RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO — CULPA RECÍPROCA — TRANSAÇÃO

— A administração pública somente pode transigir in judicio, *uma vez instaurada a relação processual.*

— Aplicação da Lei n.º 6.825, de 22 de setembro de 1980.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

Consultoria Geral da República

Parecer SR nº 19, de 22 de dezembro de 1986. "De acordo. Em 22.12.86."

Processo: Consulta nº 47/85 (P.R. nº 00001.008665/86-03).

Referência: Aviso G. Militar nº 26/Sumar, com Av. M. Marinha nº 90/85.

Assunto: acidente de navegação. Alegação de culpa recíproca na fase do inquérito policial. Viabilidade, ou não, de a administração pública compor amigavelmente a reparação de danos, para evitar-se demanda judicial.

Ementa: o fundamento da atividade administrativa reside, em essência, na lei. A administração pública, no regime de legalidade, sujeita-se à *rule of law*. Só pode agir nos termos e segundo as condições estabelecidas pela lei. O postulado da supremacia da lei, cuja estrita observância limita e condiciona a própria atividade do poder público, inviabiliza o poder de transigir, se para o seu exercício, não existe previsão legal. A União Federal pode transigir *para terminar o litígio*. Está autorizada pela Lei nº 6.825, de 22 de setembro de 1980 (art. 5º). A norma legal só autoriza essa transação, se efetuada esta *in judicio*. A administração pública, em face do direito positivo, não pode prescindir da solução jurisdicional nos litígios em que esteja envolvida. Daí a necessidade de homologação, *em juízo*, de transação eventualmente celebrada pela União Federal com terceiros.

PARECER SR Nº 19

I

A consulta

O Sr. Ministro de Estado Chefe do Gabinete Militar da Presidência da República, de ordem presidencial, submete ao meu exame, através do Aviso nº 26/Sumar, de 30 de setembro de 1985, a matéria referida na Exposição de Motivos nº 90/85, do Sr. Ministro de Estado da Marinha, a seguir transcrita:

"(...)

Em 26 de dezembro do ano passado ocorreu nas proximidades da ilha Rasa, ao largo da costa do estado do Rio de Janeiro, um acidente de navegação envolvendo o Contratorpedeiro Sergipe, da Marinha do Brasil, e o navio-mercante de bandeira italiana Eugenio C, de que resultaram avarias em ambas as embarcações.

Ainda na administração anterior, esta Pasta houve por bem contratar o escritório de advocacia Stelio Bastos Belchior para defender os interesses da Marinha na questão.

As negociações empreendidas pelo mencionado escritório deram origem a uma proposta de acordo a ser firmado entre o armador proprietário do navio-mercante, a seguradora italiana e a Marinha, visando evitar que qualquer das partes venha no futuro intentar um ressarcimento de danos.

A proposta tomou por base as evidências contidas nos relatórios dos inquéritos instaurados pela Capitania dos Portos e pelo Comando-em-Chefe da Esquadra de que existiria concorrência de culpa, ou mesmo culpa recíproca.

Em face da relevância do assunto, julguei conveniente remeter a proposta para apreciação da Consultoria Jurídica da Marinha, a qual emitiu parecer que faço anexar a esta.

A fim de salvaguardar os interesses da Marinha e da União seria prudente e recomendável que, antes de qualquer ação, o supramencionado parecer fosse avaliado pela Consultoria Geral da República.

Consideradas essas circunstâncias, venho solicitar a V. Ex.ª que submeta ao exame daquela Consultoria o parecer que constitui o anexo.

(...)."

A proposta de composição amigável, sugerida ao Ministério da Marinha, assim foi justificada por seu autor, o advogado Stelio Bastos Belchior, contratado para patrocinar a defesa dos interesses da Armada:

a) a hipótese vertente é de culpa recíproca, evidenciada pelos relatórios da própria Marinha;

b) os danos sofridos pelo Eugenio C são superiores a US$ 3 milhões e os sofridos pelo contratorpedeiro Sergipe vão a US$ 500 mil, em moeda norte-americana;

c) o acordo — entendido como favorável à União — é no sentido de que cada qual assuma seus próprios prejuízos, evitando-se, desse modo, a instauração de procedimento judicial que objetive a reparação de danos;

d) há precedentes — argumenta-se — que viabilizam o ajuste. Citam-se o abalroamento do Ary Parreiras com o Cabo de Santa Marta (em que a União, mediante composição amigável, recebeu as indenizações devidas) e a existência da Portaria nº 1.250, de 26.11.81, do Ministério do Exército (que prevê a possibilidade de acordo extrajudicial em casos de ressarcimento de danos);

e) o acordo, *in casu*, encontra apoio no magistério de autores de tomo, tais como Hely Lopes Meirelles e Orlando Gomes.

