# Direitos e deveres fundamentais no convênio administrativo

Recebido em 30|03|2010| Aprovado em 21|10|2010

*Erico Ferrari Nogueira*

Advogado da União. Mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília.

**Sumário**

**Introdução. 1 Natureza jurídica do convênio administrativo. 1.1 Convênio administrativo no direito positivado e sua interpretação. 1.2 Entendimento da doutrina sobre a natureza do convênio. 2 Dos integrantes do convênio. 2.1 Dos normativos aplicáveis. 2.2 Doutrina sobre a possibilidade de convênio com ente privado. 3 Direitos fundamentais nos convênios administrativos. 3.1 Da expressão direitos fundamentais e sua titularidade. 3.2 Da aplicação dos direitos fundamentais nos convênios administrativos. 4 Os deveres fundamentais e os convênios administrativos. Conclusão. Referências bibliográficas.**

**Resumo**

O presente artigo tem por objeto apreciar a aplicabilidade dos direitos e deveres fundamentais nos convênios administrativos. Para conclusão deste trabalho, é necessário perquirir qual a natureza jurídica do convênio administrativo, bem como quem pode integrá-lo. Tal análise será baseada na doutrina brasileira e estrangeira, bem como na Constituição Federal Brasileira de 1988 e normativos de regência.

**Palavras-Chave**

Convênios Administrativos. Direitos Fundamentais. Deveres Fundamentais.

*Abstract*
*The objective of this article is to appraise the applicability of Fundamental Rights and Duties in the Administrative Covenant. To conclude this work it is necessary to question the legal nature of the administrative partnership, as well as who can be part of it. Such analysis will be based on the Brazilian and foreign doctrines, as well as in the 1988 Brazilian Federal Constitution and other specific laws applicable.*

*Key words*
*Administrative Covenant. Fundamental Rights. Fundamental Duties.*

## Introdução

O presente artigo pretende fazer uma abordagem sobre os direitos e os deveres fundamentais e suas respectivas repercussões no âmbito dos convênios administrativos.

Para tal análise reputa-se conveniente verificar a natureza jurídica do convênio administrativo e, como conseqüência, averiguar quem pode integrá-lo, para, em seguida, perquirir o alcance e aplicabilidade dos direitos fundamentais na relação jurídica estabelecida entre os partícipes.

Pretende-se, para tanto, realizar uma análise à luz do direito posto, bem como da literatura existente, sempre com uma visão crítica própria da dialética jurídica.

## 1 Natureza jurídica do convênio administrativo

Consoante já delineado, para se manifestar sobre a aplicação dos direitos fundamentais no instrumento de convênio administrativo, imprescindível perquirir que tipo de instrumento ou instituto se enquadra no mundo jurídico. Em seguida, pesquisar qual a natureza dos partícipes que podem integrar a relação convenial.

### 1.1 Convênio administrativo no direito positivado e sua interpretação

Pensando nas formas de cooperação mútua, a Constituição Federal de 1988[1] estabeleceu, também no seu artigo 241, o chamado federalismo de cooperação[2], a saber:

> Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

Do dispositivo citado, pode-se inferir que restou autorizada a gestão associada entre entes federativos. Ao prever tal gestão associada, a Lei Maior privilegia o

[1] Mais especificamente a Emenda Constitucional nº 19, de 1998.
[2] NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Método, 2009, p. 533: "A ideia de competências verticais é veiculada pelo exercício coordenado das competências, sob a tutela da União, com o objetivo de tornar mais eficiente o desempenho das tarefas públicas, por meio de colaboração entre as pessoas estatais."

fortalecimento do pacto federativo fundamental para a consecução dos fins do Estado Prestacional consagrado na Carta Magna[3].

Segundo a doutrina de Carvalho Filho[4], o artigo 241 da Constituição Federal previu a figura do convênio de cooperação, sendo este, assim como o consórcio, espécie do gênero convênio administrativo. Todavia, para este doutrinador, o *convênio de cooperação* é apenas celebrado entre os entes federados e o *convênio administrativo* é a parceria realizada entre o Poder Público e entidades privadas.

Em que pese tal distinção, a nosso ver, o ordenamento jurídico brasileiro denominou de *convênio de cooperação* a parceria firmada entre entes federados e, tão somente, *convênio* o ajuste celebrado entre o Poder Público e os entes privados, consoante previsão da própria Constituição Federal:

> Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.
>
> § 1º - As *instituições privadas* poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou *convênio*, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.
>
> (grifo nosso)

Assim sendo, preferimos apontar que o convênio de cooperação e convênio propriamente dito[5] são espécies do gênero *convênios da Administração Pública*[6].

Entretanto, entendemos que tal distinção apenas tem sentido para fins didáticos, pois, sob nossa ótica, todos os convênios firmados, independentemente da natureza jurídica de seus integrantes, têm por escopo a cooperação entre os partícipes.

Com efeito, cumpre registrar, ainda, o que as normas infraconstitucionais disciplinam sobre a temática. O Decreto nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986, coloca o convênio no mesmo patamar do acordo ou ajuste, a saber:

> Art . 66. Quem quer que receba recursos da União ou das entidades a ela vinculadas, direta ou indiretamente, inclusive mediante *acordo, ajuste ou convênio*, para realizar pesquisas, desenvolver projetos, estudos, campanhas e obras sociais ou para qualquer outro fim, deverá comprovar o seu bom e regular emprego, bem como os resultados alcançados (Decreto-lei nº 200/67, art. 93).
>
> (grifo nosso)

Já o recente Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007, que dispôs sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, previu, de forma semelhante, que convênio é considerado acordo ou ajuste, conforme se verifica nos dispositivos abaixo transcritos:

> Art. 1º Os programas, projetos e atividades de interesse recíproco dos órgãos e entidades da administração pública federal e de outros entes ou entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos serão realizados por meio de transferência de recursos financeiros oriundos de dotações consignadas no Orçamento Fiscal e da Seguridade Social e efetivadas por meio de convênios, contratos de repasse ou termos de cooperação, observados este Decreto e a legislação pertinente.
>
> § 1º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:
>
> I - convênio - *acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento* que discipline a transferência de

---

[3] LIMA, Flávia Daniele Santiago. Da celebração de convênios administrativos: uma análise a partir das decisões do Tribunal de Contas da União. **Revista da AGU**. Ano VII – nº 16. Abr-jun. 2008, p. 99-115.

[4] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008. p. 315-318.

[5] Além da norma constitucional apenas se referir ao termo "convênio", as normas infraconstitucionais que tratam da matéria também fazem alusão apenas à expressão "convênio".

[6] Tal dicção se extrai da própria Lei nº 8.666, de 1993, que, em sua ementa, tratou dos "Contratos da Administração Pública".

> recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União e tenha como partícipe, de um lado, órgão ou entidade da administração pública federal, direta ou indireta, e, de outro lado, órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos, visando à execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação;
> (grifo nosso)

Assim, pela leitura dos normativos expostos, há apontamentos que indicam que o convênio administrativo tem natureza de acordo ou ajuste, tendo o artigo 199 da Constituição Federal e o artigo 1º, § 1º, inciso I da Lei de Consórcios Públicos[7], outrossim, posicionado o convênio no mesmo patamar do contrato. Tal exegese é extraída da sistematização da norma constitucional em conluio com as normas infraconstitucionais.

Corroborando com tal interpretação, vale registrar que a Constituição Federal de 1988, conhecida como dirigente, com normas de textura aberta com disposições de compromisso se integra com normativos de hierarquia inferior. Nesse sentido, a correta aplicação do comando constitucional se corporifica num conjunto de leis, decretos e portarias, que dependem, numa via de mão dupla, de uma ligação com o sentido constitucional.[8]

Dessa forma, diante da interpretação de todos os normativos de regência, pode-se apontar, consoante delineado, que há indicativo de que o convênio tenha natureza de acordo ou ajuste. Entretanto, a despeito da interpretação ora transcrita, cumpre explicitar o entendimento da doutrina especializada no intuito de tentar corroborar com tal interpretação.

### 1.2 Entendimento da doutrina sobre a natureza jurídica do convênio

Pode-se afirmar, em primeiro plano, que há consenso, tanto para a legislação de regência como para a doutrina especializada, de que a figura do convênio é considerada meio de cooperação ou colaboração para atingimento de interesse comum. Entretanto, resta apreender, em definitivo, qual a natureza jurídica dessa parceria.

De início, cumpre destacar que, apesar de haver dissenso da doutrina brasileira sobre o tema é imperioso enfrentar a questão em face da repercussão que dela advirá.

Da doutrina que inclui o convênio na categoria de ato complexo vale citar Diogo de Figueiredo[9]. No mesmo sentido, Pedro Durão[10] e Edmir Araújo[11], apesar de afirmarem que o convênio é um acordo, tratam o instituto como ato administrativo complexo.

