

PSOL ENTRA COM AÇÃO NO STF CONTRA PREFEITURA DO RIO

O Diretório Nacional do PSOL protocolou, no Supremo Tribunal Federal, ação contra a Prefeitura do Rio de Janeiro, nesta quarta-feira (21/5). A Ação de Descumprimento de Preceito Constitucional questiona a não aplicação de 25% do Orçamento municipal em Educação, como determina a Constituição Federal. *Leia a íntegra da Ação..*

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE - PSOL, partido político com representação no Congresso Nacional, devidamente registrado no Eg. Tribunal Superior Eleitoral por meio da Resolução nº 22.083, de 15.09.2005, com sede e foro em Brasília (DF), sito no SCS, Quadra 01, Bloco E, Ed. Ceará, Salas 1.203/1.204, neste ato representado por sua presidente nacional **HELOÍSA HELENA LIMA DE MORAES**, nos termos do art. 4º de seu Estatuto anexo, vem, respeitosamente, à presença de V. Exa., por intermédio de seus advogados que ao final subscrevem (procuração anexa), com esteio no art. da Lei n.º 9.868/99, vem mui respeitosamente perante V.Exa, propor a presente

AÇÃO POR DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

(com pedido de liminar)

em face do **MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO**, situado na Travessa do Ouvidor nº. 04, Centro, CEP 200.40.040, Centro, Rio de Janeiro, por seu Prefeito, Exmo. Sr. **CÉSAR EPITÁCIO MAIA**, domiciliado na Sede da Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro, situado à Rua Afonso Cavalcanti, nº 455, Cidade Nova, Rio de Janeiro, CEP 20211-110, pelos fundamentos fáticos e jurídicos que passam a expor:

- **INTRODUÇÃO**

Pretende-se por ação constitucional de arguição se assegurar o cumprimento da Carta Maior inibindo a omissão administrativa do Prefeito da

Cidade do Rio de Janeiro, Sr. César Maia, face ao exposto e abaixo comprovado descumprimento das obrigações constitucionais que lhe cabem no concernente ao repasse de valores para o financiamento da educação no município.

Conforme estabelece a Constituição Federal, em seu artigo 212, os Municípios devem dedicar 25% das suas receitas derivadas de impostos, inclusive, as resultantes de transferência à Manutenção e Desenvolvimento do Ensino (MDE). Além da Carta Magna, a Lei Federal nº 9.394/96 estabelece as Diretrizes e Bases da Educação (LDB), e, em seus artigos 70 e 71 define as despesas que devem ser e as que não devem ser contabilizadas com Manutenção e Desenvolvimento do Ensino (MDE).

O não repasse dos valores mínimos ao financiamento da educação comprometem todo o sistema educacional do município. Isto porque ofende, pela não aplicabilidade plena ante a falta ou diminuição de recursos, senão diretamente, pelo menos de modo oblíquo, a literalidade de regras constitucionais que declaram ser direito social a educação (CF, art. 6.º); não cumpre com a competência do Município, que é comum da União, dos Estados, do Distrito Federal, do zelo pela guarda da constituição, das leis e das instituições democráticas e a conservação do patrimônio público, assim como impede mecanismos que proporcionem o acesso à cultura, à educação e à ciência (CF, art. 23); e acaba por ferir e comprometer a aplicação dos princípios com base nos quais o ensino deve ser ministrado, a saber (CF, art. 206):

1. igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
2. liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;
3. pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;
4. gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;
5. valorização dos profissionais do ensino, garantidos, na forma da lei, planos de carreira para o magistério público, com piso salarial profissional e ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos;
6. gestão democrática do ensino público, na forma da lei;

7. garantia de padrão de qualidade.

Citado por Alexandre de Moraes (Direito Constitucional, 2006), leciona Celso de Mello, que a educação *“é mais compreensivo e abrangente que o da mera instrução. A educação objetiva propiciar a formação necessária ao desenvolvimento das aptidões, das potencialidades e da personalidade do educando. O processo educacional tem por meta: a) qualificar o educando para o trabalho; e b) prepará-lo para o exercício consciente da cidadania. O acesso à educação é uma das formas de realização concreta do ideal democrático”*.

DA LEGITIMIDADE DO PARTIDO ARGÜINTE

Nos termos do art. 2º, I, da Lei nº 9.882/99, a legitimação ativa para a ADPF recai sobre os que têm direito de propor ação direta de inconstitucionalidade, constantes do elenco do art. 103 da Constituição Federal¹. Tal é o caso do Partido Socialismo e Liberdade-PSOL.

DO CABIMENTO DA ADPF NO CONTROLE DA OMISSÃO ADMINISTRATIVA

Consigna-se que a ADPF autônoma é um meio jurisdicional adequado a inibir a ação ou a omissão lesiva aos interesses públicos em face de princípios fundamentais. *In casu*, a presente ação possui os requisitos² para apurar e requerer tutela jurisdicional de obrigação de fazer com o fulcro de inibir a omissão administrativa do Prefeito da Cidade do Rio de Janeiro, Sr. César Maia, face ao expresse descumprimento das obrigações constitucionais que lhe cabem no concernente ao repasse de valores para o financiamento da educação.

¹ Art. 103 da CF/88: “Pode propor a ação direta de inconstitucionalidade: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembléia Legislativa; V – o Governador de Estado; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; **VIII – partido político com representação no Congresso Nacional**; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.”

