestado de segunda a sexta-feira, menos feriados, durante o ano 2020; por esse serviço se convencionou um valor “x”. Garantida a reposição, o valor mensal é devido, e os pais estarão pagando antecipadamente. Se essa garantia não ficar evidente, o serviço pode ser suspenso conjuntamente com o pagamento. Cumprirá ao prestador do serviço a demonstração de que o serviço será repostado conforme contratado. O simples argumento de que os serviços serão repostos, não impedem a suspensão da contratação e dos pagamentos respectivos, uma vez que os pais precisariam entender como eles serão repostos. A comunicação entre os pais e os prestadores deve ser transparente e contínua.

Nesse sentido, o PL 1.028/2020 busca legislar que,

§2º As instituições de ensino que sigam calendário ininterrupto de aulas, tais como creches, internatos e demais unidades de ensino de carga horária integral, ficam obrigadas a aplicarem o desconto de que trata o caput deste artigo de forma imediata.

O PL não diferenciou atividades de creches e de internato, as quais utilizam dinâmicas diferentes. O projeto colocou situações diferentes como se fossem as mesmas, e terminou por confundi-las. A tentativa de interferência nas relações privadas exige a contemplação das mais diversas variáveis, e não poderia adentrar em aspectos da livre iniciativa. Novamente, o PL não apresentou lógica para sustentar os descontos, até porque o caso pode se resolver entre as partes pela suspensão da relação, sem necessidade de intromissão: estaria do projeto impedindo a suspensão dos contratos em troca dos descontos impostos? A decisão do negócio jurídico não cabe ao legislador, porque somente os prestadores poderiam saber se seria possível manter esses serviços e em que bases, e os pais saberiam se poderiam ou não pagar pelo negócio. Afinal, ainda que esses instrumentos contratuais tivessem sido convencionados em termos globais, nada impediria que os pais cancelassem o serviço e a discussão se voltaria sobre a aplicação das multas estabelecidas – e se estabelecidas – no instrumento de contratação. O argumento da força maior poderá desconstituir as multas, desde que ficasse caracterizada a efetiva diminuição da renda familiar. Na prática, quem inadimplir nas suas obrigações poderá reivindicar a aplicação do artigo 393 do Código Civil:

Código Civil, Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

O elemento fundamental a ser observado em qualquer dessas situações será a prova. Caberia aos pais a demonstração de prejuízo financeiro diretamente relacionado ao momento de crise, como perda ou diminuição de renda; e as escolas precisariam caracterizar igualmente seus prejuízos. Não se trata de discursos evasivos, mas se deve respaldar a reivindicação do direito com as provas materiais daquilo que se alega. Em meio a todo ambiente de prejuízo, o mais aconselhável seria a negociação.

3 Instituições de Ensino Superior dentro do sistema educacional federal e as opções do Ministério da Educação

Outra análise envolve as instituições de Ensino Superior credenciadas a ministrar encontros presenciais. O PL prevê descontos e altera o conceito de “aula presencial”. Observe-se que o Ministério da Educação fez publicar a Portaria nº 343/2020. Segundo essa

norma, as instituições de Ensino Superior precisariam optar, em quinze dias após a publicação da referida norma, se:

- a) suspenderiam as aulas, com reposição posterior,⁴ ou, se
- b) continuariam ministrando os encontros mediante a utilização de ferramentas de tecnologia, informação e comunicação, em ambas as situações, pelo prazo de trinta dias.

A Medida Provisória nº 934/2020 flexibilizou a obediência quanto ao número mínimo de dias letivos, garantindo que sejam cumpridas as cargas horárias das disciplinas.⁵