Considerando as justificativas apresentadas por tais autores, ousamos discordar de tal posição. Em primeiro lugar, ato complexo é ato administrativo e, como tal, deve ser realizado por órgãos governamentais provenientes do Estado investidos em prerrogativas estatais exercidas no uso de prerrogativas públicas[12], fato

---

[7] Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005.

[8] BUCCI, Maria Paula Dallari. O Art. 209 da Constituição 20 Anos Depois. Estratégias Para a Efetivação da Diretriz da Qualidade da Educação Superior. In: Binenbojm, Gurstavo; Sarmento, Daniel; Souza Neto, Cláudio Pereira de. (Org.). **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 781-807.

[9] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 140.

[10] DURÃO, Pedro. **Convênio & Consórcios Administrativos:** Gestão, Teoria e Prática. Curitiba: Juruá, 2004, p. 88-89 e 96.

[11] ARAÚJO. Edmir Neto de. **Do Negócio Jurídico Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 145.

que não se compatibiliza com a atual configuração do instituto que admite atuação de entes privados, tanto pela legislação quanto pela doutrina especializada[13], inclusive pelos próprios autores que defendem a complexidade do ato. Ademais, o ato administrativo é providência complementar a lei sendo estritamente vinculado[14]. Portanto, não conseguimos visualizar sua inclusão, concomitante, na categoria de ato administrativo e acordo de vontades, até porque, por mais que seja considerado ajuste realizado pelo Poder Público, o qual se encontra vinculado à lei, há um mínimo de autonomia[15] e vontade[16], isto é, discricionariedade para celebrar ou não o ajuste, isso sem falar na autonomia e liberdade privada do particular em firmá-lo ou não.

Além disso, perfilhamos do entendimento de que complexo é o ato administrativo que necessita de dois (ou mais) órgãos, da mesma esfera de governo, para a formação de um ato único[17], o que não se compatibiliza com a atual configuração de convênio, pois, neste, há apenas o ato do ente público e outro ato de outro ente público de diferente nível de governo[18] ou ato de ente privado.

Não obstante, há quem entenda que convênio se assemelhe[19] à subvenção[20] e, por conta disso, sua existência estaria ligada à teoria alemã dos dois níveis[21]. Todavia, cumpre registrar que não comungamos do entendimento de que se aplica tal teoria dos dois níveis. Nesse caso, partilhamos do entendimento da doutrina que propõe outra teoria dos dois níveis, exclusivamente segundo o Direito Público, preconizada pela combinação entre um ato administrativo e um ajuste jurídico-público[22].

No mesmo sentido, Sérvulo Correia23 aponta que, no Direito Francês, os contratos administrativos são inevitavelmente precedidos ao menos de um ato administrativo, cuja existência se depreende implicitamente na própria celebração do contrato. Ora, é possível afirmar que pelo nosso ordenamento há procedimento semelhante em face da existência de ato administrativo prévio, que é explicada

---

[12] Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 353.

[13] Conforme se verá no tópico seguinte.

[14] Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 353.

[15] LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais, 1998. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera da edição em espanhol do livro Las normas fundamentales de derecho privado, editado em Santa Fé, Argentina, pela Rubinzal – Culzoni Editores, 1995, p. 534-543.

[16] CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos.** Coimbra: Almedina, 1987, p. 562-654.

[17] Cf. Cretella Jr., ato complexo é "todo ato administrativo que só se concretiza pela manifestação, concomitante ou sucessiva, de mais de um órgão do Estado." (CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo.** Vol. II. Rio de Janeiro: forense, 2002, p. 97).

[18] Cf. incisos I e III, do § 1º, do artigo 1º do Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007, se o ajuste se realizar entre órgãos da administração pública federal direta será efetivado por meio de termo de cooperação e não por convênio.

[19] Cf. MUKAI, Toshio. **Direito Administrativo Sistematizado.** São Paulo: Saraiva, 2004, p. 397-398: "O convênio com participantes privados caracteriza uma forma de atividade de fomento. Pelo fomento, o Estado incentiva a execução de atividades de iniciativa privada, por se tratar de atividade que traz benefícios para a coletividade. O incentivo pode ser efetuado por auxílios financeiros, subvenções (...)".

[20] Cf. PASCOAL, Valdecir Fernandes. **Direito Financeiro e Controle Externo.** Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 63: subvenção serve "à manutenção e ao funcionamento dos serviços públicos, quer estes serviços sejam realizados pela Administração Pública ou transferidos para outras pessoas físicas ou jurídicas."

[21] Segundo essa teoria dos dois níveis, que trata das subvenções, a relação jurídica divide-se num ato administrativo e num negócio jurídico-civil.

[22] ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado.** Coimbra: Almedina, 1996. p. 120.

pelo mero impulso administrativo motivado e necessário para a realização de um ato posterior que poderá ocasionar a celebração de uma parceria. Mas cumpre esclarecer que a parceria é efetivada pela subscrição do instrumento e não pelo ato administrativo precedente.

Nesse sentido, Edmir Araújo[24] assente que, no negócio jurídico-administrativo a, declaração da Administração com a do particular, não cria, por si só, obrigações. A convergência das duas vontades é que resulta em uma síntese (contrato, convênio ou acordo, etc.) que é a terceira espécie a ser formalizada, a qual efetivamente obrigará os acordantes. Então, no nosso entender, em que pese o ato unilateral da Administração, o que realmente vale em termos obrigacionais é a terceira espécie, que é o próprio negócio jurídico.

Noutra linha de pensamento, há quem advogue que o convênio é considerado contrato. Segundo De Plácido[25], convênio é consideradocontrato de prestação de serviço ou de outra modalidade, celebrado entre dois órgãos públicos ou entre um órgão público e uma instituição particular. Reforçando esse entendimento, Jorge Miranda e Maria Mota Pires asseveram que "convênio é espécie de contrato que tem como fundo o interesse recíproco das partes, convergência de objetivos."[26]

Entretanto, apesar de entendermos que há traços característicos comuns entre contrato e convênio, não comungamos com a corrente que defende que convênio é espécie de contrato, pois, de outro lado, há aspectos que distinguem os dois institutos. Entre todos os critérios distintivos apontados pela doutrina[27], apenas apontamos os que, a nosso ver, efetivamente merecem ser destacados para uma diferenciação substancial. O primeiro é a questão do interesse[28], que, no contrato, pode ser diverso, e, no convênio, idêntico. Mas aqui entendemos que no convênio administrativo, assim como no contrato, como são regidos pelo Direito Público, os interesses dos acordantes devem ser sempre públicos, mesmo que seja apenas indiretos e mediatos para o particular, fato que poderá haver contraposição (imediata) de interesses. Já no convênio, mesmo nessa situação, o interesse deve ser comum, seja mediato ou seja imediato.

Outro ponto característico que merece destaque e diferencia o contrato do convênio é a intenção de lucro, pois no contrato há objetivo de lucro (não necessariamente econômico) para pelo menos uma das partes. Já no convênio, nenhuma das partes pode ter intuito de lucro[29], tanto é assim que o ordenamento jurídico apenas permite celebração de convênio adminis-

---

[23] CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos.** Coimbra: Almedina, 1987, p. 575.

[24] ARAÚJO, Edmir Neto de. **Do Negócio Jurídico Administrativo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 195.

[25] SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico.** Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 382.

[26] RIBEIRO, Jorge Miranda e PIRES, Maria Mota. **Convênios da União**: Temas Polêmicos, Doutrina, Jurisprudência do TCU e Poder Judiciário, Recomendações. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 35.

[27] Critério dos interesses, do objeto, da colaboração, da finalidade, da patrimonialidade, dos objetivos, da vinculação da verba pública recebida, da vontade, da vinculação de suas cláusulas e decorrências.

[28] Não concordamos com a doutrina que aponta que num "contrato 'comutativo' os interesses das partes são contrapostos: a vantagem de uma parte corresponde à desvantagem de outra", pois, a nosso ver, contratos comutativos são aqueles em que a prestação e a contraprestação são equivalentes entre si e suscetíveis de imediata apreciação quanto à sua equivalência. Assim, comutatividade significa equivalência e não contraposição. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** São Paulo: Dialética, 2005, p. 661).

[29] Entendemos que quem deve lucrar com a celebração de um convênio público não são as partes, mas a sociedade de um modo geral.

trativo entre entes públicos ou entre estes e entidades privadas sem fins lucrativos.

Independentemente da questão do interesse e do intuito lucrativo e de afirmarmos que convênio não configura espécie de contrato, é possível depreender que, em ambos os instrumentos jurídicos, há mais de um integrante que se vincula obrigacionalmente[30] para realizar determinado objeto. Este vínculo obrigacional, por si só, independentemente do intuito lucrativo ou do interesse em jogo, é suficiente para se poder afirmar que tanto no contrato como no convênio há acordo de vontade. Havendo, então, acordos de vontade, pode-se inferir que são espécies do gênero acordo de vontade. Mas resta saber se, no convênio, esse vínculo obrigacional é recíproco.