Submetido o assunto ao exame da Consultoria Jurídica do Ministério da Marinha, seu douto titular, Dr. Luiz José Câmara Scala, sustentou:

a) que a administração, em casos como este, pode demonstrar que a vítima contribuiu com sua parcela de culpa, ou foi totalmente culpada, de modo a reduzir a indenização ou até isentar a administração de qualquer responsabilidade, sem embargo de reconhecer, com fundamento na melhor doutrina, que a administração se sujeita a "uma responsabilidade especial de direito público, decorrente do fato lesivo e injusto causado à vítima, dispensada esta do ônus de provar a falta do serviço público ou a culpa de seus agentes";

b) que se deve ter como *grave* encargo à Fazenda Nacional o acordo preconizado, em virtude da vultosa despesa que se infligiria ao Tesouro (US$ 500 mil), agravada com a impossibilidade de ressarcimento mediante ação regressiva, que se não poderia intentar por falta da necessária condenação judicial;

c) que o relatório do inquérito policial não se prestaria "para respaldar o acordo proposto que, sobre ser de natureza administrativa, não acompanha sequer a solução exarada pela autoridade naval competente, o Exmº Sr. Comandante-em-Chefe da Esquadra", constituindo "apuração preliminar dos fatos, de natureza administrativa e sujeito a novo juízo na justiça castrense, portanto, ainda sem a requerida eficácia";

d) que "não se há de assumir pesado ônus financeiro para a Fazenda Nacional, apenas em nome da celeridade requerida nas decisões administrativas, quando não se tem ainda sobejamente comprovado o grau de culpabilidade do abalroamento entre o navio Eugenio C e o CT Sergipe, sobretudo porque a administração se submete aos rigores da fiscalização financeira e orçamentária do Congresso Nacional auxiliado pelo Tribunal de Contas da União;

e) que, sob aspecto técnico, não se justifica o desprezo da competência do Tribunal Marítimo para julgar os acidentes e fatos da navegação marítima (Lei nº 5.056/66), nem suprimir-se a intervenção do Ministério Público prevista nos arts. 82, III, e 475, II, ambos do Código de Processo Civil;

f) que, finalmente, "afigura-se a esta Consultoria Jurídica faltar competência à administração para efetivar uma composição amigável, sendo inviável a presente proposta de acordo, até que, na esfera do Poder Judiciário, onde se conta com a fiscaliza-

ção judicial da Procuradoria da República, se proceda a um juízo mais legítimo dos reais interesses da coisa pública".

Robustecendo essa sua linha de raciocínio, hostil à composição extrajudicial trouxe o nobre consultor jurídico à colação:

a) o Parecer nº 14/84 da Consultoria Jurídica do Dasp, assim ementado:

"Acidente de trânsito envolvendo veículo de propriedade da União e outro pertencente a particular.

A indenização ao terceiro prejudicado somente poderá ocorrer após o trânsito em julgado, em última instância, de decisão judicial prolatada em ação de indenização, que assim condenar a Fazenda Nacional.

Não pode haver o ressarcimento amigável por parte da administração.

Não há ação regressiva sem que antes tenha havido outra ação" (*Diário Oficial*, 31.5.84, p. 7.753);

b) o Parecer nº 34/83 da própria Consultoria Jurídica do Ministério da Marinha que, depois de exaustivo exame das decisões que se tomaram (inclusive do Tribunal Marítimo), rejeitou proposta de composição amigável no caso do abalroamento do navio de desembarque de carros de combate Garcia D'Ávila com o Neide, já se tendo decidido pela culpa do Garcia D'Ávila.

II

A divergência

A divergência, como visto, cinge-se ao seguinte aspecto:

Pode, a administração pública, transigir com terceiros, compondo, amigavelmente, danos recíprocos, independentemente de autorização legislativa? No caso de acidente de navegação, ela poderia fazê-lo ainda na fase do inquérito policial, com inobservância da competência do Tribunal Marítimo (Lei nº 2.180/54, com as alterações introduzidas pela Lei nº 5.056/66), e supressão da intervenção do Ministério Público (CPC, art. 82, III)?

O escritório do advogado Stelio Bastos Belchior sustenta que, na hipótese, a composição amigável é benéfica à União. Fundamenta-se em precedentes administrativos e diz encontrar apoio no magistério de renomados juristas. Advoga, portanto, a celebração do acordo extrajudicial. Corrobora essa conclusão com a justificativa de que o próprio Ministério da Marinha reconhece a ocorrência da culpa recíproca, na espécie.

