

A não vinculação constitucional de receitas públicas para educação como ato de improbidade administrativa

*Ivana Mussi Gabriel **

Sumário: 1 Introdução. 2 Improbidade como imoralidade administrativa qualificada. 3 Educação: norma definidora de direitos. 4 Vinculação de receitas públicas para educação. 5 Ato de improbidade administrativa ofensivo aos princípios da Administração Pública. 6 A não vinculação constitucional de receitas públicas para educação como ato de improbidade administrativa. 7. Conclusão. Referências.

Resumo: A não vinculação constitucional de receitas na manutenção e desenvolvimento do ensino, nos termos do artigo 212 da Constituição de 1988, lesiona o direito fundamental à educação, exigindo responsabilização do chefe do Poder Executivo pela má gestão da coisa pública. Trata-se de comportamento proibido, desonesto, de imoralidade qualificada, que configura ato de improbidade administrativa, previsto no artigo 11 da Lei 8.429/92 por ofender os princípios da legalidade e moralidade da Administração Pública. Embora a maioria da doutrina e jurisprudência exija, para fins de penalização, comprovação da conduta devassa do agente público e do elemento subjetivo, entende-se que a falta de emprego de recursos no ensino ou aplicação de forma inferior aos percentuais impostos pela norma constitucional é, de forma incontestada, conduta relacionada

* Formada na Universidade Estadual Paulista (UNESP), ex-técnica de controle externo do Tribunal de Contas de Minas Gerais, professora universitária, advogada, especialista em Direito Tributário pelo IBET, mestre em Direito Constitucional pela ITE/Bauru e autora dos livros: *Direito Financeiro e Direito Administrativo para Concursos Públicos*.

A não vinculação constitucional de receitas públicas para educação como ato de improbidade administrativa

à desonestidade, por violar o direito fundamental à educação e, portanto, ato de improbidade administrativa com presumível dolo administrativo.

Palavras-chave: Improbidade administrativa. Educação.

1 Introdução

Conta-se que, na Grécia Antiga, havia um filósofo de atitudes incomuns, que morava num tonel, tinha como pertences apenas uma túnica e um cajado e andava pelas ruas de Atenas, em plena luz do dia, com uma lanterna acesa, à procura de um homem honesto.

A Lanterna de Diógenes, que contestou as normas e convenções da sociedade clássica, convida todos, no século XXI, a fazer o mesmo: enxergar a realidade tal como é, sem mistificações ou enganos e refletir a respeito da falta de homens comprometidos com a moralidade. Afinal, não são poucas as revelações rotineiras das manhas e artimanhas de agentes políticos corruptos, que sabotam preceitos constitucionais reveladores de direitos fundamentais, ofendem o patrimônio público, numa atitude condenável que não pode mais prosperar.

De acordo com a moralidade administrativa, os gestores públicos, no exercício de suas atividades administrativas, devem agir com honestidade de propósitos, honradez, probidade, retidão, justiça, caráter, boa-fé, seguindo regras de boa-conduta, de zelo à coisa pública, sem aproveitar-se das facilidades decorrentes do exercício da função administrativa em proveito próprio ou de outrem.

Há, portanto, um dever de probidade, de ética pública¹, de compromisso com as regras internas de boa administração, que devem ser observados por todos aqueles que integram a estrutura da Administração Pública. Já dizia Maurice Hauriou², “a moralidade administrativa é o conjunto de regras de conduta extraída da disciplina interior da Administração”.

O artigo 212 da Constituição Federal de 1988, que vincula percentual mínimo de receitas de impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino, constitui norma cogente, de suporte a importante direito fundamental social, a educação. O não cumprimento por parte do chefe do Poder Executivo desse mandamento constitucional traduz comportamento proibido, desonesto, de imoralidade qualificada, que configura ato de improbidade administrativa previsto no artigo 11 da Lei 8.429/92, por ofender os princípios da legalidade e moralidade da Administração Pública.

O presente trabalho busca resgatar a fome de honestidade de Diógenes, desafiando toda a sociedade a acender a sua lâmpada e a reconhecer, nesse momento, a importância de revalidar os valores morais, no sentido de responsabilizar por improbidade administrativa o chefe do Poder Executivo, que se vale da função pública para, num desvio de caráter, usurpar o direito fundamental à educação, porque evidente, nesse caso, o dolo administrativo.

¹ A respeito do dever de ética pública, Roberto Dromi relaciona-o com a dignidade em atuar de seus empregados e funcionários públicos, principalmente no que concerne ao emprego dos fundos, do patrimônio e dos procedimentos de atuação e decisão governativos (DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. 5. ed. B.Aires: Ciudad Argentina, 1996. p.384).

² HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*. 10. ed. Paris: Sirey, 1921. p. 424.

A não vinculação constitucional de receitas públicas para educação como ato de improbidade administrativa

2 Improbidade como imoralidade administrativa qualificada

Diferente dos textos constitucionais anteriores, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o princípio da moralidade administrativa foi incluído, expressamente, no artigo 37, *caput*, e o §4º estabeleceu, de forma mais severa, as sanções constitucionais mínimas para o ato de improbidade administrativa, sendo, posteriormente, regulamentado pela Lei 8.429/92³, denominada Lei de Improbidade Administrativa.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte;

§ 4º. Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

A respeito da importância da Constituição da República vigente, assevera Pedro Decomain:

³ A Lei 8429/92 originou-se de um anteprojeto elaborado pelo ex-ministro da Justiça, Jarbas Passarinho, ao Presidente da República, Fernando Collor (90-92), em razão dos discursos presidenciais pré-eleitorais de combate aos marajás. A referida lei, nos artigos 2º e 3º, faz alusão a agentes públicos, ou seja, às pessoas que podem incorrer na prática de ato de improbidade administrativa, considerando, em síntese, todas as pessoas físicas que exercem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, função pública e os *extraneus*, particulares que concorrem, induzem ou se beneficiam do ato de improbidade administrativa. Como se verifica, não é preciso ser servidor público com vínculo empregatício para enquadrar-se como sujeito ativo de improbidade administrativa.

Sem embargo, a diferença entre as Constituições de 1946 e 1967, Emenda Constitucional n.1, de 1969, inclusa, e a Constituição Federal de 1988, é bastante significativa. As de 1946 e 1967 cuidavam de seqüestro e perda de bens, além de ressarcimento de danos ao Erário, mas não se serviam da expressão “improbidade administrativa”. Ademais, nenhuma delas fazia referência a perda do cargo ou suspensão de direitos políticos, como sanções possíveis de incidência em relação a quantos causassem deliberado dano ao Erário⁴.

