

**Eurico Bitencourt Neto**

# **Concertação Administrativa Interorgânica**

**DIREITO ADMINISTRATIVO E ORGANIZAÇÃO NO SÉCULO XXI**

**teses**

  
**ALMEDINA**

## Capítulo 1

# Conceito de Concertação Administrativa Interorgânica

### 1. Noção de concertação

#### 1.1. Considerações gerais

O verbo concertar tem diversas acepções, podendo-se mencionar, como indicadores do sentido que nesta oportunidade interessa, as ações de por-se em harmonia, em acordo, pactuar, combinar, concordar<sup>798</sup>. O concerto é, portanto, um acordo ou pacto entre duas ou mais partes e a concertação, no campo do Direito Público, remete a um processo decisório próprio do Estado de Direito democrático e social, num cenário de pluralismo e conflitos de interesses<sup>799</sup>. No âmbito do Direito Administrativo, a expressão *Administração concertada* tem sido utilizada para caracterizar um modo de atuação por meio do consenso e da produção de acordos<sup>800</sup>.

Em primeiro lugar, em um sentido mais amplo da atuação do Estado, refere-se à concertação no âmbito das relações internacionais. O Direito Internacional tem como características gerais a coordenação, a reciprocidade e a cooperação<sup>801</sup>, entrecruzando temas em que a interdependência entre os Estados se tem mostrado a cada dia mais evidente, por exemplo, em áreas como

<sup>798</sup> Dicionário Houaiss da língua portuguesa, p. 785.

<sup>799</sup> OTERO, Paulo. *O poder de substituição em direito administrativo*, p. 530.

<sup>800</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*, v. 1, p. 667; FERRARA, Rosario. *Gli accordi di programma*, p. 3; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novas tendências da democracia*, p. 11-12; MACHETE, Pedro. *Estado de direito democrático e administração paritária*, p. 48-49.

<sup>801</sup> MIRANDA, Jorge. *Curso de direito internacional público*, p. 33-34, mencionando, também, a subordinação em sentido estrito, referente à manutenção da paz e da segurança coletiva na Carta das Nações Unidas, à justiça penal internacional e aos regulamentos comunitários europeus.

a economia, os direitos humanos, a segurança e a sustentabilidade ambiental. Esse cenário implica que as relações internacionais envolvam distintos modos de concertação.

Para além da clássica relação entre Estados, cabe mencionar, ainda que de passagem, as peculiares relações no âmbito dos Estados membros da União Europeia, a par da complexificação das relações no chamado espaço jurídico global<sup>802</sup>, num cenário que se tem qualificado como “fase de transição e turbulência”<sup>803</sup>, podendo-se falar na emergência de um Direito Administrativo europeu, marcado por um modelo de Administração composta<sup>804</sup> e, ao menos em embrião de um Direito Administrativo global<sup>805</sup>. Nesse quadro, avultam múltiplas formas de relações concertadas entre Estados e entre Estados e diversos organismos transnacionais.

A Constituição de 1988 estabelece, entre os princípios que regem o Estado brasileiro nas relações externas, a prevalência dos direitos humanos<sup>806</sup> (art. 4º, II), a solução pacífica dos conflitos (art. 4º, VII) e a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (art. 4º, IX). Tais princípios impõem, no âmbito das relações externas, a negociação, a colaboração, a cooperação e a busca de consensos como valores relevantes no âmbito de uma “orientação internacionalista”<sup>807</sup> do ordenamento constitucional.

Nas relações internas ao âmbito de um Estado nacional, o termo concertação é empregado, muitas vezes, acompanhado do qualificativo social, referindo-se aos procedimentos de negociação e decisões consensuais entre trabalhadores e empregadores, com mediação estatal. Ou, em um sentido mais amplo, diz-se tratar de um “método flexível de governar ou de administrar em que os representantes do Governo ou da Administração participam em debates conjuntos com representantes doutros corpos sociais autónomos (...) com vista à formação de um consenso”<sup>808</sup>.

<sup>802</sup> DELLA CANANEA, Giacinto. *I pubblici poteri nello spazio giuridico globale*.

<sup>803</sup> MIRANDA, Jorge. *Curso de direito internacional público*, p. 16.

<sup>804</sup> SCHMIDT-ABMANN, Eberhard. *Le modèle de l'“administration composée” et le rôle du droit administratif européen*, p. 1246-1249.

<sup>805</sup> CASSESE, Sabino. *Il diritto amministrativo globale*; STEWART, Richard B. *Il diritto amministrativo globale*, p. 124-125.

<sup>806</sup> Sobre o tema dos direitos humanos no Brasil, em uma perspectiva internacionalista, PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*.

<sup>807</sup> PIOVESAN, Flávia. *Constituição federal: relações internacionais e direitos humanos*, p. 170.

<sup>808</sup> MACHADO, J. Baptista. *Participação e descentralização, democratização e neutralidade na Constituição de 76*, p. 45-46.

A concertação, nesse sentido de busca de consensos sobre questões econômicas e sociais, é tributária do princípio democrático, na medida em que, não desconhecendo os conflitos inerentes a uma sociedade plural, substitui decisões unilaterais de gabinete por processos de discussão e persuasão, ou, em outras palavras, substitui uma atuação impositiva por uma atuação negociada e consensual. Nessa perspectiva, a Administração concertada tende a se proceduralizar, no âmbito das vinculações jurídico-constitucionais da função administrativa, a fim de que os processos de negociação e busca de consensos sociais se desenvolvam sob o pálio da transparência, da igualdade, da imparcialidade e das demais imposições da juridicidade.

