

## A manutenção dos serviços educacionais aos inadimplentes. Sacrifício de direito que conflita com o texto constitucional

Ricardo Furtado\*

Positivada em vários artigos da Constituição Federal, a educação é direito de todos, dever do Estado e da família. Segundo a filosofia de Emmanuel Kant (1724-1804) "dever" quer dizer: "obrigação de agir segundo uma lei moral ditada pela pura razão, a despeito de quaisquer inclinações sensoriais ou afetivas, ou mesmo de regras e valores de origem religiosa ou política", será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade (art. 205 C.F).

A disposição clara do artigo 205 é de que a obrigação de prover a educação (ensino) necessária ao desenvolvimento do ser humano é do Estado e da família, com colaboração da sociedade. Neste sentido importa afirmar que colaborar, segundo o Dicionário Houaiss Eletrônico, é o "trabalho feito em comum com uma ou mais pessoas, cooperação, ajuda, auxílio".

A sociedade, enquanto grupo de indivíduos que vivem, por vontade própria, em comunidades ou coletividades, sob normas comuns, deve respeitar os limites da liberdade e direitos fundamentais, colaborar e/ou auxiliar no desenvolvimento da educação.

A educação, como direito subjetivo, deve ser exigida do Estado (entes da federação). Este sim, está obrigado a fornecer o ensino fundamental de forma gratuita e progressiva até o ensino médio, direção contida nos incisos I e II do artigo 208 da Constituição Federal.

Em face da necessidade de universalização do serviço educacional, o legislador constitucional, visando o atendimento de todos sem distinção, possibilitou, via autorização, a oferta da educação pela livre iniciativa, sociedade, desde que atendidas as normas gerais sobre educação.

Ocorre que, diante de políticas públicas frágeis, sucessivos escândalos envolvendo a administração pública e a educação, o ensino público perdeu qualidade e conseqüentemente espaço para o ensino privado. Assim, muitos passaram a se socorrer do ensino ofertado pela iniciativa privada, serviço alternativo ao ensino público.

Este movimento gerou, nos idos dos anos 80, vários conflitos entre particulares. Nesta época, o país vivia uma inflação galopante e a dificuldade de manter em dia os encargos educacionais contratados (valores de mensalidades) com as escolas particulares era grande.

Assim, o Estado, buscando solução ao conflito gerado pela sua própria inoperância, veio intervir na solução do problema, editando sucessivas Medidas Provisórias que visavam regular o desenvolvimento da atividade econômica educacional no mercado, estabelecendo-se, assim, regras para contratação da prestação do serviço educacional.

Em 1999, depois de várias normas provisórias, o legislativo votou e aprovou a Lei 9.870, que trouxe, dentre outros dispositivos, o parágrafo 1º, do artigo 6º, impondo à livre iniciativa (empresa-escola) uma obrigação de manter o serviço de ensino aos inadimplentes.

A obrigação do mencionado dispositivo grava as liberdades de gerir, de decidir e de ir e vir, além de levar os gestores a responderem por crimes tributários pelo não pagamento de tributos e, ainda, gravam os patrimônios da pessoa jurídica e física, bens jurídicos, envolvidos na relação de prestação de serviço educacional, protegidos pela Constituição Federal de 1988.

Numa outra visão o dispositivo traz, ainda, mesmo que de forma indireta, a utilização dos serviços educacionais pelo Estado, uma vez que tal dispositivo, ao tutelar o direito

constitucional da educação, proíbe a rescisão do contrato de prestação de serviços celebrados pelas partes de comum acordo no caso de uma das partes infringi-lo.

A Lei Ordinária que pretendia estabelecer o equilíbrio nas relações contratuais de ensino trouxe, na realidade, um sacrifício de direito, pois a obrigação do particular em prestar o serviço educacional, mesmo que por tempo determinado e sob uma suposta garantia de cobrança dos valores havidos neste período de inadimplência na forma da lei, fere direitos fundamentais de liberdades, inclusive de preservação do patrimônio.

O presente estudo visa, através de uma interpretação sistemática e teleológica, demonstrar que o dispositivo da lei 9.870/99 não se conforma com os direitos fundamentais de liberdade e preservação do patrimônio dispostos na Constituição Federal.

Certamente o presente estudo poderia se dar também sob o foco dos princípios de direito utilizados pelo judiciário na solução dos conflitos que envolvem o serviço educacional, o interesse público e bem-estar social.

Contudo, não adotaremos à realização deste trabalho qualquer tipo de sopesamento dos princípios de direitos envolvidos, tarefa que realizaremos oportunamente.

No dizer de Humberto Ávila (Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 5ª ed., Malheiros. p. 30), "As normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem objeto de interpretação".

No caso de conflito de regras, as soluções possíveis de serem utilizadas são: declaração de invalidade de uma delas ou, uma exceção que exclua a antinomia. Assim, adotaremos a interpretação da questão nos limites nos textos constitucionais.

A realização deste trabalho se deu pela pesquisa das referências bibliográficas, jurisprudenciais relacionadas no curso e ao final do estudo.

-----

## A SEGURANÇA JURÍDICA - A LEI 9.870/99 E A CONSTITUIÇÃO /88

A existência de lei (prévia) dá certeza do direito, traz a segurança jurídica e a garantia dos direitos fundamentais. Segundo Hugo de Brito, a segurança jurídica pode ser entendida de duas formas:

1ª - no sentido de que a segurança se consegue com o direito e,

2ª - como segurança do próprio direito, neste último sentido o jurista descreve três momentos distintos: positividade; praticabilidade e o da estabilidade.

A positividade diz respeito às normas que trazem enunciados determinados, que não podem esquecer que o direito incumbe realizar também o valor de justiça – norma escrita;

A praticabilidade deve ser considerada na forma de realizar o – equilíbrio - na busca de realizações – Justiça social, e, por fim

A estabilidade das normas do direito, que indiscutivelmente é um requisito à existência da segurança jurídica.

A estabilidade por sua vez não implica imutabilidade da lei, pois não se pode pretender a manutenção de uma norma defeituosa. É indispensável, portanto, que se busque um ponto de equilíbrio nas questões importantes da humanidade.

O Estado, no desenvolvimento de suas funções, pode intervir nas relações entre privados, tema que será visto mais adiante, a fim de garantir a justiça. Contudo, tais intervenções, verdadeiras limitações, não podem promover desigualdades, impondo sacrifícios a uma das partes envolvidas numa relação.

A atividade administrativa deve observar, dentre outros princípios, a legalidade, moralidade, e eficiência, visando sempre o bem-estar social e o desenvolvimento da nação num todo.

Neste sentido o artigo 136 da Constituição descreve que o Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçada por grave e iminente instabilidade institucional.

No caso de se instituir o estado de defesa, o Decreto deverá determinar o tempo de sua duração, especificar as áreas a serem abrangidas e indicar, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes: I - restrições aos direitos II - ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes.

O tempo de duração do estado de defesa não será superior a trinta dias, podendo ser prorrogado uma vez, por igual período, se persistirem as razões que justificaram a sua decretação.

Neste sentido o Estado foi autorizado a impor limitações às liberdades e ao patrimônio, direitos fundamentais. No caso da educação, verificamos no artigo 209 outros limites descritos: "o ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: I - cumprimento das normas gerais da educação nacional; II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público".

Nota-se que a liberdade contida no artigo 209 encontra limites no cumprimento das normas gerais da educação – neste sentido poderíamos citar a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, com a autorização e avaliação pelo poder público.

É importante ressaltar que a educação, tida pela grande maioria da doutrina como serviço público, não consta do rol dos serviços contidos nos artigos 21 e 26 da Norma Mãe. Isso nos permite afirmar que a educação não é um serviço realizado por concessão ou delegação, mas tão somente por autorização [01].

O dirigismo presente no regime capitalista sofre com o influxo do princípio do interesse público e função social, que, se aplicados de forma genérica, sem qualquer tipo de critério, faz refém qualquer atividade econômica do Poder Público.

Neste sentido alguns atos administrativos e/ou leis se apresentam como verdadeiros sacrifícios aos particulares, pois, visam tutelar direitos coletivos e/ou difusos na manutenção ou mesmo prestação de um serviço, sob uma pálida garantia da escola em receber direitos creditórios havidos durante uma relação contratual forçada.

A concretização deste direito de receber pelo empresário encontra, em outras leis infraconstitucionais, novas limitações que impedem seu recebimento, o que torna o serviço neste caso obrigatório e gratuito. Desta forma, o empresário se vê ameaçado de seus direitos de liberdades de ir e vir, de decidir suas ações e ainda de seu direito individual de preservar seu patrimônio.

Ressalte-se que a empresa-escola, contratada por um sujeito identificado, agora inadimplente, torna-se refém da regra que lhe retira a liberdade de decidir sobre os caminhos a serem seguidos na manutenção do negócio, colocando em risco a existência da empresa.

Assim, a imutabilidade (estabilidade) não pode implicar a manutenção de uma norma defeituosa. É indispensável que o Estado, ao intervir nas relações, o faça com equilíbrio para se ter segurança.

O risco, inerente a toda atividade econômica, deve ser aquele havido por decisão dos gestores, não por uma imposição legal, ou mesmo por uma obrigação havida de entendimentos e aplicação de princípios pelo judiciário.

A falta de opção do gestor empresarial no processo decisório da empresa torna muitas vezes a escola-empresa credora de um valor que jamais poderá receber. Se não em face da proteção dos bens, lei que determina a impenhorabilidades dos bens, pela própria situação econômico-financeira do inadimplente que não possui qualquer tipo de bem. Neste sentido, é perversa a afirmação de que a empresa-escola deve assumir o risco do negócio e cobrar o que lhe é devido pelo meio próprio.

O desenvolvimento da atividade econômica, descrita na Constituição da República Federativa do Brasil, possui fundamentos que devem ser perseguidos pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal, quais são: os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa (art. 1º).

Logo, qualquer atividade econômica que fomente o desenvolvimento de forma lícita, promovendo valores sociais, possibilitando emprego [02], pagando impostos, contribuindo para o crescimento do país, promove o interesse público e social.

Destarte quando alguém contrata um serviço, o faz mediante condições, por livre e espontânea vontade, vontade manifesta em conceder como no caso das empresas-escolas parcelamento das anuidades, na forma da lei. Desta forma, nenhuma obrigação poderá existir, se do outro lado aquele que se compromete falta com a contraprestação, princípio de direito positivado no Código Civil Brasileiro utilizado na solução de conflitos que envolvem serviços públicos tais como: energia, água, gás e outros.