Não é demais ressaltar que dispositivos da Constituição Federal de 1988, como artigo 37, *caput* e §4º, fazem alusão à moralidade administrativa e probidade administrativa. Existe, contudo, diferença nessas expressões?

Entende-se que a moralidade administrativa constitui gênero da qual a probidade é espécie.

Na Lei 8.429/92, há uma ofensa à moralidade administrativa na sua forma qualificada, por revelar uma postura desonesta do agente público perante o aparato administrativo. Afinal, o propósito da lei de improbidade administrativa é voltar-se contra a conduta do agente público desonesto.

No sentido de que a probidade está exclusivamente ligada ao aspecto da conduta do administrador, esclarece Marcelo Figueiredo:

[...] o princípio da moralidade administrativa é de alcance maior, é conceito mais genérico, a determinar a todos os “poderes” e funções do Estado, atuação conforme o padrão jurídico da moral, da boa-fé, da lealdade, da honestidade. Já, a probidade, que alhures denominamos de “moralidade administrativa qualificada”, volta-se a particular aspecto da moralidade administrativa. Parece-nos que a probidade está *exclusivamente vinculada ao aspecto da conduta (do ilícito) do administrador*. Assim, em termos

⁴ DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007. p. 20.

A não vinculação constitucional de receitas públicas para educação como ato de improbidade administrativa

gerais, diríamos que viola a probidade o agente público que em suas ordinárias tarefas e deveres (em seu agir) atrita os denominados “tipos” legais. A probidade, desse modo, seria o aspecto “pessoal-funcional” da moralidade administrativa. Nota-se de pronto substancial diferença. Dado agente pode violar a moralidade administrativa e nem por isso violará necessariamente a probidade, se na análise de sua conduta não houver a previsão legal tida por ato de improbidade⁵.

José Afonso da Silva corrobora nos seguintes termos:

A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu atenção especial da Constituição que pune o ímprobo com suspensão de direitos políticos (art. 37, §4º). [...] Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou outrem⁶.

Para o Supremo Tribunal Federal⁷, “a probidade administrativa é o mais importante conteúdo da moralidade administrativa, donde o modo particularmente severo como a Constituição reage à violação dela”.

Segundo a doutrina de Mauro Roberto Gomes de Mattos⁸, na improbidade administrativa,

⁵ FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*. comentários à lei 8.429/92 e legislação complementar. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 46.

⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.669.

⁷ Vide AP 409, rel. Min. Ayres Britto, DJE 1º jul. 2010.

⁸ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa*: comentários à lei nº 8429/92. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 31.

o agente público pratica ato comissivo ou omissivo com devassidão (imoralidade), por meio de uma conduta consciente e dolosa. É a prática de ato lesivo ao erário ou que demonstre uma imoralidade qualificada.

Fábio Medina Osório⁹ relaciona a improbidade administrativa com a “dimensão subjetiva da imoralidade”, qual seja, de “censura ética e de valorização de comportamentos proibidos”.

Pode-se dizer, então, que ímprobo é o agente público que se comporta em desacordo com a moralidade administrativa. Improbidade, por sua vez, é a imoralidade administrativa qualificada, em razão do comportamento proibido, desonesto e devasso do agente público.

Aristides Junqueira Alvarenga¹⁰ explica que

essa qualificação da imoralidade administrativa aproxima a improbidade do conceito de crime, não tanto pelo resultado, mas principalmente pela conduta, cuja índole de desonestidade manifesta a devassidão do agente.

A Lei 8.429/92, que visa proteger o patrimônio público, determina, nos artigos 9º, 10 e 11, as modalidades de atos de improbidade administrativa: enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou infração aos princípios da Administração Pública. Há, portanto, uma classificação tripartite dos atos de improbidade administrativa. Daí descrever atos de improbidade administrativa como os

⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 152.

¹⁰ ALVARENGA, Aristides Junqueira. Reflexões sobre a improbidade administrativa no direito brasileiro. *In: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo (org). Improbidade administrativa – questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001. p.88.

A não vinculação constitucional de receitas públicas para educação como ato de improbidade administrativa

praticados por agentes públicos, com dolo ou culpa, no exercício de sua função administrativa, que importe em enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou infração aos princípios que norteiam a Administração Pública¹¹.

Na classificação tripartite dos atos de improbidade administrativa, o enriquecimento ilícito, previsto no artigo 9º da Lei 8429/92, consiste em obter, dolosamente, vantagem patrimonial indevida, em razão do exercício da função pública. O qualificativo patrimonial, para Edílson Nobre Júnior¹², impõe que se cuide de vantagem de cunho econômico, não se vislumbrando como ato de improbidade administrativa aquele do qual resultou vantagem não econômica. E indevida, por sua vez, é a vantagem que não encontra motivo hábil a justificá-la.

A lesão ao erário público, conforme disposto no artigo 10 da Lei 8.429/92, consiste em causar, dolosa ou culposamente, dano ao erário público, em razão do exercício da função pública. Erário público significa tesouro público, ou seja, dinheiro arrecadado pelo Estado no exercício de sua competência tributária ou outros bens ou valores de valor econômico do Estado.

No tocante à configuração da lesão ao erário, Edílson Nobre Júnior¹³ descreve condutas de que decorram perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens e entidades mencionadas no artigo 1º da Lei 8.429/92. A hipótese de dano moral somente poderá ser cogitada quando dos atos enumerados no artigo 11 da Lei 8429/92.

Por fim, a ofensa aos princípios da Administração

¹¹ GABRIEL, Ivana Mussi. *Direito administrativo*. São Paulo: Verbatim, 2010. p.35.

¹² NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Improbidade Administrativa: alguns aspectos controvertidos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 235, p.70, jan./mar. 2004.

¹³ Ibid, p. 70-71.

Pública, com previsão no artigo 11 da Lei 8.429/92, trata de tipo subsidiário ou de reserva, que incide apenas se não ocorrer enriquecimento ilícito ou lesão ao patrimônio público. Consiste em, dolosamente, violar os princípios da Administração Pública. A respeito do artigo 11 da Lei 8.429/92, arremata Edílson Nobre Júnior:

[...] relaciona como de improbidade administrativa atos atentórios aos princípios retores da Administração Pública. Consistem em ação ou omissão capazes de violar os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade das instituições, à medida que colidam com os postulados balizadores da Administração Pública, cuja enunciação consta do art. 37, caput, da Lei Máxima¹⁴.

Imperioso advertir que a mera inobservância do princípio da legalidade não tem o condão de configurar ato de improbidade administrativa previsto no artigo 11 da Lei 8.429/92 se não estiver acompanhado de desonestidade para com o aparato administrativo. Afinal, como visto alhures, a improbidade administrativa é uma imoralidade administrativa qualificada por punir o agente público desonesto.