² (i) a ameaça ou violação a preceito fundamental; (ii) ato do Poder Público capaz de provocar a lesão; (iii) a inexistência de qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

Sabe-se que a Constituição e a lei não cuidaram de precisar o conceito e o alcance da expressão “preceito fundamental”. Observamos que são “preceitos fundamentais” os fundamentos e objetivos da República, as decisões políticas fundamentais, os direitos fundamentais individuais, coletivos, políticos e sociais as cláusulas pétreas (fixadas no § 4º, do art. 60) e as que delas decorrem diretamente e os princípios constitucionais sensíveis (previstos no inciso VII, do art. 34).

O direito à educação e os princípios que o conformam são passíveis de controle em sede de ação por descumprimento de preceito fundamental.

Tal controle se releva e faz necessário notadamente quanto, como no caso presente, exige-se uma providência judicial uniforme e com efeito *erga omnes*, único modo de sanar a lesão eficaz e definitivamente.

Esta característica do caso presente e ante a inexistência de outros mecanismos judiciais colocados à disposição da agremiação partidária autora, fazem preenchidos os requisitos da regra de subsidiariedade e permitem o conhecimento da presente arguição.

Neste sentido manifestou-se o STF, na ADPF nº 17 (DJU de 28.09.2001), por intermédio do Min. Celso de Mello, que consignou:

“É claro que a mera possibilidade de utilização de outros meios processuais não basta, só por si, para justificar a invocação do princípio da subsidiariedade, pois, para que esse postulado possa legitimamente incidir, revelar-se-á essencial que os instrumentos disponíveis mostrem-se aptos a sanar, de modo eficaz, a situação da lesividade.

Isso significa, portanto, que o princípio da subsidiariedade não pode – e não deve – ser invocado para impedir o exercício da ação constitucional de arguição de descumprimento de preceito fundamental, eis que esse instrumento está vocacionado a viabilizar, numa dimensão estritamente objetiva, a realização jurisdicional de direitos

básicos, de valores essenciais e de preceitos fundamentais contemplados no texto da Constituição da República.

Se assim não se entendesse, a indevida aplicação do princípio da subsidiariedade poderia afetar a utilização dessa relevantíssima ação de índole constitucional, o que representaria, em última análise, a inaceitável frustração do sistema de proteção, instituído na Carta Política, de valores essenciais, de preceitos fundamentais e de direitos básicos, com grave comprometimento da própria efetividade da Constituição. Daí a **prudência** com que o Supremo Tribunal Federal deve interpretar a regra inscrita no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, **em ordem a permitir que a utilização da nova ação constitucional possa efetivamente prevenir ou reparar lesão a preceito fundamental, causada por ato do Poder Público**” (grifos nossos)

O referencial julgamento da ADPF n.º 33-5 (DJU 2.12.2002 - Rel. Min. Gilmar Mendes) estabeleceu com clareza os critérios e o firmou os nortes do procedimento da novel modalidade de ação de controle. Cabe a transcrição de parte do voto-relator, justamente quando discorre acerca da interpretação extensiva da regra de subsidiariedade e no acatamento de ADPF quando não é possível o controle por ADI ou ADC. Eis o trecho:

“De uma perspectiva estritamente subjetiva, a ação somente poderia ser proposta se já se tivesse verificado a exaustão de todos os meios eficazes de afastar a lesão no âmbito judicial. **Uma leitura mais cuidadosa há de revelar, porém, que na análise sobre a eficácia da proteção de preceito fundamental nesse processo deve predominar um enfoque objetivo ou de proteção da ordem constitucional objetiva.**”

(...) Assim, tendo em vista o caráter acentuadamente objetivo da argüição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade há de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Nesse caso, cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, não será admissível a argüição de descumprimento. Em sentido contrário, não sendo admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade – isto é, não se verificando a existência de meio apto para solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata –, há de se entender possível a utilização da argüição de descumprimento de preceito fundamental.

É o que ocorre, fundamentalmente, nos casos relativos ao controle de legitimidade do direito pré-constitucional, do direito municipal em face da Constituição Federal e nas controvérsias sobre direito pós-constitucional já revogados ou cujos efeitos já se exauriram. Nesses casos, em face do não-cabimento da ação direta de inconstitucionalidade, não há como deixar de reconhecer a admissibilidade da argüição de descumprimento.

(...) Não se pode admitir que a existência de processos ordinários e recursos extraordinários deva excluir, a priori, a utilização da argüição de descumprimento de preceito fundamental. Até porque o instituto assume, entre nós, feição marcadamente objetiva. Nessas hipóteses, ante a inexistência de processo de índole objetiva apto a solver, de uma vez por todas, a controvérsia constitucional, afigura-se integralmente aplicável a argüição de descumprimento de preceito fundamental.

(...) Assim, o Tribunal poderá conhecer da argüição de descumprimento toda vez que o princípio da segurança

jurídica restar seriamente ameaçado, especialmente em razão de conflitos de interpretação ou de incongruências hermenêuticas causadas pelo modelo pluralista de jurisdição constitucional”.

V I- DO CABIMENTO DE LIMINAR

Conforme trata a doutrina processualista, os pedidos cautelares se inserem no contexto judicial enquanto instrumentos que viabilizam a tutela jurisdicional, evitando que o decurso do tempo provoque seus danosos efeitos no direito material, sobrepondo-se ao ideal de Justiça e prejudicando os direitos sociais daqueles que reclamam ao Judiciário a tutela de seus interesses.