A concertação, no âmbito da economia, da política e da administração, valoriza a Administração contratual, em suas múltiplas manifestações, incluindo diversos tipos de acordos. É nesse sentido que se pode falar em “economia concertada ou contratual”<sup>809</sup>, em governar por contratos<sup>810</sup>, ou mesmo, tratando de área do Direito Administrativo especial, em “urbanismo de concertação”<sup>811</sup>. Embora haja diversos instrumentos de materialização de acordos no âmbito da Administração concertada, os contratos exercem um papel central, especialmente no que toca às relações do Estado com entidades privadas, seja no campo da regulação econômica, seja nos espaços de regulação social.

Nesse sentido geral, a concertação é instrumento de coordenação econômica e social, que valoriza a participação dos atores sociais na difícil tarefa de formulação e execução de políticas econômicas e de realização das prestações impostas pelo Estado social, especialmente nos casos de garantias de prestação, sejam qualificadas como serviços públicos delegados, sejam inseridas num âmbito de atividades econômicas sujeitas a determinadas vinculações de interesse público.

E, se a atividade geral de concertação social, entendida como procedimento de participação e consenso, possui cada vez mais relevância em sociedades plurais, ou pluriclasse, não se pode deixar de notar que o Estado “ainda governa”, o que leva a ter em conta que os Poderes Públicos democraticamente legitimados não podem sucumbir inteiramente a instâncias corporativas de

<sup>809</sup> MACHADO, J. Baptista. *Participação e descentralização, democratização e neutralidade na Constituição de 76*, p. 48.

<sup>810</sup> De modo geral e em diversos sentidos, COOPER, Phillip J. *Governing by contract*; FREEMAN, Jody; MINOW, Martha (Ed.). *Government by contract*; GONÇALVES, Pedro. *Reflexões sobre o Estado regulador e o Estado contratante*, especialmente p. 91-142.

<sup>811</sup> CORREIA, Jorge André Alves. *Contratos urbanísticos*, p. 38.

concertação<sup>812</sup>. Em outras palavras, a concertação é relevante instrumento de Administração participada, mas não conduz à superação do Estado como fonte maior institucionalizada de legitimidade democrática.

Em síntese, no encontro entre duas vertentes de expressão da democracia, uma vinculada a uma fonte de legitimidade decorrente do sufrágio direto e universal, outra que busca reforçar a legitimidade da atuação administrativa no âmbito dos grupos organizados expressivos do pluralismo social, “cabe ao Estado um poder de tutela ou de coordenação em nome do interesse geral”<sup>813</sup>.

A concertação, como meio de expressão do Estado, em sentido genérico, ou como noção apta a capturar as distintas relações negociadas e acordadas entre Estado e sociedade, tem, como finalidades centrais no âmbito de um Estado de Direito democrático e social, “Patentear o conflito, submeter as pretensões dos contendores a juízo público, levar estes a fazer jogo franco e a conformar-se às exigências do interesse colectivo”<sup>814</sup>.

Tais objetivos, que, em linhas gerais, correspondem à institucionalização do reconhecimento de interesses potencialmente conflitantes e das virtualidades da negociação e da pactuação como modos de atuar, também se podem aplicar no âmbito da atividade interna da Administração Pública. Nos quadros de um pluralismo intra-administrativo, em que interesses públicos igualmente relevantes, tutelados por distintos órgãos, são também potencialmente conflitantes<sup>815</sup> – o que se demonstra no Capítulo seguinte –, a explicitação de tais disputas e a busca da via pactuada de decisão são, muitas vezes, imperativos da prossecução do interesse público.

Daí que o termo concertação também se aplique, com seu sentido geral e suas virtualidades, ao universo das relações entre órgãos no interior das entidades estatais, ressalvadas, por óbvio, as diferenças entre as relações Estado-particulares e as relações entre órgãos administrativos. Por consequência, uma primeira aproximação da noção de concertação administrativa interorgânica deve ter em pauta as ideias de negociação, consenso e acordo no exercício das competências públicas.

<sup>812</sup> MACHADO, J. Baptista. *Participação e descentralização, democratização e neutralidade na Constituição de 76*, p. 51.

<sup>813</sup> MACHADO, J. Baptista. *Participação e descentralização, democratização e neutralidade na Constituição de 76*, p. 52.

<sup>814</sup> MACHADO, J. Baptista. *Participação e descentralização, democratização e neutralidade na Constituição de 76*, p. 54.

<sup>815</sup> GONÇALVES, Pedro. *A justiciabilidade dos litígios entre órgãos da mesma pessoa colectiva pública*, p. 10-11.

Mas, diferentemente das relações com particulares, a concertação entre órgãos públicos se vincula mais a uma ideia de eficiência e adequada ponderação de interesses do que propriamente da manifestação de um dos sentidos do princípio democrático<sup>816</sup>. Trata-se de um meio de expressão interna das feições da Administração contemporânea ou um instrumento de veiculação de uma Administração plural. O termo concertação remete ao sentido geral de ajuste, acordo, pacto, consenso e, qualificado como concertação administrativa, diz respeito aos acordos que se perfazem no âmbito da atuação administrativa do Estado e, mais especificamente, como concertação interorgânica, no seio das relações entre órgãos despersonalizados da Administração Pública.