2 Educação: norma definidora de direitos

A racionalidade, qualidade intrínseca da pessoa humana, é expressão da ação consciente do homem sobre as coisas e sobre si. Segundo Carlos Roberto Jamil Cury¹⁵, constitui a marca registrada do homem, que não se cristaliza no tempo, pois implica na produção de novos espaços de conhecimentos.

¹⁴ NOBRE JUNIOR, op cit., p.72.

¹⁵ CURY, Carlos Roberto Jamil. Direito à educação: direito à igualdade, direito à diferença. In: VEIGA, Cynthia Greive (Org.). *Carlos Roberto Jamil Cury: intelectual e educador*. Belo Horizonte: Autêntica, 2010, p. 117.

A não vinculação constitucional de receitas públicas para educação como ato de improbidade administrativa

Daí a necessidade de o Estado garantir, pela educação, essas “dimensões estruturais coexistentes na própria consistência do ser humano”, que o humaniza.

A educação consiste em direito fundamental social, incluída no rol do art. 6º e consagrada no artigo 205 da Constituição Federal de 1988, como direito de todos e dever do Estado e da família, promovida e incentivada com colaboração da sociedade, visando o pleno desenvolvimento de uma pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho.

Por direito fundamental social deve-se entender direito inerente ao homem, inserido na Constituição como norma constitucional. O direito à educação, portanto, não foi positivado na Constituição para ser formalmente reconhecido, mas para ser concretamente efetivado.

É que os preceitos constitucionais relativos ao direito à educação não são normas programáticas, mas normas definidoras de direitos. Nesse sentido, dispõe, expressamente, o artigo 205 (*A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho*) c/c §1º do artigo 208, da Constituição Federal de 1988 (*O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo*).

Para Andreas J. Krell,

Os Direitos Fundamentais Sociais à Educação não são normas “programáticas”, mas foram regulamentados através do estabelecimento expresso de deveres do Estado e, correspondentemente, de direitos subjetivos dos indivíduos. O Direito à Educação é definido como dever do Estado e da família (art. 205). O art. 208 especifica que este dever do Estado “será efetivado mediante a garantia de (...)”, enumerando, em seguida, uma série de metas ou objetivos a serem alcançados. O seu §1º diz

que o acesso ao ensino obrigatório é gratuito e um direito público subjetivo¹⁶.

Em defesa do direito à educação como norma definidora de direitos, assevera Vidal Serrano Nunes Júnior,

[...] a Constituição delimita, em tintas fortes, o propósito de gerar aos indivíduos uma prerrogativa subjetiva, imediatamente usufruível. Por isso, a própria Carta, desde logo, se dá pressa e literalmente atribui ao Estado o correlato dever de prestar a atividade necessária à concretização do direito atribuído. Note-se que nesta ocorrência existe uma clareza normativa sem igual: definiu-se a prerrogativa subjetiva, com identificação incontroversa de quem pode exercê-la, o objeto e quem possui o dever jurídico de prestá-lo, no caso, o Poder Público¹⁷.

Nos termos do disposto no artigo 205 da Constituição Federal de 1988, há uma obrigação constitucional ao Estado de criar condições objetivas para efetivação do direito à educação. Essa realização, contudo, não constitui uma opção política do governante, nem uma avaliação meramente discricionária da Administração Pública; ao contrário, trata-se de uma imposição do próprio texto constitucional, de caráter vinculante. Entre elas encontram-se a obrigatoriedade de recursos destinados à educação e a obrigação de um Plano Nacional de Educação, a fim de que tais recursos tenham destinação e acompanhamento adequados.

¹⁶ KRELL, Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 33.

¹⁷ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania social na constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009. p.123.

A não vinculação constitucional de receitas públicas para educação como ato de improbidade administrativa

Vale ressaltar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, no RE 594.018-AgR, a respeito da educação, a saber:

A educação é um direito fundamental e indisponível dos indivíduos. É dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício. Dever a ele imposto pelo preceito veiculado pelo artigo 205 da Constituição do Brasil. A omissão da administração importa afronta à Constituição (RE 594.018-AgR, Rel. Min. Eros Grau, DJE 7/8/2009).

Nesse sentido, pode-se afirmar que o Estado tem dever político-jurídico impostergável de promover, facilitar e oferecer educação a todos, indistintamente. Inclusive, possui dotação orçamentária para tanto, pois o ordenamento constitucional estabelece, expressamente, a vinculação de receitas orçamentárias para gastos específicos com a educação. É o que dispõe a norma impositiva do artigo 212 da Constituição de 1988, que será abordada em seguida.

4 Vinculação de receitas públicas para educação

Em matéria de educação, a vinculação de receitas orçamentárias, de acordo com Romualdo Portela Oliveira, consiste na “previsão, no texto constitucional, de uma alíquota mínima da receita de impostos a ser aplicada em educação¹⁸”.

Essa vinculação constitucional de receitas orçamentárias prioriza, aprimora e fortalece a educação escolar, no contexto das políticas públicas, garantindo a sua efetivação na medida

¹⁸ OLIVEIRA, Romualdo Portela de. O financiamento da educação. In: OLIVEIRA, Romualdo Portela de; ADRIÃO, Theresa (Org). *Gestão, financiamento e direito à educação: análise da Constituição Federal e da LDB*. 3. ed. São Paulo: Xamã, 2007. p. 89.

em que exige dos governantes a aplicação de um mínimo de recursos na educação independente de mudanças políticas.

Nos termos do artigo 212 da Constituição Federal de 1988, a

União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

A respeito da importância do dispositivo legal do artigo 212 para salvaguarda do direito à educação, Manoel Gonçalves Ferreira Filho realça:

No desiderato de garantir para o ensino recursos vultosos, o texto constitucional vincula parcela da arrecadação de impostos (e não de outros tributos), inclusive a transferência (de impostos) à manutenção e desenvolvimento do ensino. [...] A aplicação da parcela, prevista neste artigo, deve ser na manutenção, quer dizer, no custeio do ensino, ou no seu desenvolvimento, o que engloba a ampliação do sistema de ensino e o seu aprimoramento¹⁹.

O artigo 69 da LDB (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – Lei 9394/96) disciplina tal vinculação de forma mais detalhada:

Art. 69. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, ou o que consta nas respectivas Constituições ou Leis Orgânicas, da receita

¹⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. v. 4. Arts. 170-245. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 78-79.

A não vinculação constitucional de receitas públicas para educação como ato de improbidade administrativa

resultante de impostos, compreendidas as transferências constitucionais na manutenção e desenvolvimento do ensino público.

