

Ato Administrativo, Ato-Fato Administrativo

RONALDO DE MEDEIROS E ALBUQUERQUE (*)

Sumário:

1. Funções do Estado.

1.1 *O ponto de partida: a teoria de Montesquieu.*

1.2 *Essência e contingência.*

1.3 *Função legislativa.*

1.4 *Função jurisdicional e função administrativa.*

1.5 *Delimitação das áreas das funções do Estado.*

2. Ato jurídico de direito privado e ato administrativo.

2.1 *Suporte fático e elementos fáticos e suas classificações.*

2.2 *Atos lícitos.*

2.3 *Negócio jurídico: as teorias da vontade e da declaração.*

2.4 *Distinção entre regulamento administrativo e ato administrativo em sentido estrito.*

2.5 *O papel da vontade no ato administrativo em sentido estrito e no regulamento administrativo.*

2.6 *Atos produzidos sob regime de Direito Administrativo.*

1. Funções do Estado

1.1 O ponto de partida: a teoria de Montesquieu

Foi em 1748 que **Charles-Louis de Secondat**, Barão de La Brède et de Montesquieu ou, como ficou conhecido, Barão de Montesquieu fez publicar uma obra que iria provocar profundos reflexos na Ciência Política, na Teoria Geral do Estado, no Direito Constitucional: *Do Espírito das Leis*. A obra é composta por trinta e um livros, mas o trecho que se tornou famoso e exerceu tamanha influência contém-se no capítulo VI do livro XI. As considerações produzidas pelo autor teriam sido inspiradas, segundo declara, no regime inglês. A separação de poderes (ou de funções) preconizada não era fiel, contudo, à experiência daquele país.¹

Já **Aristóteles**, na Antiguidade, havia isolado as três categorias de funções estatais. A decisiva contribuição de **Montesquieu** foi a de fazer corresponder à divisão funcional uma divisão orgânica.²

Passemos a palavra ao filósofo do século XVIII:

“Existem em cada Estado três espécies de poder; o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil.

¹ Segundo **Manoel Gonçalves Ferreira Filho** (*Do Processo Legislativo*, ps. 58-59), o autor, “a pretexto de descrever a Constituição inglesa de seu tempo, expôs, embelezando, a organização constitucional que resultara da Revolução de 1688 e que não durara além de 1715. Em realidade, ao tempo da redação de *O espírito das leis*, embora o parlamentarismo não estivesse plenamente formado, já era o regime britânico um governo de gabinete, ligado umbilicalmente ao Parlamento, com o monarca reduzido a um papel secundário. De modo algum, pois, um regime de ‘separação de poderes’”. Desconheceria **Montesquieu** a experiência inglesa de seus dias? O constitucionalista brasileiro assevera que a resposta há de ser possivelmente negativa: “Mais crível é admitir que a ‘descrição’ da Constituição inglesa feita por Montesquieu tenha sido um artifício para, com as cautelas exigidas pela época, recomendar a divisão do poder como remédio contra o absolutismo e como garantia da liberdade. Isto especialmente se assegurada a independência do Judiciário, com que Locke não se preocupara” (*op. cit.*, p. 59). A seguir remata: “Em verdade, se esse foi o intento, sua realização foi extremamente hábil. Primeiro porque evitou a objeção da censura, que viria certamente se de modo ostensivo pregasse instituições novas para a França, em vez de fazê-lo sob a capa de uma descrição de instituições estrangeiras. Segundo porque com esse artifício deu outra força à receita, mostrando-a aplicada por uma grande potência, força que não teria se apoiada apenas em sua opinião. Terceiro porque, é preciso não esquecê-lo, era, na França do século XVIII, a Grã-Bretanha o país da moda, a Meca para a qual se voltava a opinião ilustrada” (*op. cit.*, p. *cit.*). Dessa opinião, no entanto, não compartilha **Paulo Bonavides**, que sublinha o engano em que teria incorrido **Montesquieu** (*Do Estado Liberal ao Estado Social*, Rio de Janeiro, Forense, 1980, ps. 9, 43).

² A tal respeito escreveu **Bluntschli**: “Mais importante ainda foi o princípio da desejável separação desses três poderes nas pessoas ou órgãos a que haviam sido cometidos, e que foi ele o primeiro em proclamar com energia e defendê-lo em nome da liberdade política” (*Geschichte der neueren staatswissenschaft, Allgemeines Staatsrecht und Politik*, dritte Auflage, Muenchen u. Leipzig, 1881, p. 307, *apud Paulo Bonavides, op. cit.*, p. 15, nota 9).