Refira-se, por fim, à concertação como específico módulo procedimental em que as decisões são obtidas mediante o concurso formal de mais de uma figura subjetiva, incluídos os órgãos administrativos. É o que se pode ver, por exemplo, no Direito Administrativo italiano, em que os chamados “atos de concerto”<sup>817</sup> demonstram uma aceitação já consolidada da concertação como meio de atuação interna da Administração Pública. Não obstante, o núcleo conceitual de concertação que nesta oportunidade se baliza não se resume a um meio específico, antes tem a pretensão de congregar, em seu seio, múltiplos modos de acordos administrativos interorgânicos.

## 1.2. Principais concepções

A noção de concertação administrativa, embora esteja presente em significativa parte da doutrina jusadministrativa, não tem sido objeto de tratamento sistematizado ou mesmo de uma delimitação conceitual com relativa precisão. Em geral, fala-se em Administração concertada ou Administração consensual para designar o perfil contemporâneo de boa parte dos modos de atuação participada, que não se resume aos contratos administrativos, incidindo até mesmo sobre o procedimento de formação de decisões unilaterais.

O que aqui importa são os modos de atuação consensual entre órgãos despersonalizados, no âmbito de relações jurídicas interorgânicas. Sob esse ponto de vista, a doutrina em geral diverge sobre a admissão desse sentido de concertação interorgânica e, caso admitida, sobre a relevância jurídica de que se reveste. Advertindo-se que tais posições têm estreita ligação com sistemas constitucionais positivos, é possível, no entanto, à guisa de uma sistematização para efeitos conceituais, organizar as principais linhas de compreensão

<sup>816</sup> BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*, p. 278-279.

<sup>817</sup> GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*, v. 2, p. 139-140.

sobre a figura de que se trata, até porque tais concepções têm lastro em distintos modos de conceber institutos clássicos da dogmática do Direito Administrativo, como a personalidade jurídica do Estado e o princípio hierárquico.

Pode-se dizer que há três concepções principais quanto à consideração da concertação administrativa interorgânica no Direito Administrativo: *a)* uma que a rejeita integralmente; *b)* outra que a admite, mas confina os concertos interorgânicos ao campo da atuação administrativa informal, que considera desprovida de repercussões jurídicas; e, por fim, *c)* uma terceira posição, que admite a existência de concertação administrativa interorgânica com relevância jurídica, embora variando, de acordo com o autor e o sistema jurídico-positivo, a intensidade e a extensão de tal relevância.

Em primeiro lugar, refira-se a posição daqueles que simplesmente negam um conceito de concertação administrativa interorgânica no âmbito do Direito Administrativo. Parte-se de uma concepção tradicional de personalidade jurídica do Estado, num sentido quase antropomórfico, além dos clássicos conceitos de unidade interna e hierarquia administrativa, para rejeitar a autonomia dos órgãos despersonalizados para travar verdadeiras relações jurídicas. Nesse cenário, não haveria, juridicamente, relações interorgânicas<sup>818</sup>, daí decorrendo a impossibilidade ou irrelevância jurídica de quaisquer acordos entre órgãos administrativos<sup>819</sup>.

Nesse sentido, mesmo hipóteses de concertação administrativa interorgânicas consagradas expressamente pelo texto constitucional, como é o caso do chamado “contrato para ampliação de autonomias” previsto no art. 37, § 8º, da Constituição brasileira, são consideradas – independentemente da discussão quanto à sua natureza – figuras juridicamente “impossíveis”<sup>820</sup>, absolutamente irrelevantes<sup>821</sup>. Em síntese, se não é considerada a possibilidade da existência de relações jurídicas interorgânicas – embora se admita de modo quase absoluto a hierarquia administrativa –, por óbvio não se reconhece a possibilidade da existência de concertação administrativa interorgânica.

A segunda concepção não rejeita liminarmente a figura da concertação administrativa interorgânica, mas a confina ao âmbito da atuação informal da

<sup>818</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 145.

<sup>819</sup> Nesse sentido, com pequenas distinções entre si, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p.145; 238-240; PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Da reforma administrativa constitucional*, p. 173-174.

<sup>820</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 238; NOHARA, Irene Patrícia. *Contrato de gestão para ampliação da autonomia gerencial*.

<sup>821</sup> GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*, p. 114-115.

Administração Pública, por não vislumbrar, nos instrumentos que a viabilizam, as características típicas das formas clássicas de atuação administrativa e por não reconhecer neles vincutividade jurídica<sup>822</sup>. Tratar-se-ia de instrumento mais próprio da Ciência da Administração do que propriamente do Direito Administrativo, pelo que seria desprovido de maior relevância jurídica.

A terceira concepção admite formas de concertação administrativa interorgânica juridicamente relevantes, derivadas de um amplo movimento de contratualização da atuação administrativa, que também tem reflexos no interior da Administração Pública. A admissão da juridicidade da concertação interorgânica pode ser integral ou parcial, apenas para alguns tipos de concertos entre órgãos<sup>823</sup>. Admitida a sua relevância jurídica, os concertos interorgânicos refletiriam uma formalização de relações internas, especialmente relações organizacionais e de programação da gestão pública, reconhecidas como verdadeiras relações jurídicas<sup>824</sup>.