Noutro sentido, poder-se-ia imaginar que a obrigação de cobrar os créditos havidos por força de lei, e não por vontade da empresa-escola, gera uma obrigação de financiar a prestação de serviços, ressalte-se, sem qualquer tipo de garantia real do efetivo recebimento dos créditos havidos neste período que o dispositivo impôs a prestação do serviço. A esta obrigação poder-se-ia dizer que o Estado criou um novo crédito educativo junto à iniciativa privada.

Este financiamento vem sendo realizado com verbas destinadas ao pagamento de tributos (ISS; IR; CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS e outros), gerando com isso riscos a liberdade individual do gestor e ao patrimônio dos envolvidos.

Não bastassem os desafios lançados à livre iniciativa educacional, há um outro lado que também deve ser ressaltado: Imagine-se uma empresa obrigada a prestar serviços por um determinado tempo sem receber qualquer quantia, e que um dispositivo de lei viesse assegurar os créditos havidos neste período, ressalte-se, créditos que não vinham sendo honrados até então. Esta empresa, obrigada a financiar as atividades escolares, tem agora um outro desafio: o custo justiça que envolve: 1 - as questões de acessibilidade, custas e advogados; 2 - demora na solução da cobrança e, por fim, o que é pior; 3 - localizar não só o devedor como

bens disponíveis à sua realização. A empresa educacional diante da suposta garantia realizada pelo dispositivo da lei atacada, esbarra na concretude do recebimento do crédito ante a inexistência de bens e localização do devedor e ainda, retira do gestor escolar a liberdade de verificar, aferir e decidir na empresa-escola, comprometendo o patrimônio dos envolvidos.

A Caixa Econômica Federal, quando concede os créditos educativos, o faz na forma da lei que por sua vez autoriza a realização do evento (conceder créditos) mediante garantias reais, ou mesmo fiador, o que não ocorre com o dispositivo atacado, sendo importante afirmar que a CEF ao verificar a falta de segurança para conceder o crédito, ante a falta de liquidez do tomador do crédito, não concede ou mesmo não renova os créditos. Isto importa em afirmar a liberdade de decisão do gestor do banco.

Por tais motivos, utilizando o dizer de Hugo de Britto, a segurança do próprio direito fica comprometida, havendo a necessidade de revisão da permanência da norma no mundo jurídico.

-----



## DIREITOS E GARANTIAS TUTELADOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O artigo 1º da Constituição Federal de 1988 descreve, dentre outros fundamentos que devem ser perseguidos pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal a: cidadania; dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Aliás, no Preâmbulo da Constituição, o legislador fez questão de descrever que o Estado Democrático é destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, dentre os quais se incluem a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, eleitos valores supremos da sociedade fraterna.

Diante destas diretrizes, os constituintes positivaram, no Título II, os chamados Direitos Fundamentais, necessários à dignidade humana e a liberdades [03]. Dentre outras garantias realizadas destacamos a liberdade, o patrimônio, a educação e o trabalho, sendo as duas primeiras consideradas como direitos de primeira geração, pois há muito perseguidas e as

duas últimas consideradas de segunda geração, pois estas tomaram força somente depois do século XX.

No caput do artigo 5º, verificamos quatro tipos das várias proteções institucionalizadas. No dizer de Alexandre de Moraes, estas proteções não são meros enunciados formais de princípios, mas a plena positivação de direitos com base nos quais qualquer indivíduo poderá exigir a tutela do judiciário para concretização da democracia [04].

A liberdade expressa o grau de independência legítima de um cidadão. A liberdade pode ainda ser compreendida como um conjunto de direitos reconhecidos ao indivíduo, considerado isoladamente ou em grupo, em face da autoridade política e

perante o Estado. É o poder que tem o cidadão de exercer a sua vontade dentro dos limites que lhe faculta a lei, Dicionário Houaiss.

A liberdade, como direito inviolável na Norma Mãe de 1988, é norma garantidora de que ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal. Diversos doutrinadores diferenciam "Direitos" de "Garantias Fundamentais". Segundo Rui Barbosa, Direitos são disposições declaratórias que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos. Já as Garantias Fundamentais são as disposições assecuratórias, que vêm em defesa dos direitos e limitam o poder do Estado.

Dentre outras liberdades descritas no texto constitucional, tais como liberdade de imprensa, liberdade de expressão, liberdade de ir e vir, destacamos aquela liberdade descrita no artigo 170, parágrafo único, que diz respeito ao livre exercício de qualquer atividade econômica, salvo os casos previstos em lei.

Neste dispositivo constitucional, segundo o STJ é fundada a valorização do trabalho humano na livre iniciativa, tendo por finalidade assegurar a existência digna das pessoas conforme os ditames da justiça social (Ementário STJ, nº 9/303 – MS nº 2.887-1 – DF. Diário da Justiça, 13/12/93).

A liberdade de gerir, de tomar de decisões dos rumos de negócios empreendidos foi também reconhecida em outra decisão só que desta vez do TRF 5º Região: "A livre iniciativa está consagrada na ordem econômica constitucional e como fundamento da própria República Federativa do Brasil, podendo atuar o particular com total liberdade, ressalvadas apenas as proibições legais. Não se tolera restrição a tal liberdade, sem o devido respaldo legal" (MAS 93.0527765/CE – 2ª T. Diário da Justiça, 27/09/93).

É certo que a garantia de liberdade contida no texto constitucional encontra limites no próprio texto da Norma Mãe. Neste sentido importa afirmar que os limites colocados, as "garantias constitucionais", não podem ser alteradas pelo legislador derivado sem que se observe a Carta Magna, sob pena de ferimento a esta.

Os artigos 5º e 170 da Constituição são normas asseguradoras das liberdades e do patrimônio. Diante desta constatação poder-se-ia assegurar que tais garantias

constitucionais não podem sofrer limitações por normas infraconstitucionais quando não observados os limites impostos a tal realização.

O inciso XVII do artigo 5º descreve ainda como sendo plena a liberdade de associação para fins lícitos. Neste diapasão, a que se entender implicitamente a liberdade de tomar decisões, agir e gerir as empresas como sendo uma garantia realizada pelo constituinte.

Podemos destacar como limitações autorizadas no texto constitucional à atividade empresarial da educação aquela descrita no artigo 205 da CF., em que se vê que o exercício da atividade educacional deve atender aos pressupostos da norma geral - LDB, a autorização e avaliação do estado, limitações estas que não trazem qualquer tipo de inconveniência ou mesmo prejuízos às pessoas envolvidas com a atividade empresarial em destaque.

Diferentemente da limitação trazida à liberdade e ao patrimônio das empresas envolvidas com a educação, contida na regra do § 1º do artigo 6º da lei 9870/99, que traz o cerceamento das liberdades e um verdadeiro sacrifício do patrimônio dos envolvidos: pessoa jurídica e física.

Outra garantia ferida pelo dispositivo infraconstitucional atacado está relacionado à própria liberdade, pois, quando cerceados da liberdade de agir, decidir, tomar decisões em suas empresas, quase sempre os gestores/empreendedores deixam de pagar tributos, sendo levados por força de uma condição ao crime tributário, por força de lei. Assim, o gestor passa correr o risco de perder sua livre locomoção.

Neste sentido o direito institucionalizado e as garantias dos direitos fundamentais são feridos pela norma infraconstitucional, pois esta não poderia impor outros limites às liberdades, e gravar patrimônio sem observar a Constituição. Assim, tal dispositivo feriu o texto constitucional.

É verdade que muitas das decisões hoje tomadas pelos tribunais são políticas. Neste sentido, juízes tomam princípios de direitos para relativizarem o direito positivado na Constituição. Contudo, a inoperância do Estado na educação não pode trazer

sacrifícios à livre iniciativa, que colabora na realização da educação com o Estado, sob pena de se institucionalizar a socialização de bens.

É prudente destacar novamente que o presente estudo visa tão-somente demonstrar que o dispositivo atacado não se conforma com as regras positivadas, institucionalizadas que se colocam como garantias na Carta Magna. Assim, não abordaremos de forma profunda os princípios que possam estar envolvidos numa ponderação em decisões políticas.

---

## O DIREITO DE PROPRIEDADE EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO BRASIL

Historicamente a propriedade, núcleo das ambições humanas, sempre esteve protegida não só contra atos do Poder Público como de terceiros, o direito de propriedade era pleno ao seu possuidor. Somente após o século XX, com a instalação do welfare state a propriedade passou a sofrer com decisões judiciais políticas, a relativização.

A Carta Imperial de 1824 trouxe "o direito de propriedade" no artigo 179, XXII, e ressaltou a hipótese do uso pelo Estado em face de uma necessidade pública, ocasião em que o proprietário recebia uma prévia indenização [05].

Neste período, no Brasil o direito de propriedade (como estabelecido na C.F. de 1824) garantia ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor do bem em toda sua plenitude, sendo ainda deferido o direito de reavê-lo do poder de quem ilegalmente o possuía.

Segundo a doutrina, a Constituição Republicana de 1891, ressaltou-se, que inspirou o Código Civil de 1916, fez constar num plano mais concreto de normatividade o conceito de propriedade, com previsão de limites de ordem administrativa [06].

Com base nas garantias constitucionais contidas nas duas Cartas Constitucionais, os proprietários tinham, quando da utilização da propriedade pelo Estado, o direito a uma justa indenização.

Assim, o aproveitamento ou a utilização de propriedades pelo Estado em caso de necessidade pública se impunha desde a Carta Imperial como um dos limites à liberdade do uso da propriedade, respeitada é claro a garantia da justa indenização, constante dos textos constitucionais.

Celso A. B. De Mello (Curso de Direito Administrativo, 14ª ed. São Paulo. Malheiros, 2000, p.728), descreve que a utilização de um bem particular pelo Estado é um sacrifício de direito, é forma originária de aquisição da propriedade.

Em 1934, o Brasil sofrendo influência da Europa, fez com que o legislador constituinte incluísse, no texto da nova Constituição, no Título VI, a disciplina sobre a ordem econômica [07]. A inovação imprimia desde então: 1º – a preocupação do legislador em garantir uma existência digna ao povo e a, 2º - garantia dos princípios da justiça e necessidade dentro dos limites que garantiam a liberdade econômica: livre iniciativa na oferta de produtos e serviços.

Reafirmando a garantia de uma existência digna, o artigo 121 descrevia que: "A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho" na cidade e no campo. Já nesta época, é claro o interesse de que a produção e o trabalho eram de interesse público, caminhando juntos para o desenvolvimento econômico do País. Foi neste período que o direito de propriedade começou a sentir que não poderia ser mais exercido de forma absoluta mais no sentido do interesse social ou coletivo [08].