A nosso ver, o fato de entendermos que contrato e convênio são espécies com características diferentes não significa dizer que não haja obrigatoriedade nas disposições conveniais, isto é, que não exista vinculação contratual em suas cláusulas. Comungamos, nesse particular, com o entendimento de Marçal Justen Filho que, apesar de afirmar que convênio é um acordo de vontades[31], exorta igualmente que convênio;

> é uma manifestação de natureza contratual. Por isso, os princípios basilares contidos na legislação sobre contratações administrativas deverão ser obrigatoriamente observados (...). Os convênios veiculam normas de observação obrigatória para as partes.[32]

Da mesma sorte, para Forsthoff[33] a imposição de obrigações estatais se realiza por meio de contratos, convênios e acordos em geral, os quais têm em comum a emissão de manifestações de vontade coincidentes das partes e não só pactuam reciprocamente quando estão em relação de coordenação (relação privada) como em relação de hierarquia (relação de direito público).

Essa linha de pensamento é corroborada pela recente normatização da Portaria Interministerial nº 127, de 29 de maio de 2008, que previu como sendo cláusula necessária dos convênios as obrigações dos acordantes:

> Art. 30. São cláusulas necessárias nos instrumentos regulados por esta Portaria as que estabeleçam:
>
> (...)
>
> II - as obrigações de cada um dos partícipes;

De outro enfoque, Toshio Mukai[34] defende a ideia que convênio é acordo e não contrato. Nesta senda, Hely Lopes Meirelles[35] aponta que os convênios administrativos são acordos e não contratos. Carvalho Filho[36], em sentido semelhante, entende que convênios administrativos são ajustes[37] firmados por pessoas administrativas entre si, ou entre estas e entidades particulares, com vistas a ser alcan-

---

[30] BOYER, Robert e SAILLARD, Yves: **Théorie de La régulation l`état des savoire.** Paris: La découvert, 1995. p. 540: Segundo tais autores os convênios têm força normativa obrigatória: "Dispositif constituant um accord de volontés tout comme son produit, doté d`une force normative obligatoire, de convention doit être appréhendée à la fois comme le rèsultat d`actions individuelles et comme un cadre contraignant les sujets."

[31] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 661.

[32] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** São Paulo: Dialética, 2005, p. 662.

[33] FORSTHOFF, Ernest. **Tratado de Derecho Administrativo.** Tradução Legaz Lacamba, Garrido Falla e Gomez de Ortega y Junge. Instituto de Estudios Politicos. Madrid: 1958, p. 372-373.

[34] MUKAI, Toshio. **Direito Administrativo Sistematizado.** São Paulo: Saraiva, 2004,p. 398.

[35] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 1995, p. 354.

[36] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 187-188.

[37] Gasparini também entende que são ajustes .(GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 787).

çado determinado objetivo de interesse público.

Diante disso, defendemos que as espécies contrato e convênio, apesar de diferirem, integram o gênero acordo, ajuste ou contrato *lato sensu*, que, a nosso ver, são expressões sinônimas. São espécies do gênero acordo, ajuste ou contrato *lato sensu*. Na verdade, o entendimento de que convênio e contrato *stricto sensu* são institutos diferentes decorre da interpretação literal, lógica e sistemática do texto constitucional, em especial de seus artigos 39, § 2º e 199, bem como do parágrafo único do artigo 2º c/c o artigo 116 da Lei nº 8.666, de 1993, bem como do artigo 66 do Decreto nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986, e do artigo 1º, § 1º , inciso I, do Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007.

Todavia, como já restou consignado, o fato de terem características distintas não significa que as cláusulas dos convênios não são vinculantes aos acordantes e não têm natureza contratual, isto é, que não haja deveres e obrigações entre os acordantes. Nesse particular, concordamos com a doutrina de Ubiratan Aguiar[38] que, quando define convênio, assevera que, assim, como o contrato, também é considerado um acordo de vontades, mas um acordo de vontades com características próprias.

Em síntese, a nosso ver, convênio é um negócio jurídico[39] administrativo[40] mediante acordo, ajuste ou contrato *lato sensu* que estabeleça cooperação mútua com repartição de encargos e obrigações[41] entre os acordantes. Como consequência, pode-se concluir ainda que, neste instrumento, há união de vontades[42]. Havendo junção de vontades, cumpre explicitar, por outro lado, quem pode emitir vontade e integrar esta parceria. É o que veremos a seguir.

## 2 Dos integrantes do convênio administrativo

Partindo da premissa de que o convênio administrativo constitui convênio regido pelo direito público, pode-se inferir, sem maiores problemas, que pelo menos um dos partícipes da avença é o Poder Público. Mas, e o outro partícipe? Pode ser entidade privada ou o ajuste apenas pode ser celebrado entre entes públicos consoante a literalidade do artigo 241 da Constituição Federal? As respostas para tais indagações serão desenvolvidas adiante com base nos normativos aplicáveis e na doutrina especializada.

### 2.1 Dos normativos aplicáveis

Em que pese a literalidade do artigo 241 da Constituição Federal, o ordenamento jurídico brasileiro previu, noutro dispositivo, a possibilidade de celebração de *convênio* firmado entre o Poder Público e

[38] AGUIAR, Ubiratan et alli. **Convênios e Tomadas de Contas Especiais**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 29.

[39] Cf. GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil.** Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 313: "negócio jurídico é a manifestação de vontade destinada a produzir efeitos jurídicos."

[40] Cf. Edmir Araújo, o negócio jurídico-administrativo seja da Administração, seja administrativo, são consubstanciados mediante acordos, pois o negócio jurídico consiste na conjugação de duas ou mais declarações de vontade, pré-ordenadas, mediante acordo que será instrumentalizado em uma terceira espécie (seja contrato ou outro tipo de acordo de vontade). (ARAÚJO. Edmir Neto de. **Do Negócio Jurídico Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 202 e 207).

[41] Se há obrigação recíproca, não pode ser considerado mera associação, pois nesta não pode existir obrigações recíprocas entre associados (Cf. Artigo 53, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro).

[42] Ressalvada hipótese do mandato (vide artigos 117 e 585 do Código Civil Brasileiro), não se concebe acordo com uma só pessoa.

os entes privados, consoante transcrição abaixo:

> Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.
>
> § 1º - As *instituições privadas* poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou *convênio,* tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.
>
> (grifo nosso)

Com efeito, a despeito do texto constitucional admitir celebração de convênio com instituições privadas, a legislação infraconstitucional também previu a transferência de recursos financeiros do Estado para o setor privado, especificamente para as entidades privadas sem fins lucrativos, sobretudo por intermédio de convênio. Vejamos:

### A) Lei nº 11.768, de 14.08.2008 – lei de diretrizes orçamentárias para 200

> Art. 5º Para efeito desta Lei, entende-se por:
>
> (...)
>
> VIII - *convenente,* o órgão ou a entidade da Administração Pública direta ou indireta dos governos federal, estaduais, municipais ou do Distrito Federal e *as entidades privadas, com os quais a Administração Federal pactue a transferência de recursos financeiros;*
>
> (...)
>
> Art. 39. Nenhuma liberação de recursos, a serem transferidos nos termos desta Seção, poderá ser efetuada sem a observância do disposto no § 1º do art. 19 desta Lei.
>
> Parágrafo único. *Para fins da realização de transferências ao setor privado, o Poder Executivo consolidará as normas relativas à celebração de convênios e instrumentos congêneres,* bem como zs correspondentes prestações de contas, mantendo-as atualizadas e divulgando-as por meio da internet.
>
> (grifo nosso)

### B) Decreto nº 93.872, de 23.12.1986

> Art . 58. A cooperação financeira da União à entidade pública ou *privada* far-se-á mediante subvenção, auxílio ou contribuição (Lei nº 4.320/64, § 3º do art. 12).
>
> (...)
>
> Art . 66. Quem quer que receba recursos da União ou das entidades a ela vinculadas, direta ou indiretamente, inclusive mediante acordo, ajuste ou *convênio*, para realizar pesquisas, desenvolver projetos, estudos, campanhas e obras sociais ou para qualquer outro fim, deverá comprovar o seu bom e regular emprego, bem como os resultados alcançados (Decreto-lei nº 200/67, art. 93).
>
> (grifo nosso)

### C) Instrução normativa stn nº 1, de 15.01.1997

> Art. 1º A celebração (assinatura de termo de convênio) e a execução de convênio de natureza financeira, para fins de execução descentralizada de Programa de Trabalho de responsabilidade de órgão ou entidade da Administração Pública Federal, direta ou indireta, serão efetivadas nos termos desta Instrução Normativa.
>
> § 1º Para fins desta Instrução Normativa, considera-se:
>
> (...)
>
> III - convenente - órgão da administração pública direta, autárquica ou fundacional, empresa pública ou sociedade de economia mista, de qualquer esfera de governo, ou *organização particular* com a qual a administração federal pactua a execução de programa, projeto/atividade ou evento mediante a celebração de convênio;
>
> (grifo nosso)

### D) Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007

> Art. 1º Os programas, projetos e atividades de interesse recíproco dos órgãos e entidades da administração pública federal e de outros entes ou entidades públicas ou *privadas sem fins lucrativos* serão realizados por meio de transferência de recursos financeiros oriundos de dotações consignadas no Orçamento Fiscal e da Seguridade Social e efetivadas *por meio de convênios,* contratos de repasse ou termos de cooperação, observados este Decreto e a legislação pertinente.
>
> § 1º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:
>
> I - convênio - acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento que discipline a transferência de recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União e tenha como partícipe, de um lado, órgão ou entidade da administração pública federal, direta ou indireta, e, de outro lado, órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, *ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos,* visando à execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação;

(...).