No caso do Ensino Superior ocorreu situação interessante, ao menos para aquelas Instituições que optaram pela continuidade da prestação do serviço. Isso porque, para as IES que optaram por suspender as aulas, a reorganização do calendário é uma opção viável, desde que não interfira na carga horária das disciplinas. A suspensão advinda da antecipação das férias coletivas não significam custos reduzidos sequer temporariamente; afinal, as IES assumiram os custos das férias e a reposição garantirá o cumprimento da carga horária. Mas a questão aqui analisada diz respeito às instituições de Ensino Superior que optaram por funcionar mediadas pela utilização de tecnologias de informação e de comunicação (TICs). O Ministério da Educação determinou que as instituições definissem quais disciplinas poderiam ser substituídas, disponibilizando ferramentas aos alunos que permitam o acompanhamento dos conteúdos ofertados, bem como a realização de avaliações durante o período da autorização. Nesses casos, as IES deveriam:

1. utilizar o portal acadêmico como canal oficial de comunicação, de sorte que ele deve ser reestruturado, contendo informações sobre como ocorrerão os encontros,

⁴ Portaria MEC nº 343/2020 - Art. 2º Alternativamente à autorização de que trata o art. 1º, as instituições de educação superior poderão suspender as atividades acadêmicas presenciais pelo mesmo prazo.

§1º As atividades acadêmicas suspensas deverão ser integralmente repostas para fins de cumprimento dos dias letivos e horas-aulas estabelecidos na legislação em vigor.

§2º As instituições poderão, ainda, alterar o calendário de férias, desde que cumpram os dias letivos e horas-aula estabelecidos na legislação em vigor.

⁵ Art. 2º As instituições de educação superior ficam dispensadas, em caráter excepcional, da obrigatoriedade de observância ao mínimo de dias de efetivo trabalho acadêmico, nos termos do disposto no **caput** e no § 3º do art. 47 da Lei nº 9.394, de 1996, para o ano letivo afetado pelas medidas para enfrentamento da situação de emergência de saúde pública de que trata a Lei nº 13.979, de 2020, observadas as normas a serem editadas pelos respectivos sistemas de ensino.

qual ferramenta será utilizada, quais referências indicadas, e como os estudantes conseguem ter acesso aos referenciais teóricos;

2. prever que os encontros tivessem forma síncrona, garantindo-se a interação de docentes e discentes. Existem múltiplos meios de interação, desde a participação do estudante nos encontros, como a utilização de canais como chats, e-mails e ferramentas de mensagem.

3. estabelecer a metodologia de avaliação para o estudante; dever-se-ia definir como a aprendizagem seria avaliada pelo docente: se seriam avaliações formais ou por participações, como serão pontuados os trabalhos. Nesse ponto, era preponderante que as instituições se resguardem com debates e documentos redigidos pelo Núcleo Docente Estruturante, e com normas internas que relativizem formas de avaliação, principalmente se elas se encontrarem dispostas em regimento ou emanadas de órgãos superiores da estrutura institucional. O momento era de crise, mas isso não significava que as formalizações estariam dispensadas. Ao contrário, essas formalizações foram importantes aliadas no momento de comprovações, se essas se fizerem necessárias.

Independentemente de a instituição ofertar serviço semestral ou anual, precisa ficar claro que o serviço é um só. As parcelas financeiras representam apenas as divisões monetárias de uma contratação global, que considera um valor pelo semestre ou pela anualidade. Os encontros síncronos mantidos no horário pré-definido, de modo que docentes e discentes interajam, são aulas. O professor não pode ser equiparado a um tutor de EaD, cuja lógica de ministração das aulas deriva de uma plataforma *off line* que **não se** compara ao que os docentes *on line* estão a realizar.

Em relação às mensalidades, como elas se traduzem em contrato de trato sucessivo, uma vez estabelecida uma técnica diversa daquela contratada, justificada pelo momento e mediante a autorização do Ministério da Educação, as prestações devem ser mantidas. Não há qualquer vício na modificação da técnica, consoante §2º, Art. 14 do Código de Defesa do Consumidor: “O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas”.

Nesse contexto, em que as instituições estão obedecendo ao Ministério da Educação, não caberia falar em suspender o pagamento pela alegação de descumprimento do contrato de prestação de serviço pela unidade educacional, e muito menos se impor descontos por

meio de lei estadual. O PL *sub examem*, além de impor os descontos, alterou o conceito de aula presencial estabelecido pelas normas federais de Ensino Superior ao dizer que:

Art. 2º As instituições de Ensino Superior da rede privada que adotem o meio de aulas presenciais deverão reduzir as suas mensalidades nos termos do artigo 1º desta Lei.

