

# ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL E O NOVEL INSTITUTO DA TRANSAÇÃO ADMINISTRATIVA

---

## *CONSENSUAL PUBLIC ADMINISTRATION AND THE NOVEL ADMINISTRATIVE TRANSACTION INSTITUTE*

**AUGUSTO NEVES DAL POZZO**

Doutor e Mestre em Direito Administrativo pela PUC-SP. Professor de Direito Administrativo e Fundamentos de Direito Público da PUC-SP. Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos da Infraestrutura (IBEJI). Advogado e Parecerista.  
ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-8156-7687>].  
[augusto@dalpozzo.com.br](mailto:augusto@dalpozzo.com.br)

**JOÃO VICTOR TAVARES GALIL**

Doutorando e mestre em Direito Administrativo pela PUC-SP. Assessor jurídico.  
ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-3090-206X>].  
[jvtgdireito@gmail.com.br](mailto:jvtgdireito@gmail.com.br)  
DOI: [<https://doi.org/10.48143/rdai.24.dalpozzo>].

Recebido em: 07.10.2022 | Received on: October 7<sup>th</sup>, 2022  
Aprovado em: 24.11.2022 | Approved on: November 24<sup>th</sup>, 2022

**ÁREAS DO DIREITO:** Constitucional; Administrativo

**RESUMO:** O presente artigo visa lançar luz sobre discussão a respeito da consensualidade no âmbito dos contratos administrativos partindo de uma perspectiva concretista do Direito e da realização da função pública como característica finalística do Estado. Para tal, aborda o conceito de função pública e o instituto do contrato administrativo como resultado dessa para, ao fim, traçar paralelos com a transação tributária e estabelecer diretrizes para um espaço de participação do contratado para a formação das decisões administrativas sem que, com tal conduta, converta-se eventual proximidade em exercício de captura da coisa pública.

**ABSTRACT:** This research aims to shed light on the discussion about consensuality in the context of administrative contracts from a concrete perspective of Law and the realization of the public function as a final characteristic of the State. To this end, it addresses the concept of public service and the institute of the administrative contract as a result of this to, in the end, draw parallels with the tax transaction and establish guidelines for a space for the participation of the contractor for the formation of administrative decisions without, with such conduct, turning an eventual proximity into an exercise of capture of the public thing.

**PALAVRAS-CHAVE:** Consensualidade – Contrato administrativo – Transação tributária – Direito de participação.

**KEYWORDS:** Consensus – Administrative contract – Tax transaction – Right of participation.

**SUMÁRIO:** 1. Introito. 2. Exercício de função no Estado Social brasileiro. 3. Negociação contratual e exercício de função administrativa. 4. O instituto da transação administrativa e sua compostura. 5. Dos limites à transação administrativa. 6. Conclusão. 7. Referências.

## 1. INTROITO

No<sup>1</sup> Direito, assim como em todos os campos científicos, os contendores se digladiam em torno de concepções que pretendem ser consideradas corretas e que, assim, venham a consagrar-se perante a comunidade que lhe é própria<sup>2</sup>. Não é invulgar, portanto, que se vejam nascer linhas de pensamento que marcam opiniões próprias em busca da superação de opiniões adversárias, almejando que possam ser tidas como as únicas possíveis perante os pressupostos firmados para o desenvolvimento de determinada área do conhecimento.

Todavia, há no campo jurídico um problema próprio, pragmático, que se choça diretamente contra uma das finalidades mais preciosas do Direito, percebida na sua intenção de antever problemas da vida cotidiana e, com isso, condicionar condutas em busca de uma harmonia social. Em outras palavras, quanto mais caloroso e fecundo o debate entre os cientistas do Direito, quanto mais opiniões díspares, mais fragilizada se torna a segurança dos cidadãos perante aquilo que há de ser determinado pelo ordenamento, pois mais dolorosa se torna a capacidade de antecipação das respostas pretendidas pelo programa constitucional<sup>3</sup>.