Vale dizer que os Estados do Rio Grande do Sul (artigo 202) e do Rio de Janeiro (artigo 314) ampliaram, nas suas Constituições estaduais, a alíquota para vinculação de recursos para educação para 35%, e os Estados do Piauí e de São Paulo (artigo 255), para 30%. A vinculação de recursos para educação na Lei Orgânica do Município de São Paulo, por exemplo, é de, no mínimo, 31% (artigo 208).

Qual o teor da expressão manutenção e desenvolvimento do ensino?

Diferente do artigo 156 da Constituição de 1934, que se valia da denominação manutenção e desenvolvimento dos sistemas educativos, a atual expressão “manutenção e desenvolvimento do ensino” aparece, pela primeira vez, no artigo 169 da Constituição de 1946 (*Anualmente, a União aplicará nunca menos de dez por cento, e os Estados e o Distrito Federal e os Municípios nunca menos de vinte por cento da renda resultante dos impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino*), mantendo-se no artigo 212 do texto constitucional vigente.

No conceito doutrinário de manutenção e desenvolvimento do ensino, como explica Motauri Cioccheti de Souza²⁰, por manutenção deve-se compreender a continuidade, a preservação, custeio da estrutura material e humana necessária ao funcionamento do sistema educativo e por desenvolvimento, o significado de evolução, ampliação, aprimoramento da estrutura, de oferta contínua de novas técnicas e metodologias destinadas à efetiva democratização do ensino e constante melhoria.

Há, contudo, um conceito legal de despesas em manutenção e desenvolvimento do ensino trazido pelo

²⁰ SOUZA, op. cit., p.140-141.

artigo 70 da LDB, considerando-as, de modo geral, como as realizadas para satisfação dos objetivos básicos das instituições educacionais, incluindo, num rol meramente taxativo, várias situações:

- I- remuneração e aperfeiçoamento do pessoal docente e demais profissionais da educação;
- II- aquisição, manutenção, construções e conservação das instalações e equipamentos necessários ao ensino;
- III- uso e manutenção de bens ou serviços vinculados ao ensino;
- IV- levantamentos estatísticos, estudos e pesquisas visando aperfeiçoamento da qualidade e expansão do ensino;
- V- realização de atividades-meio necessárias ao funcionamento dos sistemas de ensino;
- VI- concessão de bolsas de estudos a alunos de escolas públicas e privadas;
- VII- amortização e custeio de operações de crédito destinadas a atender ao disposto nos incisos deste artigo;
- VIII- aquisição de material didático-escolar e manutenção de programas de transporte escolar

O artigo 212, §4^o²¹ da Constituição de 1988 exclui, expressamente, da vinculação constitucional de recursos para manutenção e desenvolvimento do ensino, as despesas como os programas suplementares de alimentação e a assistência à saúde, sendo, pois, financiados por contribuições sociais ou outros recursos orçamentários. O artigo 71 da LDB, de forma exemplificativa, também exclui desse percentual algumas situações, como as despesas realizadas com escolas de governo (inciso III), asfaltamento de rua onde se situa escola (inciso V):

²¹ Os programas suplementares de alimentação e assistência à saúde previstos no art. 208, VII, serão financiados com recursos provenientes de contribuições sociais e outros recursos orçamentários.

A não vinculação constitucional de receitas públicas para educação como ato de improbidade administrativa

- I- pesquisa, quando não vinculada às instituições de ensino, ou, quando efetivada fora dos sistemas de ensino, que não vise, precipuamente, ao aprimoramento de sua qualidade ou a sua expansão;
- II- subvenção a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial, desportivo ou cultural;
- III- formação de quadros especiais para administração pública, sejam militares ou civis, inclusive diplomáticos;
- IV- programas suplementares de alimentação, assistência médico-odontológica, farmacêutica e psicológica, e outras de assistência social;
- V- obras de infra-estrutura, ainda que realizadas para beneficiar direta ou indiretamente a rede escolar;
- VI- pessoal docente e demais trabalhadores da educação, quando em desvio de função ou em atividade alheia à manutenção e desenvolvimento do ensino

Importante destacar a impropriedade do uso da expressão “vinculação” no artigo 212 da Constituição Federal de 1988.

O termo vinculação, do latim *vinculum*, quer dizer laço, liame, ligação ou elo. No sentido jurídico, significa também aliança, conexão entre duas ou mais coisas ou pessoas, tornando-as relacionadas. Dentro do sistema orçamentário e financeiro, vinculação de receitas refere-se às receitas que possuem uma destinação especificada. Para que haja vinculação, é importante estabelecer, na expressão de André Castro Carvalho²², um “elo normativo entre fonte e destino”.

Na vinculação não há preocupação com a obrigatoriedade no gasto *no mesmo exercício financeiro*. A receita legalmente vinculada a uma finalidade específica deve ser utilizada exclusivamente para atender essa finalidade específica, ainda que em diverso exercício financeiro. É o que dispõe o parágrafo único do artigo 8º da Lei de Responsabilidade Fiscal²³ (LC nº

²² CARVALHO, André Castro. *Vinculação de receitas públicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p.120. w

²³ Os recursos legalmente vinculados à finalidade específica serão utilizados exclusivamente para atender ao objeto de sua vinculação, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso.

101/2000). Vincula-se, portanto, a fonte ao seu destino. O que a vinculação não admite é a tredestinação, ou seja, o desvio de finalidade, a transmutação do fim, a destinação desconforme, que importe na alteração da predeterminação do gasto.

André Castro Carvalho apresenta exemplo interessante para elucidar a vinculação de receitas, nos seguintes termos:

[...] pode-se cogitar uma hipotética vinculação de 10% sobre receita de um tributo incidente sobre combustível e destinada a um fundo de fomento à infraestrutura: nesse caso, não há obrigatoriedade do gasto anual desses recursos. O ente federativo pode, por exemplo, decidir acumular o montante de verbas no fundo para daqui a dois anos construir um rodovia transnacional, ou, então, modernizar todos os aeroportos do País. Mas, para tanto, pode ser que precise auferir mais recursos que ultrapassem o exercício financeiro²⁴.

Normalmente, as vinculações de receitas se materializam nos Fundos Específicos. De acordo com artigo 71 da Lei 4.320/64, por Fundos Específicos deve-se entender receitas especificadas, criadas por lei, para realização de determinados objetivos ou serviços, como o FUNDEB (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação), regulamentado pela Lei 11.494/07. Afinal, conclui André Castro Carvalho²⁵, “como as vinculações têm seus propósitos predeterminados, os fundos são ferramentas úteis para operacionalizá-las”.