Parágrafo Único. Entende-se por aulas presenciais aquelas em que é exigida a presença física do aluno na unidade de ensino.

A política de descontos deve ser tratada dentro da relação entre instituição e discentes, de modo que a interferência do legislativo estadual nos termos do PL é **inconstitucional**, como será argumentado no capítulo seguinte. Nada obstante, os estudantes poderiam alegar a diminuição na capacidade financeira durante a vivência das medidas restritivas (perda ou diminuição da renda) ou posteriormente a crise, como justificativa plausível para o inadimplemento. Esse fato é real e as instituições precisaram negociar. As IES se obrigaram a construir formas de verificação dessas informações e trataram cada caso dentro de sua especificidade. A imposição estatal não é a saída. Nesse sentido, não se pode construir um diálogo baseado em vitimizações ou em culpa, considerando que a situação de calamidade pública ameaça a sobrevivência financeira de todos.

4 Das inconstitucionalidades do PL 1.028/2020

O Projeto de Lei 1.028/2020 da Assembleia Legislativa do Estado de Pernambuco violava comandos constitucionais. A um, ele adentrava nas relações privadas, impondo política de desconto indiscriminada, desacompanhada de qualquer análise de mercado. A dois, ele invadiu as regras de competência legislativa, posto que somente a União poderia legislar a respeito de direito civil; a três, faz definição de “aula presencial” que compete à legislação federal. Se a justificativa utilizada para embasar o PL fosse admitida como causa legítima para aprovação do projeto, os demais contratos privados deveriam ser revisados a partir da imposição de descontos que não consideram os custos da operação e o limite de lucro. Essa medida contraria o princípio da livre iniciativa e traria como consequência a diminuição de postos de trabalho para os profissionais da educação. Tolhidas do poder de negociação, as instituições não conseguiriam quitar seus custos operacionais, e assim teriam que demitir professores e técnicos administrativos. Em suma, o PL 1.028/2020 atua não apenas mitigando o princípio da livre iniciativa, como impedindo o pleno emprego consagrado na Constituição Federal, Art. 1º, IV c/c Art. 170, VII. O PL teria legitimidade se previsse a

redução de vantagens e dos subsídios dos Deputados Estaduais, ao invés de intervir nas relações privadas.

Estendendo a lógica do PL para outros contratos privados, todos os instrumentos deveriam sofrer reduções impostas por lei, numa espécie de revisionismo generalizado que traria mais problemas que soluções. Admitir o PL seria igual a admitir que o estado fixasse preços em supermercados, bares, restaurantes, relações de locação e qualquer outra situação em que envolvesse duas pessoas privadas. O PL retirava dos contraentes a possibilidade de negociação, dentro dos limites que cada parte possui. A vagueza do projeto é medida pelo texto de justificativa. A justificativa parte de pressupostos falaciosos:

Com o advento da paralisação de diversas atividades com vistas a combater a pandemia do coronavírus, diversas famílias estão com sua renda comprometida em virtude da crise econômica causada pela paralisação de atividades profissionais, dificultando o suprimento de necessidades básicas como alimentação, pagamento de despesas como água e energia, por exemplo.

Não há comprovação de que “diversas famílias estão com sua renda comprometida”; os servidores públicos, por exemplo, em nada foram atingidos. O desabastecimento de água e de energia não poderia ocorrer neste momento, já que são serviços essenciais. Diante da justificativa, o PL defendia “equilibrar e ajustar o sistema de maneira a não permitir que escolas continuem a ter a mesma receita, ainda que diante de redução significativa de custos, bem como que os estudantes e/ou seus responsáveis financeiros, que também tiveram seus rendimentos afetados, tenham a sua mensalidade reduzida durante a suspensão das aulas”.⁶ Há vários argumentos que careciam de comprovações, sem falar que o projeto não foi capaz de garantir o adimplemento das obrigações, tenta destruir a atividade empresarial no segmento da educação. O PL partiu do pressuposto completamente erístico de que houve significativa redução de custos das instituições. Nada disso vem precedido de qualquer estudo prévio.