“Pela primeira, o príncipe ou o magistrado cria as leis para um tempo determinado, ou para sempre, e corrige ou revoga aquelas que já se acham feitas. Pela segunda, determina a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, evita as invasões. Pela terceira, pune os crimes ou julga as questões dos particulares. Chamar-se-á esta última o poder de julgar e a outra, simplesmente, o poder executivo do Estado.”³

“Quando numa só pessoa, ou num mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo se acha reunido ao poder executivo, não poderá existir a liberdade, porque se poderá temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado criem leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

“Não existirá também liberdade quando o poder de julgar não se achar separado do poder legislativo e do executivo. Se o poder executivo estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, porque o juiz seria legislador. E, se estiver unido ao poder executivo, o juiz poderá ter a força de um opressor.

“Tudo então pereceria, se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, o dos nobres, ou o do povo, exercesse estes três poderes: o de criar leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as questões dos particulares.”⁴

Tão extensa foi a influência da teoria, de cuja exposição transcrevemos o mais frisante excerto, que se tornou ela referência obrigatória, seja para acolhê-la, seja para criticá-la. Não calharia aqui proceder a um inventário das censuras que lhe foram endereçadas, sobretudo no plano da Teoria Geral do Estado. Interessa-nos um aspecto muito diverso, que **Francis-Paul Bénéoit** gizou com particular clareza:

“Fonction législative, fonction exécutive, fonction judiciaire, telle est l’analyse des fonctions de l’Etat à laquelle s’attache la pensée juridique française. Deux siècles après Montesquieu, cette analyse des philosophes du XVIII^e siècle reste parée du double prestige d’être l’expression de la vérité et d’en être l’expression utile.

“Il est pourtant évident que ces analyses n’ont à proprement parler aucune valeur scientifique. Lorsqu’il définissait les fonctions et les organes de l’Etat, Montesquieu ne procédait pas à une analyse de réalités positives, mais décrivait - sous le

³ *Do Espírito das Leis*, tradução de Gabriela de Andrada Dias Barbosa, Ediouro, Clássicos de Bolso, s/ indicação de data e lugar, p. 133.

⁴ *Op. cit.*, p. *cit.*

couvert de la constitution de l'Angleterre et en empruntant largement à l'oeuvre de Locke - ce qui lui paraissait devoir être le régime politique idéal. Son but était donc de critiquer le droit positif de son époque, non de l'analyser; il écrivait en philosophe du XVIII^e siècle qui veut lutter contre la Monarchie absolue.

"L'analyse de Montesquieu n'est donc qu'une vue de l'esprit; elle n'est pas l'expression des réalités du droit positif à un moment donné. Elle relève de l'art politique, c'est-à-dire de la recherche des solutions contingentes, et de l'idéologie, c'est-à-dire des systèmes d'idées avancés pour faire admettre le choix de l'une de ces solutions. C'est donc une vision artistique proposée comme modèle à suivre; mais ce n'est en rien une oeuvre scientifique, c'est-à-dire une analyse des réalités ayant valeur explicative.

"Oeuvre politique, au sens actif du terme, oeuvre orientée, l'oeuvre de Montesquieu a eu une importance considérable sur le plan de l'évolution des idées comme par l'influence qu'elle a exercée sur les hommes de la Révolution, et, partant, sur leur vocabulaire et leurs réalisations. Mais, considérée en elle-même, cette oeuvre ne relève que de la littérature politique; elle n'est que le reflet d'un moment de l'Histoire."⁵

A contribuição de **Benoit** mostra-se extraordinariamente valiosa no acentuar que a concepção de **Montesquieu** tinha caráter político (denominado artístico pelo administrativista contemporâneo), não jurídico. Não pretendia, deveras, o egrégio autor setecentista classificar as funções do Estado segundo um critério jurídico-científico. Sua intenção não era outra que a de influir sobre as instituições políticas de seu tempo, combatendo a estrutura da monarquia absoluta então vigorante. Qualquer investigação científica a propósito das funções do Estado há de partir dessa constatação.

1.2 Essência e contingência

Essência é aquilo que exprime o que uma coisa verdadeiramente é. Ela se opõe, pois, à contingência.