Contudo, o termo vinculação não se confunde com despesas obrigatórias. Nas despesas obrigatórias, como o próprio nome diz, há preocupação com a obrigatoriedade no gasto. Nos comandos constitucionais que estabelecem despesas obrigatórias, o ente federativo tem o encargo de *gastar o mínimo*

²⁴ CARVALHO, op. cit., p.120.

²⁵ Ibid., p.234.

A não vinculação constitucional de receitas públicas para educação como ato de improbidade administrativa

percentual de receita num exercício financeiro determinado. É o que se dá com as receitas de impostos remetidos obrigatoriamente à manutenção e desenvolvimento do ensino que, nos termos do artigo 212, estabelece para União o dever de aplicar, no mínimo, 18% e para os Estados, Distrito Federal e aos Municípios, 25%.

A respeito do critério diferenciador entre vinculação de receitas e despesas obrigatórias, André Castro Carvalho assevera:

[...] há, em nossa opinião, um critério diferencial que separa vinculação de receita de despesas obrigatórias. O fator preponderante é, justamente, a obrigatoriedade no gasto. A despesa obrigatória, conforme o próprio nome diz, obriga ao gasto no exercício financeiro, diferentemente da vinculação. Esta, por outro lado, apenas estabelece um elo normativo ente uma fonte e destino²⁶.

Embora a regra do artigo 212 da Constituição Federal de 1988 trate de despesas obrigatórias mínimas para educação e não, propriamente, de vinculação, porque há, na verdade, obrigatoriedade no gasto, o presente trabalho tratará como sinônimas, já que existe um propósito maior nessa regra que precisa ser revelado: a não vinculação ou destinação constitucional de recursos para educação ou desvio destes para outras áreas da administração implica em má-gestão pública, desonestidade funcional, imoralidade qualificada, que solapa o direito fundamental à educação, incorrendo em ato de improbidade administrativa.

²⁶ CARVALHO, op. cit., p.120.

5 Ato de improbidade administrativa ofensivo aos princípios da Administração Pública

O não cumprimento integral do artigo 212 da Constituição Federal de 1988, ou seja, o desvio dos recursos vinculados à educação ou a aplicação em níveis inferiores ao constitucionalmente determinado, poderá configurar ato de improbidade administrativa tipificado no artigo 11 da Lei 8.429/92, exigindo-se, para tanto, prova incontestável da conduta desonesta e do dolo do agente público, aplicando-se ao ímprobo as sanções legais cabíveis. Embora não haja enriquecimento ilícito, nem vantagem indevida, essa situação incorrerá em flagrante violação dos princípios da legalidade e da moralidade que regem a Administração Pública.

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa, que atenta contra os princípios da administração pública, qualquer ação ou omissão que viole os deveres de cumprimento da lei, honestidade, imparcialidade, lealdade às instituições e notadamente:

I– praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência;

II– retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III– revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV– negar publicidade aos atos oficiais;

V– frustrar licitude de concurso público;

VI– deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII– revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

A não vinculação constitucional de receitas públicas para educação como ato de improbidade administrativa

Como preconiza o artigo 11 da Lei 8.429/92, todo agente público que comportar-se em desacordo com os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade, estará incorrendo em ato de improbidade administrativa, porque tais valores estão relacionados com os princípios da Administração Pública. É o que explica Roberto Decomain:

De toda sorte aqueles valores ou coincidem diretamente com princípios constitucionais da Administração ou estão nitidamente compreendidos neles. A legalidade é expressamente referida no *caput* do artigo. A honestidade, ali também presente, é marca característica da quebra do princípio constitucional da impessoalidade. Por fim, a lealdade às instituições gravita também na órbita da moralidade administrativa. Quem é desleal para com a entidade estatal em nome da qual ou para a qual atua, agride a moralidade administrativa²⁷.

No mesmo sentido, dispõe Marcelo Figueiredo:

Infringe o dever de honestidade o agente que mantém conduta incompatível com a moralidade administrativa. Infringe o dever de imparcialidade aquele que atenta contra a impessoalidade [...]. Infringe a legalidade o agente que não age rigorosamente segundo a lei (sentido amplo) – administrar é aplicar a lei de ofício. Desleal é o agente que infringe um desdobramento do princípio da moralidade administrativa. Pode ser desleal de várias formas: revelando fatos ou situações reservadas ao âmbito da Administração (incisos III e VII), induzindo em erro, no exercício de suas atividades, as instituições a que serve²⁸.

²⁷ DECOMAIN, op. cit., p.142-143.

²⁸ FIGUEIREDO, op. cit., p.119.

Não obstante, nem todo ato comissivo ou omissivo cometido pelo agente público, que fere os princípios constitucionais da Administração Pública, será considerado improbidade administrativa. Para sê-lo, é necessário fazer prova da má-fé do servidor público, da sua conduta desonesta, no evidente propósito de lesionar o patrimônio público, pois a Lei 8.429/92 possui sanções severas que não devem ser aplicadas de forma arbitrária, sem prova detalhada da violação dos deveres de honestidade, imparcialidade legalidade e lealdade.

Para Marcelo Figueiredo, há uma impropriedade na literalidade do artigo 11 da Lei 8.429/92, pois nem sempre um ato contrário ao princípio da legalidade será imoral.

Deveras, novamente, a lei peca por excesso ao equipar o ato ilegal ao ato de improbidade administrativa; ou, por outra, o legislador, invertendo a dicção constitucional, acaba por dizer que ato de improbidade pode ser decodificado como toda e qualquer conduta atentória à legalidade, lealdade, imparcialidade etc. Como se fosse possível, de uma penada, equiparar coisas, valores e conceitos distintos. O resultado é o arbítrio. Em síntese, não pode o legislador dizer que tudo é improbidade²⁹.

Não é correto, portanto, reduzir a improbidade administrativa à mera violação do princípio da legalidade administrativa. Para alcançar a esfera de ato ímprobo enquadrado no artigo 11 da Lei 8.429/92, a conduta do agente público deve extrapolar o campo da mera ilegalidade administrativa. Exige-se um *plus*, um desvio de caráter, a má-fé, que constitui essência da imoralidade qualificada.

Marino Pazzaglini Filho³⁰ ressalta que a “ilegalidade não é sinônima de improbidade e a ocorrência daquela, por si só,

²⁹ FIGUEIREDO, op cit., p.117.

³⁰ PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada*. São Paulo: Atlas, 2002. p.102.

A não vinculação constitucional de receitas públicas para educação como ato de improbidade administrativa

não configura ato de improbidade administrativa”. Então, os atos ilegais que

não se revestem de inequívoca gravidade, que não ostentam indícios de desonestidade ou má-fé, que decorrem da inabilitação ou despreparo escusáveis do agente público, não configuram improbidade administrativa.