VI - convenente - órgão ou entidade da administração pública direta e indireta, de qualquer esfera de governo, bem como *entidade privada sem fins lucrativos,* com o qual a administração federal pactua a execução de programa, projeto/atividade ou evento mediante a celebração de convênio;

(grifo nosso)

Além de as transcrições supra demonstrarem a possibilidade de celebração de convênios com as entidades privadas sem fins lucrativos, o próprio Tribunal de Contas da União referenda o entendimento[43] de que é juridicamente viável a celebração de convênio com entidade privada, em que pese a previsão restritiva do Decreto-Lei nº 200, de 1967[44], a saber:

20. ...

Quanto à descentralização de recursos e atividades, firmada pelo Decreto-lei 200/1967, em seu art. 10, §§ 1º e 5º, ainda que esteja correta a interpretação inicial da Procuradoria do Incra quando afirma que nele não estava prevista a transferência de recursos para a iniciativa privada mediante convênio, mas apenas para a Administração Pública (direta e indireta) das unidades federadas, diversas leis excepcionaram esse conceito inicial. É o caso da Lei 4504/1964, que dispõe sobre o Estatuto da Terra, que expressamente autoriza, em seu art. 31, inciso I, o extinto Ibra, sucedido pelo Incra, a firmar convênios com entidades privadas para financiamento, execução ou administração dos planos regionais de reforma agrária.

Não se diga que tal dispositivo do Estatuto da Terra teria sido revogado pelo Decreto-lei 200/1967. É que lei posterior que estabelece regra geral acerca de convênios não revoga lei específica anterior que autoriza a celebração de convênios no caso específico da reforma agrária.

Outrossim, *a evolução histórica modificou o conceito inicial de convênio pretendido pelo Decreto-lei 200/1967 (que entendeu convênio como o instrumento de descentralização de recursos para outras esferas de governo), em razão das sucessivas leis que autorizaram a transferência de recursos à iniciativa privada* (por exemplo, a Lei 2656/1955, que autoriza a cooperação financeira da União a associações rurais municipais e respectivos órgãos superiores que tenham sido reconhecidos nos termos do art. 10 do Decreto-lei 8127/1945; a Lei 8742/1993, que autoriza a União, os Estados e o Distrito Federal a celebrarem convênios com entidades e organizações de assistência social de acordo com os planos aprovados pelos respectivos conselhos de assistência social; a Lei 10558/2002, que cria o programa Diversidade na Universidade e que, em seu art. 2º, parágrafo único, autoriza a transferência de recursos para entidades de direito privados, sem fins lucrativos, que atuem na área de educação e que venham a desenvolver projetos inovadores para atender à finalidade do programa), para o conceito hoje regulado na IN STN 1/1997, em seu art. 1º, § 1º, inciso I, de convênio como o instrumento de regulação de obrigações, seja com outra esfera de governo, seja com iniciativa privada, quando há interesse recíproco, em regime de mútua cooperação, na execução de seu objeto.

21. Acrescente-se apenas que a Lei 10707/2003 (LDO/2004), em seus arts. 29 e 102, e a IN STN 1/1997, em seu art. 27, com a redação dada pela IN STN 3/2003, admitem, implicitamente, a possibilidade de assinatura de convênios com entes privados, reconhecida também por esta Corte anteriormente no Acórdão 1070/2003 - Plenário.

22. *Conclui-se, pois, que é juridicamente viável a celebração pelo Incra de convênio em entidade privada,* em especial com associação representativa de assentados, para viabilizar projetos de reforma agrária.

(grifo nosso)

Pedro Gonçalves[45], embora tratando da concessão de serviço público, ressalta a função de colaboração existente entre a Administração e o setor privado. Para ele, trata-se de um negócio que põe em prática o *Princípio da colaboração entre os setores público e privado.* A nosso ver, esse princípio chancela a viabilidade da celebração de parceria entre entes públicos e

[43] Acórdão nº 1.957/2007, Plenário TCU.

[44] Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.
(...)
b) da Administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio;

[45] GONÇALVES, Pedro. **A Concessão de Serviço Público** (Uma aplicação da técnica concessória). Coimbra: Almedina, 1999, p. 126.

privados, mormente mediante convênios.

Em sentido semelhante, Durão[46] destaca o que denomina de *Princípio da Cooperação Acordada*, afirmando que "*a aplicação deste princípio garante a colaboração comum entre entes para fins de serviços públicos assegurados pelo Estado*." Completa, ainda, que "*não se pode negar, dessa forma, a existência da integração dos serviços públicos e a participação sem fins lucrativos das atuais formas de cooperação administrativa.*"

Assim, pela sistematização dos normativos expostos (seja regra ou princípio), resta demonstrada a viabilidade de celebração de convênios com entes privados para execução de determinada política pública governamental. Resta, então, verificar o que a doutrina pensa sobre o tema.

## 2.2 Doutrina sobre possibilidade de convênio com ente privado

A despeito das considerações apontadas no item anterior, cumpre registrar que a grande maioria da doutrina entende que o instrumento de convênio é parceria que se efetiva não apenas entre entes públicos. É o que se demonstrará a seguir.

Segundo Marçal Justen Filho[47],

> convênios são manifestações do dever de colaboração entre os entes estatais, entre si ou com a sociedade civil. O art. 241 da CF/88 incentiva a sua prática.

Carvalho Filho[48], ao tratar dos convênios administrativos, enfatiza que

> nesses acordos, normalmente de caráter plurilateral, Poder Público, de um lado, e entidades privadas, de outro, associam-se com o objetivo de alcançar resultados de interesses comuns.

Convém destacar também a doutrina especializada de Pedro Durão[49], que ressalta:

> Oportuno torna-se dizer que o convênio administrativo, *enunciado na Norma Ápice* como convênio de cooperação, *é uma combinação ajustada entre entes públicos convenentes ou entre estes e entes privados*, para realização de objetivos de interesse comum, em mútua cooperação.
>
> (...)
>
> Assim, o convênio administrativo, indicado na Carta Política Federal como convênio de cooperação, é uma avença realizada entre entes convenentes, estes dotados de personalidade jurídica de direito público, ou entre estes e particular com escopos mútuos.
>
> (grifo nosso)

Na mesma linha de pensamento, Lucas Furtado[50] assevera que

> o que mais caracteriza o convênio, e neste ponto ele é particular, é ele ser instrumento de que se vale o poder público para realizar objetivos de interesse comum com outros órgãos ou entidades administrativas ou mesmo com particulares.

Quem também entende possível a celebração de convênio com ente privado é o doutrinador Bandeira de Mello[51] ao afirmar que *segundo entendemos, só podem ser firmados convênios ou entidades privadas se esta forem pessoas sem fins lucrativos.*

De igual forma, Hely Lopes[52] afiança que

> convênios administrativos são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas organizações e particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes.

---

[46] DURÃO, Pedro. **Convênio e Consórcios Administrativos, Gestão, Teoria e Prática**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 30.
[47] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 661.
[48] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumes Juris. p. 317.
[49] DURÃO, Pedro. **Convênio & Consórcios Administrativos**: Gestão, Teoria e Prática, Curitiba: Juruá, 2004, p. 99.
[50] FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo.** Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 342.
[51] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2008, p. 654.
[52] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 412.

Para Odete Medauar[53], convênios administrativos são acordos celebrados para a realização de objetivos de interesse comum: a) entre entidades e órgãos estatais de espécies diferentes; b) entre entidades ou órgãos públicos e entidades privadas.

Na mesma esteira, Edmir Netto[54] ensina que os

> convênios podem ser celebrados entre órgãos de pessoas políticas diferentes e de natureza diversas: entre órgãos da mesma pessoa política mas de natureza e personalidade jurídica diversa; ou entre órgãos públicos em geral e entidades privadas.