DO PERIGO DA MORA

Na omissão administrativa, o **perigo da demora da prestação jurisdicional** atingirá o direito constitucional à eficácia das normas da própria constituição. A mora leva ao perigo da lesão à efetividade dos direito fundamental à educação, face a omissão municipal na aplicabilidade dos recursos do mínimo constitucional. Neste sentido, a prestação positiva face a omissão administrativa poderá ser suprida por prestação positiva com fulcro de dar eficácia ao comando constitucional do artigo 212 da Constituição Federal.

No que diz respeito à omissão administrativa, caberá também a prestação jurisdicional constitutiva positiva, a determinar ao Poder omisso tomada das providências para sustar a omissão. No caso do Município do Rio de Janeiro e do Exmº Sr. Prefeito do Rio César Maia, a tutela liminar deverá determinar a efetividade ao dispositivo constitucional do artigo 212 referente ao mínimo constitucional dos recursos aplicados à educação.

FUMAÇA DO BOM DIREITO

Já a **fumaça do bom direito** evidencia-se em razão da clara violação, por omissão administrativa, nos termos dos cálculos do Tribunal de Contas do Município do descumprimento dos art. artigo 212, da CF/88 que assegura o mínimo constitucional dos recursos a serem aplicados na educação.

No curso da argumentação desenvolvida a seguir, demonstra-se de modo inequívoco a presença do *fumus boni iuris*..

V- DOS FATOS

O Município do Rio de Janeiro e o Exmo. Sr. Prefeito César Maia são omissos administrativamente por não aplicarem o mínimo constitucional dos recursos vinculados à Educação na Cidade do Rio. A omissão administrativa, decorre do descumprimento da determinação do Artigo 212 da Constituição Federal que prescreve a aplicação anual dos vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino. A omissão administrativa ora alegada, também viola princípios e dispositivos da LDB (Lei 9.394/96 - Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional).

É relevante ressaltar que a não aplicabilidade do mínimo constitucional para o desenvolvimento do ensino atenta contra a ética e a moralidade pública, primeiro por ser lesivo ao direito fundamental à educação das crianças e adolescentes e segundo por comprometer o próprio erário público municipal carioca. Estes fatos são agravados, como restará provado, face as recomendações dos pareceres do Tribunal de Contas do Município referentes a não aplicabilidade do Artigo 212 da Constituição Federal.

No exame dos relatórios do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro é possível observar, desde o ano de 2001, uma continua omissão administrativa por uma série de inconsistências na apuração dos gastos com a Manutenção e Desenvolvimento do Ensino (MDE) por parte do Município do Rio de Janeiro e do Prefeito César Maia. Os relatórios realizados pelo Tribunal de Contas do Município, TCM, **(doc.II, anexo)** em face das despesas com MDE em

seu parecer prévio das contas do Município e do Prefeito comprovam a presente alegação.

Nos referidos relatórios do TCM, há uma série de ressalvas acerca da contabilização das despesas com inativos, as quais a administração do município inclui nos gastos referentes ao ensino. Tal ato constitui ofensa à Lei de Diretrizes e Bases, nº. 9.394/96, especificamente no que tange ao seu artigo 70, o qual não prevê a inclusão da despesa com inativos na manutenção e desenvolvimento do ensino.

A recomendação incluída no Parecer Prévio de 2000 do TCM, *in verbis*:

“1 - que na elaboração da futura Lei Orçamentária sejam desconsideradas as “despesas com inativos” nos gastos de manutenção e desenvolvimento do ensino, computando-se apenas aqueles permitidos pelo art. 70, da Lei Federal nº. 9.394/96, alertando que já no exercício de 2002 o gasto com inativos seja excluído do cálculo do limite legal”; (Processo: 40/001.253/2001 FLS 613).(Grifo nosso)

Entretanto, a despeito da referida recomendação o Município do Rio de Janeiro e o Exmº Sr. Prefeito César Maia, continuaram a determinar a contabilização dos gastos com inativos - não apenas no ano de **2001** (Processo 40/001.536/2002 FLS 309), mas igualmente em **2002** (Processo 40/2522/2003 FLS 259), **2003** (Processo 40/002.032/2004 FLS 406) e **2004** (Processo 040/1490/2005 FLS 410 e 411). Ou seja, o Município e o Prefeito, são omissos administrativamente, por descumprem simultaneamente a Constituição Federal, a Lei de Diretrizes e Bases e as recomendações do Tribunal de Contas do Município.

A propósito, desconsideradas as despesas com os Inativos, o Município do Rio de Janeiro não atinge, **em 2001**, o mínimo constitucional estabelecido no artigo 212 da Constituição Federal para os gastos com Manutenção e Desenvolvimento do Ensino, qual seja, o montante de 25% da receita anual do Município. Contabilizadas as despesas com Inativos pela Prefeitura, os gastos com a educação somariam 31,77% da receita anual. De outro modo, retirados do demonstrativo, como estabelece a Lei de Diretrizes e Bases, o percentual apurado cai para **20,54%**, bem abaixo do mínimo constitucional. A apuração desse dado implica na seguinte referência no Parecer Prévio do TCM, *in verbis*:

“Assim, apesar de já ter sido recomendado pelo Plenário desta Corte, em 2000, a exclusão dos inativos no cálculo da MDE para o exercício de 2002 (processo 40/001.253/2001), entendemos que deve esta Corte evidenciar que as despesas com inativos, sejam excluídas dos gastos com Manutenção e Desenvolvimento do Ensino, visto que não são amparadas pelo artigo 70 da Lei Federal nº. 9.394/96.