Por todas as características da Administração contemporânea, expostas na Parte I, e nos termos dos fundamentos analisados no Capítulo seguinte, a concepção mais adequada à Administração Pública de um Estado de Direito democrático e social e, em especial, àquela cujos traços gerais se extraem da Constituição brasileira, é a que admite a concertação administrativa interorgânica, não como uma simples operação material ou informal, mas como um modo de expressão interna da Administração concertada, de que decorrem consequências juridicamente relevantes.

<sup>822</sup> Nesse sentido, embora muitas vezes não vinculem explicitamente meios de concertação interorgânica à informalidade administrativa e com algumas variações quanto à existência de alguma relevância jurídica, JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, p. 676-679; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 346.

<sup>823</sup> É o que se pode depreender, por exemplo, dos escritos de Alexandra Leitão: de um lado, admite a figura de verdadeiros contratos interorgânicos (*Contratos interadministrativos*, p. 173-181; 220; 243). Por outro lado, no âmbito de relações hierárquicas, afirma que os acordos, pactos, protocolos ou acordos de cavalheiros celebrados entre órgãos não têm natureza vinculativa (*Contratos interadministrativos*, p. 102), embora assinale, genericamente, que não sejam inteiramente desprovidos de efeitos jurídicos (*Contratos interadministrativos*, p. 182-183).

<sup>824</sup> Nesse sentido, com algumas variações quanto à natureza da concertação interorgânica, CASSESE, Sabino. *Le basi del diritto amministrativo*, p. 162; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de gestão*, p. 196-200; MODESTO, Paulo. *Legalidade e autovinculação da administração pública*, p. 147 ss. Pedro Gonçalves, a despeito de enquadrar na categoria de atuações informais da Administração atos bilaterais como acordos e negociações, que não podem ser reconduzidos aos meios tradicionais de ação administrativa, afirma a vinculação dos acordos informais à juridicidade (*Advertências da administração pública*, p. 755-756 e nota 87), bem como defende a juridicidade das relações interorgânicas e a subjetividade jurídica interna dos órgãos (*A justiciabilidade dos litígios da mesma pessoa colectiva pública*, p. 11-12).

Em síntese, as balizas conceituais da concertação administrativa interorgânica não se podem restringir a atuações informais, com mera expressão no campo da Ciência da Administração. O espaço conceitual de tal figura pertence ao campo do Direito Administrativo contemporâneo e, portanto, sujeita-se à incidência da juridicidade e produz efeitos jurídicos no âmbito da organização administrativa e dos modos de manifestação das competências administrativas.

## 2. Delimitação conceitual

### 2.1. Concertação interadministrativa

A Administração contemporânea, sob o pálio de um Estado de Direito democrático e social, reflete a democraticidade e a busca de realização da socialidade de múltiplas maneiras. Entre elas está a utilização, com cada vez mais frequência e em áreas antes exclusivas da ação unilateral, de instrumentos de concertação administrativa<sup>825</sup>. Tais instrumentos apontam para a contractualização – utilizada a expressão em um sentido amplo – das relações da Administração com particulares, das relações entre entidades públicas e das relações entre órgãos públicos.

Um esforço inicial de delimitação conceitual da concertação administrativa interorgânica diz respeito à distinção entre os instrumentos de concertação interadministrativa, vale dizer, os acordos entre entidades públicas e aqueles referentes à concertação interorgânica. Sendo ambos casos de negociação e pactuação do exercício de competências administrativas, diferem entre si, em primeiro lugar, no que toca às partes da relação: a concertação interadministrativa envolve entidades públicas personalizadas: a concertação interorgânica, órgãos administrativos despersonalizados.

A concertação interadministrativa pode envolver entes estatais (no caso brasileiro, a União, os Estados Federados, o Distrito Federal e os Municípios) entre si, entes estatais e entidades da Administração indireta (no Direito brasileiro, autarquias – incluídas as agências executivas e reguladoras, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista), além de entidades da Administração indireta entre si. Trata-se, em síntese, dos múltiplos acordos que se podem travar envolvendo, nos pólos da relação, pessoas jurídicas estatais, sejam entes políticos, sejam entes auxiliares ou instrumentais.

<sup>825</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*, v. 1, p. 669; OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública*, p. 840-841; *Manual de direito administrativo*, v. 1, p. 189; LEITÃO, Alexandra. *Contratos interadministrativos*, p. 106-107.

Ficam excluídos do campo da concertação interadministrativa os ajustes pactuados entre entidades estatais e entes privados sem fins lucrativos, que compõem o chamado terceiro setor. Nesse âmbito, estão as entidades qualificadas, no Direito brasileiro, como “organizações sociais” ou como “organizações da sociedade civil de interesse público”, que firmam com o Estado contratos de gestão ou termos de parceria, que disciplinam um regime jurídico próprio para o chamado fomento social<sup>826</sup>. Tais entidades, não sendo pessoas da Administração indireta do Estado, mas “alheias à estrutura governamental”<sup>827</sup>, não têm suas relações pactuadas com o Poder Público incluídas na esfera da concertação interadministrativa.

