



“Deste modo, concordo com a manifestação do *parquet* no sentido de que o jurisdicionado deverá trazer aos autos uma série de esclarecimentos, objetivando a comprovação de que o instrumento em voga se enquadra nas características de um autêntico convênio, onde há uma efetiva reunião de esforços entre os convenientes em prol da realização de um objetivo comum, ou se, ao revés, trata-se de contraprestação de serviços formalizada de forma equivocada.”

Conselheiro Marco Antonio Barbosa de Alencar  
Processo 228.550-7/08

## CONVÊNIO

Trata o presente processo de convênio, formalizado entre a Prefeitura Municipal de Campos dos Goytacazes e o Jardim de Infância Sementinha Mágica Ltda., objetivando ampliar as ações de educação do Município, com a concessão de 200 bolsas de estudo integrais no ensino fundamental de educação básica, prioritariamente para alunos carentes, no valor de R\$ 323.400,00 a ser repassado em 08 parcelas.

O Corpo Instrutivo, após análise dos autos (fls. 25/26), sugere Diligência Externa, com Comunicação, visando o cumprimento das seguintes determinações:

*I - Envie a cópia da Nota de Empenho;*

*II - Envie a legislação municipal disciplinando a concessão de bolsas de estudos, na qual devem estar previstos os critérios e requisitos para os municípios fazerem jus ao benefício;*

*III - Inclua os dados do convênio no SIGFIS, que serão objeto de verificação futura.”*

O Douto Ministério Público Especial, na pessoa da Procuradora Aline Pires Carvalho, subscreve a proposta da Equipe Técnica; ressaltando, contudo, que a instrução deixou de explorar alguns aspectos inerentes à matéria. Assim, ao final do parecer acostado às fls. 28/32, sugere Comunicação ao Sr. Alexandre Mocaiber Cardoso, ex-Prefeito Municipal de Campos dos Goytacazes para, em cumprimento a Diligência Externa, atenda aos itens elencados às fls. 32/33, os quais passo a transcrever, resumidamente:

1 - apresente Plano de Trabalho elaborado nos termos do art. 116, § 1º, da Lei Federal n.º 8.666/93;

2 - apresente documentação comprobatória da inequívoca ciência da Câmara Municipal, em cumprimento ao art. 116, § 2º, da Lei Federal n.º 8.666/93;

3 - comprove a realização de licitação (ou outra espécie de procedimento seletivo) ou a comprovação de tratar-se de hipótese de impossibilidade de competição;

4 - esclareça se houve contrapartida financeira da entidade conveniada e, em caso positivo, apresente planilha de custos unitários, especificando os custos suportados pelo Município e pela conveniada;

5- evidencie, através de documentação comprobatória, o atendimento aos requisitos impostos pelo art. 213, I e II e § 1º da CR;

6 - evidencie, através de documentação comprobatória, a forma de seleção dos alunos

beneficiados pelas bolsas de estudo, com o fim de atender aos princípios da impessoalidade, publicidade e moralidade administrativa.

É o Relatório.

Já defendi em diversos pronunciamentos anteriores a possibilidade jurídica da celebração de convênios entre entes públicos e instituições privadas, razão pela qual permito-me não me estender mais sobre o assunto.

Ao analisar o processo em tela, verifico a ausência do Ato Constitutivo da entidade conveniada. Deste modo, ressalto que para a conclusão da análise do instrumento sob exame, é imprescindível que o jurisdicionado encaminhe o estatuto social ou contrato social, conforme o caso, da entidade beneficiária, de modo a esclarecer se a mesma possui ou não finalidade lucrativa, elemento este essencial para a definição da natureza jurídica do ajuste em questão. Assim, confirmada a finalidade lucrativa da conveniada, afastada estará a hipótese de subvenção social, já que esta apenas se destina a entidades que não possuam fins lucrativos, conforme prescreve o art. 19 da Lei Federal n.º 4.320/64.

Deste modo, concordo com a manifestação do *parquet* no sentido de que o jurisdicionado deverá trazer aos autos uma série de esclarecimentos, objetivando a comprovação de que o instrumento em voga se enquadra nas características de um autêntico convênio, onde há uma efetiva reunião de esforços entre os convenientes em prol da realização de um objetivo comum, ou se, ao revés, trata-se de contraprestação de serviços formalizada de forma equivocada.