Nos pareceres do Tribunal de Contas do Município referentes aos exercícios de **2002** (Processo 40/002.522/2003 FLS 258), **2003** (Processo 40/002.032/2004 FLS 405), **2004** (Processo: 040/1490/2005 FLS 414) e **2005** (Processo 040/001.361/2006 FLS 625) – todos em anexo - sublinha-se a omissão administrativa por incorreção do Município do Rio de Janeiro por Atos do Exmº Prefeito César Maia ao não incorporar entre as receitas para apuração do mínimo constitucional com Manutenção e Desenvolvimento da Educação aquelas provenientes de **multas e juros de mora dos impostos**. Apesar das consecutivas recomendações, o Município e Prefeito só incorpora essa fonte de receita a partir de 2006.

É importante destacar que, se consideradas as receitas de multas e juros de mora dos impostos indicados pelo Tribunal de Contas no ano de 2004,

a Prefeitura novamente, como no ano de 2001, não cumpre o mínimo de 25% de aplicação das receitas de impostos e transferências em Manutenção da Educação. Incluídas essas receitas a Prefeitura destina à educação 23,97%. Naturalmente, abaixo do mínimo constitucional de 25%.

A exegese do Tribunal de Contas desde **2002** (Processo 40/2522/2003 de 17/04/2003, Fl. 339, em anexo) está consolidado no Código Tributário Nacional e no Manual de Elaboração do Anexo de Metas Fiscais e Relatório Resumido da Execução Orçamentária (4ª Edição Atualizada). No seu artigo 113 o CTN destaca que a obrigação tributária é principal ou acessória, *in verbis*:

“§1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente a penalidade pecuniária”. (grifo nosso)

O Manual de Elaboração entende que as **“Multas, Juros de Mora e Outros Encargos de Impostos e da Dívida Ativa de Impostos”** estão incluídas nas Receitas Resultantes de Impostos dos Municípios a serem contabilizadas no Mínimo constitucional para Manutenção e Desenvolvimento da Educação.

Despesas de Exercícios Anteriores

Nos pareceres prévios de **2003** (Processo 40/002.032/2004 FLS 406), **2004** (Processo: 040/1490/2005 FLS 415) e **2005** (Processo 040/001.361/2006 FLS 629) o Tribunal de Contas do Município destaca a inadequação do cômputo das despesas realizadas em exercícios anteriores, uma vez que estas despesas com educação não implicam em benefícios nos exercícios considerados e, como prevê o artigo 212 da Constituição Federal, as despesas devem ser considerada anualmente.

1) Despesas Liquidadas:

Nos termos dos Pareceres Prévios de 2003 do Tribuna de Contas, nos exercícios de **2002** (Processo 40/2522/2003 fl. 258) e **2003** (Processo 40/002.032/2004 fl. 405), o Município e o Prefeito não utilizam o cômputo das despesas liquidadas que:

“visa(m) eliminar possíveis distorções nos cálculos, resultantes da possibilidade de saldos de empenhos estimativos ou globais, sem perder de vista que a fase da liquidação é a que representa o reconhecimento da efetiva prestação dos serviços ou entrega do bem, tendo gerado efetivos benefícios para a população. Igual entendimento já se encontra expresso nas Portarias da Secretaria do Tesouro Nacional, onde o modelo apresentado para cálculo da aplicação na manutenção e desenvolvimento do ensino evidencia as despesas liquidadas”.

2) Despesas Custeadas com Recursos de Aplicações Financeiras do Fundef

No exercício de **2004**, “Uma parte das despesas do FUNDEF foi custeada com receitas patrimoniais decorrentes de aplicações financeiras. Estas despesas podem ser consideradas desde que a receita proveniente da aplicação financeira conste na base de cálculo, juntamente com as receitas do art. 212 da Constituição Federal, caso contrário deverão ser desconsideradas”. (Processo: 040/1490/2005 fl. 417)

Além das ressalvas gerais relacionadas às receitas e despesas da Secretaria de Educação, há outros alertas relacionados às despesas de outras secretarias envolvidas na Manutenção e Desenvolvimento do Ensino, a saber:

3) A) Secretaria de Assistência Social – SMAS

Exercício de 2004:

No exercício de **2004**, o Tribunal de Contas do Município cita dois subitens de despesas da SMAS que não deveriam ser considerados Medidas de Desenvolvimento da Educação (Processo: 040/1490/2005 FLS 417 e 418), de acordo com os artigos 70 e 71 da LDB.

O subitem **GRATIFICAÇÃO DO SISTEMA DE ASSISTÊNCIA SOCIAL** não poderia ser computado uma vez que é gratificação relativa ao atendimento da função de assistência social e conforme o artigo 71 da Lei de Diretrizes e Bases, *in verbis*:

- **Art. 71. Não constituirão despesas de manutenção e desenvolvimento do ensino aquelas realizadas com:**

IV - programas suplementares de alimentação, assistência médico-odontológica, farmacêutica e psicológica, e outras formas de assistência social;”(grifo nosso)

Convém citar, que embora a Controladoria Geral do Município não houvesse considerado as despesas com merenda da Secretaria de Educação, o

subitem **GÊNEROS ALIMENTÍCIOS – INCLUSIVE MERENDA** da FUNLAR foi computado nas despesas com Manutenção e Desenvolvimento do Ensino.