O PL interfere em relações privadas e se ariscou diante do princípio da livre iniciativa. A livre iniciativa é um corolário da ordem econômica constitucional e se encontra previsto no *caput* do artigo 170 da Constituição Federal de 1988: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa [...]”. A ordem econômica deve obediência aos princípios da soberania nacional, da função social da propriedade, da defesa do consumidor, da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais,

6 Cf: [<http://www.alepe.pe.gov.br/proposicao-texto-completo/?docid=5798&tipoprop=p>], acesso em 05 Abril de 2020, às 21:10.

do tratamento favorecido às pequenas empresas, do pleno emprego, e principalmente da propriedade privada e da livre concorrência (Incisos I a IX, Art. 170 da CF 1988). A essência do princípio da **livre iniciativa** se encontra na liberdade do privado e se desdobra em três noções que coexistem:

a) O funcionamento empresarial independente da atuação estatal, ou quando se exigir o cumprimento de normas estatais, deve funcionar tal como determinado pelo estado;

b) A fixação livre dos preços pelos fornecedores e produtores;

c) A liberdade de contratar e de não contratar dos destinatários finais (livre concorrência).

1. A **fixação dos preços** é uma das bases do princípio da livre iniciativa, de modo que não cabe ao Estado indicar o que produzir, como produzir ou o que comercializar, nem muito menos estabelecer os preços. Não pode o Estado determinar que determinado serviço ou determinada mercadoria seja afetado por descontos ou tabelamentos, exatamente por contrariar a livre iniciativa. Essa interpretação tacanha foi responsável pela recessão brasileira durante décadas. O PL representou esse retrocesso legislativo que parecia vencido. Cabe sim ao mercado definir suas regras, e somente em situações muito excepcionais, cabe ao poder público se envolver na precificação de serviços ou de produtos.

A ordem econômica é uma diretriz estabelecida constitucionalmente, encontrando respaldo no artigo 1º, IV da Constituição Federal de 1988. Ao mesmo tempo, a livre iniciativa traz ao debate ao princípio da legalidade: ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (CF, art. 5º, II). Ninguém é obrigado a contratar. A definição dos preços faz parte do jogo de mercado, e o preço de mercado precisa encontrar espaço na (livre) concorrência (CF, Art. 170, IV). Somente em situações excepcionais, o Estado pode interferir nos preços: quando se está diante de abuso de poder econômico, sobejamente demonstrado, ou para reorganizar o mercado colapsado.

[...] em condições regulares de funcionamento do mercado concorrencial, não é possível a intervenção estatal que elimine a livre iniciativa e a livre concorrência – de que é

exemplo a supressão da liberdade de fixação dos preços – seja qual for o fundamento adotado para a medida.⁷

Não trataremos do abuso de poder econômico porque não é caso. Exploraremos a hipótese de intervenção estatal quando diante de mercado colapsado. A intervenção na política de preços deriva necessariamente da hipótese de se estar vivendo um colapso em determinado segmento, no caso aqui, seria o mercado da educação. A situação de anormalidade exigida para a intervenção estatal na economia não se confunde com o estado de calamidade pública vivenciado neste momento de pandemia: são questões distintas.

A anormalidade que se exige como justificativa para intervenção estatal é aquela que impede a livre concorrência; mercado anormal é aquele em que a livre concorrência não existe, ou seja, se não existissem *players* no mercado oferecendo o serviço de educação, aí sim se estaria diante de um **mercado anormal**. O mercado anormal culminaria com a necessidade de intervenção estatal. Equivaleria a dizer que a intervenção do Estado se faria necessária se surgisse uma prestação de serviços de educação concentrada em poucas instituições educacionais. Essa situação seria a “anormalidade no mercado”, única condição capaz de justificar a intervenção do estado na política de preços. E, a intervenção precisaria possuir como finalidade única a reorganização do mercado. A medida intervencionista deve ser indubitavelmente capaz de reestruturar a livre concorrência. Portanto, a medida de intervenção do Estado no domínio econômico deve ser utilizada se estivéssemos diante da “anormalidade de mercado”, assim considerada a concentração da atividade econômica em poucos grupos educacionais; e com o objetivo de reorganizar ele, o mercado, em prol da livre concorrência, admitir-se-ia a intervenção.