A Ciência do Direito deve buscar a essência dos institutos jurídicos para além das limitações de tempo e lugar, para além de um dado ordenamento numa dada época. Nesses limites encontraremos apenas o que é contingente. Quando os ingleses dizem que "a lei tudo pode menos transformar o homem em mulher", ilustram com

⁵ *Le Droit Administratif Français*, Paris, Dalloz, 1968, ps. 32-33.

grande felicidade a distinção entre essência e contingência, entre aquilo que se coloca fora da vontade do legislador e aquilo que se situa no âmbito dessa vontade e é, pois, por ele definível.

Já estabelecemos que a concepção de **Montesquieu** tinha caráter e finalidade políticas. Cabe investigar agora, na seara da Ciência do Direito, se cada uma daquelas três funções possui uma essência, ou se tudo nelas é contingente, e, na primeira hipótese, em que radica a essência.

1.3 Função legislativa

Segundo o que usualmente se entende - e se nos afigura correto -, função legislativa é aquela mediante a qual *são editadas as normas jurídicas*. Parece mais fácil, mesmo perfunctoriamente, distingui-la das duas outras, que envolvem *aplicação* das normas jurídicas.

A dificuldade que se apresenta consiste em identificar o que seja norma jurídica.

Comecemos nossas meditações sobre esse tema com uma afirmação de **Carnelutti**: “Precisamente porque la estructura de la ley jurídica es idéntica a la de la ley natural, está compuesta de dos elementos: el *prius* y el *posterius*; lo que ocurre antes y lo ocurre después. De cualquier manera que estos dos elementos sean denominados, su coexistencia para constituir la ley es lógicamente indispensable; es absurdo pensar una ley con un elemento sólo”.⁶

Uma vez que é lógica a exigência de que a norma jurídica seja estruturada de uma determinada forma, a estrutura integra a essência da mesma. Ausente a estrutura própria, norma jurídica não será.

A norma jurídica, como se viu, compõe-se de dois termos: o antecedente e o conseqüente.

O antecedente é a hipótese (*Tatbestand*), na qual são descritos os pressupostos que provocarão a produção das conseqüências. Tais pressupostos são elementos fáticos, sobre os quais sublinhou **Pontes de Miranda** em trecho de grande beleza formal: “Há fatos que não interessam ao mundo jurídico, isto é, são estranhos ao direito. A nuvem que está a passar, a estrela cadente, o eclipse do sol ou da lua, o que ocorre no fundo dos mares, ou na estratosfera, mesmo fatos que são de grande importância para o nosso corpo e para a vida dos animais, a cachoeira que está a murmurar há milênios, tudo isso é fático e não é *jurídico*. Se alguma desses fatos entra no mundo jurídico é porque o direito se interessou por ele. A técnica que tem o direito, mero processo social de adaptação, para chamar a si o fato que antes não lhe importava, é a *regra jurídica*.”⁷

⁶ *Derecho y Proceso*, tradução de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, p. 14.

⁷ *Tratado das Ações*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1972, p. 3.

É muito variável o que cabe ser previsto na hipótese: fatos físicos, atos humanos, em que a vontade seja relevante ou não, estados, o próprio tempo. Muitas vezes figura na hipótese um único elemento fático; noutras, está ela composta de mais de um elemento. Neste caso a hipótese se realiza quando ocorre o elemento derradeiro.

Não é possível confundir o fato ou o conjunto de fatos previsto na norma jurídica com aquele que efetivamente acontece e dá lugar à realização das consequências jurídicas - suporte fático, na nomenclatura de **Pontes de Miranda**.

A nítida distinção é formulada por **Trabucchi**: “Modernamente, il complesso degli elementi che l’ordinamento giuridico richiede in astratto perchè si produca la modificazione viene chiamata *fattispecie astratta*; mentre la *fattispecie concreta* è costituita dagli elementi che di volta in volta concorrono a realizzare le singole determinate modificazioni del mondo reale che sono giuridicamente rilevanti.”⁸

Alessandro Levi assevera mesmo o fato (acontecido ou a acontecer) se *contrapõe* à norma.⁹

Muito mais complexo que o antecedente da norma jurídica revela-se o conseqüente. Para compreendê-lo devemos recuar à noção de norma e a sua distinção da lei física.