Há, ainda outras naturezas de despesas da SMAS que não deveriam ser contabilizadas em MDE, e que foram contabilizadas, embora sem impacto percentual significativo. São elas: **Apoio Financeiro à População, Gratificação de Desempenho e Produtividade (MS), Fornecimento de Alimentação, Despesas de Exercícios Anteriores.**

Exercício de 2005:

O Tribunal de Contas do Município faz, mais uma vez, restrições à inclusão de uma série de Despesas da Funlar (ligada à SMAS) (Processo 040/001.361/2006 FLS 631 a 635). **Dos R\$ 11 milhões** apurados pela Prefeitura, o TCM só reconhece **R\$ 3 milhões**, como referentes às despesas com Educação. A diferença de R\$ 8 milhões não pode ser identificada como gasto com Educação, uma vez se refere às despesas com Assistência Social, que como informa o artigo 71 da Lei de Diretrizes e Bases, acima citado, não podem ser computadas para o mínimo constitucional.

O Município por ato do Prefeito inclui como Manutenção e Desenvolvimento do Ensino programas com conotação clara de Assistência Social, tais como o **Desinstitucionalização** (com o objetivo de promover alternativa ao asilamento e à institucionalização do portador de deficiência), **Acessibilidade - Uma cidade para todos** (para garantir às pessoas portadoras de deficiência acesso aos espaços públicos da cidade).

Exercício de 2006:

Pelo terceiro exercício consecutivo, o Tribunal de Contas do Município exclui gastos realizados pela Funlar e classificados como Manutenção e Desenvolvimento do Ensino nas contas da Prefeitura (Processo 040/1653/2007 FLS 390). **Dos R\$ 11 milhões** contabilizados pela Prefeitura, apenas **R\$ 911 mil** são reconhecidos pelo TCM. Os R\$ 10 milhões de diferença se referem a programas cuja finalidade não atende aos critérios estabelecidos pela Lei de Diretrizes e Bases.

B) Secretaria Municipal de Esporte e Lazer – SMEL

O TCM fez menção à exclusão dos gastos feitos pela SMEL, que foram considerados como Manutenção e Desenvolvimento do Ensino - para fins de apuração do mínimo constitucional.

Em 2005, o TCM exclui despesas no valor de R\$ 330.662,00, referentes ao programa **Feliz Idade**. As despesas eram destinadas

015/001037/2001), cujo favorecido era a Federação de Esporte de Praia do Estado do Rio de Janeiro, e tinha como objetivo o atendimento à demanda do idoso, através de atividades esportivas em espaços privilegiados, não se referindo, portanto às atividades do ensino fundamental e infantil.

Processo 040/1653/2007, Data 30/03/2007 Folha 392

Em **2006**, o TCM exclui despesas da SMEL no valor de R\$ 1,4 milhões (Processo 040/1653/2007 fl. 390).

- A subutilização dos recursos do FUNDEF

A análise acima aponta para primeiramente para o descumprimento do que prescreve o Artigo 212 da Constituição Federal. É possível concluir a existência de irregularidades por parte do Município e do Prefeito na contabilização dos gastos com Manutenção e Desenvolvimento do Ensino. Se não bastassem as inconsistências apresentadas e repetidamente assinaladas pelo TCM é de se causar pasmo a subutilização dos recursos do **FUNDEF** (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério, instituído pela lei nº. 9.424, de 24 de dezembro de 1996).

O FUNDEF, cuja função se configurara na Emenda Constitucional 14/1996 tem o objetivo de garantir a

“§ 1º A distribuição de responsabilidades e recursos entre os estados e seus municípios a ser concretizada com parte dos recursos definidos neste artigo, na forma do disposto no

art. 211 da Constituição Federal, e assegurada mediante a criação, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de um Fundo de manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental e de valorização do magistério, de natureza contábil.” (Emenda Constitucional 14/1996 Artigo 5º).