Em síntese, a concertação interadministrativa envolve os acordos firmados entre pessoas jurídicas estatais, pertencentes ao aparato jurídico-público, sejam pessoas políticas: a União, os Estados federados, o Distrito Federal e os Municípios, sejam pessoas que compõem a Administração indireta – com personalidade de direito público ou privado, incluindo as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas e as sociedades de economia mista e as entidades decorrentes da constituição de consórcios públicos.

Nos termos do ordenamento jurídico brasileiro, a concertação interadministrativa pode ser materializada por meio de contratos<sup>828</sup> (Constituição, art. 22, XXVII), convênios ou consórcios públicos<sup>829</sup> (Constituição, art. 241), outras espécies negociais, como os contratos para ampliação de autonomias (Constituição, art. 37, § 8º)<sup>830</sup>, além da possibilidade de instituição de outros instrumentos bilaterais, no âmbito da colaboração, da cooperação e da coordenação administrativas, que são fundamentos gerais para a concertação interadministrativa.

Uma competência legislativa genérica para a disciplina de instrumentos de concertação pode ser verificada, por exemplo, no art. 23, parágrafo único, da Constituição, que estabelece que leis complementares fixarão normas para

<sup>826</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*, p. 264-273.

<sup>827</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 227.

<sup>828</sup> Admitindo a existência de contratos administrativos interadministrativos no Direito português, CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, p. 410. Para maior desenvolvimento sobre o tema, LEITÃO, Alexandra. *Contratos interadministrativos*.  
<sup>829</sup> , Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 679-682; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 347-355; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, p. 431-433.

<sup>830</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 344-347. Admitindo a possibilidade de contratos entre entidades públicas, com base no art. 37, § 8º, da Constituição de 1988, desde que sejam instituídos por lei, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 230.

a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. Outro exemplo é o art. 198, que dispõe que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem sistema único, sendo matéria de competência executiva comum aos entes federados (art. 23, II). É também o caso da assistência social (art. 23, II), cuja execução observará a descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos programas às esferas estadual e municipal (art. 204, I).

Os dispositivos constitucionais referidos são exemplos de fundamentos para o estabelecimento de instrumentos de concertação interadministrativa, especialmente no âmbito do federalismo cooperativo consagrado pela Constituição de 1988. A par disso, uma consagração geral de Administração concertada – cujos traços gerais são descritos no Capítulo seguinte – estabelece as bases para atuação concertada entre as entidades públicas, para além das relações federativas.

Outra hipótese de concertação interadministrativa é constituído por acordos não mais entre duas entidades públicas, mas entre um ente público e um órgão despersonalizado. É o caso de determinados acordos substitutivos de procedimentos sancionatórios<sup>831</sup>, previstos em diversas leis brasileiras, tendo o mais célebre exemplo no chamado termo de ajustamento de conduta<sup>832</sup>, alternativo à propositura de ação civil pública, previsto na Lei nº 7.347, de 1985, art. 5º, § 6º. Tais instrumentos, embora se apliquem na maior parte dos casos, a particulares, também podem ensejar a celebração de um acordo entre um órgão despersonalizado – por exemplo, o Ministério Público – e uma entidade pública – por exemplo, um Município<sup>833</sup>.

Outro exemplo é o do Tribunal de Contas, em especial alguns Tribunais de Contas de Estados Federados brasileiros, que possuem instrumento semelhante ao termo de ajustamento de conduta – chamado termo de ajustamento de gestão –, que permite firmar um acordo substitutivo da aplicação de

<sup>831</sup> Especialmente com enfoque no âmbito regulatório, MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. *Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção*; SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Acordos substitutivos nas sanções regulatórias*.

<sup>832</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, p. 429. Lei nº 7.347, de 1985, art. 5º, § 6º: “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

<sup>833</sup> MOREIRA, Alinie da Matta. *A conveniência e oportunidade aplicadas aos compromissos assumidos pela administração pública em termo de ajustamento de conduta*, p. 26-27.

sanções<sup>834</sup>. Tais acordos podem ser firmados com entidades e órgãos despersonalizados. No primeiro caso, trata-se de ajuste entre um órgão despersonalizado, no exercício de sua independência funcional e um ente personalizado, sujeito ao seu controle. Nesses casos, ter-se-á concertação interadministrativa, já que, em um dos lados da relação, estará um ente personalizado, e não concertação interorgânica, que pressupõe a presença exclusiva de órgãos despersonalizados nos pólos da relação.

Em síntese, a concertação administrativa interorgânica não se confunde com a concertação interadministrativa, na medida em que, diferentemente desta, que conta com ente personalizado em pelo menos um dos pólos da relação, é firmada exclusivamente entre órgãos despersonalizados. E, por outro lado, a concertação interorgânica indica uma relação administrativa interna, enquanto a concertação interadministrativa remete a uma relação externa.