A conduta dos seres humanos é disciplinada por normas, que ora lhe impõem determinado comportamento, ora lhe proíbem outro. “Nossa vida se passa num mundo de normas”, giza **Bobbio**¹⁰. São preceitos religiosos, regras morais, regras sociais, regras de costume, regras de etiqueta, regras de boa educação e outras mais que tolgem a liberdade do indivíduo e lhe apontam a direção para onde deve seguir¹¹. A ponência da norma pressupõe, assim, em tese, dois comportamentos possíveis: aquele que exprimirá obediência a ela e o que implicará sua violação.

É nítida a distinção entre norma e lei natural. Esta expressa que, ocorrendo um fato nas condições que a lei enuncia, um outro fato acontecerá *necessariamente*. Daí assinalar **García Máñez**: “Las leyes naturales implican la existencia de las relaciones necesarias entre los fenómenos. El supuesto filosófico de toda norma es la libertad de los sujetos a quienes obliga”¹².

Resulta disso que a lei natural se situa no mundo do *ser* enquanto a norma se coloca no mundo do *dever-ser*. A primeira expressa uma relação entre fenômenos que *é*; a segunda estatui que uma conduta *deve ser*. A conduta poderá conformar-se

⁸ *Instituzioni di diritto civile*, Padova, CEDAM, 1950, ps. 104-105. Cf. ainda **Karl Engisch**, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, tradução de J. Baptista Machado, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, ps. 57-58; **Geraldo Ataliba**, *Hipótese de Incidência Tributária*, São Paulo, Malheiros, 1993, p. 49.

⁹ *Teoria generale del diritto*, Padova, CEDAM, 1967, p. 31.

¹⁰ *Teoria della norma giuridica*, Torino, G. Giappichelli, 1958, p. 3.

¹¹ **Norberto Bobbio**, *op. cit.*, ps. 5-6. **John Austin** falava mesmo em regras do galanteio e do jogo (*Lectures on Jurisprudence*, apud **Norberto Bobbio**, *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*, tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues, São Paulo, Ícone, 1995, p. 107).

¹² *Introducción al Estudio del Derecho*, México, D.F., Editorial Porrúa, 1977, p. 6.

à norma, assim como, por força da liberdade do indivíduo, poderá transgredi-la, sem que deixe de ser devida.

É corrente a concepção de que a ordem jurídica se apresenta como um complexo de prescrições.¹³

Distinção de extraordinária importância na obra de **Kelsen** é aquela que ele estabeleceu entre norma jurídica (*Rechtsnorm*) e proposição jurídica (*Rechtssatz*): “Proposições jurídicas são juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que, de conformidade com o sentido de uma ordem jurídica - nacional ou internacional - dada ao conhecimento jurídico, sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas conseqüências pelo mesmo ordenamento determinadas. As *normas* jurídicas, por seu lado, não são juízos, isto é, enunciados sobre um objecto dado ao conhecimento. Elas são antes, de acordo com o seu sentido, mandamentos e, como tais, comandos, imperativos. Mas não são apenas comandos, pois são também permissões e atribuições de competência.”¹⁴

Para plena compreensão do excerto, cabe lembrar que se distinguem a linguagem com função descritiva e a linguagem com função prescritiva. A primeira presta-se a transmitir informações de natureza objetiva ou subjetiva - “Aquele carro é vermelho”; a segunda veicula ordens, comandos, mandamentos - “Feche a porta”. Aquela submete-se aos critérios de verdade ou falsidade, isto é, a informação será verdadeira ou falsa dependendo de sua correspondência, ou não, com a realidade; desta diz-se que é válida ou inválida. “Validade é a específica existência da norma”, afirma **Kelsen**, “que precisa ser distinguida da existência de fatos naturais, e especialmente da existência dos fatos pelos quais ela é produzida”¹⁵.

Na concepção de **Kelsen** desenvolvida na *Teoria Pura do Direito* mostra-se particularmente clara a oposição entre uma ordem jurídica veiculadora de prescrições e uma Ciência Jurídica descritiva dessas prescrições.

Mais tarde, na *Teoria Geral das Normas*, publicada postumamente, ele acentuou serem quatro as funções da norma: imposição, permissão, autorização e derrogação.¹⁶ A função específica da norma é a imposição, que ele acentua ser sinônimo de prescrição.¹⁷ Autorização é a atribuição do poder de estabelecer e aplicar normas.¹⁸ O dever-ser corresponde não apenas à imposição

¹³ Ao lado de normas que regulam o comportamento, denominadas normas de conduta, mencionam-se aquelas que disciplinam a produção jurídica e que recebem o nome de normas de estrutura ou de organização (cf. Norberto Bobbio. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*, cit., p. 162).