Em 1937, a nova Carta fez-se suprimir novos avanços com relação ao interesse social, sem, contudo, deixar de se reafirmar no art. 122, XIV, o direito de propriedade, ressalvando o interesse público para a utilização da propriedade desde que comprovado a necessidade ou utilidade pública.

Preocupado em reafirmar direitos e garantias constitucionais, o legislador, já naquela época, fez publicar a primeira norma que tratou sobre desapropriação, Decreto-lei nº. 3.365 publicado em 18 de julho de 1941.

No artigo 2º o Decreto reafirma que, mediante declaração de utilidade pública, todos os bens sem distinção poderiam ser desapropriados, limitações que respeitam direitos e garantias pela União, Estado e Municípios.

O artigo 5º deste mesmo decreto enumera de forma taxativa as hipóteses [09] que seriam consideradas como casos de utilidade pública. Dentre outras hipóteses consideradas como de

utilidade pública, está a desapropriação descrita na alínea "h", que trata da "exploração ou a conservação dos serviços públicos". Note-se que a norma descreve a exploração e conservação de serviços públicos. Neste sentido, visando à conformação da norma com a Constituição, conservar, manter ou explorar serviços com a utilização de unidades particulares de serviço, ensejaria uma justa indenização.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1946, a realização da desapropriação seria no intuito de justa distribuição da propriedade [10], vide artigo 147.

O parágrafo 16 do artigo 141 garantia o direito de propriedade, ressalvando os casos de desapropriação por necessidade, utilidade pública ou por interesse social mediante prévia e justa indenização em dinheiro.

Neste período, o direito de propriedade no Brasil volta ao reconhecimento dos interesses dos não-proprietários pela utilidade pública através da desapropriação. Assim, o chamado interesse social e a utilidade pública foram os primeiros fundamentos sobre os quais o Estado se baseou para impor a perda do direito de propriedade em função da coletividade.

Em 1956, o Decreto-lei 3.365/41 sofre nova redação com a promulgação Lei 2.786. O artigo 26 descrevia que a indenização a ser realizada no caso das desapropriações seria aquela obtida pela avaliação contemporânea.

Com a Constituição Federal de 1962, veio a promulgação da Lei 4.132, em 10 de setembro, que definiu outras possibilidades de condicionar o uso da propriedade, sempre pelo interesse social:

"Art. 1º - A desapropriação por interesse social será decretada para promover a justa distribuição da propriedade ou condicionar o seu uso, ao bem estar social, na forma do art. 147 da Constituição Federal". g.n.

Nota-se que a necessidade do Estado de se apossar de bens trouxe uma evolução aos conceitos de propriedade, patrimônio e bens. Passou, então, a utilizar também o condicionamento da propriedade em uso, vindo assim mais tarde a ser publicada a Lei Delegada 4 de 26 de setembro de 1962.

Esta Lei veio dispor sobre o artigo 146 da CF/62, autorizando o Poder Público a intervir no domínio público, visando a assegurar serviços essenciais ao povo mediante justa indenização ao privado, inciso III do artigo 2º, requisição mediante compra ou indenização.

Com a Constituição de 1969, o Decreto-Lei sofre nova alteração, só que desta vez pelo Decreto-lei 856/69, que incluiu o parágrafo 3º no artigo 2º do Decreto 3.365/41, vedando aos entes a desapropriação de ações, cotas e direitos representativos do capital de instituições cujo funcionamento dependa de autorização do Governo [11]. Neste período, salienta-se a sua função social da propriedade no título destinado à disciplina da ordem econômica e social - artigo 160.

Findo o regime militar, é estabelecida a Constituição de 1988, que manteve as cláusulas anteriormente consagradas, tanto no rol dos direitos e garantias individuais quanto no título destinado à disciplina da ordem econômica e financeira [12].

É prudente destacar que estas normas que regularam a desapropriação e a requisição de serviços pelo Estado foram recepcionadas pela Norma Mãe de 1988, sendo estas as normas específicas para o fim de apropriação de bens e serviços pelo Estado.

Diante da evolução histórica do direito de propriedade, podemos observar a preocupação do legislador com o patrimônio. Algumas alterações importantes no conceito de patrimônio, utilização e uso deste tornaram-se, na Constituição de 1988, verdadeiras garantias, sendo dever do Estado assegurá-las.

---

## COMPREENSÃO DO QUE VENHA A SER PROPRIEDADE E A TEORIA DA VERDADE

A verdade, segundo Jurgern Habermas, são enunciados que não pairam dúvidas, são proposições que, quando levadas a críticas, formam uma aceitação universal. Desta forma, as normas que trazem proposições que se dizem verdadeiras devem ser provadas em suas proposições, para que venha ser determinada a verdade para todos.

O núcleo do dispositivo atacado da Lei 9.870/99 está na manutenção, mesmo que por determinado tempo, na prestação de serviços educacionais a terceiro inadimplente (obrigação contratual). Esta garantia, de educação, como realizada pelo dispositivo de lei importa em esforço ou sacrificio de um determinado grupo ou coletividade ferindo outras garantias constitucionais.

A propriedade resguardada pela Constituição, num sentido semiológico, revela-se como "direito de usar, gozar e dispor de um bem e de reavê-lo do poder de quem o possua ilegalmente e compõe, o que podemos denominar de patrimônio: "conjunto de bens, direitos e obrigações economicamente apreciáveis, pertencentes a uma pessoa ou a uma empresa". Uma verdade que não se opõe ao mundo dos fatos e aos discursos, tornando fácil a compreensão da proteção instituída a propriedade no artigo 5º, XXII, XXIII e 170,II, III.



A Constituição Federal prevê a aplicação de medidas excepcionais para limitar Direitos Fundamentais na restauração da ordem em momentos de anomalias, Estado de defesa e Estado de sítio. Esta limitação vem relacionada à suspensão de determinadas garantias (vide artigo 136). A excepcionalidade, descrita neste artigo, segundo comentários de Alexandre de Moraes (Comentários a Constituição do Brasil. p. 1658), permite que sejam realizadas suspensões temporárias dos seguintes Direitos Fundamentais: arts. 5º, XII, XVI, LXI. Ante esta

afirmação, poder-se-ia inferir que as limitações que vierem atingir os bens descritos nos arts. 5º, XXII, XXIII e 170, II e III, estas devem se conformar com o postulado que garante o direito de propriedade, a justa indenização.

O Código Civil no art. 988 [13] descreve que o patrimônio é composto de: "...bens e dívidas sociais..., do qual os sócios são titulares em comum...", uma verdade como visto na definição do Dicionário Houaiss aceita universalmente. Assim, a renda, as dívidas, bens tangíveis e intangíveis que compõem o patrimônio de uma pessoa física ou jurídica são propriedades.

Numa visão mais ampla, o bem, que cumpre uma função social, se revela no mesmo sentido do bom e do útil, é tudo aquilo que pode beneficiar pessoas, suscetível de uma apropriação legal e vem sempre mostrar a utilidade e a vantagem promovida por algo a determinada pessoa ou grupo (pessoas que compõem uma pessoa jurídica), ou mesmo contratada por esta. Isto importa em se afirmar a verdade da propriedade que cumpre uma função social e promove vida digna a todos os envolvidos em determinada atividade econômica como no caso das empresas-escolas.

O bem serve ainda para designar a coisa ou o direito, incorporado ao patrimônio de todos os envolvidos na atividade econômica privada; portanto, podem ser corpóreos ou incorpóreos, ou ainda, econômico ou moral (imóvel, móvel, direito, ação, crédito, etc.) (Dicionário Houaiss).

Neste diapasão, a atividade empresarial quando exercida de forma lícita e constituída na forma da lei, formam um conjunto de bens, propriedades que passam a compor o

patrimônio dos envolvidos, trazendo reflexos diretos e indiretos no patrimônio particular dos gestores e trabalhadores envolvidos na atividade econômica.

Diante do descrito, toda coisa, todo direito, toda obrigação, enfim, qualquer elemento material ou imaterial que representa uma utilidade ou uma riqueza consubstanciada numa propriedade, que integra o patrimônio de alguém e passível de apreciação monetária protegido pela Constituição Federal.

Orlando Gomes, numa visão do que seja o conjunto de bens (propriedades) integrativos do patrimônio de uma empresa, destaca os créditos e os débitos, a clientela, os segredos do negócio e etc..

Neste sentido, qualquer limitação realizada por norma infraconstitucional a propriedade, mesmo que de forma genérica, deve estar em conformidade com a Norma Mãe, sob pena de ferir a verdade contida na Constituição.

A garantia constitucional da propriedade deve ser entendida na sua amplitude máxima, ou seja, a qualquer tipo de propriedade descrita no mundo das realidades, o que torna verdadeira a linguagem dos signos e faz a Constituição Federal o ápice do ordenamento jurídico.

Notadamente, os créditos e débitos que decorrem da relação estabelecida contratualmente livre, em que as partes de forma espontânea declaram e aceitam os exatos termos do contrato, compõem um conjunto de propriedades da pessoa física ou jurídica. Se verifica então a liberdade das partes e a premissa como verdadeira de que: "o empresário deve assumir o risco do negócio, devendo ser suportado por aquele que concedeu o crédito".

Contudo, quando se verifica que o legislador infraconstitucional usando de uma sabedoria contumaz realizou a garantia de educação, dispondo da propriedade privada, obrigando o privado (escola) a manter um serviço mesmo que por um determinado tempo, sob o argumento de que a escola tem resguardado o direito de cobrar os créditos havidos na relação com o inadimplente naquele tempo determinado, constatamos uma ruptura com a verdade, e o direito da propriedade e de liberdade

(manter o contrato - de conceder o crédito, ou mesmo de acreditar na relação, o que impõe a pessoa jurídica o risco do negócio) passa a sofrer agressões.

Manter uma pessoa jurídica prestando um serviço, recebendo créditos estabelecidos havidos por força exclusiva de um dispositivo de lei não gera a proteção ao direito de propriedade, pois a empresa-escola passa a ter créditos que são questionáveis, uma vez que estes são havidos de uma relação já desgastada e por força de lei, quase sempre tais créditos não são recebíveis em face da situação falimentar que o contratante passou a viver, e o que é pior, nesta situação o suposto crédito gera obrigações de pagar tributos, tais como: ISS, IR, COFINS e outros, comprometendo todo o patrimônio dos envolvidos.