Para Mauro Roberto Gomes de Mattos,

[...] o ato administrativo que agride os princípios constitucionais (art. 11 da Lei nº 8429/92) deverá ser imoral, configurado por uma desonestidade intencional, desatrelada de peculiaridades pessoais negativas, como a inabilidade e o despreparo cultural do agente público, que não dão azo à ação de improbidade. O ato de improbidade administrativa transcende a ilegalidade do ato para penetrar se houve ou não boa-fé, quando da atuação pública, pois ela se presume, sendo certo que a má-fé terá que ser provada. [...] Assim, a prática de ato administrativo só adquire o *status* de ímprobo quando a conduta antijurídica ofende os princípios constitucionais que são direcionados para a Administração Pública, coadjuvados pela má-fé do agente público, através de um ato desonesto³¹.

Em contrapartida, Benedicto de Tolosa Filho preconiza que:

Os chamados atos falhos, ou seja, aqueles que embora colidam com os princípios da Administração Pública foram praticados com boa-fé e não lesionaram o patrimônio público ou ainda as falhas formais de pequeno significado podem ser relevados sob pena de invalidar a Administração, nem sempre confiada a agentes capazes e efetivamente treinados³².

³¹ MATTOS, op. cit., p.378-379.

³² TOLOSA FILHO, Benedicto. *Comentários à lei de improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 148-149.

Considera-se o artigo 11 da Lei 8.429/92 como tipo subsidiário ou de reserva, sendo aplicado somente quando não configurada as hipóteses de enriquecimento ilícito ou de lesão ao erário. Além disso, o referido dispositivo legal deve ser informado pela conduta desonesta e pelo elemento subjetivo consubstanciado, para maioria da doutrina, no dolo genérico do agente público, que requer vontade manifesta de realizar conduta contrária aos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade.

Vale lembrar que a responsabilidade por ato de improbidade administrativa é sempre subjetiva, dependendo, portanto, da presença do dolo na conduta do agente público.

Nas observações de Eurico Bitencourt Neto,

[...] pode inexistir resultado material danoso – enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário – e, ainda assim estar configurado ato de improbidade administrativa. Neste caso, também fundamental tenha havido dolo, já que a norma tem em vista é a desonestidade, a deslealdade, a má-fé do agente público para com os valores essenciais do sistema jurídico. A violação dos deveres fundamentais, para que cause dano ao patrimônio moral do Estado, deve ter consigo o comportamento desonesto do administrador público. Desonestidade pressupõe intenção³³.

A respeito do dolo genérico na conduta do agente público, o Superior Tribunal de Justiça dispõe que:

Ainda que se admita a necessidade de comprovação desse elemento subjetivo, forçoso reconhecer que o art. 11 não

³³ BITENCOURT NETO, Eurico. *Improbidade administrativa e violação de princípios*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.114.

A não vinculação constitucional de receitas públicas para educação como ato de improbidade administrativa

exige dolo específico, mas genérico: “vontade de realizar fato descrito na norma incriminadora”. Nessa linha, é desnecessário perquirir a existência de enriquecimento ilícito do administrador público ou o prejuízo ao Erário. O dolo está configurado pela manifesta vontade de realizar conduta contrária aos deveres de honestidade e legalidade, e aos princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade (REsp 765.212/AC, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 2 mar. 2010, acórdão pendente de publicação).

Pode-se concluir que, para configuração do disposto no artigo 11 da Lei 8.429/92, devem estar presentes, na expressão de Mauro Roberto Gomes de Mattos³⁴, os seguintes requisitos: ação ou omissão do agente público que viole princípios éticos (constitucionais) da Administração; comportamento funcional devasso, desonesto, de má-fé, caracterizado por um ato ilícito ou ilegal; dolo, caracterizado pela manifesta vontade omissiva ou comissiva de violar princípio constitucional regulador da Administração.

Na falta de qualquer desses requisitos, portanto, não há que se falar em ato de improbidade administrativa.

6 A não vinculação constitucional de receitas públicas para educação como ato de improbidade administrativa

O chefe do Poder Executivo que não observa o percentual mínimo de receitas na manutenção e desenvolvimento de ensino despreza norma cogente do artigo 212 da Constituição Federal de 1988 e viola, diretamente, o princípio da legalidade administrativa, que exige do administrador fiel execução à lei. Inegável que esse desvio de verbas acaba por lesionar, sobretudo, importante direito fundamental da pessoa humana:

³⁴ MATTOS, op. cit., p.376-377.

a educação.

Diante dessa conduta ilícita, estaria o mesmo cometendo ato de improbidade administrativa punível com as sanções severas do artigo 12 da Lei 8.429/92? Essa é uma questão polêmica.

Como exposto, a Lei 8.429/92, que regulamenta o §4º do artigo 37 do Texto Fundamental, foi criada com o propósito de punir exclusivamente o administrador desonesto. Por desonestidade deve-se entender o “desvio de conduta do agente público que, no exercício indevido de suas funções, afasta-se dos padrões éticos morais da sociedade³⁵”. O comportamento do agente público considerado ímprobo, que revela má-fé na gestão da coisa pública, deve, portanto, extrapolar o campo da ilegalidade administrativa.

Ora, quando o administrador público se omite do dever constitucional de aplicar recursos na educação ofende a legalidade e, sobretudo, a moralidade administrativa, que constituem princípios basilares da Administração Pública com previsão no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988. Consabido, a inobservância desses princípios constitucionais constitui ato de improbidade administrativa tipificado no artigo 11 da Lei 8.429/92.

Partindo-se do pressuposto de que a desonestidade funcional, que importa num comportamento devasso do administrador, constitui conduta dolosa sem a qual não há improbidade administrativa, para o presente trabalho está presumido o dolo do chefe do Poder Executivo que, com o desvio das receitas destinadas para educação, fere norma constitucional mandamental do artigo 212 e despreza direito inerente ao homem, fundamental, por se tratar de dolo administrativo, submetendo-o, incontestemente, às sanções severas do artigo 12 da Lei 8.429/92.

³⁵ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 2611.

A não vinculação constitucional de receitas públicas para educação como ato de improbidade administrativa

Não é demais afirmar, sempre que há violação aos direitos fundamentais tem-se configurado ato de improbidade administrativa.

Nesse sentido, Fábio Medina Osório³⁶ infirma que

toda improbidade pressupõe agressão aos direitos fundamentais, tanto se vier a expressar-se pela má-gestão pública em modalidades de corrupção, grave desonestidade funcional ou grave influência funcional, não importa.