¹⁴ *Teoria Pura do Direito*, tradução de João Baptista Machado, Coimbra, Armênio Amado, 1976, p. 111.

¹⁵ *Teoria Geral das Normas*, tradução de José Florentino Duarte, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1986, ps. 3-4.

¹⁶ *Teoria Geral das Normas*, cit., p. 120.

¹⁷ *Teoria Geral das Normas*, cit., p. cit.

¹⁸ *Teoria Geral das Normas*, cit., p. 129.

mas também à permissão e à autorização.¹⁹

Karl Engisch, de seu lado, reconduz toda a ordem jurídica a imperativos: “Neste sentido, escreve-se no conhecido dicionário dos conceitos filosóficos de R. EISLER: ‘O dever-ser é correlato de uma vontade, uma expressão do que é exigido por uma vontade (própria ou alheia). O ‘dever-ser’ é um ‘diktat’ da vontade. Ele é dirigido por uma vontade supra-ordenada a uma vontade subordinada...’ Se nos lembrarmos que a expressão de uma vontade dirigida à conduta de outrem se chama ‘imperativo’, podemos acompanhar EISLER quando diz: ‘O ‘tu deves’ tem carácter imperativo’. Sendo assim, podemos então afirmar que as regras jurídicas, como regras de dever-ser dirigidas a uma conduta de outrem, são imperativos”²⁰. Adiante sublinha: “Os verdadeiros portadores do sentido da ordem jurídica são as proibições e as prescrições (comandos) dirigidas aos destinatários do Direito (...)”²¹. Em seguida esclarece melhor seu pensamento: “O que acabamos de dizer vale também em relação àquelas denegações de conseqüências jurídicas que nós vimos terem lugar quando um negócio jurídico viola a lei ou ofende os bons costumes. Quando o Código Civil declara tais negócios nulos e, conseqüentemente, lhes recusa aptidão para criarem obrigações, isto apenas significa que a ordem ou comando impondo aquela prestação a que noutros casos os negócios jurídicos (como, *v. gr.*, um contrato de compra e venda, um contrato de prestação de serviços) obrigam, excepcionalmente não tem lugar. Por conseguinte, as prescrições ou comandos que impõem a prestação são também limitados por estas regras sobre a nulidade dos negócios jurídicos”²². Por essa concepção, ocorridos os pressupostos previstos na norma jurídica, nasce o dever, que **Engisch** afirma ser o correlato do imperativo²³.

Larenz apresenta uma alternativa ao imperativismo: “Tomemos uma proposição jurídica²⁴ qualquer, por exemplo a proposição: ‘o locador deve conservar a coisa locada durante todo o tempo da locação em estado adequado ao uso conforme ao contrato’ (§ 536 do BGB). Esta proposição não afirma que os locadores se comportaram sempre do modo indicado, ou que não-de no futuro comportar-se assim.

¹⁹ Pertinentemente à permissão cita a explicação de **Bernhard Bolzano** (*Wissenschaftslehre*, 2. Bd., 2. Aufl., Leipzig, 1929, p.170, *apud Teoria Geral das Normas*, *cit.*, nota na p. 122): “Se não há nenhum dever-ser que nos imponha omitir uma ação fixada, então diz-se que nós a *consentimos*. O consentir de uma ação é, portanto, o não-dever-ser de sua omissão”.

²⁰ *Op. cit.*, p. 37.

²¹ *Op. cit.*, p. 39.

²² *Op. cit.*, ps. 39-40.

²³ *Op. cit.*, p. 38.

²⁴ **Larenz** vale-se da expressão *proposição jurídica* em sentido diverso daquele que é empregado por **Kelsen**. É ele próprio que alerta: “O termo ‘*Rechtssatz*’ (= proposição jurídica) emprega-se aqui, portanto, com um significado idêntico ao de ‘*Rechtsnorm*’ (= norma jurídica). Isto justifica-se precisamente porque a norma jurídica só pode ser expressa como proposição (ou nexos de proposições)” (*Metodologia da Ciência do Direito*, tradução de José Lamego, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 298, nota 1).