Observo, ainda, que a Cláusula Primeira do Ajuste ora apreciado, indica que o objeto deste refere-se à ampliação das ações de educação do Município, com a concessão de 200 bolsas de estudo integrais no ensino fundamental de educação básica naquela instituição de ensino, **prioritariamente para alunos carentes**. (grifei).

A norma descrita no art. 205 da Carta Magna preceitua: “**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.”

Nesse sentido, a Constituição da República também impõe ao Estado (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), o dever de assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, **à educação**, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, nos termos previstos pelo art. 227.

Com efeito, **num primeiro momento, não se pode negar que a finalidade do Convênio em apreço encontra respaldo constitucional. Contudo, é imperioso perquirir se o Instrumento em voga foi utilizado pela Municipalidade segundo as normas aplicáveis à matéria.**

Assim, julgo necessário que a Administração envie esclarecimentos acerca dos motivos que levaram a feitura do Instrumento sob análise, uma vez que a prestação do ensino fundamental é de sua competência, conforme norma inserta no art. 30, inciso VII da CRFB/88, *verbis*:

“ Art. 30. **Compete aos Municípios:**

(...)

VII – prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação pré-escolar e **de ensino fundamental;**” (grifo meu)

Caso a Municipalidade, ao responder à indagação acima, demonstre que não tinha meios para executar o objeto do presente Convênio, deverá informar, remetendo os documentos pertinentes, como o critério de seleção foi efetivado para o preenchimento das 200 bolsas integrais, bem como esclarecer de que forma se deu a escolha da entidade conveniada, tendo em vista a obrigatoriedade da observância do princípio da impessoalidade, contemplado pelo *caput* do art.37 da CRFB/88.

A fim de possibilitar a efetiva análise do convênio em questão, há que se perquirir, ainda, acerca da efetiva reunião de esforços entre os convenientes, uma vez que não é possível verificar a necessária mútua colaboração através da leitura do instrumento constante dos autos.

Ademais, tendo em vista que as bolsas de estudo concedidas são integrais, deverá o responsável comprovar o valor da mensalidade regularmente paga pelos alunos do Jardim de Infância Sementinha Mágica, esclarecendo, ainda, se as bolsas concedidas são, de alguma forma, custeadas pela conveniada, informando, se for o caso, os respectivos valores.

Face ao exposto, concordo com as proposições do Corpo Instrutivo, em especial quanto ao encaminhamento da legislação municipal disciplinando a concessão de bolsas de estudos, tendo em vista que o presente feito não encontra-se instruído do Ato Constitutivo da entidade conveniada, assim como de certidões negativas normalmente exigidas para o repasse de verbas públicas. Constando, apenas, uma declaração da representante legal do Jardim de Infância Sementinha Mágica Ltda de que inexistente qualquer débito em mora ou situação de inadimplência com o Tesouro Nacional ou qualquer outro órgão ou entidade da Administração Pública Federal (fls. 24).

Sendo assim, deverá ser devidamente comprovado o atendimento dos critérios e requisitos previstos não só para a concessão das bolsas de estudos, como também para a escolha da entidade conveniada.

Quanto aos questionamentos suscitados pelo Ministério Público, registro já há nos autos a comprovação da efetiva ciência da existência do presente Convênio por parte da Câmara Municipal de Campos dos Goytacazes, tendo em vista que o Ofício endereçado àquele Legislativo (fls. 04) encontra-se com carimbo e assinatura do Serviço de Setor de Protocolo, datado de 26/06/2008. Desta forma, restou cumprida a exigência contida no art. 116, § 2º, da

Lei Federal n.º 8.666/93, sendo desnecessária a solicitação contida no item 2 das proposições apresentadas pelo *parquet*, transcritas neste voto.

Posto isto, ressalto minha divergência no tocante à exigência de realização de procedimento licitatório. Já firmei posicionamento nesta Casa no sentido de que, uma vez caracterizada a existência de um efetivo convênio, não há que se exigir a realização de licitação, tendo em vista que o convênio enquadra-se, como regra, no *caput* do art. 25 da Lei Federal n.º 8.666/93, em razão da inviabilidade de competição, já que trata-se de interesse cooperativo e não lucrativo. Assim decidiu o TCU no voto n.º 020.069/93-6.

Contudo, conforme dito anteriormente, a escolha da entidade conveniada deverá observar o princípio da impessoalidade, contemplado pelo *caput* do art. 37 da CRFB/88.