Nos casos da chamada contratação *in house*<sup>835</sup>, envolvendo a discussão se os contratos entre o Estado e seus entes auxiliares são verdadeiros acordos bilaterais, ou se indicam mera manifestação de uma autonomia auto-organizatória do ente central, deve-se ter na devida conta que, ainda nas hipóteses em que não haja verdadeira autonomia do ente auxiliar, haverá, do mesmo modo, um caso de concertação interadministrativa, mesmo que se possa discutir a natureza contratual do vínculo. Nessa perspectiva e tendo em vista que a personalidade jurídica legalmente instituída, ainda que não indique concretamente parcela significativa de autonomia, nunca se reduz a zero, ou seja, sempre resta algum efeito jurídico da personalidade coletiva, a concertação administrativa na contratação *in house* exprime uma relação externa ao ente estatal, ainda que se lhe negue natureza contratual.

Por fim, podem ser mencionadas três razões principais para isolar a figura da concertação interorgânica, apartando-a da concertação interadministrativa: a) ela diz respeito à atividade administrativa interna, intra-administrativa, enquanto a concertação interadministrativa remete a uma relação externa,

<sup>834</sup> O caso pioneiro é o do Estado de Minas Gerais: Lei Complementar nº 120, de 2011, que acrescenta os arts. 93-A e 93-B na Lei Complementar nº 102, de 2008, chamada Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, instituindo o termo de ajustamento de gestão, como um instrumento consensual para regularizar atos e procedimentos dos Poderes, órgãos ou entidades por ele controlados.

<sup>835</sup> CARINGELLA, Francesco. *Curso di diritto amministrativo*, t. I, p. 857-917; LEITÃO, Alexandra. *Contratos interadministrativos*, p. 336-358; RAIMUNDO, Miguel Assis. *A formação dos contratos públicos*, p. 646-658; ALMEIDA, João Amaral e; SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *Temas de contratação pública*, v. 1, p. 137-174; CAMPOS, Diogo Duarte de. *A escolha do parceiro privado nas parcerias público-privada*, p. 189-353.

entre pessoas jurídicas públicas, ou entre um ente personalizado e um órgão despersonalizado, mas integrante da estrutura de outro ente personalizado; b) por consequência, a concertação interorgânica, indicando acordos entre órgãos despersonalizados, implica a superação de velhos dogmas como a impermeabilidade da atividade administrativa interna, a unidade funcional da Administração, o caráter absoluto e colonizador da hierarquia administrativa e a impossibilidade de relações jurídicas entre órgãos despersonalizados; c) a concertação interorgânica indica a existência de novos meios de relacionamento entre órgãos, implicando um elastecimento das formas de atuação administrativa.

## 2.2. Concertação entre órgãos despersonalizados e particulares

Outra hipótese de manifestação da Administração concertada encontra-se nos ajustes celebrados entre órgãos despersonalizados e particulares. Nesses casos, os órgãos não se manifestam em nome da pessoa estatal, mas no exercício de competências próprias, exclusivas, que expressam sua independência funcional, de base constitucional. É o caso, por exemplo, do Ministério Público (art. 127, 1º, da Constituição brasileira).

O mencionado instrumento do termo de ajustamento de conduta permite ao Ministério Público tomar dos interessados – partes sujeitas à ação civil pública – compromisso de ajustamento de sua conduta, em alternativa ao ajuizamento da ação judicial. Nesses casos, haverá uma hipótese de concertação, no âmbito de um procedimento substitutivo, entre um órgão despersonalizado, o Ministério Público, agindo em nome próprio, e um particular.

A diferença entre essa hipótese e os casos de concertação administrativa interorgânica é flagrante. Em primeiro lugar, uma distinção quanto às partes: de um lado, tem-se concertação entre um órgão estatal e um particular; de outro, dois órgãos públicos. Em segundo lugar, uma distinção quanto ao objeto: nos acordos com particulares, a composição de interesses públicos com privados, enquanto nos acordos interorgânicos, a compatibilização de diferentes interesses públicos.

Em síntese, é evidente que o conceito de concertação administrativa interorgânica não pode incluir ajustes de que participem particulares, ainda que se relacionem com órgãos despersonalizados, atuando em nome próprio. A figura que nessa oportunidade é objeto de exame limita-se aos concertos entre órgãos públicos despersonalizados.

## 2.3. Concertação interorgânica fora da função administrativa

Afastados os casos de concertação em que os partícipes não sejam exclusivamente órgãos públicos despersonalizados, seja pela presença de entes públicos personalizados, seja pela participação de particulares, cabe verificar hipóteses em que há atuação concertada entre órgãos despersonalizados, mas no exercício de atividades que não pertencem à função administrativa. Nesse campo, um exemplo importante é a concertação interorgânica no âmbito da função judicial.

Reconhecida a viabilidade de justiciabilidade de litígios interorgânicos, seja por estipulação legal expressa, como é o caso peculiar do Direito português<sup>836</sup>, ou mesmo por uma construção doutrinária e jurisprudencial que admite, em casos excepcionais, a personalidade judiciária a certos órgãos despersonalizados, como ocorre no Direito brasileiro<sup>837</sup>, abre-se a possibilidade, nos termos do sistema processual vigente, de conciliação ou transação interorgânica no âmbito de um processo judicial. Ou, em outras palavras, é possível a busca de consenso, presidida por um magistrado, ou a homologação judicial de um acordo<sup>838</sup>.

Um exemplo, que não é invulgar, ao menos na esfera municipal, é relativo a litígio judicial envolvendo o Poder Executivo e o Poder Legislativo, por descumprimento do art. 168 da Constituição de 1988, que dispõe que os recursos correspondentes às dotações orçamentárias destinadas aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 de cada mês, em duodécimos, na forma da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º, da mesma Constituição.