O nobre consultor jurídico do Ministério da Marinha contesta tais conclusões. Argumenta que o inquérito policial não é meio idôneo para se tirarem conclusões definitivas sobre as responsabilidades quanto ao abalroamento de que se trata. Ainda, que a administração não tem competência para a composição amigável, na hipótese, sobretudo dispensado o julgamento do Tribunal Marítimo e suprimida a intervenção do Ministério Público. Demais disso, há — segundo alegou — jurisprudência administrativa contrária a acordos do tipo.

O eminente consultor da República, Dr. Hermenito Dourado, ao apreciar a questão *sub examine*, assim dissertou:

"Neste processo, o pronunciamento da Consultoria Geral da República — fique desde logo esclarecido — cingir-se-á aos aspectos jurídicos da controvérsia, sem qualquer compromisso com a matéria de mérito, isto é, se convém, ou não, o acordo, que esse assunto estará sujeito aos cuidados e discrição do administrador respectivo, de cujos critérios dependerá.

Assim sendo, cabe apenas examinar se é, ou não, possível, juridicamente, a União compor-se extrajudicialmente, em casos de abalroamento de navios, com os terceiros interessados. Em caso afirmativo, se poderá fazê-lo antes do julgamento do Tribunal Marítimo, com base, apenas, nas conclusões de inquérito policial que deu pela ocorrência de culpa concorrente.

Os precedentes invocados pela ilustrada Consultoria Jurídica do Ministério da Marinha, *data venia*, não trazem contribuição decisiva para o deslinde do caso concreto.

Com efeito, o acordo proposto não é no sentido de a União indenizar prejuízos causados por seus funcionários a terceiros,

logo, não tem aplicação, *in casu*, nem o Parecer nº 14/84 da Consultoria Jurídica do Dasp nem o de nº 34/83 da própria Consultoria Jurídica do Ministério da Marinha, dado que, em ambos, o que se examina é à possibilidade de a administração indenizar, mediante acordo extrajudicial, prejuízos que seus servidores, nessa qualidade causarem a terceiros. Os pareceres citados são pela negativa, inclusive sob o fundamento de que o acordo, na hipótese, inviabilizaria a ação de regresso, que pressupõe a condenação judicial.

Sucede, porém, que no acordo proposto o pacto seria no sentido de que cada qual assuma seus próprios prejuízos, já que admitida a culpa recíproca. Nesse caso, obviamente, não haveria ação regressiva, por isso que a administração não indenizaria terceiros prejudicados, pressuposto necessário da ação aludida.

O prejuízo suportado pela União decorreria dos reparos em seu navio avariado, tão-somente, desde que celebrada a avença em apreço. O risco de vir a pagar também os reparos do outro navio desapareceria com o ajuste. De igual sorte, também prevalecem em relação ao armador privado, no caso, as mesmas conclusões.

Nestas condições, a hipótese do acordo estaria definitivamente afastada se o propósito fosse seu posterior desdobramento na ação regressiva contra o funcionário público que, dolosa ou culposamente, tivesse causado dano a terceiros. Não é esse, entretanto, o caso, como visto. Essa razão, portanto, não lhe obstaria a celebração.

Por outro lado, se se tratasse de admitir como possível a *culpa recíproca*, não haveria como recusar-se a viabilidade do acordo, dado que admitem-na os doutrinadores mais respeitáveis, nacionais e estrangeiros (Gomes, Orlando. *Obrigações*. Forense. p. 329; Dias, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 7. ed. Forense. v. 2. p. 770-1; Cahali, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. Editora Revista dos Tribunais. p. 45-7; Mázeaud, Henri; Mázeaud, León & Tunç, André. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. 5. ed. Montchrestien. v. 2. p. 503-4), bem como a mansa e pacífica jurisprudências dos tribunais (TFR, AC nº 35.248, *DJ* 26.9.80; TFR, AC nº 47.685, *DJ* 3.9.80; TFR, AC nº 43.552, *DJ* 3.9.80; TFR, AC nº 37.441, *DJ* 12.12.80; TFR, AC nº 37.066, *DJ* 3.9.80). Todos concordam em que, na melhor exegese, se há culpa concorrente para a produção do dano deverá haver a repartição proporcional dos prejuízos, o que se denomina na doutrina francesa *préjudices réciproques*.

Doutra parte, admitida a culpa recíproca que houvesse causado danos da ordem de US$ 3,5 milhões, o acordo em que a União arcaria com apenas US$ 500 mil de prejuízo haveria de ter-se por altamente vantajoso, e, até, recomendaria a assinatura do ajuste.

Sucede, porém, que a matéria não deve nem pode ser examinada por qualquer dos prismas acima aventados, embora a eles tivessem, os ilustres pareceristas, dispensado especial cuidado.