Em arremate vale registrar o pensamento, ao qual perfilhamos, sobre a presença da sociedade civil na implementação das políticas públicas, mediante convênio:

> Seria um despautério considerar que apenas entes governantes possam ter interesses convergentes na solução de questão dos governados. Afastar o particular de celebrar convênio com o governo seria o mesmo que alijar a sociedade de pactuar com a administração federal de qualquer parceria, considerando-a como desinteressada, bem como exacerbada pretensão do ente estatal em considerar-se como o único capaz de cuidar das coisas comunitárias, reservados ao governo, que, quase sempre, deixa muito a desejar na condução das políticas públicas.[55]

Diante do exposto até aqui, somos forçados a reconhecer que é juridicamente viável a celebração de convênio administrativo com ente privado, seja pela interpretação que se faz dos normativos (regras e princípios) existentes no ordenamento jurídico, seja pelo entendimento amplamente majoritário da doutrina.

## 3 Direitos fundamentais nos convênios administrativos

Considerando que o convênio administrativo é um *acordo* firmado entre, pelo menos, duas partes e que é possível celebração de convênio administrativo entre ente público e entidade privada, pretende-se perquirir a aplicabilidade dos direitos fundamentais nos convênios administrativos, seja quando celebrados com entes privados, seja quando firmados apenas entre entes públicos. Para tanto, cumpre explicitar breves anotações sobre os direitos fundamentais.

### 3.1 Da expressão direitos fundamentais e sua titularidade

Sendo certo que a intenção, no presente trabalho, não é escrever um tratado sobre direitos fundamentais, cumpre apenas explanar alguns elementos básicos sobre a temática para melhor compreensão do raciocínio que se pretende desenvolver.

Dependendo de quem e de onde se escreve, a expressão *direito fundamental* pode ter vários significados[56]. Há quem afirme que direitos humanos, direitos da pessoa humana e direitos fundamentais têm o mesmo significado. Há quem perfilhe o entendimento de que fundamentais são os direitos que estão positivados na Constituição e nas leis[57] e humanos são os direitos inerentes à pessoa hu-

[53] MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008, p. 226.
[54] ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Saraiva, 2007, p. 690.
[55] RIBEIRO, Jorge Miranda e PIRES, Maria Mota. **Convênios da União**: Temas Polêmicos, Doutrina, Jurisprudência do TCU e Poder Judiciário. Recomendações. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 36.
[56] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2008, p. 560.
[57] HESSE apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 560.

mana advindos do direito natural[58]. Há ainda quem defenda que para ser titular de direitos humanos basta ser homem, independentemente de sexo, idade, raça, credo religioso, etc.; e que os direitos humanos são direitos de natureza moral e não criaturas de direito positivo, de forma que sua fundamentação é inerente às características das razões morais[59].

Há, também, quem aponte que os direitos humanos são os consagrados nos tratados e convenções internacionais (plano internacional) e os direitos fundamentais são os direitos humanos consagrados e positivados na Constituição de cada país (plano interno).[60]

Sustenta-se, de outro lado, que os direitos humanos são mais abrangentes do que os direitos fundamentais, pois há direitos fundamentais no artigo 5º da Constituição Federal Brasileira que não são direitos humanos, como, por exemplo, o direito de imagem[61] de uma pessoa jurídica[62]. Nessa esteira, perfilhamos o entendimento de que os direitos e garantias fundamentais se destinam também às pessoas jurídicas[63]. Assim, independentemente da nomenclatura, as pessoas jurídicas também possuem direitos básicos assegurados pelo ordenamento jurídico.

Referente à titularidade, apesar de sabermos que os direitos fundamentais, especialmente os chamados direitos de primeira geração[64], tiveram como único destinatário o indivíduo[65] em face do Estado, entendemos que tais direitos têm como titular ativo não apenas os indivíduos, nem como titular passivo apenas o Estado. É o que demonstraremos a seguir.

Primeiramente, quanto à titularidade passiva, não comungamos do entendimento de que a posição de sujeito passivo dos direitos fundamentais seja sempre ocupada pelo Estado[66], pois compartilhamos do pensamento de que os direitos fundamentais têm aplicabilidade direta e imediata[67], sem necessidade de nenhuma ação intermediária para que sejam aplicados nas relações entre particulares[68]. Ou seja, o particular também pode ser titular

---

[58] BONAVIDES. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 562.

[59] Cf. Carlos Santiago Nino apud CARRIÓ, Genaro R. Los Derechos Humanos y su Proteccion: distintos problemas. Buenos Aires: Ed. Abeledo-perrot.

[60] NOVELINO, Marcelo**. Direito Constitucional**. São Paulo: Método, 2009, p. 360.

[61] Inciso X do artigo 5º da Constituição Federal.

[62] Nesse sentido, é possível afirmar que todo direito humano é fundamental, mas nem todo direito fundamental é humano.

[63] BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2008, p. 412. No mesmo sentido, Ricardo Lorenzetti (LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado.** São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais, 1998, p. 534-543. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera da edição em espanhol do livro Las normas fundamentales de derecho privado, editado em Santa Fé, Argentina, pela Rubinzal – Culzoni Editores, 1995, p. 302).

[64] Manoel Gonçalves aduz *grosso modo*, que entre os direitos e deveres individuais e coletivos estão os direitos de primeira geração; os direitos econômicos e sociais são os de segunda geração; e os direitos ambientais são os de terceira geração. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 100) Não obstante há quem se refira aos direitos de quarta e quinta geração (BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2008 op. cit. p. 571 e 579-593). Também na quarta geração merecem destaque os direitos genéticos (vide BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 6).

[65] Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 563-564: "Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdade ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado (...)".

[66] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2005, 105.

[67] SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 257.

[68] SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, p. 86-87: O autor exemplifica o direito à liberdade de reunião, que possui dois aspectos: o primeiro é o de que o Estado não pode restringir a reunião dos cidadãos; o segundo é o de que ninguém ou um grupo de pessoas podem perturbar uma manifestação pacífica. Assim, a solução a ser dada aos dois casos deve ser a mesma, tanto para o Estado como para as pessoas privadas.

passivo[69]. Outrossim, a família, a sociedade (CF, art. 205), bem como a coletividade (CF, art. 225) também podem ser titulares passivos de direitos fundamentais[70].

No que pertine à titularidade ativa, já restou assentado que as pessoas jurídicas[71], e não apenas os indivíduos, também podem ser titulares ativos dos direitos fundamentais.

Mas, já que os direitos fundamentais são vistos como instrumentos de proteção contra o Estado, embora não apenas contra ele, cumpre indagar se o Poder Público pode ser titular ativo de direitos fundamentais.

Em primeiro plano, cumpre lembrar que as pessoas jurídicas de direito público, pessoas jurídicas com o tal, merecem ter assegurados os direitos e garantias constitucionais que lhe sejam aplicáveis, pois, como já delineado, as pessoas jurídicas são titulares de direitos fundamentais. Ademais, como os direitos fundamentais são concebidos como limitadores de Poder[72], quando o próprio Estado encontra-se em situação de sujeição ao Poder[73], entendemos que pode se valer dos direitos a ele aplicáveis (legalidade, imagem, etc.), bem como das garantias fundamentais constitucionais de caráter processual (devido processo legal, ampla defesa, contraditório, razoável duração do processo, afastabilidade de tribunal de exceção, provas obtidas por meios ilícitos etc.), podendo inclusive utilizar os chamados remédios constitucionais, como o mandado de segurança, o *habeas data*, etc.

Noutra senda, como uma das finalidades dos direitos fundamentais é o direito de defesa[74], pode o Poder Público proteger seus bens lesados ou que porventura possam vir a ser lesados. Destarte, entende-se que a Fazenda Pública pode evocar os direitos e garantias fundamentais para se amparar ou mesmo defender-se de eventual abuso de poder de outro ente estatal. Nesse sentido, vale transcrever o voto[75] do Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, que tratou do tema, a saber:

> Há, contudo, entendimento contrário: "Não se deve negar aos Municípios, peremptoriamente, a titularidade de direitos fundamentais e a eventual possibilidade de impetração das ações constitucionais cabíveis para sua proteção. Se considerarmos o entendimento amplamente adotado de que *as pessoas jurídicas de direito público podem, sim, ser titulares de direitos fundamentais,* como, por exemplo, o direito à tutela judicial efetiva, parece bastante razoável vislumbrar a hipótese em que o Município, diante de omissão legislativa do exercício desse direito, se veja compelido a impetrar mandado de injunção. A titularidade de direitos fundamentais tem como consectário lógico a legitimação ativa para propor

[69] Cf. LORENZETTI, Ricardo Luís. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998, p. 303: "Podem ser legitimados passivos tanto o Estado como os grupos e os indivíduos, sendo que o primeiro é obrigado principal e tradicional.Os particulares são legitimados passivos e, como tal, evidentemente têm obrigações, de abstenção (...) Quanto às obrigações negativas, no sentido de provisão de determinados direitos, normalmente, os particulares não as têm."