O denominado dolo administrativo resta configurado sempre que o agente público vulnera, de modo intolerável, as normas constitucionais veiculadoras de proteção aos direitos fundamentais. Esse elemento subjetivo se perfaz acabado nas hipóteses de transgressão funcional, como aquela em que o chefe do Poder Executivo deixa de aplicar ou aplica insuficientemente percentual de receitas de impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino.

A respeito de dolo administrativo, dispõe Fábio Medina Osório:

Um administrador atua ou pode atuar, dolosamente quando, de modo deliberado, vulnera, porque quer vulnerar, normas legais para satisfazer fins ilícitos, sejam públicos ou privados. O estilo autoritário do administrador que atropela o Estado de Direito, eis aí algo que pode marcar o dolo administrativo. [...] Quando se percebem sinais de má-fé, ou de ignorância inescusável e grosseira, emergem sinais de atuação dolosa. Não se trata de dolo tradicional, uma intenção necessariamente ostensiva ou vinculada à perseguição de objetivos de enriquecimento ilícito. O dolo de que se cogita aqui é mais sutil, sofisticado, delineando posturas autoritárias, prepotentes, vingativas, rancorosas ou simplesmente

³⁶ OSÓRIO, op. cit., p.264.

estúpidas³⁷.

Contudo, nem toda jurisprudência de Tribunais Superiores corrobora desse mesmo entendimento.

Para o Superior Tribunal de Justiça, a não vinculação de receitas na educação só será considerada ato de improbidade capitulada no artigo 11 da Lei 8429/92 se configurada, com prova irrefutável, a conduta do agente e o dolo genérico, sob pena de descaracterizá-lo, como se depreende do seguinte ementário:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - LEIN. 8.429/92 - LESÃO A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS - AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO - NÃO CARACTERIZAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO - ATO DE IMPROBIDADE NÃO CONFIGURADO - REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA - SÚMULA 07/STJ.

1. Em relação à alegada violação do princípio da legalidade, a tese construída pelo recorrente, de que “a aplicação de recursos na educação em níveis inferiores ao constitucionalmente determinado” (fl. 369) configurou, por si só, ato de improbidade administrativa demandaria, na forma com apresentada, o revolvimento fático-probatório dos autos - procedimento vedado pelo enunciado sumular 7/STJ.

2. O Tribunal a quo fundamentou seu entendimento, ao concluir que não existem dolo ou culpa na conduta do agente, má-fé, e muito menos prejuízo ao erário, e deduziu que o ato não se amoldaria ao art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa.

3. É indispensável, para a caracterização do ato de improbidade administrativa descrito nos arts. 9 e 11 da Lei n. 8429/92, a existência de dolo genérico, consubstanciado na “vontade de realizar fato descrito na norma incriminadora “ (REsp 765.212/AC. Rel.

³⁷ Ibid., p.249-250.

A não vinculação constitucional de receitas públicas para educação como ato de improbidade administrativa

Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 2.3.2010, acórdão pendente de publicação).
Agravo regimental improvido (AgRg no recurso especial nº 752.272 – GO, rel. Min. Humberto Martins, DJ 25 maio 2010).

O Tribunal de Justiça de São Paulo, na Ap. nº 0168404-39.2008.8.26.0000, a respeito da aplicação de percentual inferior ao mínimo constitucional destinado ao ensino (25%) por um ex-prefeito do Município de São José da Bela Vista, reconheceu que não há ato de improbidade administrativa sem má-fé reveladora da desonestidade e que a falta de específica comprovação de dolo ou má-fé para a qualificação do ato como de improbidade está superada. Nesses termos, segue trecho da decisão:

Repita-se, em resumo, para todas as infrações atribuídas nestes autos ao apelante, que nem toda ilegalidade configura improbidade (afinal, “*improbidade administrativa pressupõe um ato ímprobo, desonesto, eivado de má fé*”: Ap. nº 0018692- 23.2008.8.26.0566, rel. Des. Franklin Nogueira, j. 22/02/2011), pois é preciso, neste passo, avaliar as infrações à luz da Lei de Improbidade Administrativa, considerando, inclusive, o elemento subjetivo indispensável às sanções.

E, nesse exame, além da ausência de desvio ou apropriação de verba pública, de vantagem patrimonial própria e de prejuízo ao erário, impõe-se reconhecer a falta de específica comprovação de dolo ou má-fé ônus probatório do Ministério Público, para a qualificação dos atos como de improbidade, lembrando-se que a orientação anterior que dispensava a má-fé, na hipótese do art. 11 da Lei nº 8.429/92 (STJ, REsp 880662/MG, rel. Min. Castro Meira, j. 15/02/2007, DJ 01/03/2007, p 255) está superada [...]. Equívocos orçamentários, dúvidas de interpretação, falhas de gestão administrativa, falta de detalhamento ou da melhor opção decisória na Administração Pública, enfim, podem, de fato, no máximo,

indicar irregularidades, mas daí afirmar ocorrência de ato ímprobo, marcado pela má-fé, vai uma boa distância. Logo, sem má-fé reveladora de desonestidade, não há ato de improbidade (TJ/SP. 1ª Câmara de Direito Público. Ap.nº 0168404-39.2008.8.26.0000, rel. Des. Vicente de Abreu Amadei, j. 4 out. 2011).

Em contrapartida, decisão do mesmo Tribunal de Justiça de São Paulo, na Ap. n 388.141.5/2-00 que, diante do desvio de percentual mínimo reservado ao ensino para outras despesas, condenou o ex-prefeito do Município de São José da Bela Vista por ato de improbidade administrativa incurso no artigo 11 da Lei 8.429/92, com o seguinte fundamento:

Não tem o Administrador Público poderes discricionários para descumprir mandamento impositivo da Constituição, ainda que em 'pequena proporção'. A alegação de que pode ter incorrido defesa do administrador público pelo fato (alegado) de não receber DOE é inconsistente. O pagamento de despesas de anteriores administrações também em nada auxilia. A fls. 26 consta a aquisição (consideradas despesas inelegíveis) de bola de futebol, medalhas, troféus, redes etc., retenção de INSS de 1998, FGTS de 1997 etc.

Curioso adimplir gastos com FGTS, INSS de exercícios anteriores, adquirir bolas e medalhas com recursos do... ensino. Cuidou-se de diminuir os gastos administrativos? Houve redução de cargos de provimento em comissão? Veículos? Mas o ensino, este sim, tão necessário ao país, foi prejudicado (TJ/SP, Ap.n 388.141.5/2-00, rel. Des. Oswaldo Luiz Palu, j. 11 maio 2011).