O acordo, na espécie, implica transação. A indagação, portanto, há de ser: pode, a administração, transigir, dispondo do patrimônio público sem lei que o autorize? A aceitação da culpa recíproca, no caso, com a compensação dos prejuízos entre as partes, importaria transação contrária ao princípio da indisponibilidade dos bens públicos, salvo quando autorizado por lei. Vale repetida a lição dos doutos: o cidadão pode fazer tudo o que a lei não proíba, mas o administrador público só poderá fazer o que a lei autorize. É o caso de indagar-se: há lei que autorize a celebração do acordo proposto? Se não há, ainda que existam precedentes administrativos, não poderão estes prosperar por equivocados.

Dir-se-á que na defesa do acordo proposto citou-se o magistério do acatado mestre Hely Lopes Meirelles, segundo o qual:

'A reparação do dano causado pela administração a terceiros se obtém amigavelmente, ou por meio da *ação de indenização*' (*Direito administrativo brasileiro*. 10. ed. atual. p. 558).

Ora, se *amigavelmente*, logo, admitido o acordo.

Não se pode comprometer o jurista citado, mediante raciocínio tão simplista, com o princípio da disponibilidade dos interesses públicos que ele próprio repudia ao tratar, por exemplo da administração de bens públicos (op. cit. p. 430 e segs.). A lição que dele se depreende é no sentido de que, sem lei autorizativa, não pode o administrador dispor dos bens públicos, seja a que título for, alienando, doando, dando em pagamento, concedendo o domínio, permutando, etc. Nem o pode, ademais, no tocante aos demais interesses públicos, sem a imprescindível autorização legislativa.

A referência constante da citação que acima se transcreveu quanto à composição amigável na reparação de danos causados pela administração não infirma o princípio da indisponibilidade defendido pelo autor citado, como, à primeira vista, faz crer. De fato existe a possibilidade dessa composição amigável, desde que autorizada por lei.

Com efeito, a Lei nº 6.825, de 22 de setembro de 1980, regulamentada pelo Decreto nº 88.434, de 21 de março de 1983, admitiu se fizessem transações para pôr termo a litígios em que a União, suas autarquias e empresas públicas fossem autoras, rés, assistentes ou opoentes. Tais transações ficariam a cargo dos procuradores da República nas ações iguais ou inferiores a 100 ORTN, observadas as condições estabelecidas pelo procurador-geral da República e, naquelas ações de maior valor, mediante autorização do referido procurador-geral.

Como se vê, é possível a composição amigável (referida por mestre Hely Lopes Meirelles) na reparação do dano causado pela União, desde que, evidentemente, respaldada em autorização prevista em lei, como é o caso, por exemplo, da mencionada Lei nº 6.825/80, sem contudo, por isso, derrogar-se o princípio da indisponibilidade, um dos *princípios informativos* do direito administrativo, que se expressa, segundo o magistério de Cretella Junior, sob a seguinte proposição mandamental:

'O interesse público, de que é titular o Estado, somente pode ser disposto pelo Estado; as pessoas outras que o Estado, bem como os órgãos da administração, em hipótese alguma, poderão dispor dos *interesses públicos*, dos quais têm apenas a guarda' (*Tratado de direito administrativo*. Forense. v. 10. p. 130).

E continua prelecionando o mestre:

'*o princípio setorial da indisponibilidade do interesse público* tem inúmeras aplicações no campo do direito administrativo, fundamentando-lhe os principais institutos. Assim, no tocante ao provimento dos cargos públicos, no setor disciplinar, no âmbito da dominialidade pública, nos contratos do Estado, para dar apenas alguns exemplos, está presente sempre o princípio da indisponibilidade pública' (op. cit. p. 130).

No presente caso, a transação resultante do ajuste não se coadunaria com os parâmetros estabelecidos na aludida Lei nº 6.825/80, não encontraria amparo em qualquer outra lei, conseqüentemente, está inviabilizada pelo *princípio da indisponibilidade* acima referido.

É certo que o mérito administrativo é matéria sujeita a critérios do administrador e não do julgador; daí por que ao conferir a Lei nº 6.825/80 aos representantes judiciais da União, suas autarquias e empresas públicas a faculdade de transigir para pôr fim aos litígios, tê-lo feito 'mediante as condições estabelecidas pelo Poder Executivo' (art. 5º) ou 'com prévia e expressa autorização das autoridades indicadas pelo Poder Executivo' (parágrafo único). O Poder Executivo é o árbitro, *in casu*, da conveniência e oportunidade do acordo, sem desdouro dos órgãos competentes para o julgamento do conflito. Não é menos certo, entretanto, que, não tendo o poder de

dispor, já que não é proprietário, mas o de administrar, não pode o administrador público transigir sem que, para tanto, esteja escudado em autorização outorgada por lei, necessária para suprir o poder de disposição, na espécie.