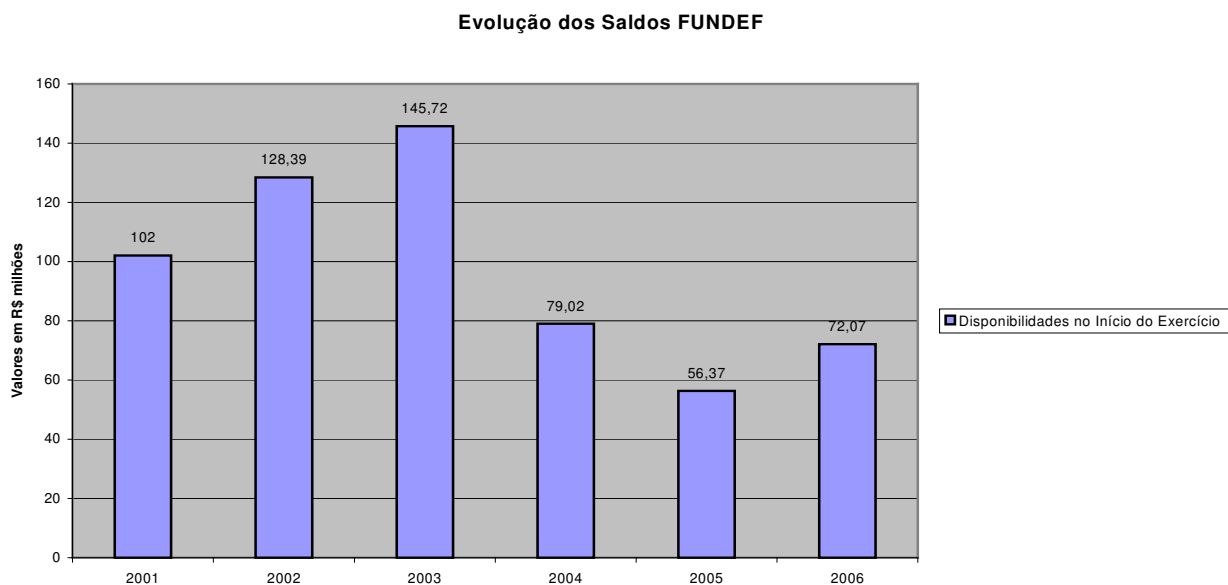
No entanto, no município do Rio de Janeiro observamos que a utilização do FUNDEF é constantemente pouco efetiva. Praticamente todos os anos analisados (2001 a 2006) são caracterizados por saldos significativos no final do exercício. Ou seja, **o Município e o Prefeito do Rio foram omissos administrativamente na aplicação dos recursos constitucionais vinculados, prescritos no Artigo 212 da Constituição Federal, para a Manutenção e Desenvolvimento do Ensino, mesmo dispondo de recursos para cumprir a constituição.**

A recomendação do TCM no parecer Prévio de 2001 pode se repetir ao longo da Administração César Maia:

“Que os recursos do FUNDEF e do FMS sejam utilizados, de forma mais efetiva, no sentido de tornar mais eficaz a atuação do Poder Público, como também melhor atender a finalidade desses fundos, evitando saldos vultosos ao final do exercício”. (Processo: 40/001.536/2002 FLS 426).

Os saldos são avaliados pela evolução das disponibilidades no início de cada exercício. Nos exercícios de 2001 e 2002, as disponibilidades aumentaram. Entre 2000 e 2001 o valor das disponibilidades passou de R\$ 102 para R\$ 128 milhões. Entre 2001 e 2002, o valor passou de R\$ 128 milhões para R\$ 145 milhões. Ou seja, em 2001, o valor não aplicado atinge **R\$ 26 milhões** e em 2002, **R\$ 17 milhões**.

Em 2003 e 2004, observamos uma reversão na tendência de entesouramento dos recursos do FUNDEF, que retorna em 2006, como ilustrado no gráfico abaixo.



(Fonte: Prestação de Contas e Pareceres Prévios TCM - 2001 a 2006)

Apesar da reversão da tendência de entesouramento, já nos exercícios de 2005 e 2006, o Fundef apresenta expressivo superávit primário, de R\$ 3,6 milhões e R\$ 20 milhões, respectivamente. Isto é, em 2005 e 2006 as receitas orçamentárias do FUNDF foram superiores às suas despesas orçamentárias.

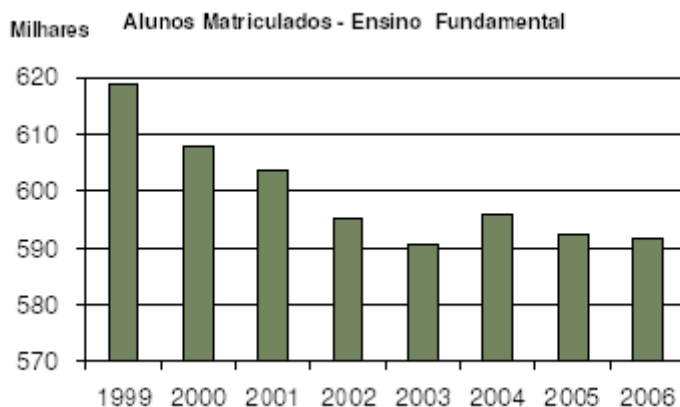
Além da subutilização dos recursos, a CAD (Coordenadoria de Auditoria e Desenvolvimento do TCM) detectam realização de despesas com recursos do Fundef que estão em desacordo com a legislação do fundo. Em 2001, o relator faz referência à utilização de recursos do Fundef para pagamento de *“órgãos que cuidam parcialmente ou integralmente de outros segmentos do ensino que não o Fundamental”*. No ano de 2002 e 2003 há menção à:

“Realização de várias despesas em desacordo com a legislação do FUNDEF, entre as quais: custeio de despesas com recursos do FUNDEF de órgãos não relacionados com ensino fundamental; custeio de despesas de caráter

genérico (relacionadas tanto ao ensino fundamental quanto ao infantil) sem o devido rateio entre as fontes de recursos (Tesouro e FUNDEF)”.(Processo: 40/002.522/2003, data 17/04/2003, FLS 89 e Processo 40/002.032/2004, data: 12/04/2004, FLS: 297)

Os pareceres do CAD também fazem menções consecutivas à falta de professores, ao excessivo número de duplas regências e a não instituição de um plano de carreira e remuneração para o pessoal do magistério apesar de ser uma exigência prevista na Lei nº. 9.424/96.