Prescreve antes, a todos aqueles que hajam de ser considerados como 'locadores' no sentido desta disposição, uma determinada conduta em relação à coisa locada" ²⁵. Até esse ponto, as duas teorias apresentam perfeita identificação. Mas logo a seguir **Larenz** passa a criticar a doutrina imperativista pondo em destaque as dificuldades que, a seu ver, ela revela para explicar as disposições sobre aquisição ou perda da propriedade, de outro direito real ou de crédito e, muito mais ainda, as normas jurídicas que regulam a constituição de um poder de representação, a aquisição ou perda de um poder de representação voluntária e outras mais. Tais proposições não poderiam ser consideradas senão como proposições jurídicas incompletas, que somente em conexão com outras poderiam provocar conseqüências jurídicas, isto é, deveres. Conclui daí que é logicamente possível conceber como proposições jurídicas incompletas todas aquelas que não expressam um comando ou uma proibição mas isso acaba por dificultar a compreensão e a aplicação das leis ²⁶. Traz **Larenz**, em seqüência, uma alternativa à tese imperativista: "**Adolf Reinach** sublinhou correctamente a distinção das por ele denominadas 'proposições dispositivas', que contêm uma ordenação de vigência, quer das proposições enunciativas quer dos imperativos. As disposições, explica, são algo distinto dos comandos. Um comando dirige-se a outras pessoas e exige delas uma determinada conduta. Ao invés, a disposição não inclui necessariamente no seu conteúdo a conduta de outra pessoa. A disposição parte antes, porém, geralmente, de que algo *deve ser*. Nela 'estabelece-se algo como devendo ser'. O comando almeja imediatamente ao acatamento, a disposição a que o disposto seja doravante aceite como regulativo que 'vale' em sentido normativo. O efeito imediato do comando, a que este tende, isto é, o seu acatamento, reside no âmbito daquilo que de facto sucede; o efeito imediato a que tende a disposição, ou seja, a validade do disposto, situa-se no âmbito do normativo, dos factos e relações jurídicas" ²⁷. Com isso, desvincula-se o conceito do dever-ser do imperativo mas com argumentação pouco convincente.

Essa mesma desvinculação é proposta por **Lourival Vilanova**: "Em linguagem do Código Civil: 'Art. 2º. Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil.' Essa *linguagem técnica* do Código encobre a linguagem lógica: dado o fato de ser homem, deve-ser a capacidade..." ²⁸ Ora, resulta claro que a linguagem lógica se poria em muito mais exata correspondência com a da norma se expressasse: dado o fato de ser homem, *é* a capacidade. Isso naturalmente removeria a norma jurídica do campo do dever-ser levando-a ao mundo do ser.

Na medida em que se entenda que uma ordem jurídica contenha um conjunto de prescrições, parece-nos difícil contestar-se que *toda ela* deva ser reconduzida a imperativos, como postulado por **Engisch**.

²⁵ *Op. cit.*, p. 299.

²⁶ *Op. cit.*, ps. 301-303.

²⁷ *Op. cit.*, ps. 304-305.

²⁸ *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977, p. 29.

Em vertente diversa, em 1879, na obra *Erro e Negócio Jurídico (Irrtum und Rechtsgeschäft)*, **Zitelmann** formulou a teoria indicativista, pela qual a norma jurídica é apresentada como algo que se identifica com a lei natural.

Registra **Kelsen** sobre a mesma: “As normas jurídicas, ou - o que para **Zitelmann** era o mesmo - as proposições jurídicas, afirmam, tal como as leis naturais, ‘uma ligação causal entre certos factos e um dever-ser no sentido de um ser-obrigado de uma pessoa’ (*op. cit.*, p. 222)”²⁹.

Também merece transcrição a referência que a ela faz **Karl Engisch**, reproduzindo alguns trechos significativos daquela obra: “entre a hipótese legal e a consequência jurídica existe ‘um específico vínculo de necessidade, criado pelo legislador, que nós não podemos conceber doutra maneira senão por analogia com a causalidade natural’ (p. 216). Trata-se aqui de uma ‘causalidade própria do jurídico, criada pelos homens inteiramente por analogia com a causalidade natural’ (p. 221)”³⁰.