Nesse caso, a disputa envolverá dois Poderes estatais, órgãos despersonalizados. Estará em jogo um conflito sobre o cumprimento de competências públicas, no âmbito da prossecução de interesses públicos, e não um contraponto entre um interesse público e um interesse particular. Reconhecido o atraso no repasse dos recursos, nada impediria que, determinado o restabelecimento imediato das transferências, fosse feito um acordo com uma fixação

<sup>836</sup> GONÇALVES, Pedro. *A justiciabilidade dos litígios entre órgãos da mesma pessoa colectiva pública*, p. 9.

<sup>837</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, p. 16-17; *Personalidade judiciária de órgãos públicos*, p. 6-10; MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo, MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*, p. 29.

<sup>838</sup> Falando de conciliação direta – em que há acordo direto entre as partes – e de conciliação, em que um terceiro busca promover o consenso, ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Negociação coletiva dos servidores públicos*, p. 192-193. Vinculando o conceito de transação ao de acordo direto entre as partes, sujeito à homologação judicial, BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas*, p. 310-311.

de percentuais para a reposição dos valores referentes ao passivo, relativo a mantado anterior, de modo parcelado, a fim de não inviabilizar a execução de serviços essenciais. Nesse exemplo, o acordo sujeito à homologação judicial seria uma hipótese de concertação interorgânica, no âmbito do exercício da função judicial, já que dependente da aprovação de um magistrado.

É necessário distinguir o caso mencionado do conceito de concertação administrativa interorgânica, objeto desta dissertação. A concertação havida no âmbito de uma disputa judicial interorgânica não visa à prossecução de interesses públicos próprios da função administrativa, não tem em vista a execução de competências administrativas. Diferentemente, busca a composição de um conflito envolvendo dois Poderes estatais, no âmbito de um processo judicial e, por isso, sujeita à condução e à decisão de um juiz.

Já no caso de concertação administrativa interorgânica, de que se cogita, o que há é uma negociação e um acordo sobre o exercício de função administrativa, que produz efeitos por si só, independentemente de sujeição ao âmbito de outra função do Estado. Tal espécie de atuação consensual entre órgãos administrativos possui habilitação jurídica para a produção de efeitos próprios, constituindo-se como espécie de manifestação de uma Administração consensual ou concertada.

Portanto, a concertação administrativa interorgânica se manifesta pela articulação exclusiva entre órgãos despersonalizados, que negociam e pactuam o exercício de competências administrativas, no âmbito de um procedimento administrativo. Excluem-se do âmbito conceitual da concertação de que se trata quaisquer manifestações de concertos interorgânicos que se reconduzem ao exercício de outras funções estatais que não a administrativa.

#### 2.4. Concertação administrativa interorgânica informal ilícita

Um dos meios de manifestação da concertação administrativa interorgânica são os acordos havidos sob o pálio de uma atuação administrativa informal. Como se irá desenvolver a seu tempo – no Capítulo III, nº 3.1 –, considera-se atuação informal da Administração Pública aquela que se dá numa zona desprovida de regulação procedimental, isto é, fora dos meios de atuação legalmente instituídos. Nessa concepção, a informalidade não se liga a um agir fora da clássica concepção das formas administrativas – ato, contrato e regulamento, mas a um atuar fora dos meios de manifestação administrativa legalmente institucionalizados.

Nesse sentido, há inúmeras formas de concertação entre órgãos despersonalizados, no exercício de competências administrativas, que se inserem

numa atuação administrativa informal, seja decorrente de várias hipóteses de contatos interorgânicos, seja derivada de procedimentos de concertação instituídos em normas administrativas subalternas. O que importa, nesta altura, é advertir que os casos de concertação informal podem ser lícitos ou ilícitos. E, no segundo caso, estarão fora do espaço conceitual de concertação administrativa interorgânica objeto de estudo.

Essa afirmação decorre de que a atuação informal, apesar de se dar à margem dos modos de agir legalmente institucionalizados, não é indiferente ao Direito, como se demonstra no Capítulo III. A concertação informal está sujeita a vinculações de juridicidade<sup>839</sup>, como, por exemplo, aos princípios da competência, da prossecução do interesse público, da imparcialidade, da eficiência. Daí que a concertação interorgânica que afrontar tais vinculações será ilícita, não se admitindo, nessa matéria, a menção a uma “ilegalidade necessária”<sup>840</sup>.

Haverá, pois, concertação administrativa interorgânica decorrente de ajustes informais, desde que tais acordos, embora processados e firmados à margem de uma atuação procedimentalizada, não desborem de um regime mínimo de juridicidade aplicável a qualquer atividade administrativa. A mera concertação fática, desvinculada de qualquer captura jurídica, pode conduzir a um modo de ação ilícito<sup>841</sup>. Não estarão incluídos no âmbito conceitual da concertação administrativa interorgânica os acordos informais celebrados em ofensa aos princípios vinculantes de toda atuação administrativa; por exemplo, um acordo informal sobre o exercício de competências não atribuídas, pela ordem jurídica, aos órgãos acordantes.