Nestas condições, a invocada Portaria nº 1.250, de 26.11.81, do Ministério do Exército deverá ser revista no que concerne à *composição amigável*, nela admitida, para reparação de danos causados a terceiros em virtude de acidentes de veículos a serviço daquela Pasta. Senão pelas razões invocadas neste parecer, também, porque, nessa hipótese de acordo, não há possibilidade de ação regressiva, regulada pela Lei nº 4.619, de 28 de abril de 1965, dado que dita ação pressupõe o haver sido a Fazenda Nacional *condenada judicialmente* a reparar o dano (art. 1º). O acordo, assim, inviabilizaria a ação de regresso. Aqui tem perfeita aplicabilidade o Parecer nº 14/84 da Consultoria Jurídica do Dasp, cuja ementa transcreveu-se acima.

Finalmente, vale esclarecido que o julgamento do Conselho Especial de Justiça da 1.ª Auditoria da Marinha, excluindo a culpabilidade penal do CT (CA) José Fernando Reis Costa, porque, embora considerado imperito, dele não se poderia razoavelmente exigir conduta diversa, aplicando-se-lhe os encerros do art. 39 do CPM, não produz efeito para fins de reparação civil e sanção administrativa. É que a ausência de culpabilidade criminal como razão de decidir pela absolvição no juízo penal apenas afirma a inexistência de ilícito penal a punir, não afastando a existência dos ilícitos, civil ou administrativo, que poderão ser apurados e declarados nos processos respectivos (Meirelles, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 10. ed. p. 562; Pontes, Valmir. *Programa de direito administrativo*. 2. ed. p. 228; Bandeira de Mello, C.A. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro, Forense. v. 2. p. 489; Zanobini, Guido. *Corso di diritto amministrativo*. 8. ed. v. 1. p. 351 e segs.; e muitos outros). É por essa razão, que, embora já decidida a matéria na esfera penal, continua em curso o processo do Tribunal marítimo para o efeito de fixar-se a responsabilidade civil, consoante se depreende das recentes informações do Ministério da Marinha transcritas neste parecer.

(...)

Em conclusão, temos que:

a) não se justifica a inviabilização do acordo *in casu*, por impossibilidade da propositura de ação regressiva, por que não se trata de hipótese da reparação de danos causados a terceiros, na avença proposta que, ao contrário, fundada na culpa recíproca, pretende que cada parte assuma seu próprio prejuízo;

b) não se tem como viável a celebração do acordo em apreço porque admitida na melhor doutrina a repartição dos prejuízos em havendo culpa concorrente para a produção do dano, já que, quanto a esse ponto, não há discordância;

c) não se autoriza a assinatura do ajuste proposto para composição amigável apesar de — como alegado — vantajoso para a administração, nas bases como formulado, sob o fundamento de que o administrador público não pode dispor, por não ser proprietário, do interesse público, mas apenas o administra, por isso lhe é defeso transigir, na espécie, sem a necessária autorização legal;

d) não se tem como isenta de culpa a administração no abalroamento apesar da absolvição do juízo criminal do comandante do navio da armada envolvido no acidente, sob a consideração de que aquela absolvição não repercute no ilícito civil ou administrativo, por isso que fundada na ausência de culpabilidade criminal, o que não exclui a culpa civil ou administrativa;

e) na esteira dessas conclusões, deve-se revisar a Portaria nº 1.250, de 26.11.81, do Ministério do Exército, para o efeito de escoimá-la da inviável composição amigável para reparação de danos causados a terceiros em acidente de veículos a serviço daquela Pasta, sem a observância do disposto na Lei nº 6.825/80; mesmo porque inviável, quando seja o caso, a posterior

ação regressiva pretendida (Lei nº 4.619/65) sem condenação judicial, *in casu*.
(...)."

III

A administração pública e o princípio da legalidade

A atividade administrativa constitui ação *necessariamente* subordinada ao modelo legal. Os órgãos e entes da administração pública só podem agir *ex lege*, não *ex voluntate*.

Nada é lícito à administração pública sem prévia e expressa autorização legal. Daí o magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem a essência do direito administrativo reside na integral submissão da pública administração à *rule of law*.

O princípio da autonomia da vontade — assinala aquele eminente autor — não rege os atos administrativos:

"Em administração não há liberdade de querer. Só se pode querer o que sirva para cumprir uma finalidade antecipadamente estabelecida em lei. No ato administrativo, portanto, a regra é a ausência da autonomia de vontade. No ato administrativo o fim, o interesse, já está estabelecido de antemão e o sujeito não pode eximir-se de buscá-lo. Em contraposição ao ato privado, em que rege a liberdade, no ato administrativo vige a idéia de dever, de função. Daí que, ao invés do 'o que não é proibido é permitido', vigora o 'só é permitido o que a lei autoriza'. Esta situação especifica sua mais plena submissão à 'regra de direito' (v. *Ato administrativo e direitos dos administrados*. 1981. p. 13-4, itens 22-23).