A concepção em tela ganhou corpo na Alemanha, tendo encontrado em **Von Thur** um expressivo apóstolo. É de sua lavra a lição: “Entre a hipótese legal e a consequência jurídica existe uma causalidade baseada, não na ordem da natureza, mas na vontade da lei, que, como a causalidade dos fenômenos da natureza, se fundamenta em último termo na estrutura do pensamento humano. Uma modificação no mundo do Direito somente surge (*acontece*) quando se verificou a situação descrita na hipótese legal para tanto necessária; ela desencadeia-se sempre que a situação descrita na hipótese legal se apresenta, com uma necessidade inarredável, por assim dizer automaticamente, e isto no preciso momento em que a situação descrita na hipótese legal se completa: entre a causa jurídica e o efeito não medeia, tal como na natureza física, qualquer espaço de tempo mensurável”³¹.

No Brasil, ninguém menos do que **Pontes de Miranda** fez profissão de fé indicativista. Confira-se o fragmento que se segue: “A regra jurídica foi a criação mais eficiente do homem *para* submeter o mundo social e, pois, os homens, às mesmas ordenação e coordenação, a que ele, como parte do mundo físico, se submete. Mais eficiente, exatamente porque foi a *técnica* que mais de perto copiou a mecânica das leis físicas: é força, poder (mecânica), e, ao chamar máquina ao que ele fez, o homem reconheceu que o seu produto se desprendia de si”³².

Em outra obra o inolvidável jurista torna a focalizar o problema da causalidade: “A regra jurídica é sempre uma proposição, escrita ou não escrita, em que se diz: ‘Se ocorre *a*, *b* e *c* (ou se ocorre *b* e *c*, ou se ocorre *a* e *b*, ou se ocorre *a*, ou se ocorre *b*), acontece *d*’ ”³³.

²⁹ *Teoria Pura do Direito, cit.*, p. 124, nota 1.

³⁰ *Op. cit.*, p. 59.

³¹ *Apud Karl Engisch, op. cit.*, ps. 59-60.

³² *Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1954, I, ps. 8-9.

³³ *Tratado das Ações, cit.*, I, p. 4.

Enfrente-se a questão nuclear alusiva à norma jurídica: se ela se afirma como lei da liberdade, traduzindo-se numa prescrição que pode ser obedecida ou violada, ou se, ao reverso, opera como lei da necessidade, em analogia à lei natural, como postula a teoria indicativista.

Convidamos a que se lance olhos à disposição que trata da principal modalidade de ação declaratória (art. 4º, I, do Código de Processo Civil): "O interesse do autor pode limitar-se à declaração: I - da existência ou da inexistência de relação jurídica". Parece-nos particularmente sugestivo o exemplo da sentença que julga a causa em tela. Em primeiro lugar, cuidando-se de sentença, está-se frente à principal forma de aplicação da norma jurídica. Depois, mostra-se relevante tratar-se de mera declaração, em que o autor, consoante enunciam os processualistas, não tem senão o objetivo de ver estabelecida a certeza jurídica. Ora, em caso tal, qual o exato conteúdo da provisão judicial? Pronuncia-se o juiz sobre a conduta de alguém, afirmando que tal indivíduo deve ou devia ter-se comportado desse ou daquele modo? Não. Cumpre chamar atenção para os termos que figuram na disposição: *existência* ou *inexistência* de relação jurídica. Vê-se, pois, que a sentença recai sobre alguma coisa que se situa na ordem do *ser* e não na do *dever-ser*. Deveras, o juiz declara: *existe* a relação jurídica R ou A *é* titular do direito b.

Claro que se poderia ladear uma constatação tão nítida recordando-se que numa relação jurídica existe um ou mais de um dever. Assim, quando o juiz declarasse, exemplificativamente, existente uma relação locatícia, estaria declarando existente todo dever-ser integrante da mesma relação. Essa argumentação se revela, contudo, inteiramente sem consistência na medida em que se percebe que o que o juiz faz é declarar que alguma coisa (a relação jurídica) *existe*, ou seja, *é*, o que põe sua investigação intelectual no mundo do ser.