[...] o controle prévio de preços poderá ser legítimo no sistema constitucional brasileiro diante de uma situação absolutamente anormal, de deterioração do mercado privado concorrencial, e não por qualquer outro fundamento. Seu propósito será o reestabelecimento do mercado livre, deverá se tratar de medida temporária e em nenhuma hipótese poderá impor preços inferiores ao preço de custo acrescido da margem necessária para reinvestimentos e de um lucro mínimo.⁸

7 Luís Roberto Barroso. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação do Estatal no controle de preços. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, out/dez 2001, p. 206.

8 Luís Roberto Barroso. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação do Estatal no controle de preços. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, out/dez 2001, p. 211.

Uma vez reestruturado o mercado, a livre iniciativa deveria voltar a prevalecer; e as regras de concorrência voltariam a nortear as relações jurídicas. Com efeito, o Projeto de Lei 1.028/2020, despido de qualquer embasamento técnico, revelava-se claramente inconstitucional ao estabelecer a intromissão do Estado, diante da inexistência dessa “anormalidade”. O ato de percentualizar descontos é grave porque interfere na política de preços das empresas, cujos valores são estudados dentro de um planejamento empresarial repleto de cenários. Caso fosse aprovado o projeto, as empresas educacionais seguramente ingressariam com medidas judiciais objetivando a suspensão da medida legislativa, eis que poderiam demonstrar a inviabilidade financeira da operação. A não suspensão da lei, colocaria em xeque o funcionamento da instituição, o serviço prestado ao estudante e o emprego de milhares de profissionais da educação. A suspensão da lei traria insegurança para todas as partes, diante de um cenário ainda mais instável; a declaração de inconstitucionalidade tornariam estudantes devedores de mensalidades pagas a menor. Em suma, a aprovação do projeto traria insegurança jurídica desmedida.

As instituições educacionais sempre têm interesse em manter seus alunos e seguramente saberiam (como de fato souberam na maioria dos casos) conduzir as negociações com aqueles pais ou responsáveis financeiros que precisassem de auxílio. Não será a imposição legislativa referida que regularizaria a situação, seguramente traria mais insegurança jurídica. As relações privadas já possuem um conjunto de normas jurídicas que tutelam diversos direitos, como a rescisão e a revisão contratual, além da possibilidade de negociação. O Código de Defesa do Consumidor garante segurança às relações privadas envolvendo a prestação de serviço educacional, mantendo o estudante ou seu responsável com a devida tutela em caso de necessidade.

Como se não bastasse o argumento da inconstitucionalidade do projeto frente a livre iniciativa, eis mais outros dois argumentos técnico-jurídicos:

2. A alteração das cláusulas contratuais mediante atuação do estado, no âmbito do legislativo, ganha natureza idêntica às normas objeto de modificação. Isso é certo. Os contratos de prestação de serviço educacional se encontram redigidos nos moldes estabelecidos pela legislação civil. Dessa forma, o projeto de lei ordinária estadual, que objetivava alterar as cláusulas contratuais, implementando descontos nas mensalidades, possuía a natureza de legislação civil. Contudo, apenas a União possui a prerrogativa de legislar a respeito de direito civil (CF, Art. 22, I). Logo, o PL estadual 1.028/2020 padecia de inconstitucionalidade em razão da matéria. A propósito, o Senado Federal, dentro de sua

competência legislativa constitucional advinda do dispositivo acima mencionado, iniciou discussões para regulamentar relações privadas em meio ao estado de calamidade pública decretado em 20 de março de 2020. A iniciativa foi intitulada de “Regime Jurídico Emergencial e Transitório das Relações de Direito Privado (RJET)”⁹, posteriormente convertida na Lei n. 14.010/2020. Observado os preceitos da livre iniciativa, o Congresso Nacional poderia, se assim entendesse, traçar regras temporárias que reflitam nas relações privadas.