É inegável, dessa forma, que o direito administrativo vive as suas próprias disputas, as quais, pelos elementos intrínsecos ao seu arquétipo normativo, detêm

- 
1. Como citar esse artigo | *How to cite this article*: DAL POZZO, Augusto Neves; GALIL, João Victor Tavares. Administração pública consensual e o novel instituto da transação administrativa. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura – RDAI*, São Paulo, ano 7, v. 24, p. 147-164, jan./mar. 2023. DOI: [https://doi.org/10.48143/rdai.24.dalpozzo].
  2. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. 10. tir. São Paulo: Atlas, 1980. p. 10-11.
  3. Sobre os embates doutrinários e a insegurança proveniente dessas disputas perante os órgãos de controle: MARTINS, Ricardo Marcondes. Crise do ato administrativo e a retomada de sua centralidade. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 105-141, jan.-mar. 2019.

importância e sobrelevo, uma vez que atingem diretamente a situação de segurança dos particulares perante a atuação estatal.

Apesar do cenário desconcertante, é de imensa importância que se dissocie o mundo fenomênico, ou seja, o mundo do “ser”; do universo deôntico, do “dever-ser”<sup>4</sup>. Somente dessa forma se permitirá a formulação de um discurso científico permeado de reflexões maduras a respeito dos desafios que geram insegurança nas condutas estatais prescritas no Texto Constitucional.

Embora os campos profissional e acadêmico vivam as suas batalhas, não parece que o caminho para a solução esteja no rompimento com o Direito, mas no aperfeiçoamento de seu estudo e na possibilidade de se construírem argumentos mais robustos, mais fecundos e, portanto, mais próximos do ideal desenhado pelo legislador constituinte<sup>5</sup>. A postura é dialógica, e, não, beligerante.

Os embates entretidos no campo do direito administrativo, condicionado a comportamentos entre particulares e o Estado, caracterizam-se pelo enfrentamento útil entre aqueles que defendem a possibilidade de atuação da Administração Pública tal como se particular fosse, e aqueles que veem, nessa própria natureza, uma inviabilidade conceitual<sup>6</sup>.

Naturalmente, enquanto os primeiros se posicionam no sentido de que as respostas no Direito, assim como o papel jurídico da Administração Pública, são frutos de opções próprias dos textos positivados, que se colocam alteráveis à sua vontade, os demais baseiam-se na ideia de que o ordenamento jurídico é regido por valores incorporados ao Direito, por meio de uma acachapante conformação constitucional. Para esses, o Direito não seria apenas um conjunto de prescrições de condutas resultantes da vontade do agente competente, tal como preconizava Kelsen, mas constituído pela concretização de valores pautada por uma pretensão de justiça<sup>7</sup>.

4. Sobre a dissociação: KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado; Coimbra Editora, 1984. p. 93.

5. “L’art de la création du Droit est une chose, qui releve du législateur et des juges, et est soumise aux idéologies qui influent leurs choix; la Science du Droit en est un autre, que ne peut reposer que sur l’analyse objective des situations consacrées par le droit positif” (BÉNOIT, Francis-Paul. *Le droit administratif Français*. Paris: Dalloz, 1968).

6. O magistério de Ataliba Nogueira: “O indivíduo não foi feito para o estado, mas sim o estado para o indivíduo, para o seu bem-estar moral e material, para a sua felicidade”. (ATALIBA NOGUEIRA, José Carlos. *O Estado é meio e não fim*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1955. p. 152).

7. ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Trad. José Antonio Seoane; Eduardo Roberto Soderó; Pablo Rodríguez. Granada: Comares, 2005. p. 24.

## 6. CONCLUSÃO

Possibilita-se, assim, responder, objetivamente, que não há uma mera faculdade imposta ao administrador em promover o diálogo com os particulares. Faculdade é característica da “negociação” e essa, tecnicamente, não há no desempenho público. Em oposição, há um verdadeiro dever administrativo de prestar atenção às incertezas do parceiro privado, como forma de evitar que a tutela legítima do interesse público venha a se deteriorar pela evolução de problemas vislumbrados na relação vigente.