[70] Cf. STF (ADIN nº 939-7-MC/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, RTJ, 150:68): a lista de direitos e garantias fundamentais no artigo 5º é exemplificativa, existindo outros no texto constitucional. Ademais, segundo Manoel Gonçalves, a atual Constituição brasileira admite haver outros direitos fundamentais além dos enumerados, direitos estes implícitos. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 296)

[71] BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 2008, 413: entende que as quase-pessoas jurídicas (Senado, Câmara dos Deputados, vereadores, massa falida, espólio, etc), também podem, até certo ponto, titularizar direitos e garantias fundamentais.

[72] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 99.

[73] Como, por exemplo, em uma demanda oriunda do Poder Judiciário, o Estado sujeita-se ao respectivo Poder.

[74] BULOS. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 404-405: "Como direitos de defesa, permitem o ingresso em juízo para proteger bens lesados (...)"

[75] STF, Pleno, MI nº 725-0 Rondônia, Rel. Min. Gilmar Mendes, jul. 10.5.2007, pub. DJ 21.9.2007. p. 1.

> ações constitucionais destinadas à proteção efetiva desses direitos.
>
> Para comprovar esse argumento, basta observar a experiência das jurisdições constitucionais de países ibero-americanos, nos quais existe intensa discussão sobre quais prerrogativas constitucionais podem ser definitivamente qualificadas como direitos fundamentais para efeito de se conferir legitimação ativa a seus titulares, pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privados (...)"
>
> (grifo nosso)

Dessa forma, é possível afirmar que as pessoas jurídicas de direito público podem ser titulares ativos e passivos de direitos e garantias fundamentais.

### 3.2 Da aplicação dos direitos fundamentais aos convênios administrativos

Tendo por base o acima exposto, cumpre explanar sobre a aplicabilidade dos direitos fundamentais na relação jurídica celebrada em convênios administrativos.

Quando se trata de parceria firmada entre ente público e ente privado, a nosso ver, não há razão para negar a aplicação dos direitos fundamentais. Ao contrário, sua aplicabilidade se faz necessária em face da potencial violação a qualquer direito fundamental no curso da relação jurídica.

Além do mais, cabe ressaltar que muito se tem debatido sobre o fenômeno do neoconstitucionalismo[76]. O instituto, que preferimos chamar de constitucionalização do direito, pretende estabelecer uma nova forma de ver o direito, de interpretar o texto infraconstitucional e até o constitucional à luz da própria Constituição e de seus princípios fundantes. A variação hermenêutica objetiva alterar a forma de entender o direito posto, ou seja, fazer uma releitura do direito tendo como ponto de referência a Lei Maior, de forma que para alcançar o sentido de um dispositivo, tem-se que ir à Constituição.

Nessa esteira, se todo negócio jurídico celebrado deve observar as prescrições legais sob pena de nulidade[77], seria irrazoável entender que não há nulidade quando não observadas as prescrições constitucionais e seus princípios[78]. Ademais, sob o mesmo raciocínio, todas as normas obrigacionais estabelecidas entre os partícipes em determinado negócio jurídico devem também ser interpretados à luz do texto maior.[79]

Entretanto, a despeito de a relação jurídica ser firmada com o Poder Público, isto é, que o negócio, regra geral, é regido pelo Direito Administrativo, perfilhamos o entendimento de que também se deve interpretar as normas desse ramo do Direito à luz do texto constitucional[80]. Nesta senda, Barroso[81] arrola três circunstâncias que devem ser consideradas no âmbito da constitucionalização do direito administrativo, a saber:

a) a existência de uma vasta quantidade de normas constitucionais voltadas para a disciplina da Administração Pública; b) a sequência de transformações sofridas

---

[76] Expressão utilizada pelo Jurista Luiz Roberto Barroso. In: **"Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil"**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547> acesso em: 21 jan 2010.

[77] Código Civil Brasileiro:"Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:(...)IV - não revestir a forma prescrita em lei;"

[78] Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6. ed. Saraiva, 2006, p. 327: "Os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não, passam a ser síntese dos valores abrangidos no ordenamento jurídico."

[79] TARTUCE, Flávio. **Direito Civil. Vol. 1.** São Paulo: Método, 2006, p. 100-101.

[80] Esta é a chamada constitucionalização do direito administrativo.

[81] BARROSO, Luiz Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547> acesso em: 21 jan 2010.

pelo Estado brasileiro nos últimos anos; c) a influência dos princípios constitucionais sobre as categorias do direito administrativo.

Aponta, ainda, que, para a chamada constitucionalização do direito administrativo, foi decisiva a incidência dos princípios constitucionais no sistema jurídico administrativo que passou a se voltar para a assunção da dignidade humana e da preservação dos direitos fundamentais, fato que fez com que alterasse a qualidade das relações entre a Administração Pública e o administrado com a superação ou reformulação de paradigmas tradicionais. Dentre os paradigmas apontados, entendemos que merece destaque a redefinição da idéia de supremacia do interesse público sobre o interesse privado[82] e a vinculação do administrador à Lei Maior e não apenas à lei ordinária, de forma que o administrador passou a atuar diretamente com base na Constituição[83].

Por conta disso, a Constituição deixa de ser elemento meramente político, passando a ter força normativa, consagrando seu o Princípio da Força Normativa, de modo que, na interpretação, deve-se dar preferência às soluções que tornem as normas mais densas, eficazes e permanentesa ela[84].

Dessa forma, resta assentado que os direitos fundamentais constitucionais se aplicam às parcerias realizadas entre o Poder Público e o ente privado. Até porque, "*a vinculação do Estado ao respeito pelos direitos fundamentais é indispensável em relação a todos e qualquer das suas actuações*"[85]

Mas, e quando a parceria é firmada entre entes públicos? Também há aplicação dos direitos fundamentais?

Consoante restou consignado, atualmente há defensores da tese de que os direitos fundamentais têm aplicabilidade direta e imediata nas relações entre particulares. Chamado pela doutrina de eficácia horizontal dos direitos fundamentais ou eficácia privada, tal tese admite pensar numa conexão jurídica existente não apenas nas relações entre os particulares e o Estado (verticalidade), mas também nas relações entre os próprios particulares (horizontalidade). Essa horizontalidade representa a compreensão de que o aplicador do direito pode utilizar os direitos fundamentais nas relações entre entes particulares.

Isso quer dizer que, quando figurar na relação jurídica partícipes com idênticas condições de pactuar, tem-se a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Nesse diapasão, é possível afirmar que, num ajuste realizado entre entes públicos, também pode haver horizontalidade dos direitos fundamentais? A nosso ver,

---

[82] Ou seja, a idéia de que nem sempre o interesse público prevalece, devendo-se observar os direitos individuais potencialmente aniquilados. Ora, os direitos fundamentais privados devem integrar a própria noção do que seja o interesse público e este apenas se legitima na medida em que nele estejam presentes aqueles. A regra, portanto, é de que não se excluem. Por isso que se tem falado em prevalência e não supremacia de um interesse sobre o outro.

[83] Atualmente, ao invés de princípio da legalidade fala-se em juridicidade, que abrange todas as normas, aí incluídas a Constituição, as Leis, os Regulamentos e os princípios. A juridicidade administrativa representa a submissão da Administração Pública ao ordenamento jurídico como um todo, não apenas às leis em sentido estrito. Na definição de Paulo Otero: "A juridicidade administrativa traduz uma legalidade mais exigente, revelando que o poder público não está apenas limitado pelo Direito que cria, encontrando-se também condicionado por normas e princípios cuja existência e respectiva força vinculativa não se encontram na disponibilidade desse mesmo poder". (OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública:** O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003, p. 15).

[84] NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Método, 2009, p. 533.

[85] ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo Contrato Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1990, p. 161.

há inclinação para a positividade na resposta, pois nessa relação, pelo menos em tese, há idênticas condições de suficiência e igualdade jurídica.

Nesse passo, ousamos discordar da doutrina que afirma que, em caso de relações igualitárias, os direitos fundamentais apenas são garantidos quando sua aplicação for imprescindível[86]:

> A doutrina tem afirmado unanimemente que, quando estiver em causa uma relação de desigualdade, as entidades privadas estão vinculadas aos direitos fundamentais em termos quase semelhantes aos do próprio Estado. Já, pelo contrário, nas relações igualitárias, a maioria dos autores opta por não enunciar um princípio geral, limitando-se a enumerar casos em que será imprescindível a aplicação dos direitos fundamentais.

A nosso ver, além de a restrição da atuação dos direitos fundamentais ofender a máxima efetividade[87], que se deve conferir a tal categoria, entendemos que sua aplicabilidade deve ser adotada sempre quando houver exercício de poder na relação jurídica.