Não bastassem esses argumentos, a lei, ao retirar a liberdade de decidir e gerir dos gestores das empresas-escolas, traz o agravamento da liberdade, de ir e vir do gestor que,

além de se preocupar em manter o serviço, deve agora se preocupar em financiar o inadimplente e pagar os impostos, taxas e salários dos envolvidos.

O Dicionário Houaiss, descrevendo crédito, afirma ser este uma "transação em que o comprador, investido de confiabilidade pela empresa ou loja credora, adquire um bem ou serviço que irá pagar em uma ou mais cotas ou parcelas durante tempo determinado por aquela". Isto importa afirmar que a verdade descrita no texto do dispositivo atacado é uma falácia, pois, estes créditos decorrem de uma imposição de dispositivo legal, em que não houve liberdade para se decidir. Diante desta afirmação, importa que o Estado credor de tributos, inclusive os relativos desta operação, viesse a receber os títulos gerados por ela ou mesmo compensar nos valores dos créditos tributários com os créditos havidos neste período.

Fábio Ulhoa Coelho descreve que o estabelecimento empresarial não é sujeito, mas sim, uma coisa que integra o patrimônio. Essas posições robustecem a compreensão trazida de que: 1 - o estabelecimento ou fundo de comércio; 2 – as marcas, patentes e invenções; 3 - os créditos e débitos; 4 – a clientela e o direito de contratar; 5 – os segredos do negócio - compõem juntamente com os bens corpóreos móveis e imóveis o "conjunto" Patrimônio.

A Resolução CFC nº. 774 de 16 de dezembro de 1994, que aprova o Apêndice à Resolução sobre os Princípios Fundamentais de Contabilidade aprovados pela Resolução CFC nº. 750-93, de 29 de dezembro de 1993, descreve que o Patrimônio delimita o campo de abrangência da ciência, tanto nas ciências formais quanto nas factuais, das quais fazem parte as ciências sociais.

Para a contabilidade, o objeto da sociedade é também PATRIMÔNIO de uma empresa. Isto nos permite acrescentar àquele conjunto descrito, mais este item, e mais, que é essencial a manutenção do patrimônio que este disponha de autonomia em relação aos demais patrimônios existentes, o que significa que a empresa deve poder dispor livremente de suas decisões na defesa de seus objetivos, respeitados, é claro, os limites descritos no texto constitucional.

Com base nestas definições, olhando para a determinação do § 1º do artigo 6º da Lei 9.870/99, impõe-se afirmar que a relação da escola particular mantém com o cliente-inadimplente não se dá pela confiança, mas por força de lei que vem limitar propriedades e direitos sem observar o postulado constitucional que as garante.

Por fim, a escola, obrigada a parcelar valores contratados de serviços em 6 ou 12 meses, conforme imposição de lei, sofre uma intervenção branda do Estado em sua gestão. O que não se pode afirmar, quando a intervenção que transcende os limites da mera inconveniência e passa obrigar o particular na forma do § 1º do artigo 6º a manter um serviço ao devedor inadimplente, o dispositivo de lei que gera sacrifícios diretos ao particular, intervém na atividade, atingindo o patrimônio, que passa a responder pelos custos da atividade se sobrepondo ao texto constitucional, o que não se pode admitir.

---

ATIVIDADE ORDENADORA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA LIMITAÇÕES E SACRIFÍCIOS

Um dos objetivos e principal missão da Administração Pública é estabelecer a ordenação da conduta dos cidadãos. Para tal incumbência, o Estado toma por base os princípios dos interesses público e social. Essa atividade consagrada no Direito Administrativo brasileiro visa estabelecer a organização, direção, limitação, controle, fiscalização e orientação das relações entre privados, o chamado poder de polícia [14].

Com efeito, na tradicional definição de Caio Tácito, "o poder de polícia é, em suma, o conjunto de atribuições concedidas à administração para disciplinar e restringir em favor de interesse público adequado, direitos e liberdades individuais [15]"g.n..

A atividade administrativa de ordenação dos direitos individuais em decorrência do exercício do poder de polícia engloba toda intervenção do poder estatal na prática de atos desfavoráveis ou na imposição de gravames que incidam negativamente na posição das pessoas, limitando ou, até mesmo, extinguindo seus direitos por causa do interesse público [16].

Neste sentido, as intervenções administrativas, visando limitar direitos individuais, podem se dar:

1 - por meio de atos concretos e singulares no exercício do poder atribuído por lei à administração, tipo mais comum;

2 - diretamente de normas jurídicas, de leis ou de regulamentos, sem interposição de ato concreto pela Administração.

Em ambos os casos, deve-se observar o princípio da legalidade na versão mais estrita, na medida em que somente por atribuição legal, direta ou indireta — e, por vezes, constitucional — pode a Administração incidir negativamente sobre a esfera dos direitos individuais.

O administrativista espanhol J. Ramón Parada-Vazquez, relaciona as medidas de intervenção segundo o grau de intervenção:

1 - grau inferior - pode ser citada as obrigações de suportar, exemplo: inspeções ou os deveres de registro, que impõem pequenos ônus ou incômodos aos particulares;

2 – grau intermediário

2.1 - mais brando - estariam as exigências de autorização prévia para o exercício de um direito ou de uma atividade, exemplo: autorização para clinicar, autorização de funcionamento, dentre outras;

2.2 - mais grave - são as proibições formais de exercer atividade ou a imposição de condutas positivas e por fim;

3 - grau maior - sacrifício ou privação do direito em favor de um interesse público, mediante indenização [17].

Eduardo Garcia de Enterría sistematiza e identifica as "limitações administrativas de direitos" como mais ou menos gravosas:

1 - As menos gravosas: são as que atuam sobre as condições de exercício do direito, deixando intactos os seus elementos, as "delimitações administrativas do conteúdo normal de direitos" (que não incidem sobre o exercício do direito, mas, ao contrário, definem o seu próprio âmbito normal) e,

2 - As mais gravosas: como potestades ablativas reais (como, por exemplo, as desapropriações e as transferências coativas não expropriatórias) [18].

Com base nestes conceitos, alguns poderiam afirmar que o dispositivo, contido na norma do §1º do artigo 6º da lei 9.870/99, não se constitui uma limitação gravosa de

maior de intensidade, haja vista a garantia realizada pelo legislador a empresa-escola de cobrar os créditos havidos neste período de prestação de serviço de forma forçada. Afirmção que não representa uma verdade factual; primeiro, em razão do processo, pois todos nós sabemos que apesar das últimas reformas introduzidas no Código de Processo Civil, os trâmites são ainda muito lentos, caros e, na maioria das vezes, ineficazes; em segundo lugar, o autor, depois de longa espera, quase sempre obtém o provimento jurisdicional favorável a sua pretensão, o que efetivamente não representa a satisfação do direito pelo réu, pois, além da morosidade, este pode realizar inúmeras manobras procrastinatórias - e o que é pior: com amparo legal, atrasa a entrega ou mesmo não entrega ao autor o bem tutelado pretendido. É o famoso "ganha, mas não leva".

Não bastassem as verdades factuais enumeradas junto ao judiciário, o legislador infraconstitucional, ao limitar as liberdades que dizem a respeito do gerir e decidir na manutenção dos contratos firmados por livre e espontânea vontade pelas partes, intervém de forma direta na empresa-privada. Esta intervenção traz de forma direta o endividamento com o fisco, pois o suposto crédito, além de ser difícil de ser recuperado, incorpora ainda a base de cálculos dos tributos. Não bastasse o endividamento com o fisco, a empresa-escola, em face de não poder enxugar seu quadro de funcionários, passa a se endividar com os trabalhadores

contratados, atrasando salários e proporcionando o mal-estar na coletividade que passa a viver com dificuldades.

Além da obrigação da empresa-escola em manter contratos por força de lei, tem agora a obrigação de financiar, mesmo sem condições, a atividade escolar. Isto lhe traz prejuízos seguidos e altera as características de sua atividade, pois o gestor escolar passa então a se preocupar com formas de obtenção de recursos financeiros para que não venha responder ações penais por crimes tributários.

Há ainda, e não se pode deixar de mencionar, a função social da empresa-escola que emprega funcionários e, enquanto saudável, contribui com o pagamento de tributos para o crescimento do país. Neste sentido, poder-se-ia verificar o interesse público presente na forma de atuar da escola, conformando com os ideais constitucionais.

E. García de Enterría descreve que o conteúdo das limitações administrativas de direitos é toda "incidência que não modifica o direito subjetivo afetado, nem tampouco a capacidade jurídica ou de atuar do titular, operando, exclusivamente, sobre as condições do exercício do direito, deixando inalterados todos os demais elementos desse (configuração, funcionalidade, limites e proteção)". g.n.. Tais limitações seriam impostas para tornar compatíveis os direitos dos particulares com os da comunidade [19].

A Administração, freqüentemente por ignorância ou má-fé, tem se valido de medidas ou formas que ordinariamente são tidas como meras limitações ou delimitações para impor gravames ao patrimônio, autênticos sacrifícios de direito.

Segundo Patrícia F. Baptista [20], nas últimas décadas a busca de um critério distintivo preciso entre as limitações e sacrifícios de direitos se tornou questão tormentosa no direito administrativo, sobretudo à vista de seus importantes reflexos práticos em reconhecer ou não o caráter indenizável dos sacrifícios e a não-indenizabilidade das limitações.

Carlos Ari Sundfeld [21], em artigo publicado, descreveu três critérios largamente utilizados pela doutrina para distinguir os sacrifícios das limitações, são eles:

1 - o critério da transferência patrimonial;

2 - do veículo da instituição do gravame e,

3 - o da generalidade ou singularidade da medida.

Depois de apontar os critérios, Carlos Ari Sundfeld, em crítica, afirma que nenhum dos três critérios apontados apresenta solução satisfatória para a distinção entre as limitações e os sacrifícios.



O autor afasta o critério da transferência patrimonial, afirmando que nem sempre o sacrifício atinge bem corpóreo. Neste caminho, poder-se-ia afirmar que os supostos créditos, créditos fictos, auferidos pela prestação de serviço forçada, não servem para as empresas educacionais quitarem seus débitos com o fisco e os envolvidos na prestação do serviço, o que importa afirmar que os bens corpóreos da sociedade empresarial ou dos sócios servirão aos pagamentos das dívidas contraídas face à intervenção do Estado na atividade econômica.

Quanto ao critério do meio instituidor, o professor descreve que o gravame não poderia ser medido somente por uma distinção meramente formal, devendo ser considerado o efeito sobre o direito, como bem relatam Parada, Enterrie, Patrícia e muitos outros doutrinadores e juristas.