Em apertada síntese, caso haja uma pactuação entre dois órgãos despersonalizados, no âmbito do exercício de função administrativa, paralela às formas de atuação procedimentalizadas, se tal concertação não observa vinculações gerais aplicáveis a toda forma de agir administrativo, não configurará hipótese enquadrável no conceito de concertação administrativa interorgânica.

<sup>839</sup> OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública*, p. 189-190; GOMES, Carla Amado. *O dom da ubiquidade administrativa*, p. 405-411; LOUREIRO, João Carlos. *O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares*, p. 153-155. Assinalando que a sujeição das atuações informais a princípios como o da proteção da confiança, da lealdade da boa-fé ou à autovinculação da Administração configuraria a introdução da vinculatividade jurídica pela porta dos fundos, em uma atividade que deve se caracterizar justamente pela não regulação jurídica, embora reconheça alguns limites à sua adoção, MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*, p. 472-473.

<sup>840</sup> Expressão atribuída a Luhmann (LOUREIRO, João Carlos. *O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares*, p. 151).

<sup>841</sup> LOUREIRO, João Carlos. *O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares*, p. 156.

### 2.5. Contatos interorgânicos sem acordo

Incluem-se nas hipóteses de atuação administrativa informal entre órgãos despersonalizados os inúmeros casos de contatos interorgânicos à parte dos procedimentos institucionalizados. Trata-se de relações interorgânicas, à margem dos meios formalizados de concertação, visando a acordos no âmbito das competências dos partícipes. Sobre tais hipóteses de concertação informal, maiores desenvolvimentos são feitos no Capítulo III. Nesta altura, interessa apenas pontuar que há uma multiplicidade de contatos possíveis entre órgãos administrativos, buscando harmonizar e pactuar informalmente o sentido das respectivas atuações no âmbito de competências comunicantes.

É o caso, por exemplo, de contatos informais entre órgãos que participam de um determinado procedimento de autorização da instalação de atividade econômica. Em geral, deve haver manifestação de órgãos responsáveis pelo fomento ao desenvolvimento econômico, pela proteção do ambiente, pela verificação de normas sanitárias ou de segurança, entre outros interesses públicos envolvidos. Inexistindo meios procedimentais, legalmente estipulados, de concertação no exercício de competências que compõem uma atuação administrativa transversal, nada impede que tais órgãos se relacionem à margem do procedimento para o compartilhamento de informações, a antecipação do sentido da realização dos interesses públicos parciais que cada qual tutela e a busca de uma atuação concertada, em vista da ponderação conjunta dos interesses públicos e privados presentes e em busca de uma atuação célere, simplificada e imparcial. Obtendo-se consenso, haverá uma atuação apta a se enquadrar nas balizas conceituais da concertação administrativa interorgânica.

De outro lado, diversos casos de contatos interorgânicos informais não conduzirão a concertação administrativa. São hipóteses em que os contatos não visam a uma atuação pactuada, embora possa haver alguma colaboração entre os órgãos. Nesse último caso, ainda que as relações interorgânicas se deem no sentido de informar as decisões dos órgãos envolvidos, o que se busca é simplesmente informações ou dados que instruem a decisão isolada de cada qual e não uma atuação acordada.

Não é possível inventariar todas as manifestações de contatos informais interorgânicos, pelo fato de a informalidade estar à margem das tipologias formais e, assim, apresentar-se fluida e dinâmica, sendo inviável aprisioná-la em categorizações definitivas. Assim, o que aqui importa é assinalar que, no vasto campo dos contatos interorgânicos informais, estarão excluídos do campo conceitual da concertação administrativa interorgânica todos aqueles

que não visarem uma atuação concertada entre órgãos públicos despersonalizados, no exercício de função administrativa.

### 3. Síntese

Traçadas, em linhas gerais, a noção e a delimitação conceitual da concertação administrativa interorgânica, pode-se concluir, em síntese, que:

- a) a Administração concertada ou consensual diz respeito a um modo de atuar, que valoriza a participação, a negociação e a realização de pactos ou acordos;
- b) a concertação envolve uma tríplice dimensão: a celebração de acordos com particulares, entre entidades estatais e entre órgãos despersonalizados. Nesse último caso, haverá concertação interorgânica;
- c) a concertação interorgânica pode se dar no exercício de qualquer das funções do Estado; no exercício da função administrativa, configurará concertação administrativa interorgânica;
- d) retomando o conceito preliminar de concertação administrativa interorgânica exposto na Introdução, como “a relação entre dois ou mais órgãos administrativos despersonalizados, visando a uma atuação pactuada”, em vista do que neste Capítulo se aduziu, pode-se dizer que o conceito de concertação administrativa interorgânica possui três elementos:
  - d.1) um elemento subjetivo, relativo aos sujeitos da relação concertada, que diz respeito à exclusiva existência de órgãos administrativos despersonalizados como partícipes da concertação;
  - d.2) um elemento funcional, relativo ao exercício da função administrativa do Estado;
  - d.3) um elemento finalístico, relativo à busca de uma atuação pactuada, no exercício das competências dos órgãos.
- e) em síntese, pode-se conceituar, para os fins desta dissertação, concertação administrativa interorgânica, como *a relação entre dois ou mais órgãos administrativos despersonalizados que, no exercício de suas competências, no âmbito da função administrativa do Estado, visam a uma atuação pactuada.*