Outrossim, reconhecemos que a tese da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, normalmente visualizada aos particulares, pode ser, com maior razão, estendida às relações entre entes públicos, pois, além de envolver o Estado, que possui Poder limitador de liberdades públicas, há a possibilidade de abuso de direito de um ente público para com o outro. Nesse sentido, onde há manifestação ou relação que envolva poder, deve haver proteção dos direitos fundamentais. Esse é o juízo que se transcrever abaixo[88]:

> Já referi que os direitos fundamentais foram concebidos para defesa do particular face ao Poder e, por isso, aplicavam-se inicialmente apenas às relações verticais entre o Estado e os cidadãos. Contudo, à medida que o poder deixou de ser privilégio do Estado, deixou de fazer sentido não alargar a protecção dos direitos fundamentais a todas e qualquer manifestação de poder.

Além do mais, diante da estreita relação do Estado com a própria sociedade, a ofensa de um direito do Poder Público, em verdade, macula, mesmo que indiretamente, o direito do próprio cidadão[89], pois o fim do Estado é, de fato, um meio para que os próprios indivíduos e a sociedade possam atingir seus respectivos fins particulares[90]. De mais a mais, *entre o binômio homem-sociedade, situa-se sem dúvida o Estado*[91].

Destarte, embora se considere que os direitos fundamentais foram desenvolvidos para assegurar garantias aos indivíduos em face do Estado, nada impede que este se valha de tais garantias e direitos para se opor em face de outro ente público.

Diante de todo o exposto, entendemos ser razoável inferir que os direitos fundamentais não só podem como devem ser aplicáveis aos convênios administrativos, seja quando firmado com ente privado, seja quando celebrado entre entes públicos.

---

[86] ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo Contrato Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1990, p. 160-161.

[87] Deve-se interpretar as normas constitucionais de forma a otimizar sua eficácia (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 118-119).

[88] ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo Contrato Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1990, p. 159.

[89] Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 47: Dallari, ao estudar as causas no aparecimento do Estado, cita a teoria desenvolvida por Robert Lowie que sustenta que a origem do Estado se verifica do desenvolvimento interno da sociedade, consubstanciado no seguinte trecho: o próprio desenvolvimento espontâneo da sociedade dá origem ao Estado.

[90] Idem, p. 91.

[91] MENEZES, Aderson. **Teoria Geral do Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 56.

## 4 Os deveres fundamentais e os convênios

No tocante a esse tópico, cumpre destacar, inicialmente, que a Constituição Federal de 1967 estabelecera, no Título referente à Declaração de Direitos, cinco Capítulos[92]. Dentre eles, um específico aos "Direitos e Garantias Individuais".

A atual Constituição Federal, diferentemente do regime jurídico-constitucional anterior, previu um Título alusivo aos "Direitos e Garantias Fundamentais". O seu Capítulo I tratou, de forma precursora, dos "Direitos e Deveres Individuais e Coletivos". Dessa forma, verifica-se que a Lei Maior de 1988 não tratou apenas dos direitos e garantias individuais, mas também dos deveres.

Com efeito, apesar de se debater sobre os direitos e garantias fundamentais, pouco se discorre sobre os deveres. Em razão disso e diante da inovação constitucional, imperioso perquirir o que vem a ser dever fundamental e, posteriormente, sua relação com os convênios administrativos.

Cumpre registrar, de início, que, diferentemente dos direitos fundamentais individuais, pela literalidade do artigo 60, § 4º, IV, da Constituição Federal vigente, é possível a extinção dos deveres, pois o constituinte apenas se reportou aos direitos e garantias individuais.

Sobre sua enumeração, há quem afirme que não há deveres fundamentais arrolados na Constituição Federal, apenas direitos[93]. Mas, cediço que o legislador não prevê palavras inúteis[94], entendemos que há deveres fundamentais na Constituição. Exemplo disso é o dever do Estado de prestar saúde (CF, art. 196), prestar educação (CF, art. 208) e de fomentar as práticas desportivas (CF, art. 217).

Entretanto, entendemos que não apenas o Estado tem deveres perante a Constituição Federal, pois a coletividade[95], a sociedade[96], a família[97] e o próprio indivíduo podem ser destinatários de deveres fundamentais. Quanto ao indivíduo, cumpre registrar, a título de exemplo, que a dicção do inciso I do artigo 5º do texto constitucional demonstra que homens e mulheres têm deveres[98] uns para com os outros. O voto obrigatório, consubstanciado no § 1º do artigo 14 da Lei Maior, também é um exemplo de dever individual.

Ademais, entendemos que, pelo menos implicitamente, há deveres fundamentais no artigo 5º da Constituição Federal, pois todo dever advém do próprio direito. Ora, se os deveres individuais e coletivos estão inseridos no Título referente aos direitos fundamentais, pode-se depreender que todo dever é um direito, mas nem todos direito é um dever. Além do mais, é ra-

---

[92] A título de curiosidade, os cinco capítulos foram divididos em: Nacionalidade (Capítulo I), Direitos Políticos (Capítulo II) e Partidos Políticos (Capítulo III), Direitos e Garantias Individuais (Capítulo IV) e Estado de Sítio (Capítulo V).

[93] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 100.

[94] STF, Pleno, ADIN nº 2.690-9 RN, EM 7.6.2006, no voto do Ministro Relator Gilmar Ferreira Mendes: "Com efeito, é lição corrente que constitui pressuposto da atividade de interpretação de leis assumir que o legislador não emprega palavras inúteis e nem busca designar a mesma realidade com expressões diferentes, à moda de um mero esforçado esteta, descompromissado com as conseqüências jurídicas dos termos que usa."

[95] Defesa do meio ambiente não apenas pelo Estado, mas também pela coletividade (CF, art. 225).

[96] Dever de garantir à vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade respeito, liberdade, não discriminação da criança e do adolescente tanto pelo Estado, sociedade e a família (CF, art. 227).

[97] Idem.

[98] *Na obrigação ter-se-á, ao lado do dever jurídico de prestar, um direito à prestação.* (Antunes Varela apud DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil.** 2. vol. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 28). Assim, toda obrigação é um dever, mas nem todo dever é uma obrigação, pois nem todo dever é de cunho patrimonial (LISBOA, Roberto Senise. **Manual Elementar de Direito Civil.** Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 42.).

zoável afirmar ainda que de todo direito nasce necessariamente um dever. Assim, quando a Constituição assevera no inciso LXXIV, do seu artigo 5º, que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recurso, em verdade, trata-se de um dever do Estado, que, caso não cumprido, pode ser exigido judicialmente.

Corroborando essa linha de raciocínio, tem-se afirmado[99] que dever jurídico é o comando imposto, pelo direito objetivo, a todas as pessoas para observarem certa conduta, sob pena de receberem uma sanção pelo não cumprimento do comportamento prescrito pela norma jurídica. Nessa esteira, é possível sustentar que todo dever advém de um direito, de modo que os dois institutos se atrelam.

Ainda nessa linha de pensamento, há quem afirme que os direitos fundamentais só podem ser formulados em combinação com deveres correlatos. Assim, o direito de uma pessoa a alguma coisa deve corresponder ao dever de outro agente de dar à primeira pessoa essa coisa. Para esse encadeamento binário entre os direitos e os deveres fundamentais, deve ser especificado exatamente o agente responsável e os deveres que levaram a efeito a fruição do respectivo direito. Sem a especificação exata do agente responsável, as reivindicações de direitos humanos são simples "conversa mole"[100].

Já Cristina Queiroz[101], ao tratar do caráter duplo dos direitos fundamentais, assevera que todo direito fundamental material corresponde a uma tutela jurisdicional efetiva, de forma que os direitos fundamentais transformam-se em deveres de ação do Estado.

Noutro enfoque, mas ainda sobre os deveres, vale lembrar da teoria dos quatro *status* (passivo, negativo, positivo e ativo) de Jellinek. Segundo Alexy[102], no *status* positivo de Jellinek, o indivíduo é colocado aquém do Estado, que reconhece a capacidade jurídica do indivíduo de reclamar para si a utilização das instituições estatais, isto é, outorga-se ele pretensões positivas. Assim, tal *status* consiste na possibilidade de o indivíduo reivindicar atuações positivas do Estado. A capacidade juridicamente protegida para exigir prestações positivas do Estado tem dois sentidos, de forma que o *status* positivo de Jellinek é o reflexo do negativo[103]. Assim, o direito de um indivíduo frente a ação Y do Estado, corresponde à obrigação do Estado frente ao indivíduo de realizar a ação Y.

Diante disso, entendemos que o reflexo do *status* positivo é aplicável aos deveres fundamentais, na medida em que as obrigações são consequências da própria existência dos direitos assegurados pelo texto constitucional.

Nesse sentido, pode-se depreender que o Estado[104] tem o dever de garantir à sociedade os direitos fundamentais previstos explícita e implicitamente na Constituição. Visando implementar esses deveres

---

[99] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil.** 2. vol. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 27.

[100] SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 264-265.