Por fim, concordo com as demais proposições do Douto Ministério Público, a exceção da comprovação de atendimento do art. 213, I e II de forma cumulada com o § 1º da Constituição da República. Senão, vejamos:

*“ Art. 213. Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que:*

*I - comprovem finalidade não-lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação;*

*II - assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades.*

*§ 1º - Os recursos de que trata este artigo poderão ser destinados a bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio, na forma da lei, para os que demonstrarem insuficiência de recursos, quando houver falta de vagas e cursos regulares da rede pública na localidade da residência do educando, ficando o Poder Público obrigado a investir prioritariamente na expansão de sua rede na localidade.”*

Entende o Ministério Público que as exigências contidas nos incisos I e II devem ser cumuladas com o § 1º. Em que pese este posicionamento, tenho sobre o tema posicionamento diverso.

A norma constitucional em comento estabelece que a prioridade de distribuição dos recursos públicos deve recair precipuamente sobre as escolas públicas. Contudo, existe a possibilidade de se destinarem os recursos públicos às escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas por lei. Esse benefício não será concedido aleatoriamente, mas sim de acordo com a determinação e atendimento de lei infraconstitucional. Para receber tais recursos, os estabelecimentos de ensino deverão preencher os requisitos contidos nos incisos I e II do art. 213 da Constituição.

Portanto, os recursos devem ser destinados, em primeiro lugar, às escolas públicas, em

segundo às escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas (atendidas as exigências dos incisos I e II); e, por fim, na forma de bolsa de estudos para o ensino fundamental e médio, desde que seja comprovada a insuficiência de recursos por parte dos beneficiários e a falta de vagas e cursos regulares na rede pública de ensino. Neste sentido, também se manifesta o Prof. Celso Ribeiro Bastos. Segundo ele, o § 1º do art. 213 guarda estrita relação com o art. 208, inciso I, da Constituição Federal e com o art. 53, V, do Estatuto da Criança e do Adolescente, *verbis*:

“ Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

*I - ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria;”*

*Art. 53 - A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes:*

*(...)*

*V - acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência. ”*

O renomado autor <sup>1</sup>, ao comentar os aludidos artigos, dispõe que:

*“Se o ensino é obrigatório e gratuito, não existindo vagas e cursos regulares da rede pública na localidade de residência do educando, cumpre ao Poder Público oferecer bolsas de estudos a esses educandos na rede particular.” Essas bolsas serão concedidas apenas aos educandos que comprovem falta de recursos para pagar uma escola particular, pois do contrário essa regra constitucional ficaria sem sentido. Ao instituir a obrigatoriedade e gratuidade do ensino fundamental o Estado assumiu para si o dever de oferecer o ensino público e gratuito em seus estabelecimentos a todos os educandos em idade escolar. Se não há vagas e cursos regulares da rede pública na localidade de residência do educando, os pais desse educando não podem ser responsabilizados pelo fato de seu filho não estar freqüentando a escola. Portanto, para evitar que os educandos fiquem sem poder freqüentar a escola, cumpre ao Estado o dever de oferecer-lhe bolsas de estudo na rede particular de ensino .*

Ora, restando comprovada a insuficiência de recursos por parte do educando e a falta de vagas e cursos regulares da rede pública de ensino na localidade de sua residência, **cabe ao Município oferecer bolsas de estudos na rede particular de ensino**, não havendo exigência de que estas bolsas sejam concedidas em escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas. Portanto, as exigências dos incisos I e II, do art 213, inerentes à finalidade não lucrativa da instituição de ensino, e à destinação de seu patrimônio em caso de encerramento das atividades, somente se aplicam ao *caput* da norma constitucional em comento. Assim, tais entidades poderão ser subvencionadas pelo Poder público, desde que atendam a tais requisitos.

<sup>1</sup> -Bastos, Celso Ribeiro. Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988, 8º volume: arts. 193 a 232. 2ª ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2000. pág. 740.