A mera existência do *vacuum legis* atua, sempre, como *fator de inibição* da atividade administrativa, que não pode, em seu processo de desenvolvimento e execução, prescindir da noção de lei.

Os atos da administração, por isso mesmo, estão vinculados a uma regra de direito formalmente positivada e previamente estipulada.

Michel Stassionopoulos, ao versar o tema em exame, observa que a lei não constitui apenas o limite da atividade administrativa, mas representa, basicamente, a sua condição e o seu fundamento:

"Dans un Etat de droit l'administration ne se trouve pas seulement dans l'impossibilité d'agir *contra legem* ou *praeter legem*, mais elle este obligée d'agir toujours *secundum legem*" (v. *Traité des actes administratifs*. 1954. p. 69. § 10).

O princípio da legalidade constitui um dos postulados básicos que a administração pública deve observar e respeitar no exercício de sua atividade e no desempenho de sua alta missão institucional. Ele atua, em essência, como um dos pressupostos de validade da própria ação administrativa.

O eminente jurista brasileiro Hely Lopes Meirelles, dissertando sobre os princípios básicos que regem a atuação da administração pública, observa:

"A *legalidade*, como princípio de administração, significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da *lei*.

Na administração pública, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na administração pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular, significa 'pode fazer assim' para o administrador público significa 'deve fazer assim'.

As leis administrativas são, normalmente, de *ordem pública*, e seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo por acordo ou vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários, uma vez que contém verdadeiros *poderes-deveres, irrelegáveis pelos agentes públicos*. Por outras palavras, a natureza da função pública e a

finalidade do Estado impedem que seus agentes deixem de exercitar os poderes e de cumprir os deveres que a lei lhes impõe. Tais poderes, conferidos à administração pública para serem utilizados em benefício da coletividade, não podem ser renunciados ou descumpridos pelo administrador, sem ofensa ao bem comum, que é o supremo e único objetivo de toda ação administrativa" (v. *Direito administrativo brasileiro.* 11. ed. 1985. p. 60).

Inexistem, na doutrina, nacional ou estrangeira, quaisquer disceptações a propósito do tema. Todos os autores coincidem neste ponto: a atividade administrativa *pressupõe* a existência de lei. Sem o comando legislativo, a administração pública queda-se inerte, sob pena de absoluta desvalia do ato praticado. "Qualquer medida que tome o poder administrativo, em face de determinada situação individual, sem preceito de lei que a autorize, ou excedendo o âmbito de permissão da lei, será injurídica" (v. Seabra Fagundes, M. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.* 6. ed. 1984. p. 80-1. item 51). *No mesmo sentido:* Reale, Miguel. *Direito administrativo.* 1969. p. 263-4; Cirne Lima, Ruy. *Princípios de direito administrativo.* 1954. p. 22; Fleiner, Fritz, *Principes Généraux du droit administratif allemand.* 1933. p. 87; Alessi, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italianne.* 1960. p. 197; Zanobini, Guido. L'attività amministrativa e la legge. In: *Scritti vari di diritto publico.* 1955. p. 212; Barthélemy, Joseph & Duez, Paul. *Traité élémentaire de droit constitutionnel.* p. 749.

Em suma: o agente público, ao manifestar o *querer* da administração, proclama, *in concreto,* a vontade do legislador, plasmada, institucionalmente, na lei, enquanto formulada ordem estatal.

IV

A transação e indisponibilidade do interesse público

A preservação do interesse social, que é absolutamente primária, constitui um dos núcleos teleológicos da atividade estatal.

Por esse motivo, os valores que o agente da administração persegue devem ser, necessariamente, aqueles que se identificam com o próprio interesse público.

A indisponibilidade do interesse público é incompatível com a transação preventiva, posto que esta configura, mediante recíprocas concessões das partes interessadas, verdadeiro *accertamento negoziale,* para usar a feliz expressão de Francesco Santoro-Passarelli.

O negócio jurídico da transação, que conduz à extinção das obrigações e faz cessar o estado de litigiosidade existente entre os sujeitos de uma dada relação jurídica, *importa, sempre, renúncia de direitos.*

Contudo, a reciprocidade dos ônus constitui pressuposto legal e conceitual indeclinável na caracterização desse ato jurídico.