[101] QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 96-97.

[102] ALEXY, Robert. *Teoria de* **Los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 256-260.

[103] ALEXY, Robert. *Teoria de* **Los Derechos Fundamentales.** Madri: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2002, p. 257.

[104] Aqui, pode-se incluir também a coletividade, a sociedade e todos os indivíduos.

e garantir os direitos, o Estado, mormente quando não dispõe de estrutura suficiente para atender aos reclamos sociais, vale-se de instrumentos de cooperação que o auxiliam na implementação das políticas públicas governamentais necessárias para concretizar tais deveres e, consequentemente, por uma via de mão dupla, efetivar os direitos fundamentais.

Na mesma linha de entendimento, Canotilho[105] questiona se o direito do cidadão a prestações existenciais mínimas perante os Poder Públicos corresponde a um correlativo dever do Estado, com a seguinte indagação: Ao direito do cidadão perante o Estado, a prestação X corresponderá a um dever jurídico Y por parte do Estado? Para Canotilho[106], no campo das prestações existenciais mínimas, o cidadão tem um direito subjetivo a prestações existenciais, ao qual corresponde um dever correlativo.

Mas, mesmo quando o Estado tem uma obrigação, como, por exemplo, o dever de promover e incentivar a educação à população (CF, art. 205), não quer dizer que o Poder Público deva agir de determinada forma para auferir os resultados pretendidos[107]. Ao Poder Público é garantida a discricionariedade de decidir a melhor forma de buscar os objetivos pretendidos pela sociedade, devendo formular e organizar toda uma política pública para tal.

Esse, inclusive, é um dos problemas apontados por Canotilho[108] ao declarar que uma coisa é afirmar a existência de um direito, outra coisa é determinar quais os *modos* ou *formas* de proteção desse direito. E mais: o fato de reconhecer um *direito* positivo a prestações existenciais mínimas, tendo como destinatário os Poderes Públicos, não significa impor *como* o Estado deve densificar esse direito. Há *espaço de discricionariedade* do legislador (dos poderes públicos em geral) quanto à escolha dos meios para tomar efetivo determinado direito na sua dimensão existencial mínima.

Assevera ainda[109] que nem a Constituição portuguesa nem a espanhola estabelecem uma *ponderação* pré-determinada quanto à escolha dos meios indispensáveis para satisfazer prestações existenciais mínimas. Todavia, de outro lado

> *o espaço de discricionariedade dos Poderes Públicos, nunca é total, pois existem determinantes constitucionais heterônomas a vincular o legislador.*[110]

Quanto à Constituição Federal brasileira, a nosso ver, também não há vinculação sobre a forma de atuação estatal, mormente no que se refere à celebração de convênio administrativo, que, como ajuste de vontades, é de pactuação facultada. Tal faculdade pode ser verificada nos dispositivos constitucionais regentes à matéria, a saber:

---

[105] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008, p. 55-56.

[106] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008, p. 57.

[107] Como, por exemplo, descentralizar a execução da ação governamental mediante celebração de convênio administrativo com determinada entidade privada, sem fins lucrativos.

[108] CANOTILHO, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008, p. 57-58.

[109] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008, p. 58.

[110] Nessa passagem, Canotilho se refere aos direitos e princípios dirigentes relacionados, pelo menos, às prestações existenciais mínimas que o Estado, os Poderes Públicos e o legislador são obrigados a proteger.

> Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.
>
> § 1º - As instituições privadas *poderão* participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.
>
> Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, *autorizando* a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.
>
> (grifo nosso)

Não obstante, não se pode olvidar que os Poderes Públicos e o legislador estão vinculados ao dever de assegurar e proteger os direitos consagrados no texto constitucional, pelo menos, no domínio das prestações existenciais mínimas, podendo escolher, aí sim, o meio conveniente e oportuno para efetivá-los.

Em conclusão, é crível afirmar que os convênios *podem* servir de instrumento efetivo de prestação de deveres fundamentais e, como consequência, de garantia de direitos fundamentais, devendo-se lembrar que eventual parceria pública deverá observar os direitos fundamentais, seja na sua relação com ente privado seja entre entes públicos.

## Conclusão

Por todo o exposto, pode-se depreender que o instituto do convênio tem natureza de ajuste, acordo ou contrato *latu sensu*. Diante dessa natureza, pode-se concluir que há união de vontades com vínculos obrigacionais[111]. Havendo, então, junção de vontades, podem integrar a parceria convenial não apenas os entes públicos entre si, como também pode haver celebração de convênios entre o Poder Público e entidades privadas sem fins lucrativos.

De outra parte, o Estado, ao firmar convênio administrativo, como todo e qualquer ajuste, deve observar e assegurar os direitos fundamentais previstos no ordenamento jurídico. Outrossim, além dos direitos constitucionais fundamentais se aplicarem aos convênios administrativos, é razoável aferir que o Poder Público também pode se valer desses direitos no âmbito de suas parcerias, seja quando firmada com particulares ou seja, com outro ente público.

Pertinente aos deveres fundamentais, restou assentado que se referem às obrigações que o Estado (e não apenas o Estado) deve observar para concretização efetiva de direitos fundamentais. Dessa forma, numa via de mão dupla, o dever advém do próprio direito, de modo que, de todo direito, nasce necessariamente um dever. Ao efetivar tais deveres, mediante parceria administrativa, de celebração facultada, o Estado, em verdade, preza pela garantia dos direitos fundamentais.

Tais conclusões quedaram extraídas da construção realizada no decorrer deste artigo, que teve como base não apenas a doutrina especializada, mas também a interpretação da Constituição Federal, seus princípios fundantes e os normativos de regência.

Certo de que não foi encerrada a presente discussão, finalizamos este breve artigo acreditando que auxiliará no fomento de um exame mais aprofundado sobre o tema com uma maior reflexão e debate sobre o assunto.

---

[111] Ressalvada hipóteses do mandato (vide artigos 117 e 585 do Código Civil Brasileiro), não concebe acordo com uma só pessoa.

**Referências bibliográficas**

AGUIAR, Ubiratan et alli. **Convênios e tomadas de contas especiais**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

ALEXY, Roberto. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Do negócio jurídico administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. O triunfo tardio do direito constitucional no brasil**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>

BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BOYER, Robert e SAILLARD, Yves: **Théorie de la régulation del`état de savoire**. Paris: La décourvert, 1995.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O Art. 209 da Constituição 20 Anos Depois. Estratégias Para a Efetivação da Diretriz da Qualidade da Educação Superior. In: Binenbojm, Gurstavo; Sarmento, Daniel; Souza Neto, Cláudio Pereira de. (Org.). **Vinte anos da constituição federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Portugal: Coimbra Editora, 2008.

CARRIÓ, Genaro R. **Los derechos humanos y su protección: distintos problemas.** Buenos Aires: Ed. Abeledo-perrot.

CARVALHO FILHO, José dos Santos**. Manual de direito administrativo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CRETELLA JÚNIOR. José. **Tratado de direito administrativo**. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 1987.

DALLARI, Dalvo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1995.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil**. 2. vol. São Paulo: Saraiva, 1995.

DURÃO, Pedro. **Convênio & consórcios administrativos**: Gestão, Teoria e Prática. Curitiba: Juruá, 2004.

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**. Coimbra: Almedina, 1996.

_____. **Requiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 1990.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2005.

FORSTHOFF, Ernest. **Tratado de derecho administrativo**. Trad. Legaz Lacamba, Garrido Falla e Gomez de Ortega y Junge. Instituto de Estudios Politicos. Madrid: 1958.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2006.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Pedro. **A concessão de serviço público:** Uma aplicação da técnica concessória. Coimbra: Almedina, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.** São Paulo: Dialética, 2005.

LIMA, Flávia Daniele Santiago. Da celebração de convênios administrativos: uma análise a partir das decisões do Tribunal de Contas da União. **Revista da AGU**. Ano VII – nº 16. Abr-jun. 2008.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual elementar de direito civil**. Vol. 2. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Fundamentos do Direito Privado. São Paulo: Ed. **Revistas dos Tribunais**, 1998, p. 534-543. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera da edição em espanhol do livro **Las normas fundamentales de derecho privado**, editado em Santa Fé, Argentina, pela Rubinzal – Culzoni Editores, 1995.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENEZES, Aderson. **Teoria geral do Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: forense, 1976.

MUKAI, Toshio. **Direito administrativo sistematizado**. São Paulo: Saraiva, 2004.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. São Paulo: Método, 2009.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**: O sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003.

PASCOAL, Valdecir Fernandes. **Direito financeiro e controle externo**. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

RIBEIRO, Jorge Miranda; PIRES, Maria Mota. **Convênios da união**: Temas Polêmicos, Doutrina, Jurisprudência do TCU e Poder Judiciário, Recomendações. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**. Vol. 1. São Paulo: Método, 2006.