Por fim, quanto ao critério da medida-geral e da medida-singular, embora seja o mais difundido na doutrina, não oferecem solução isolada e absoluta para a distinção entre sacrifícios e condicionamentos.

É preciso reconhecer que há casos em que gravames impostos singularmente não importam em sacrifícios do direito e que há outros em que gravames de incidência genérica podem gerar direito à indenização [22].

Neste sentido, faz necessário conjugar de acordo com J.A. Santamaría o critério da intensidade do gravame.

"(...) as limitações, evidentemente, não podem ser indenizáveis, quando possuam alcance geral ou quando, por sua intensidade, imponham às

pessoas privadas gravames que não excedam aos inconvenientes normais que impõe a vida em sociedade (p.ex. a obrigação de desvio em uma rodovia por razão de obras); Porém o dever indenizatório se faz presente nos casos opostos de limitações singularizadas a sujeitos determinados, que suponham uma ruptura do princípio da igualdade ante as cargas públicas e que excedam os parâmetros de incômodo antes citados" [23]. g.n.

O gravame com uma obrigação de prestação de serviço na forma como determinado pelo dispositivo atacado afeta garantias constitucionais, ainda que por força de ato de alcance geral, contém uma intensidade que suprime o conteúdo mínimo essencial do direito, o que configura um sacrifício e, portanto, deve ser indenizado pela Administração, em sendo diferente, fere o texto constitucional.

A imposição legal, como realizada pelo dispositivo, a nosso ver, poderia gerar à escola, que recebe este tipo de crédito, o direito de pagar ao fisco com os títulos havidos desta relação ou mesmo incluir no pólo passivo da ação de cobrança a União Federal visando a responsabilizá-la pelos valores que deixou de receber ante a impossibilidade de rescisão imediata do contrato com o inadimplente.

A doutrina brasileira, para aferir a intensidade da medida administrativa, tem levado em conta o grau de preservação do valor ou da utilidade econômica do direito em função do gravame imposto [24].

Nem sempre será necessário recorrer a critérios econômicos para aferir a efetiva existência de um sacrifício de direito e, por conseguinte, do dever de indenizar pelo Poder Público. O sacrifício poderá ser constatado pela mera inviabilidade do exercício de direito para os fins aos quais naturalmente se destinaria [25].

Parece-me certo concluir que a designação da regra atacada não é uma mera limitação, mas, sim, um sacrifício de direito, uma limitação de grau máximo, em função das características que assume, quando grava propriedade e transcende os meros limites da inconveniência.

A limitação, imposta pelo dispositivo da lei atacada, fere as regras e incisos dos artigos 5º e 170, da Constituição Federal como já destacado.

---

## A LIVRE INICIATIVA - A ATIVIDADE DO ENSINO E A CONSTITUIÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil, ao instituir o Estado Democrático de Direito, o fez ante uma união indissolúvel dos membros que o compõem, declarando e assegurando ao povo brasileiro direitos individuais, políticos, sociais e difusos.

Os direitos individuais, políticos e sociais reconhecidos como fundamentais derivam das liberdades, verdadeiras garantias realizadas no texto constitucional que devem ser perseguidos por todos.

Dentre outras garantias sociais perseguidas pelo Estado, está o trabalho e a livre iniciativa [26], pois somente com o trabalho o homem garante a sua subsistência digna, além de proporcionar o crescimento do país com justiça. A valorização do trabalho, através da livre iniciativa, estabelece a dignidade da pessoa humana e liberdades [27].

A presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ministra Ellen Gracie, julgando Recurso Extraordinário, afirmou que o princípio da livre iniciativa não deve ser utilizado na tentativa de se afastar das regras de regulação do mercado ou de defesa do consumidor [28], e que o exercício de qualquer atividade econômica pressupõe o atendimento

aos requisitos legais e às limitações impostas pela Administração no regular exercício de seu poder de polícia, premissa que se faz verdadeira, se observada pelo lado do equilíbrio necessário do mercado, evitando monopólio, oligopólios, cartéis ou outras práticas que possam subjugar o povo à vontade de uma ou mais empresas com um único fim.

Por outro lado, torna-se questionável, quando se verifica que tais limitações transcendem os limites da defesa do interesse difuso, do consumidor e intervém de modo a suspender ou mesmo restringir direitos garantidos à livre iniciativa, ou seja, de

gerir o seu negócio, de manter uma vida digna a todos os envolvidos no trabalho, professores e auxiliares.

Neste sentido, a ingerência se faz presente quando o governo, visando garantir a educação em face de sua inoperância no ensino público gratuito, se intromete na intimidade da empresa-escola para obrigá-la a manter um serviço, mesmo que por um determinado tempo, sem nada receber, somente com uma suposta garantia legal de que poderá receber os créditos havidos neste período de obrigação forçada por lei, o que não se conforma com uma realidade factual, pois, quando a empresa-escola chega a ponto de se indispor com o cliente, é porque há muito à relação de consumo ou de comércio está desgastada, a confiança quebrada em razão do cliente não estar cumprindo com sua parte: o pagamento. Assim, garantir créditos onde já não se recebia é impor, é ingerir, é suprimir direito de liberdades, é impor sacrifícios à livre iniciativa.

Tal assertiva encontra seus próprios limites no artigo 174 da Constituição Federal, em que está descrito que o agente normativo e regulador da atividade econômica - Estado deve exercer suas funções de Administração na forma da lei. Portanto, com observação à Constituição Federal.

O STF, em outra decisão, assim se posicionou quanto ao tema:

"A possibilidade de intervenção do Estado no domínio econômico não exonera o Poder Público do dever jurídico de respeitar os postulados que emergem do ordenamento constitucional brasileiro. Razões de Estado – que, muitas vezes, configuram fundamentos políticos destinados a justificar, pragmaticamente, ex parte principis, a inaceitável adoção de medidas de caráter normativo - não podem ser invocadas para viabilizar o descumprimento da própria Constituição. As normas de ordem pública – que também se sujeitam à cláusula inscrita no art. 5º, XXXVI, da Carta Política (RTJ 143/724) - não podem frustrar a plena eficácia da ordem constitucional, comprometendo-a em sua integridade e desrespeitando-a em sua autoridade." (STF - RE 205.193 - Rel. Min. Celso de Mello - DJU 06.06.1997)" g.n

É mister, portanto, a compreensão de que a intervenção do Estado na economia deve respeitar os postulados que emergem do ordenamento como verdadeiros princípios que

estabelecem direitos fundamentais, descritos nos incisos XXII, XXIV, do artigo 5º, parágrafo único, incisos II e IV do artigo 170 [29] da CF/88.

Os Desembargadores Nelson Schiesari e Brenno Marcondes, em julgado, reconheceram que o ensino é livre à iniciativa privada, atendidos os cumprimentos das normas gerais da educação e a avaliação pelo poder público, não podendo as escolas privadas serem equiparadas às escolas públicas [30], afirmação está que só vem confirmar que não poderá o legislador infraconstitucional criar limites a direitos fundamentais que a Constituição Federal não criou.

A obrigação excessiva, trazida pela limitação do dispositivo atacado, torna a escola obrigada a financiar os estudos de inadimplentes, ou seja, torna a escola refém do Poder Público, que não cumpre com suas obrigações de garantir educação. Ressalte-se que tal limite confronta com própria regra do Fies, Lei n.º 11.552/07, que obriga o interessado a apresentar em alguns casos até 5 fiadores solidários para obter o financiamento dos estudos pelo Estado.

A excessiva obrigação do caput do artigo 6º da Lei 9.870/99 induz certamente a uma outra falsa premissa de que a escola poderá cobrar seus créditos e recebê-los mediante ação própria.

O suposto crédito, havido por imposição de lei, não encontra garantias reais que possam suportá-lo. Assim, a escola, também obrigada ao parcelamento da anuidade pela mesma lei, não tem outra opção a não ser contratar um advogado para ingressar na justiça na tentativa de localizar bens para receber créditos, trazendo à escola um outro ônus, o da justiça.

Este excesso via intervenção na gestão da empresa-escola retira liberdades do gestor e estabelece o desequilíbrio nas contas das escolas (receita X despesas), gerando o endividamento com o Estado, contratados e fornecedores muitas das vezes impagáveis.

Na realidade, a limitação, como realizada, mesmo que transvertida na forma de lei, mostra-se um verdadeiro sacrifício às escolas, pois além daqueles ônus já descritos

(risco dos patrimônios da empresa e particular do gestor com o endividamento da empresa) o gestor tem,

a partir do endividamento com o fisco, sua liberdade ameaçada em face dos chamados crimes tributários, além de comprometer o bem-estar social (garantia de emprego), isto em face da ingerência estatal em proibir a suspensão ou rescisão dos contratos de prestação de serviços com os inadimplentes.

Nunca é demais ressaltar que a atividade econômica assume uma função social, quando torna possível o emprego, proporcionando o respeito e a dignidade a todos os envolvidos na atividade.

A atividade educacional - prestação de serviço - regulada na Lei 9.870/99, encontra como base para soluções de conflitos o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil Brasileiro, mais especificamente a parte especial dos direitos e obrigações, contratos, conforme caput do artigo 6º.

O legislador infraconstitucional, ao dispor sobre os dois códigos no caput do artigo, quis garantir, inicialmente, ao contratante a proteção ao consumo, ou seja, garantia do recebimento da carga horária educacional contratada, sem, contudo, desobrigá-lo do dever de cumprir com a obrigação contratual contida no artigo 1092, do C.C. de 1916 (no código atual artigos 476 e 477). Nota-se que o dispositivo é taxativo e específico. Com esta disposição, o legislador preservou não só a liberdade de contratar, artigo 421 C.C., como também o princípio da livre iniciativa. Tal assertiva nos permite afirmar que os efeitos produzidos pelos contratos estabelecidos incorporaram o patrimônio e possibilitam, através do equilíbrio econômico e financeiro da empresa, a manutenção de empregos, conseqüentemente o bem-estar social e o interesse público com o pagamento de tributos que contribuem ao crescimento do país.

Notadamente, os direitos fundamentais conformados em gerações trazem aos entes o dever de ofertar a educação gratuita, função social garantida pelo direito positivado no texto constitucional essencial ao desenvolvimento do indivíduo. Na impossibilidade desta prestação de serviços pelo poder público, o Estado deve buscar políticas públicas alternativas que visem à efetiva realização do seu dever, sem impor aos particulares, que prestam este tipo de serviços, sacrifícios de forma indireta. Implementar ações

através de programas tais como o PROUNI, para atendimento à educação em todos os níveis [31], pode ser uma saída ao problema

de inadimplência vivido na grande maioria das escolas, ou ainda, pagar os impostos que vencem mês a mês com os créditos auferidos pela força da regra atacada.