3. E, finalmente, o funcionamento das instituições de ensino observa os regramentos impostos pelo poder público, tal como organizados pela Constituição Federal de 1988. À União compete a organização do Ensino Superior, promovendo a assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (CF, Art. 211, §1º). Os Municípios atuam prioritariamente no ensino fundamental (§2º) e os Estados e o Distrito Federal no ensino fundamental e médio. Além da determinação constitucional quanto à promoção e à execução do ensino, subdivido em suas classes (fundamental, médio e superior), a iniciativa privada também está autorizada a explorar esse serviço, observando basicamente dois referenciais: a) cumprimento das normas gerais da educação nacional, e b) a autorização e avaliação de qualidade pelo poder público (CF, Art. 209, I e II).

Conquanto, compete aos entes federados autorizarem e avaliarem a qualidade do ensino prestado pelos setores público e privado. Existem vários mecanismos nesse sentido. Em termos de legislação, as “normas gerais da educação nacional” são definidas pela União. Isso porque compete concorrentemente a União, aos Estados e ao Distrito Federal legislarem sobre educação (CF, Art. 24, IX). No âmbito da legislação concorrente, a União se limita a estabelecer as normas gerais, coincidindo, no caso da educação, com as normas gerais de que trata o Art. 209, I da CF 1988. Não se encontra no âmbito da legislação geral que trata a respeito da educação, o tratamento de preços, tornando qualquer pretensão legislativa nesse sentido, inconstitucional.

A Lei das Diretrizes e Bases da Educação (LDB) é a Norma Geral da Educação. Os Estados-membros e o Distrito Federal legislam supletivamente, ou plenamente se a União não tivesse exercido a competência legislativa. Segundo a LDB, os Estados e o Distrito Federal podem “baixar normas complementares para o **seu** sistema de ensino”, tal como os

9 Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado. Cf: [https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8081773&ts=1585934130468&disposition=inline], Acesso em 05 Abril de 2020 às 21:53.

Municípios podem legislar também (*g.n.*). Mas, a precificação de mensalidades ou a política de desconto não guardam relação com as prerrogativas legislativas previstas nos artigos 10, V e 11, III da Lei nº 9.394/2020.

Isso também exclui a possibilidade dos Estados-membros de legislarem a respeito de política de descontos, ainda que no exercício da competência legislativa supletiva. É que eles somente poderiam exercer essa competência para legislarem a respeito de normas educacionais e nunca sobre políticas de preços. No âmbito constitucional estadual sequer há previsão para Assembleia legislar a respeito desse assunto, como se verifica no artigo 15 da Constituição Estadual.

No caso do Ensino Superior, a União legisla estabelecendo normas gerais (CF, Art. 24, IX c/c Art. 209, I), bem como desfruta também da prerrogativa legislativa para legislar sobre cursos de graduação e de pós-graduação (LDB, Art. 9º, VII). Isso significa que a definição de “aulas presenciais” contidas no parágrafo único do artigo 2º do PL 1.028/2020 viola as regras de competência.

PL, 1.028/2020 –

Art. 2º As instituições de Ensino Superior da rede privada que adotem o meio de aulas presenciais deverão reduzir as suas mensalidades nos termos do artigo 1º desta Lei.

Parágrafo Único. Entende-se por aulas presenciais aquelas em que é exigida a presença física do aluno na unidade de ensino.

Não caberia ao Estado de Pernambuco definir o que seriam “aulas presenciais”, exigindo que essas se caracterizem pela “presença física do aluno na unidade de ensino”. O conceito **não pode ser descrito pelo Estado-membro**, além de distorcer frontalmente daquele que se extrai do contido no Decreto nº 9.057, de 25 de maio de 2017. O referido decreto, a despeito de regulamentar o ensino a distância, sustenta que esse ensino se caracteriza pelo desenvolvimento de “atividades educativas por estudantes e profissionais da educação que estejam em lugares e tempos diversos” (Art. 1º). Ao definir ensino a distância como a relação mantida entre estudantes e professores que se encontram realizando atividades de ensino e aprendizagem em **lugares** e em **tempos** distintos, o decreto definiu que aulas em EaD são os encontros assíncronos, realizados mediante controle específico, com intervenção de tutores educacionais, com sistema de avaliação próprio.