Por todo o exposto, **entendo que existe uma ordem a ser seguida no art. 213, não sendo correta a cominação dos incisos I e II com o § 1º, eis que tratam de hipóteses distintas.** Com o fim de reforçar meu posicionamento, trago à lume, mais uma vez, os ensinamentos do Constitucionalista Celso Ribeiro Bastos<sup>2</sup>:

*“ (...) No que diz respeito ao oferecimento de bolsa de estudos para o ensino fundamental e médio, serão beneficiados os alunos que comprovarem falta de recursos somado com a falta de vagas e até mesmo inexistência de cursos regulares ou escolas públicas localizadas perto do local de sua residência. Comenta Pinto Ferreira:*

*“ O preceito estabelece uma hierarquia ou gradação escalonada na destinação dos recursos públicos em matéria de educação: a) escolas públicas ; b) escola comunitária, confessional ou filantrópica; c) bolsas de estudos para o ensino fundamental e médio.*

*Assim prioritariamente devem ser atendidas as escolas públicas. Porém, se estas não são suficientes para a educação dos alunos existentes, os mencionados recursos deverão ser canalizados em proveito de escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, na forma da lei.*

*Afinal, podem ser usadas bolsas de estudo no ensino fundamental e médio, conforme dispuser a lei, para os que demonstrarem insuficiência de recursos, havendo escassez de vagas de cursos regulares da rede pública da localidade da residência do aluno. Em tal caso o Poder Público se vê obrigado a investir prioritariamente na expansão da rede escolar de tal localidade. “*

Assim, por todo o exposto e examinado, *parcialmente de acordo* com o Corpo Instrutivo e com o parecer do Douto Ministério Público,

#### VOTO

I - Pela COMUNICAÇÃO ao Sr. Alexandre Marcos Mocaiber Cardoso, ex-Prefeito Municipal de Campos dos Goytacazes, com base no disposto no art. 6º, §1º, da Deliberação TCE-RJ n.º 204/96, a ser efetivada na forma do art. 3º da Deliberação TCE-RJ nº 234/2006, alterada pela Deliberação TCE-RJ nº 241/2007, ou, na impossibilidade, na ordem seqüencial do art. 26 do Regimento Interno desta Corte, para que, no prazo legal:

1 - Envie a cópia da Nota de Empenho;

2 - Envie a legislação municipal disciplinando a concessão de bolsas de estudos, na qual

| 2 - Ob. Cit. Pág. 741.

devem estar previstos não só os critérios para a concessão das bolsas de estudos, como também para a escolha da entidade conveniada.

3 - Apresente Plano de Trabalho elaborado nos termos do art. 116, § 1º, da Lei Federal n.º 8.666/93, haja vista a excessiva generalidade do documento apresentado para suprir este requisito;

4 - Esclareça, comprovadamente, a forma pela qual se deu a escolha da entidade conveniada, tendo em vista o princípio constitucional da impessoalidade, previsto no *caput* do art. 37 da CRFB/88;

5 - Apresente os motivos que levaram à celebração do Convênio em tela, comprovando o atendimento das exigências contidas no § 1º do art. 213 da Constituição da República, descritos na fundamentação deste voto;

6 - Comprove a necessária mútua colaboração entre os conventes; ou seja: esclareça, comprovadamente, se houve contrapartida financeira por parte da entidade conveniada para a concessão das bolsas de estudo, apresentando, em caso positivo, o valor da mensalidade regularmente paga pelos alunos do Jardim de Infância Sementinha Mágica Ltda, especificando os gastos suportados pela Municipalidade e pela entidade conveniada;

7 - Esclareça, comprovadamente, a forma de seleção dos alunos beneficiados pelas bolsas de estudo, evidenciando, em especial, se o respectivo procedimento atende aos princípios da impessoalidade, publicidade e moralidade administrativa, insitos no *caput* do art. 37 de nossa Lei Maior.

II - Pela COMUNICAÇÃO ao atual Prefeito Municipal de Campos dos Goytacazes, com base no disposto no art. 6º, §1º, da Deliberação TCE-RJ n.º 204/96, a ser efetivada na forma do art. 3º da Deliberação TCE-RJ nº 234/2006, alterada pela Deliberação TCE-RJ nº 241/2007, ou, na impossibilidade, na ordem seqüencial do art. 26 do Regimento Interno desta Corte, para que, no prazo legal:

1 - Inclua os dados do convênio no SIGFIS, que serão objeto de verificação futura;

2 - Adote as medidas necessárias com vistas à expansão da rede pública de ensino fundamental, em atendimento ao que preceitua o art. 213, § 1º, *in fine*.

III - Por DETERMINAÇÃO à Secretaria Geral das Sessões –SSE, para que, ao materializar a presente decisão, remeta cópia da instrução de fls. 25/26, do parecer do Ministério Público de fls. 28/33, bem como do inteiro teor deste voto.

**MARCO ANTONIO BARBOSA DE ALENCAR**

Relator