Em decisão em M.S. que versou sobre a intervenção da União na gestão da saúde no Município do Rio de Janeiro, o STF concedeu segurança ao Município face não ser possível a União requisitar bens e serviços públicos sem a necessidade de estado de defesa.

A decisão afirma não ser possível a União intervir na gestão do Município e se apossar dos bens públicos por falta de previsão legal [32]. Tal decisão importa na afirmação de que o governo quando edita uma lei e impõe ao particular o dever de manter um contrato com quem não cumpre sua obrigação, na realidade, está se apossando dos bens particulares, pois a lei intervém, ferindo direitos de liberdades.

A referida decisão garantiu ao município do Rio de Janeiro a autonomia de sua gestão e trouxe ainda à baila a impossibilidade de requisições de bens de públicos, ressaltando ser possível a requisição de bens ante as necessidades coletivas, urgentes e transitórias decorrentes de situações de perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemias, asseguradas as indenizações devidas, conformando a decisão com o texto constitucional.

É fato que a educação, considerada necessária à coletividade, pode ser requerida de forma transitória mediante os requisitos enumerados. Entretanto, o dispositivo atacado que obriga o particular a prestar a educação promove uma requisição indireta. A forma, como realizada a requisição, sem meios que assegurem uma justa indenização, subjugam a livre iniciativa em face da subjetividade do crédito que não serve a nada, sequer para cobrar.

O Estado, com bens reconhecidamente necessários a sobrevivência digna do homem, como no caso da água, energia, gás e outros, adota uma conduta diferente, permitindo que as concessionárias suspendam o serviço por tempo determinado, até que seja

saldado o débito com a empresa. Neste sentido, a empresa-educacional que cumpre um papel social relevante, deve também ter preservado seu equilíbrio econômico-financeiro, a fim de que o serviço educacional seja suspenso até o efetivo pagamento.

Assim, as limitações gravosas, impostas à livre iniciativa, devem ser precedidas de motivos que autorizem o Estado a impor limites aos direitos e garantias constitucionais mediante indenização.

As requisições de bens pelo Estado devem ser exercidas nos limites da lei específica. A inobservância destes limites traz vícios e fere a Constituição Federal. O dispositivo, que retira dos empresários os direitos e garantias fundamentais tais como a liberdade de decidir e a gerência dos negócios, agrava o patrimônio da empresa e o do gestor, colocando em risco a

liberdade dos gestores envolvidos e, por fim, comprometendo o bem-estar social (garantia de emprego), trazendo o endividamento da empresa privada.

---

## AS LEIS RESTRITIVAS DE DIREITO DEVEM OBSERVAR OS LIMITES CONTIDOS NO TEXTO CONSTITUCIONAL

Revela-nos a doutrina que, desde o século XVII, as liberdades tão amplamente discutidas vêm sofrendo diversas alterações em seu conceito. Inicialmente, foram consideradas

por Hobbes como sendo o direito de natureza, passando pelo estado de contrato civil com Rosseau, chegando a Carl Schmitt, com a descrição das liberdades civil, política e sociais, consagradas no texto constitucional brasileiro de 1988, como direitos fundamentais.



Como consequência jurídica destas liberdades positivadas como direitos fundamentais decorrem segundo Carl Schmitt, três as consequências (jurídicas) básicas:

1ª – A primeira – a adoção do princípio distributivo: uma esfera de liberdade do indivíduo ilimitada em princípio, e uma possibilidade de ingerência do Estado, limitada em princípio, mensurável e controlável.

Neste sentido, importa afirmar a possibilidade de ingerência do Estado nas liberdades individuais. Entretanto, esta possibilidade deve respeitar os limites constitucionais estabelecidos, pois assegurar direitos sociais, educação por lei infraconstitucional, sem observar a metódica Constitucional pode ferir outros direitos fundamentais individuais e sociais também envolvidos, gerando a insegurança.

A ingerência deve ser vista pelo equilíbrio das relações com justiça. Assim, quando norma infraconstitucional, mesmo que autorizada pela Norma Mãe, fere outros direitos fundamentais envolvidos e não cumpre o seu fim, deve ser considerada inconstitucional.

2ª – A Segunda – o princípio da legalidade: intervenção estatal só pode ocorrer se existir lei que a autorize, e somente nos limites desta;

Certamente o parágrafo único do artigo 170 da Constituição Federal autorizou a administração intervir na atividade econômica para assegurar a todos uma vida digna. Contudo, esta autorização não pode servir ao legislador infraconstitucional como instrumento para promover desigualdades.

Com base nesta constatação, a regra do dispositivo atacado que cria ingerência na atividade econômica sem a devida autorização feriu o texto constitucional.

3ª – A terceira – é o reconhecimento de que os direitos fundamentais fazem parte da essência, da substância da Constituição, o que vale dizer que não podem ser afastados a não ser pelo processo de revisão constitucional, sob pena de inconstitucionalidade da lei ou ato que, sem estatura constitucional, pretenda fazê-lo.

Esta última consequência, tão importante quanto às demais, nos mostra que os direitos fundamentais, em especial as liberdades, a propriedade, o trabalho, só podem ser afastados por revisão constitucional. Desta forma, norma que impõe sacrifícios de direitos, colocando em riscos a liberdade de ir e vir, de decidir na gestão de sua atividade profissional, trazendo a ingerência da atividade econômica, colocando ainda em risco o patrimônio e o trabalho de todos os envolvidos, quando não autorizada pelo Texto Constitucional, deve ser declarada inconstitucional.

Além das consequências jurídicas acima descritas, cumpre-nos destacar as funções dos direitos fundamentais: de defesa da liberdade, de prestação social, de proteção perante terceiros e a função de não discriminação.

A função de defesa – coincide parcialmente com o princípio dispositivo enumerado por Schmitt; A função de proteção contra terceiro - dever do Estado de proteger a vida, o domicílio, os dados informáticos, direitos de associação e outros; e a função de não-discriminação – o direito derivado do princípio da igualdade, de modo a evitar discriminação de toda e qualquer ordem, religiosa, política e outras.

Diante destas constatações, poder-se-ia asseverar que "assegurar liberdades e direitos fundamentais a alguns ou a determinada coletividade, sem observar as liberdades e direitos fundamentais de todos os envolvidos na relação e desobedecer a Constituição, é fazer prevalecer à vontade de poucos sobre direitos assegurados a todos, é promover o retrocesso no direito".

Não obstante as afirmações acima terem sido realizadas com base jurídica positiva, com total pertinência, conhecemos que tais afirmações podem sofrer com a teoria dos limites imanentes, uma vez que a norma infraconstitucional pretende garantir um direito fundamental social, educação, descrito no texto constitucional.

Neste sentido, muitos países vêm discutindo se há ou não a possibilidade de se limitarem direitos fundamentais, e a doutrina alemã, espanhola e a do Brasil têm admitido ser possível norma infraconstitucional que visa garantir direitos fundamentais sociais restringir outros direitos fundamentais individuais e sociais envolvidos.

Sem pretender discorrer sobre a solução do conflito dos direitos fundamentais envolvidos, pelas razões positivadas acima, onde de um lado está o Direito fundamental social da educação, dever do Estado e direitos de todos e, de outro, os Direitos fundamentais individuais de liberdade de ir e vir (face ao alto risco de endividamento da empresa-escola, necessidade de financiar a atividade, tem levado muitos diretores deixar de pagar tributos e responder por crimes tributários), a liberdade individual de decisões (ingerência do Estado na gestão da empresa promovida obrigando a manter o serviço), o Direito fundamental individual de preservar o patrimônio (requisição de serviços, comprometimento do patrimônio que responde por dívidas), o Direito fundamental social do trabalho (do gestor e todos os contratados de forma lícita a realização da atividade privada de educação) pela ponderação tenho que a proporcionalidade da medida adotada pelo dispositivo não estabelece um ponto de equilíbrio entre os interesses confrontados, senão vejamos:

1 – A restrição a cada um dos interesses deve ser idônea para garantir a sobrevivência do outro – Neste sentido, importa afirmar que a suposta garantia dos créditos havidos numa relação contratual forçada, ou mesmo mantida por lei, não gera garantias de recebimento dos créditos pela escola, o que traz um sentido inidôneo. Assim, os pagamentos dos tributos, salários, despesas correntes e outros na manutenção do serviço ficam comprometidos, gerando o risco à liberdade, ao patrimônio e ao trabalho de todos os envolvidos.

2 – A restrição deve ser a menor possível para proteção do interesse contraposto – O que efetivamente não acontece com a liberdade de decidir do gestor da empresa-educacional no quesito suspender ou rescindir o contrato de prestação de serviço educacional, trazendo a ingerência à empresa, e com isso o desequilíbrio nas relações contratual inicialmente estabelecida por livre espontânea vontade das partes.

Nota-se que, diante das facilidades de financiamentos e os sucessivos apelos da mídia no oferecimento de bens de consumo a população, muitas pessoas têm se endividado com compras de carros novos, viagens ao exterior e outros. Assim, a prestação de serviço educacional é relegada a segundo plano nos momentos de crise financeira, sendo a primeira a ter seu pagamento interrompido; esta opção se dá ante a proteção desmedida realizada ao direito de educação pelo dispositivo atacado.

Tal garantia realizada com os bens particulares vem sendo ameaçada, ano após ano, com o fechamento de diversas escolas particulares endividadas no país, escolas tradicionais

que são obrigadas a manter o contrato de prestação educacional em face da ineficiência do dever do Estado em assegurar a educação, esta realidade factual retrata que a restrição aos direitos fundamentais contrapostos não é a menor.zil

3 – O benefício logrado com a restrição a um interesse tem de compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico – Isto implica afirmar que o benefício (garantia de educação) realizado deve ser maior, ou mesmo compensar, o grau de sacrifício imposto, o que efetiva não é uma realidade, pois a empresa-escola, em face da garantia realizada, deve ter o poder para financiar os custos da atividade, diga-se a fundo perdido, diante da característica que o crédito havido assume. Neste diapasão a falta de recursos para financiamento e cumprimento da determinação legal, que impossibilita inclusive o fechamento de determinado segmento educacional, sob pena de responder por danos causados, leva a empresa-escola a optar em pagar salários, despesas de custeios e não pagar os tributos inerentes à atividade, resultando no risco de liberdade, com diversos processos impetrados por crimes tributários.