Não é o caso dos encontros promovidos pelas Instituições de Ensino Superior no momento de crise; a IES promoveram encontros síncronos, já que professores e estudantes

se encontraram em lugares diversos (em suas residências, diante da pandemia), mas ao mesmo tempo. As diferenças entre encontros síncronos e assíncronos são muitas, e não cabe aqui enfrentar essa questão. Certo mesmo é que não poderia uma legislação estadual definir o que seriam aulas presenciais (encontros síncronos), uma vez que se encontram já definidas pela legislação federal. E, ao definir de forma diferente daquilo que se encontra prevista nas normas federais, o PL causa um grave conflito conceitual.

5 Conclusões

O Projeto de Lei 1.028/2020 da Assembleia Legislativa do Estado de Pernambuco violava comandos constitucionais. Ele invadia as relações privadas, impondo política de desconto indiscriminada, desacompanhada de análise de mercado. O estado pode intervir nas relações privadas, mas somente quando diante de situação anômala. Essa anormalidade não pode ser confundida com o estado de calamidade deflagrado pelo Decreto Legislativo nº 06/2020. A anormalidade que justifica a intervenção estatal no domínio econômico guarda estreita relação com a diminuição de concorrência de tal maneira que o mercado esteja refém de poucos grupos empresariais. Não é o que se via na situação debatida, em que as instituições de Ensino Superior estavam tentando sobreviver em meio ao estado de crise anunciada. Também seria possível advogar a intervenção estatal na econômica quando diante de abuso econômico devidamente comprovado, garantida a ampla defesa e o contraditório, mas também não seria o caso presente. E, ainda que o estado pudesse intervir na economia, ele não poderia exigir do privado que esse ofereça mercadoria ou produto em preço inferior ao custo ou sem lucro. O PL 1.028 não trazia qualquer estudo a respeito do assunto e busca promover descontos em mensalidades escolares despidido de critérios, violando as regras constitucionais da iniciativa privada e da livre concorrência.

O texto demonstrou que a justificativa do PL não sustenta a intenção legislativa, que não traz as razões capazes de legitimar a excepcional intervenção estatal. Ao mesmo tempo, o artigo defende que somente a União poderia legislar estabelecendo regras gerais das relações privadas, como decorreu no Projeto de Lei de iniciativa do Senado Federal. Segundo esse argumento, faltava competência legislativa do Estado de Pernambuco para tratar dessa matéria (CF, Art. 22, I). Por fim, ressaltamos a inconstitucionalidade do Projeto de Lei Ordinária Estadual ao definir “aulas presenciais”, no sistema federal de ensino, seja porque tal conceito é inferido das normas federais, seja porque somente a União poderia tratar do assunto.

Referências

ANASTASIA, Antonio. Projeto de Lei nº 1179. Brasília: Senado Federal, disponível em: [<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8081773&ts=1585934130468&disposition=inline>], Acesso em 05 de abril de 2020.

BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação do Estatal no controle de preços. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, out/dez 2001, p. 187- 212;

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011;

FOLHA DE PERNAMBUCO. Escolas privadas de Pernambuco antecipam férias para abril por causa do coronavírus. Acesso em: [<https://www.folhape.com.br>], acesso em 05 de abril de 2020.

GOVERNO DE PERNAMBUCO. Decreto do Governador nº 48.809/2020. Recife: Diário Oficial do Estado, 14 de março de 2020.

PORTO, Álvaro. Projeto de Lei Ordinária Estadual nº 1.028. Recife: ALEPE, disponível em [<http://www.alepe.pe.gov.br/proposicao-texto-completo/?docid=5798&tipoprop=p>], acesso em 05 de abril de 2020.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Portaria MEC nº 343/2020. Brasília: Ministério da Educação, DOU 17 de março de 2020.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.