O eminente Washington de Barros Monteiro assinala claramente esse aspecto: "em sentido técnico, porém, transação constitui ato jurídico bilateral, pelo qual as partes, fazendo-se concessões recíprocas, extinguem obrigações litigiosas ou duvidosas. Torna-se assim essencial à transação: a) reciprocidade dos ônus e vantagens; b) existência de litígio, dúvida ou controvérsia entre as partes. O primeiro requisito diz respeito à reciprocidade de ônus e vantagens. Sem essa reciprocidade, a transação não passará de mera liberalidade. Se apenas uma das partes cede, tratar-se-á de renúncia, desistência ou doação, não, porém, de transação" (v. *Direito das obrigações.* 1967. parte 1. p. 338-9).

Essa necessária renúncia de direitos, emergente das recíprocas concessões que se fazem os transigentes, *impõe,* pela própria natureza de que se reveste o interesse da administração pública, a existência de norma legal autorizativa.

Não se pode ignorar, em face da espécie dos autos, que o *objeto* da transação não abrange direitos indisponíveis, como o são aqueles que pertinem à esfera das pessoas políticas e administrativas.

Daí a prescrição consubstanciada no art. 1.035, do Código Civil, que confere

idoneidade jurídica, para efeito do negócio transacional, apenas aos bens e valores disponíveis: "Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação."

Sílvio Rodrigues adverte, em face da regra legal, que nem todos os direitos são passíveis de transação:

"Objeto da transação. A transação tem por objeto somente direitos patrimoniais de caráter privado (Código Civil, art. 1.035). Portanto, excluem-se do âmbito da transação não só os bens fora do comércio, como aquelas relações jurídicas de caráter privado que interessam diretamente à ordem pública" (v. *Direito civil.* 1976. v. 2. p. 246. item 131).

De outro lado, é relevante observar que ao administrador público incumbem poderes de gestão, em cujo alcance não se acha incluída a possibilidade de alienar, que só decorre, quando autorizada, de texto legal.

O agente administrativo é, sobretudo, um curador da *res publica*. Compete-lhe administrar os negócios que concernem ao Estado.

Na lapidar observação de Ruy Cirne Lima, em direito público, a palavra *administração* traduz "a atividade do que não é senhor absoluto".

Na verdade, assinala o mestre gaúcho, "como acontece ao administrador privado, não possui, também, o Poder Executivo, acerca dos negócios públicos, atribuições irrestritas, porém, essencialmente, atribuições de administração" (v. *Princípios de direito administrativo.* 4. ed. 1964. p. 21).

Isso claramente significa que, *ausente legislação autorizativa,* não dispõe o agente administrativo de capacidade para, validamente, transigir e, em conseqüência, dispor do patrimônio público. *Transação significa renúncia de direito.*

Antônio Chaves é categórico em seu magistério:

"Quem pode transigir. Toda transação implica em renúncias recíprocas. Como a renúncia é ato de disposição e de alienação, não basta ter capacidade genérica; é preciso ter capacidade específica para renunciar direitos, isto é, poder de disposição (...), pois, envolvendo renúncia, a transação não se compreende entre os atos autorizados por um poder geral de administração" (v. *Tratado de direito civil.* 1984. v. 2. t. 1. p. 309).

O egrégio Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 79.102-BA, 1.ª Turma, relator Ministro Bilac Pinto, deixou assente que:

"Os agentes do Estado somente podem praticar atos para os quais estejam autorizados por norma legal válida.

O poder de transigir ou de renunciar não se configura se a lei não o prevê" (v. *Revista de direito administrativo, 128*:178).

V

Transação judicial: o caso concreto

O fundamento da atividade administrativa, como anteriormente proclamado, reside, em essência, na lei. "A administração pública, num regime de legalidade", observa Marcelo Caetano, "está submissa à lei. A sua atividade tem de ser legal, isto é, decorrer nos termos traçados pela lei. E tende a ser uma atividade executiva. Os órgãos da administração executam as leis" (v. *Princípios fundamentais do direito administrativo.* Forense, 1977. p. 95. item 38).

Trata-se de um princípio geral de direito público, assim reconhecido pela doutrina nacional e comparada (v. Barbalho, João. *Comentários à Constituição de 1891.* 1902. p. 302; Pinto, Francisco Bilac Moreira. *Enriquecimento ilícito no exercício de cargos públicos.* 1960. p. 274. item 115; Kelsen, Hans. *General theory of law and State.* 1949. p. 264).

O postulado da supremacia da lei, *cuja estrita observância condiciona e limita a própria atividade do poder público,* inviabiliza e frustra o poder de transigir, se, para o seu exercício, não existe previsão legal.

A *transação,* como se sabe, constitui meio *preventivo* ou *extintivo* de litígios. Pode

ser *judicial* ou *extrajudicial*. É *admissível* só quanto a direitos patrimoniais. Não pode ter, *como objeto*, direitos indisponíveis. A *transação* estimula a solução *autônoma* dos litígios, mediante concessões mútuas dos interessados (*transigentes* ou *transatores*). Por ela *não* se transmitem, *apenas* se declaram ou reconhecem direitos (v. Código Civil, arts. 1.025 a 1.036).