Em resumo, o comando descrito no §1º do artigo 6º da Lei n.º 9.870/99, ao determinar a manutenção do serviço por um período determinado, retira as liberdades de decidir, gerir e de agir da livre iniciativa na gestão da empresa particular, comprometendo a liberdade de ir e vir do empresário quando limita o direito deste de rescindir o contrato com o inadimplente, contrato este estabelecido de forma espontânea pelas partes envolvidas. Na realidade, a limitação, imposta pelo dispositivo, torna-se um verdadeiro sacrifício de direito, quando se verifica o endividamento da pessoa jurídica, obrigada a financiar os estudos de uma pessoa por força de lei. Subsidiariamente, verifica-se o arrolamento da pessoa física gestora, nas ações que surgem visando cobrar dívidas tributárias e trabalhistas. Neste sentido, os patrimônios da pessoa jurídica e do sócio particular envolvidos na prestação do serviço sofrem agressões com penhoras. A regra do dispositivo atacado, na realidade, é uma requisição indireta do Estado e de nada adianta uma garantia de cobrar créditos havidos por força de lei se a própria lei garante ao empresário um crédito havido de quem não pode pagar.

Assim, não pode um dispositivo infraconstitucional, mesmo que traga uma suposta garantia de direitos, recebimentos de créditos por meio próprio, se sobrepor às garantias constitucionais. O Empresário deve ter preservado a liberdade de contratar com quem quer que seja; o empresário deve ter preservado as demais liberdades de gerir e decidir e, por fim, deve ter garantido o direito sobre seu patrimônio. As limitações que estas garantias devem

sofrer são aquelas descritas na Constituição ou, quando muito, nos limites impostos ao legislador pela Norma Mãe.

Por tais considerações, julgamos que a regra deve ser atacada pelo controle difuso ou concentrado, obrigando o judiciário a se pronunciar sobre os direitos fundamentais individuais e sociais relegados em detrimento de poucos.

Ensino e liberdade à iniciativa privada: TRF – "O Pleno deste Tribunal, a Arguição de Inconstitucionalidade na MAS 2439/RN, considerou inconstitucional qualquer intervenção estatal junto às entidades particulares de ensino, à exceção das constantes no art. 209, I e II, da Carta Magna vigente" (TRF – 5ª Região – 2ª T. – apelação em MS nº 91.05.02585/CE – Rel. Juiz Petrucio Ferreira, Diário da Justiça, Seção II, 18 nov. 1991, p.29039).

TRT-PR-30-01-2007 PROFESSOR x DISPENSA-NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO-LIBERDADE DE CÁTEDRA x PROTEÇÃO AO EMPREGO-FUNÇÃO PÚBLICA DELEGADA A PARTICULARES-PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO-A Constituição Federal assegura a liberdade de cátedra, princípio constitucional expresso e disposto no artigo 206, inciso II da Lei Fundamental. Neste diapasão, se a própria Lei Maior garante ao professor "liberdade de cátedra" e "valorização ao seu trabalho", bem como estabelece que a iniciativa privada deve obedecer às normas gerais da educação nacional, podemos concluir que o professor universitário faz parte de uma casta especial de trabalhadores, principalmente em razão de sua importante função social. TRT-PR-21276-2004-016-09-00-0-ACO-02215-2007 - 2A. TURMA Relator: ANA CAROLINA ZAINA Publicado no DJPR em 30-01-2007.

Pérez Luño apresenta uma definição completa sobre os direitos fundamentais do homem, considerando-o um conjunto de faculdades e instituições que, em cada

momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humana, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos nacional e internacional. Moraes, de Alexandre Constituição do Brasil Interpretada p. 163.

---

## Notas

Ensino e liberdade à iniciativa privada: TRF – "O Pleno deste Tribunal, a Arguição de Inconstitucionalidade na MAS 2439/RN, considerou inconstitucional qualquer intervenção estatal junto às entidades particulares de ensino, à exceção das constantes no art. 209, I e II, da Carta Magna vigente" (TRF – 5ª Região – 2ª T. – apelação em MS nº 91.05.02585/CE – Rel. Juiz Petrucio Ferreira, Diário da Justiça, Seção II, 18 nov. 1991, p.29039).

TRT-PR-30-01-2007 PROFESSOR x DISPENSA-NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO-LIBERDADE DE CÁTEDRA x PROTEÇÃO AO EMPREGO-FUNÇÃO PÚBLICA DELEGADA A PARTICULARES-PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO-A Constituição Federal assegura a liberdade de cátedra, princípio constitucional expresso e disposto no artigo 206, inciso II da Lei Fundamental. Neste diapasão, se a própria Lei Maior garante ao professor "liberdade de cátedra" e "valorização ao seu trabalho", bem como estabelece que a iniciativa privada deve obedecer às normas gerais da educação nacional, podemos concluir que o professor universitário faz parte de uma casta especial de trabalhadores, principalmente em razão de sua importante função social. TRT-PR-21276-2004-016-09-00-0-ACO-02215-2007 - 2A. TURMA Relator: ANA CAROLINA ZAINA Publicado no DJPR em 30-01-2007.

Pérez Luño apresenta uma definição completa sobre os direitos fundamentais do homem, considerando-o um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humana, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos nacional e internacional. Moraes, de Alexandre Constituição do Brasil Interpretada p. 163.

Moraes, de Alexandre Constituição do Brasil Interpretada, 4ª ed., Jurídico Atlas. p. 167.

Carta Imperial – 1824 – art. 179, XXII. E"garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indennisado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação.

CF. 1891 – 72 - ....

§ 11 - A casa é o asilo inviolável do indivíduo; ninguém pode aí penetrar de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir as vítimas de crimes ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos na lei.

....

§ 17 - O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia.

.....

§ 24 - É garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial.

§ 25 - Os inventos industriais pertencerão aos seus autores, aos quais ficará garantido por lei um privilégio temporário, ou será concedido pelo Congresso um prêmio razoável quando haja conveniência de vulgarizar o invento.

§ 26 - Aos autores de obras literárias e artísticas é garantido o direito exclusivo de reproduzi-las, pela imprensa ou por qualquer outro processo mecânico. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei determinar.

§ 27 - A lei assegurará também a propriedade das marcas de fábrica.

"CF. 1934 - art. 115 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica".g.n.

CF. 1934 - Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á subsistência, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes:

(....)

17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou colectivo, na fórmula que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou commoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito a indenização ulterior.

Art. 5 - Consideram-se casos de utilidade pública:

a segurança nacional; b) a defesa do Estado; c) o socorro público em caso de calamidade; d) a salubridade pública; e) a criação e melhoramento de centros de população, seu abastecimento regular de meios de subsistência; f) o aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica; g) a assistência pública, as obras de higiene e decoração, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais; h) a exploração ou a conservação dos serviços públicos; i) a abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros públicos; a execução de planos de urbanização; o parcelamento do solo, com ou sem edificação, para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética; a construção ou ampliação de distritos industriais; (Inciso com a redação dada pela Lei nº 9.785, de 29.01.99 - DOU 01.02.99). j) o funcionamento dos meios de transporte coletivo; k) a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza; l) a preservação e a conservação adequada de arquivos, documentos e outros bens móveis de valor histórico ou artístico; m) a construção de edifícios públicos, monumentos comemorativos e cemitérios; n) a criação de estádios, aeródromos ou campos de pouso para aeronaves; o) a reedição ou divulgação de obra ou invento de natureza científica, artística ou literária; p) os demais casos previstos por leis especiais.



"CF. 1946 - Art 147 - O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos".

§ 3º É vedada a desapropriação, pelos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios de ações, cotas e direitos representativos do capital de instituições e empresas cujo funcionamento dependa de autorização do Governo Federal e se subordine à sua fiscalização, salvo mediante prévia autorização, por decreto do Presidente da República.

"Art. 5.º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIX - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nessa Constituição;

XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento.

Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

II - propriedade privada;

(...)

III - função social da propriedade;

Enunciado Aprovado na III Jornada de Direito Civil do - CEJ da CJF

Enunciado nº 210: - O patrimônio especial a que se refere o art. 988 é aquele afetado ao exercício da atividade, garantidor de terceiro, e de titularidade dos sócios em comum, em face da ausência de personalidade jurídica.

Na verdade, ao menos nas doutrinas alemã, espanhola, italiana e argentina de Direito Administrativo, a denominação poder de polícia, de emprego anteriormente corrente, foi sendo substituída por expressões como Administração Interventora ou Administração Ordenadora. Essas designações são, hoje, preferidas nos manuais daqueles países para identificar as inúmeras formas pelas quais a Administração encontra-se habilitada a incidir sobre a esfera individual dos cidadãos. A decadência e a substituição da designação poder de polícia naqueles países há de ser atribuída ao teor de autoritarismo com que tal expressão acabou impregnada ao longo do tempo, além do aspecto da confusão semântica que suscita à vista das outras formas de polícia estatal previstas no ordenamento jurídico. No direito brasileiro, contudo, segue amplamente aceita, sem maior questionamento, a expressão poder de polícia administrativa que, inclusive, tem acolhida no direito positivo, v.g. art. 78 do CTN. No direito francês, até onde se pôde constatar, também permanece a designação de polícia administrativa.

TÁCITO, Caio. O Poder de Polícia e seus Limites. Revista de Direito Administrativo, vol. 197 , p. 8.

Em oposição aos atos gravosos, estariam os atos ampliadores da esfera jurídica dos cidadãos — os atos favoráveis —, como, por exemplo, as concessões, as subvenções e os subsídios, que, genericamente, constituem a atividade de fomento da Administração Pública, não se confundindo com o exercício do poder de polícia de que ora se trata. Sobre o tema, confira-se CASSAGNE, Juan Carlos. La Intervención Administrativa. 2. ed., atual. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p.67-8. Veja-se, também, SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso de. Principios de Derecho Administrativo. Ob. cit., vol. 2, p.279.

PARADA VÁZQUEZ, J. Ramón. Derecho Administrativo. Ob. cit., vol. 1, p. 411-12.