A soma de tantos problemas na condução da Educação, refletidos na gestão dos recursos com Manutenção do Ensino e na execução do Fundef podem ser fatores coadjuvantes ou protagonistas na redução de alunos no ensino Fundamental, na cidade do Rio de Janeiro:



(Fonte: Parecer Prévio 2006, Processo 040/1653/2007,, data 30/06/2007 fl. 359.)

A omissão administrativa do Exmº Srº Prefeito César Maia fica cristalina no exame dos fatos e do direito ora sustentados. A não aplicação do mínimo constitucional dos recursos destinados à educação, que ora se comprova, qualifica a conduta do Chefe do Poder Executivo Municipal do Rio de Janeiro, como incurso em improbidade administrativa nos termos da **LEI Nº 8.429, DE 2 DE JUNHO DE 1992**. O Prefeito César Maia é agente público obrigado a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, eticidade e moralidade e publicidade no trato dos assuntos de sua competência. Desse modo, o mesmo

deve observar os pareceres e recomendações do Tribunal de Contas do Município que apontam para irregularidades no cálculo e aplicação do mínimo constitucional dos recursos da educação. Ademais, a lesão ao patrimônio público e ao direito fundamental à educação das crianças e adolescentes fica provado em atos comissivos e omissivos do Prefeito acima narrados.

VI - DO DIREITO

O disposto no art. 205 da Constituição Federal fixa uma declaração fundamental. Este preceito fundamental, combinado com o art. 6º, elevou a educação ao nível dos direitos fundamentais do homem. Decorre daí que a educação é direito de todos, destacando-lhe a Constituição com valor jurídico ímpar e fixando-o como um dever do Estado e da família (art. 205 e 227). Destaca-se, também, que a educação é parte das condições mínimas para a existência digna da pessoa humana³. Ana Paula de Barcellos, manifesta-se:

"De acordo com um consenso lógico contemporâneo e com a própria sistemática da Constituição brasileira de 1988, uma proposta de concretização desses efeitos exigíveis diante do Poder Judiciário, **sem os quais o princípio da dignidade da pessoa humana se considera violado, deve incluir** [dentre outros]: **(i) ensino fundamental gratuito; (...)**

Sua aplicação e eficácia, à exemplo de outros direitos/princípios, vieram já disciplinadas no texto constitucional.

Dentre outros critérios de observação obrigatória na aplicação do direito/princípio à educação, a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 212, dispõe sobre o mínimo constitucional de 25% vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino que estão os Municípios e obviamente os Prefeito estão vinculados a aplicar. *In verbis*:

³ Neste sentido, dentre outros, SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*; BARCELLOS, Ana Paula de, *Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da*

Art. 212. 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.

Com caráter de obrigatoriedade a CF determina,, que seja aplicada pelos Municípios, anualmente, nunca menos de 25%, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e no desenvolvimento do ensino, excluindo-se a parcela da arrecadação de impostos transferida pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, ou pelos Estados aos respectivos Municípios.

O Prefeito do Município do Rio de Janeiro descumpre o mínimo constitucional nos gastos com educação, como demonstram os relatório do Tribunal de Contas do Município. O Acúmulo da aplicação dos recursos abaixo do mínimo constitucional provoca um retrocesso histórico na gestão da educação municipal. A omissão administrativa fica expressa pela recusa deliberada do Município e do Prefeito, de cumprir a Constituição Federal mesmo face as recomendações do Tribunal de Contas. Há uma é inconstitucional e de causar danos à educação das crianças e adolescentes. Desse modo, expressamente são violados os Princípios Constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana (art.1, III); Cidadania (art.1 °, II); Direito social à educação (art.6°, I), e o Pacto Federativo nos Artigo 1º e 60 da Constituição.

DA POSSIBILIDADE INTERVENÇÃO FEDERAL

A lesão ocasionada pela omissão no repasse de recursos à educação, tal qual o caso versado, possui tal repercussão social e econômica que a Constituição permite a autorização de intervenção.

A aplicação dos recursos constitucionalmente previstos na área educacional, a partir da Emenda Constitucional n.º14, de 1996, inclusive, consta

do rol dos princípios sensíveis da Constituição Federal (conforme dispõe o art. 34, VII, e), cuja inobservância pelo Estado-membro ou Distrito Federal possibilita a intervenção federal.

O descumprimento expresso de preceito da Constituição Federal do mínimo constitucional na educação, como se trata do caso em tela, enseja intervenção federal, por meio de ação própria, por ofender **ao Princípio Constitucional Sensível do Pacto Federativo, prescrito no Artigo 35, VII, alínea e), in verbis:**

e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000).

Ressalte-se que não se trata de autorização, mas expressa determinação constitucional à qual o Administrador público municipal deve obedecer, destinando ao ensino o percentual mínimo ali estabelecido. Em caso análogo a Justiça Estadual de São Paulo, decidiu que no município de Jales fora omissa na aplicação dos recursos constitucionais. Motivo pelo qual a decisão do TJ/SP decidiu pelo pagamento no ano seguinte da defasagem percentual não aplicada, conforme abaixo:

Quanto à imposição, por sentença condenatória, da inclusão das diferenças percentuais aplicadas a menor em educação, a ser efetivada no orçamento seguinte, deve prevalecer, uma vez que a apelante descumpriu o comando constitucional disposto no art. 212, que determina aos Municípios a aplicação de "vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino". (APELAÇÃO CÍVEL N. 382.342.5/6 – JALES)

No que tange aos atos ilegais a Lei 4.717/65 é expressa em dispor:

Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: (...)

c) ilegalidade do objeto; (...)