Não obstante, importante destacar o projeto de lei que dispõe sobre a criação da Lei de Responsabilidade Educacional (PL 5580/05), de autoria de Paulo Delgado, que altera a redação do artigo 11 da Lei 8.429/92 para incluir o inciso VIII,

A não vinculação constitucional de receitas públicas para educação como ato de improbidade administrativa

no sentido de prever como ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública o não cumprimento do percentual mínimo de receita resultante de impostos, compreendida proveniente de transferências na manutenção e desenvolvimento de ensino.

Com a aprovação da Lei de Responsabilidade Educacional, o artigo 11 da Lei 8429/92, passa a ter seguinte redação:

Art. 11.

I

II.....

III.....

IV.....

VI.....

VII.....

VIII- deixar de aplicar, a autoridade e o agente público, direta ou indiretamente responsável, o percentual constitucional mínimo da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

Trata-se de uma iniciativa louvável que ressalta, com tintas fortes, a existência da educação como núcleo de direito fundamental, intangível, que não pode ser preterido pelos gestores públicos sob a falsa alegação de insuficiência de recursos orçamentários. A não aplicação de recursos na manutenção e desenvolvimento do ensino constitui, nos termos do projeto de lei, ato de improbidade administrativa capitulado no inciso VIII do artigo 11 da Lei 8.429/92.

Todavia, recentemente, o projeto da Lei de Responsabilidade Educacional foi arquivado na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, numa atitude que revela, de forma explícita, o desprezo dos nossos legisladores pela efetividade do direito fundamental à educação.

7 Conclusão

No ordenamento jurídico nacional, a educação constitui direito fundamental social consagrada no artigo 205 da Constituição Federal de 1988 como direito de todos e dever do Estado e da família, promovida e incentivada com colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento de uma pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Não se trata de uma promessa constitucional. O Estado tem o dever político-jurídico impostergável de promover, facilitar e oferecer educação a todos, indistintamente. Inclusive, possui dotação orçamentária para tanto, pois o ordenamento constitucional estabelece, expressamente, a vinculação de receitas orçamentárias para gastos específicos com a educação.

Por ser direito fundamental, a omissão governamental na vinculação de percentual mínimo de receitas de impostos, na manutenção e desenvolvimento do ensino, como previsto na norma do artigo 212 da Constituição Federal de 1988, implica num comportamento proibido e desonesto do gestor público, que descumpre um dever político-jurídico, solapa as regras internas de boa administração, cabendo, portanto, responsabilizá-lo por ato de improbidade administrativa nos termos do artigo 11 da Lei 8.429/92, porque viola princípios básicos da Administração Pública.

Diante da apuração minuciosa e detalhada da conduta ilícita do agente público, que deixa de aplicar ou aplica insuficientemente recursos na área de educação, o que pode ser feito, inclusive, pelo Tribunal de Contas em regular auditoria, resta comprovado ato de improbidade administrativa, pois evidente o dolo administrativo, que exige do administrador o

conhecimento da ilicitude do ato praticado e isso ele o tem quando deixa de cumprir o disposto no artigo 212 da Lei Fundamental.

Entender o contrário significa ser conivente com o uso irregular de recursos públicos, com a desonestidade e corrupção, estimulando o chefe do Poder Executivo ímprobo a agir contra os princípios da legalidade e moralidade administrativa que regem todo aparato administrativo.

Tal como o filósofo Diógenes que, com sua lanterna, “deu expressão a seu pensamento, preferindo mostrá-lo e exemplificá-lo através de ações e de gestos a dar um apanhado lingüístico dele³⁸”, buscar-se-á, com o presente trabalho, a penalização por improbidade administrativa de qualquer governante que não cumprir o determinado no artigo 212 da Constituição Federal de 1988.

Afinal, a omissão na aplicação de recursos no ensino representa, incontestemente, conduta ilegal, ilícita e ímproba, com presumível dolo administrativo, que despreza direito fundamental à educação, núcleo intangível da Constituição, sem o qual o homem não sobrevive.

The non-binding constitutional government revenue for education as an act of improper conduct

Abstract: The budgets not constitutional linked to keep and develop the teaching, based on article 212 of the Constitution of 1988, hurt the fundamental right to Education and it claims to responsibility of the Executive Power in charge related to the poor management of the public thing. It is a forbidden and dishonest behavior, immoral qualified, that results an act of administration improbidity, as seen in the article 11 of the law 8.429/92, because it insults principles of legality and morality of the Public Administration. Although majority of the

³⁸ NAVIA, Luis E. *Diógenes*, O cínico. São Paulo: Odysseus, 2009. p.159.

doctrine and jurisprudence demand evidence of the wrong procedure by the public agent in order to punish, someone understands that the lack of money applied to teaching or the application of less than that one written in the Constitution is, undoubtedly, procedure related to the dishonesty, because it violates the fundamental right to Education and thus, it is an act of improbidity with a presumptive administrative fraud.

Keywords: Administration improbidity. Education.

Referências

ALVARENGA, Aristides Junqueira. Reflexões sobre a improbidade administrativa no direito brasileiro. In: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo (Org). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BITENCOURT NETO, Eurico. *Improbidade administrativa e violação de princípios*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CARVALHO, André Castro. *Vinculação de receitas públicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CURY, Carlos Roberto Jamil. Direito à educação: direito à igualdade, direito à diferença. In: VEIGA, Cynthia Greive (Org.). *Carlos Roberto Jamil Cury. Intelectual e Educador*. Belo Horizonte: Autêntica, 2010. p. 103-118.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007.

DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. 5. ed. B.Aires: Ciudad Argentina, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à constituição brasileira de 1988*, 4. v. Arts. 170-245. São Paulo: Saraiva, 1995.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa: comentários à lei 8.429/92 e legislação complementar*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GABRIEL, Ivana Mussi. *Direito administrativo*. São Paulo: Verbatim, 2010.

A não vinculação constitucional de receitas públicas para educação como ato de improbidade administrativa

HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*. 10. ed. Paris: Sirey, 1921.

KRELL, Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 25-60.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O Limite da improbidade administrativa: comentários à lei nº 8429/92*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

NAVIA, Luis E. *Diógenes, O cínico*. São Paulo: Odysseus, 2009.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Improbidade Administrativa: alguns aspectos controvertidos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 235, p. 61-91, jan./mar. 2004.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009.

OLIVEIRA, Romualdo Portela de. O financiamento da educação. In: OLIVEIRA, Romualdo Portela de; ADRIÃO, Theresa (Org). *Gestão, financiamento e direito à educação: análise da Constituição Federal e da LDB*. 3. ed. São Paulo: Xamã, 2007. p. 83-122.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PAZZAGLINI Filho, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada*. São Paulo: Atlas, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUZA, Motauri Ciocchetti. Direito da educação. In: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano (Org.). *Manual de direitos difusos*. São Paulo: Verbatim, 2009. p. 87-144.