Não se trata de um interesse individual do agente público, de uma construção negociada pelo exercício da sua vontade, pois essa certamente resultaria em edição de decisões inválidas, arbitrárias e dissociadas, não só do regime próprio das contratações públicas, como de todo o regime jurídico-administrativo. Se ficasse ao crivo do administrador escolher e negociar com quem lhe aprouver, aqueles que, eventualmente, gozam de sua simpatia, teriam seus contratos “negociados”, enquanto o Estado, capturado, autoconsumir-se-ia em benefício de poucos.

Dessa forma, em vez da expressão “negociação”, que tecnicamente deve manter-se restrita ao campo privado, nas relações contratuais públicas, o caminho é a dialogia, ou seja, a consensualidade administrativa a ser concretizada por meio do instituto da “transação administrativa”, construída pelas partes em prol do atendimento de interesses convergentes, de forma a conjugar esforços para a obtenção de decisões administrativas justas durante a execução do contrato, em plena satisfação aos valores consagrados no Texto Constitucional e aos imperativos que ensejaram a celebração do ajuste.

## 7. REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Trad. José Antonio Seoane; Eduardo Roberto Sodero; Pablo Rodríguez. Granada: Comares, 2005.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. 4. tir. Trad. Virgílio Afonso da Silva São Paulo: Malheiros, 2015.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. 7. tir. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Serviço público e concessão de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2017.
- BÉNOIT, Francis-Paul. *Le droit administratif Français*. Paris: Dalloz, 1968.
- CHEVALLIER, Jacques. *O serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

- DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes. Introdução. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes (Coord.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*. São Paulo: Contracorrente, 2018.
- DI PIETRO, Maria Sylvia (Coord.). *Tratado de direito administrativo: ato administrativo e procedimento administrativo*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2019. v. 5.
- DUARTE, David. Imparcialidade administrativa e controlo jurisdicional da decisão. *Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e Compliance*, São Paulo, v. 20, p. 259-260, jan.-mar. 2022.
- DUGUIT, Léon. *Fundamentos de direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.
- DUGUIT, León. *Les transformations du droit public*. Paris: Librairie Armand Colin, 1913.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. 10. tir. São Paulo: Atlas, 1980.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Evolução da teoria do serviço público. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: [<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/40/edicao-1/evolucao-da-teoria-do-servicopublico>]. Acesso em: 21.03.2019.
- HABÈRLE, Peter. *La Garantía dei contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Trad. de Joaquín Brage Camazano. Madri: Dykinson, 2003.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.
- MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Convênios administrativos*. São Paulo: Atlas, 2012.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Crise do ato administrativo e a retomada de sua centralidade. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 105-141, jan.-mar. 2019.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria jurídica da liberdade*. São Paulo: Contracorrente, 2015.
- MARTINS, Ricardo Marcondes; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Tratado de direito administrativo*. Vol. 5. São Paulo: RT, 2022.
- MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 1. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- NOGUEIRA, José Carlos Ataliba. *O Estado é meio e não fim*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1955.
- QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *O poder discricionário da administração*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1948.

RIVERO, Jean. Los principios generales del derecho en el derecho administrativo francés contemporáneo. *Revista de Administración Pública*, Madri, v. 6, p. 289-299, sept.-dic. 1951.

SOUZA, Priscila Maria Fernandes Campos de. Transação tributária: definição, regulamentação e principais desafios. *Revista da PGFN*, Brasília, v. 11, n. 1, jan.-jun. 2021.



## PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Constitucional; Administrativo

### Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Arbitragem administrativa à luz da Constituição Federal, de Ricardo Marcondes Martins – *RDAI* 18/153-181;
- Atuação administrativa consensual: acordo substitutivo envolvendo atos de improbidade administrativa, de Paula Lino da Rocha Lopes – *RePro* 274/383-407;
- Coisa julgada e transação administrativa, de José Manoel de Arruda Alvim Netto – *Soluções Práticas – Arruda Alvim* 1/659-674; e
- Coisa julgada material e homologação judicial de transação administrativa, de José Manoel de Arruda Alvim Netto – *Soluções Práticas – Arruda Alvim* 1/627-658.