A *União*, suas *autarquias* e as *empresas públicas federais* podem transigir para terminar o litígio. Estão autorizadas, expressamente, por lei. Trata-se da Lei nº 6.825, de 22 de setembro de 1980, que assim dispõe em seu art. 5º e parágrafo único *in verbis*:

"Art. 5º Os representantes judiciais da União, suas autarquias e empresas públicas federais poderão transigir para terminar o litígio, nas causas, salvo as de natureza fiscal e as relativas ao patrimônio imobiliário da União, de valor igual ou inferior a 100 (cem) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional, em que interessadas essas entidades na qualidade de autoras, rés, assistentes ou opoentes, mediante as condições estabelecidas pelo Poder Executivo.

Parágrafo único. Quando o valor da causa for superior ao limite previsto no artigo, a transação somente será possível com a prévia e expressa autorização das autoridades indicadas pelo Poder Executivo."

Torna-se claro, em face do próprio conteúdo redacional da norma referida, que ela só autoriza a transação *in judicio*, vale dizer, já instaurada a relação processual.

Nesse caso estritíssimo, a transação judicial será possível em qualquer tempo, em qualquer fase processual ou em qualquer grau de jurisdição.

Se formalizada, operará a extinção do processo, *com julgamento de mérito* (v. CPC, art. 269, nº III), valendo, o respectivo ato homologatório, com *título executivo judicial* (v. CPC, art. 584, nº III).

Salvo autorização legal em contrário, *a administração pública não pode prescindir da solução jurisdicional nos litígios em que esteja envolvida*.

O diploma legislativo atrás referido consubstancia essa necessária autorização, a qual, no entanto, faz supor, a existência de lide *já* instaurada, *o que neste caso não ocorre*.

VI

A responsabilidade civil do Estado

A Constituição dispõe, em seu art. 107, *caput*, que "as pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros".

O texto constitucional institui a responsabilidade objetiva, *sine culpa*, do poder público, e consagra, como seu fundamento doutrinário, a teoria do risco administrativo (v. *Revista dos Tribunais*, *202*:163, *255*:328; *382*:138, *449*:104, *273*:700, *330*:270; *Revista de Direito Administrativo*, *55*:261, *58*:319, *97*:177).

Contudo, conforme ressaltou o egrégio Supremo Tribunal Federal, no RE nº 78.569, a responsabilidade objetiva do Estado não significa seja ele, sempre, responsável por danos causados a terceiros, por seus agentes. "A Constituição, art. 107, adota o princípio da responsabilidade objetiva, com base na teoria do risco administrativo ou da falta do serviço, que admite o abrandamento ou exclusão, conforme o grau de culpa da vítima" (v. *Revista de Direito Administrativo*, *137*:233; *Revista Trimestral de Jurisprudência*, *55*:50).

A ação indenizatória poderá ser ajuizada pelo ofendido contra o Estado e o agente público causador do dano, reunidos em litisconsórcio passivo e facultativo, como já decidiu o Pretório Excelso: "o fato de a Constituição Federal prever direito regressivo às pessoas jurídicas de direito público contra o funcionário responsável pelo dano não impede que este último seja acionado conjuntamente com aquelas, vez que a hipótese configura típico litisconsórcio facultativo" (v. *RDA*, *162*:236; *RTJ*, *96*:237). Em juízo poderão as partes demonstrar a concorrência de culpa e celebrar a transa-

ção *terminativa,* observadas as cautelas legais. Uma destas é a supervisão jurisdicional e outra é a sentença homologatória. Não se trata de complicar burocraticamente soluções, que poderiam ser mais simples. Trata-se de cumprir o mandamento legal.

VII

Concluindo

1. O postulado da supremacia da lei, cuja estrita observância limita e condiciona a própria atividade do poder público, inviabiliza o poder de transigir, se, para o seu exercício, não existe previsão legal.

2. A União, as suas autarquias e as empresas públicas federais podem transigir para terminar o litígio. Estão autorizadas, expressamente, pela Lei nº 6.825, de 22 de setembro de 1980 (art. 5º).

3. A norma legal só autoriza, no entanto, a transação terminativa se efetuada esta *in judicio,* uma vez instaurada a relação processual.

4. A administração pública, em face do direito positivo, salvo autorização legal em contrário, não pode prescindir da solução jurisdicional nos litígios em que esteja envolvida. Daí a necessidade de homologação, *em juízo,* de transação eventualmente celebrada pela União Federal com terceiros.

É o meu parecer.

Brasília, 22 de dezembro de 1986. — *J. Saulo Ramos,* Consultor-Geral da República.