Na verdade, E. GARCÍA DE ENTERRÍA repudia a aplicação da idéia de polícia administrativa, que entende ser arcaica, e busca estabelecer um sentido mais amplo de atividade ordenadora ou interventora da Administração Pública, "não no sentido de ordem pública, mas no genérico da ordenação das atividades privadas", no que, então, se contrapõe ao de atividade prestacional. Por isso, partindo dessa ótica mais ampla da atividade administrativa ordenadora, o autor inclui ainda na tipologia elaborada, além daquelas citadas, outras quatro formas de intervenção pública na esfera privada: os sacrifícios das situações de mero interesse (que não configuram direitos subjetivos), as prestações forçadas (pessoais e reais, em especial as tributárias), a imposição de deveres e a imposição de sanções. Todavia, considerando que tais modalidades desbordam daquelas que a doutrina tradicionalmente inclui como sendo expressões do exercício do poder de polícia administrativa, delas não se ocupará o presente estudo. Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramon. Curso de Derecho Administrativo. 9. ed. Madrid: Civitas, 1999, vol. 2, p. 102-104.

Curso de Derecho Administrativo. Ob. cit., p. 105-6 (tradução do original). No mesmo sentido, a definição apresentada por J. C. CASSAGNE: "as atuações cuja incidência não afeta substancialmente o direito subjetivo do particular nem sua capacidade jurídica, mas atua com exclusividade sobre as condições inerentes ao exercício do direito, sem alterar seu conteúdo normal". La Intervención Administrativa. Ob. cit., p.73.

Procuradora do Estado do Rio de Janeiro. Professora de Direito Administrativo

Condicionamentos e Sacrifícios de Direitos – Distinções. Revista Trimestral de Direito Público, vol. 4, p. 79-83. 11

Condicionamentos e Sacrifícios de Direitos – Distinções. Cit., p. 80-1.

Principios de Derecho Administrativo. Ob. cit., vol. 2, p. 282.

Cf., por todos, MEIRELLES, Hely Lopes. Tombamento e Indenização. Cit., p. 4-5: "Toda vez que o poder público, direta ou indiretamente, produz total esvaziamento econômico da propriedade ou reduz substancialmente o valor do bem tombado, fica obrigado a reparar o prejuízo. Não se trata aqui de simples limitação administrativa, mas sim de interdição da propriedade ou de desvalorização sensível de sua utilidade, aviltando o seu valor econômico"; e BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Tombamento e Dever de Indenizar. Cit., p. 66: "Por isso, (salvo quando possuírem caráter sancionador), se (as limitações à propriedade) causarem prejuízo patrimonial, impõem indenização ao lesado, nada obstante sejam, sob esta condição indenizatória, confortadas pelo direito (...) Encartam-se na categoria tipológica denominada "sacrifícios de direito", realidade conceitual visceralmente distinta das limitações à propriedade."

Cf. Carlos Ari SUNDFELD. Condicionamentos e Sacrifícios de Direitos – Distinções. Cit., p.82.

CF. Art. 1 - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

.....

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Moraes. Alexandre. Constituição do Brasil Interpretada. Ed. Atlas. 2004. p. 130.

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DISTRIBUIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS. TRR. REGULAMENTAÇÃO DL 395/38. RECEPÇÃO. PORTARIA MINISTERIAL. VALIDADE. 1. O exercício de qualquer atividade econômica pressupõe o atendimento aos requisitos legais e às limitações impostas pela Administração no regular exercício de seu poder de polícia, principalmente quando se trata de distribuição de combustíveis, setor essencial para a economia moderna. 2. O princípio da livre iniciativa não pode ser invocado para afastar regras de regulamentação do mercado e de defesa do consumidor. 2. O DL 395/38 foi editado em conformidade com o art. 180 da CF de 1937 e, na inexistência da lei prevista no art. 238 da Carta de 1988, apresentava-se como diploma plenamente válido para regular o setor de combustíveis. Precedentes: RE 252.913 e RE 229.440. 3. A Portaria 62/95 do Ministério de Minas e Energia, que limitou a atividade do transportador-revendedor-retalhista, foi legitimamente editada no exercício de atribuição conferida pelo DL 395/38 e não ofendeu o disposto no art. 170, parágrafo único, da Constituição. 4. Recurso extraordinário conhecido e provido. DJ 05/08/05)

CF. Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

A educação, direito de todos e dever do Estado e da família (artigo 205, da Constituição Federal) constitui-se em direito subjetivo público, mas não estabelece o direito à gratuidade àqueles alunos freqüentadores de escolas privadas, nas quais vigora o princípio da livre concorrência e da aferição de lucros pelo empresário.

Não se equipara a atividade empresarial privada ao da escola pública. Deve o educador privado submeter-se ao ordenamento legislativo para que os cursos que ministra tenham validade jurídica (artigo 209, I, da Carta Magna), mediante a fiscalização dos departamentos de ensino subordinados ao Ministério da Educação e Cultura ou das Secretarias Estaduais.

Portanto, a normatividade da área de ensino há de ser observada pelo agente privado na área educacional.

Apenas, a apelada é que não satisfaz a sua parte. Se, nos contratos bilaterais nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro, nos termos do artigo 1092, do Código Civil, com maior razão, não pode exigir a renovação do contrato, quando nem o anterior cumpriu.

Ora, a legislação atual rege que, mostrando-se o aluno em estado de inadimplência, não pode a instituição de ensino suspender as provas escolares, nem reter documentos escolares, inclusive os de transferência, ou aplicar penalidades pedagógicas.

É o conteúdo do artigo 6 da Medida Provisória 1447.32, 41 e 42, de 1997, que não mais contempla a impossibilidade de indeferimento de renovação de matrícula, como o fazia em sua redação original.

que significa que não há no campo do Direito amparo legal para que o aluno tenha assegurado seu direito de matrícula se em débito com as mensalidades escolares.

À evidência, seria odioso impor-se a uma das partes estabelecer um contrato com contumaz inadimplente. Pelo exposto, dou provimento aos recursos, a fim de denegar a

segurança, revogada a medida liminar. Custas pela impetrante, sem honorários advocatícios.

juízo teve a participação dos Desembargadores Climaco de Godoy (Presidente, sem voto), Nelson Schiesari e Brenno Marcondes. São Paulo, 19 de agosto de 1999. Soares Lima Relator (Fonte: RNDJ nº 0)

CF. 5 XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

CF. 5º XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

32"O Tribunal concedeu mandado de segurança impetrado contra o Decreto Presidencial 5.392/2005, que declara estado de calamidade pública do setor hospitalar do Sistema Único de Saúde–SUS no Município do Rio de Janeiro, e, dentre outras determinações, autoriza, nos termos do inciso XIII do art. 15 da Lei 8.080/90, a requisição, pelo Ministro da Saúde, dos bens, serviços e servidores afetos a hospitais daquele Município ou sob sua gestão (...). O Min. Joaquim Barbosa, relator, entendeu ser nulo o ato presidencial impugnado ante a insuficiência de motivação expressa, porquanto ausente qualquer alusão aos motivos de fato ou de direito determinantes de sua prática. Ressaltou, ainda, a possibilidade de a requisição incidir sobre bens públicos, sem a necessidade da decretação do estado de defesa, por ser ela instituto que visa fornecer alternativas à administração para solução de problemas em casos de eminente perigo público. O Min. Carlos Britto divergiu em parte do relator. Considerou tratar-se, na espécie, não de requisição, mas de intervenção federal no município, não admitida pela Constituição Federal, com apossamento de bens, serviços, servidores e recursos públicos municipais, pela União, fora dos parâmetros do estado de defesa e do estado de sítio (CF, arts. 136 e 137 e ss., respectivamente). Concluiu, dessa forma, ter sido o município em questão desafetado de serviço que lhe é próprio, por destinação constitucional, já que a saúde pública é área de atuação de toda pessoa federada, correspondendo a um condomínio funcional, nos termos do art. 196, da CF." (MS 25.295, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 20-4-05, Informativo 384). Afastou, ainda, a viabilidade de requisição de bens públicos na forma preconizada pelo inciso XIII do art. 15 da Lei 8.080/90, haja vista tal dispositivo estar relacionado ao art. 5º, XXV, da CF, que prevê que a requisição de uso temporário

apenas incide sobre bens particulares. Reconhecendo a nulidade do ato por falta de motivação e o caráter interventivo do mesmo, concedeu a ordem o Min. Cezar Peluso. Acrescentou que a requisição como tal pressupõe que o bem requisitado tenha destinação natural diversa daquela prevista na Constituição, qual seja, atender a iminente perigo público, o que não teria sido observado no caso, e, ainda, o fato de a própria lei invocada como suporte da requisição impedir que se extravasasse o âmbito administrativo de cada unidade federada. Na linha dos dois últimos votos, decidiram os Ministros Gilmar Mendes e Ellen Gracie. Perfilharam, ainda, a conclusão quanto ao caráter interventivo do ato impugnado os Ministros Carlos Velloso e Celso de Mello. O Min. Marco Aurélio adotou o entendimento da nulidade do decreto por ausência de fundamentação. O Min. Sepúlveda Pertence acompanhou os votos dos Ministros Carlos Britto e Cezar Peluso no que respeita à tese da intervenção, deixando, no entanto, de considerar o vício apontado pelo relator quanto à falta de motivação do ato porque estranho à causa de pedir. O Min. Nelson Jobim, Presidente, por fim, seguindo a maioria formada reconhecendo a nulidade do ato por falta de fundamentação, apontou restrição quanto à amplitude do seu voto no sentido de - tendo em conta ser da competência comum da União, Estados, DF e Municípios a função de cuidar da saúde e da assistência pública (CF, art. 23, II), e diante de determinadas circunstâncias, como a da negativa absoluta da prestação do serviço pela unidade federada - não se caminhar para a intervenção, mas para o cumprimento daquela obrigação constitucional, a fim de se evitar que o conflito federativo implique prejuízo aos cidadãos. Ordem deferida para restabelecer a administração e a gestão, por parte do Município do Rio de Janeiro, dos hospitais municipais Souza Aguiar e Miguel Couto; a administração dos servidores municipais lotados nestes dois hospitais municipais; a manutenção dos serviços públicos de saúde nestes dois hospitais municipais; bem como vedar à União a pretensão de utilizar os servidores municipais, os bens e serviços contratados pelo município impetrante nos outros quatro hospitais, nos termos dos votos respectivos de cada um de seus ministros.

\* Advogado. Pós graduado em Direito Tributário. Especialista em Direito Educacional. Diretor Presidente da Ricardo Furtado Advogados Associados. Diretor Superintendente do Instituto Brasileiro de Estudos em Educação. Membro do Instituto Brasileiro dos Advogados do Brasil. Conselheiro da Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (Confenen). Conselheiro jurídico da Associação Comercial do Rio de Janeiro. Delegado da OAB/RJ.

Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12455>

Acesso em: 24 mar. 2009.