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;

Conforme foi acima provado há uma expressa omissão administrativa do Município do Rio de Janeiro e do Exmº Srº Prefeito César Maia, por descumprirem a norma constitucional mandamental do Art.212 da Constituição Federal. Ademais, o demandado não respeita o conteúdo previsto na Lei 9.394/96, que “ESTABELECE AS DIRETRIZES E BASES DA EDUCACAO NACIONAL. A referida lei nos artigos 70 e 71 aborda sobre as despesas a serem gastas com a manutenção e desenvolvimento do ensino, bem como as atividades que não constituem despesas. ***In verbis:***

Art. 70. Considerar-se-ão como de manutenção e desenvolvimento do ensino as despesas realizadas com vistas à consecução dos objetivos básicos das instituições educacionais de todos os níveis, compreendendo as que se destinam a:

I - remuneração e aperfeiçoamento do pessoal docente e demais profissionais da educação;

II - aquisição, manutenção, construção e conservação de instalações e equipamentos necessários ao ensino;

III – uso e manutenção de bens e serviços vinculados ao ensino;

IV - levantamentos estatísticos, estudos e pesquisas visando precipuamente ao aprimoramento da qualidade e à expansão do ensino;

V - realização de atividades-meio necessárias ao funcionamento dos sistemas de ensino;

VI - concessão de bolsas de estudo 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.

Art. 71. Não constituirão despesas de manutenção e desenvolvimento do ensino aquelas realizadas com:

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 à sua expansão;

II - subvenção a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial, desportivo ou cultural;

III - formação de quadros especiais para a administração pública, sejam militares ou civis, inclusive diplomáticos;

IV - programas suplementares de alimentação, assistência médico-odontológica, farmacêutica e psicológica, e outras formas 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.

O preceito constitucional do art. 212 da Constituição Federal prescreve o mínimo constitucional dos recursos a serem aplicados na educação, tratando-se de garantia do **mínimo** existencial, ou condição básica. A eficácia, neste caso é imediata e vinculada, não sendo facultado ao administrador qualquer margem discricionária ou qualquer artifício contábil para desviar a aplicação dos recursos do mínimo constitucional da Educação assegurados nos diplomas dos artigos 212 e 6º da Constituição Federal. Trata-se de uma concretização vinculada da Constituição para uma prévia garantia do Princípio da Máxima Efetividade da Constituição, como assinala a boa doutrina constitucional:

"a uma norma **constitucional** deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todos e quaisquer normas **constitucionais**, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas pragmáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)." (JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, in Direito **Constitucional**, 5ª edição, Coimbra, Portugal, Livraria Almedina, p.1208).

DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Não é demasiado, para a completa fixação das lesividades perpetradas, que a omissão administrativa do Exmo. Sr. Prefeito César Maia fica cristalina no exame dos fatos e do direito ora sustentados. O Chefe do Poder Executivo Municipal do Rio de Janeiro, praticou por conduta omissiva e comissiva inconstitucionalidade, ilegalidade e atos lesivos estando em improbidade administrativa nos termos da **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**.

A não observância dos pareceres e recomendações do Tribunal de Contas do Município que apontam para irregularidades no cálculo e aplicação do mínimo constitucional dos recursos da educação e a lesão ao patrimônio público e ao direito fundamental à educação das crianças e adolescentes inferem

decretação da improbidade e aplicação das sanções cabíveis, tais como os prescritos no artigo 12 da Lei 8.429/92.

IX- DO PEDIDO

Conhecida e processada a presente Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, pede:

a- bem configurados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, requer o Autor, a concessão da liminar *inaudita altera pars*, em caráter de urgência, para:

- 1) **Determinar obrigação de fazer ao Município e ao Prefeito da Cidade do Rio de Janeiro, o Sr. César Maia, para, nos termos do artigo 212 da Constituição Federal aplicar, ao menos, o mínimo constitucional de 25% vinte e cinco por cento de recursos destinados à educação;**
- 2) **Determinar obrigação de fazer ao Município e ao Prefeito da Cidade do Rio de Janeiro, o Sr. César Maia, para, nos termos do artigo 212 da Constituição Federal aplicar, ao menos, o mínimo constitucional de 25% vinte e cinco por cento de recursos destinados à educação nos termos das orientações do Tribunal de Contas do Município para assegurar a constituição federal no artigo 212.**

No mérito pede seja julgada totalmente procedente a ação e, **face as obrigações dispostas no art. 212 da Constituição Federal e na LDB, reconheça e declare a inconstitucionalidade, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, por omissão administrativa do Município e do Prefeito da Cidade do Rio de Janeiro o Exm^o Sr^o. César Maia, dos repasses realizados nos períodos acima mencionados.**

Pede ainda a declaração da omissão administrativa e a determinação de cumprimento da obrigação de fazer, aplicando o Município o preceito do Artigo 212 da Constituição Federal e nos termos da LDB.

Por fim, nos termos do art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, o PSOL se dispõe a providenciar a emissão de pareceres técnicos e/ou a tomada de declarações de

peças com experiência e autoridade na matéria, caso entenda V.Excia. necessário.

Pede Deferimento.

Brasília-DF, 15 de maio de 2008.

JADIR ANUNCIÇÃO DE BRITO - OAB-RJ 144.490-A

ANDRÉ BRANDÃO HENRIQUES MAIMONI – OAB-MT 7.040