Na verdade, o jurista e o próprio profissional do Direito, no dia-a-dia de suas atividades, lidam com algo que existe, ou não existe: o direito subjetivo e outras conseqüências jurídicas. As conseqüências jurídicas operam *sempre* automaticamente, uma vez ocorridos os pressupostos previstos na norma jurídica, de modo idêntico ao que se passa com a lei natural. Quando se pretende que a norma jurídica seja uma prescrição, pensa-se mais na finalidade que ditou sua ponência do que no mecanismo pelo qual ela opera. Olvida-se, assim, a advertência de Kelsen de que a Ciência Jurídica deve livrar-se daquilo que se liga à formação do Direito³⁴ e essa observação pode endereçar-se ao próprio mestre de Viena. A Ciência Jurídica, deveras, não deve ocupar-se senão com as normas jurídicas e com o que ocorre *a partir* delas. A ponência da norma jurídica só pode interessar no que respeita à verificação de ter sido obedecido o processo de sua produção. A norma jurídica não passa, assim, de uma fórmula pela qual, ocorridos os pressupostos, a conseqüência jurídica se dá

³⁴ *Teoria Geral do Direito e do Estado*, tradução de Luiz Carlos Borges, São Paulo, Martins Fontes, 1992, prefácio, p. 2.

irremissivelmente. É verdade que a liberdade não deixa de estar presente uma vez que o cometimento do ilícito, pelo menos quando intencional, é uma expressão de liberdade, mas, como registra com grande felicidade **Carnelutti**, ela e a causalidade, muito mais que antinômicas, são perfeitamente compatíveis³⁵.

Há, contudo, uma distinção fundamental entre a lei física e a norma jurídica: aquela *revela* um elo entre o antecedente e o conseqüente; esta, diversamente, *provoca*, com a ponência, a ligação entre o antecedente e o conseqüente.

De tudo percebe-se que a expressão *norma jurídica*, demasiado carregada de sentido prescricional, não se apresenta como exata, na medida em que, a rigor, a norma jurídica não pode ser caracterizada como uma categoria de norma. Mais adequado seria falar-se em lei jurídica. No curso deste trabalho, todavia, continuaremos nos valendo daquela expressão já consagrada.

Após essa digressão talvez demasiado longa, podemos acentuar que na estrutura da norma jurídica é precisamente no conseqüente que se localiza o comando, o mandamento, o dever-ser para os que nela identificam uma prescrição.³⁶ No indicativismo, o conseqüente é a previsão de um *efeito jurídico* que nasce irreversivelmente. Do mesmo modo que distinguimos o fato ou conjunto de fatos *previsto* na norma do fato ao conjunto de fatos que efetivamente ocorre, devemos distinguir o efeito *previsto* na norma do efeito que vem a ter lugar no mundo das idéias por força da realização da hipótese.

Os principais efeitos jurídicos são os direitos subjetivos, que, fundamentalmente, se subdividem em duas categorias: os direitos a uma prestação (positiva ou negativa), cujo lado passivo também é um efeito jurídico, o dever, e os direitos potestativos, em cujo lado passivo não existe um efeito jurídico mas um mero estado de sujeição.³⁷

Delineada a *estrutura* da norma jurídica, podemos agora asseverar que é exclusivamente nela, estrutura, que radica a essência, o que não é eliminável sob pena de desaparecer a norma jurídica como categoria.³⁸

É verdade que se costuma indicar como sua característica básica, muitas vezes como seu único toque, a generalidade.

Historicamente aponta-se como complexo regulativo em que não comparecia tal requisito o Código de Hamurabi. De toda sorte, *conceptualmente* nada obsta a que

³⁵ *Op. cit.*, p. 14.

³⁶ Essa afirmação é contestada, todavia, por **Lourival Vilanova** (*op. cit.*, ps. 51 e ss.), para quem o dever-ser incide sobre o nexo entre o antecedente e o conseqüente, ou, em suas palavras, entre a hipótese e a tese (*op. cit.*, p. 58).

³⁷ **Chiovenda** enfatiza serem essas as duas grandes categorias em que se dividem os direitos (*Instituições de Direito Processual Civil*, tradução de J. Guimarães Menegale, São Paulo, Saraiva, 1969, I, ps. 10 e ss.). A afirmativa, no entanto, se revela questionável: o direito de punir, pelo menos, não se enquadra em nenhum dos dois gêneros.

³⁸ Sem embargo, não se ponha de lado o paradoxo: a essência da norma jurídica não é substancial, mas puramente formal.

se estabeleça norma para o caso concreto, desde que respeitada a estrutura normativa, com a previsão do elemento ou dos elementos fáticos que compõem a hipótese, os quais deverão naturalmente ser futuros, e a do efeito jurídico.

Recorde-se, a tal propósito, a lição de **Pontes de Miranda**: “Só excepcionalmente a lei cogita de um só caso, sem que esse caso seja, sozinho, a sua classe. A generalidade não é, pois, essencial à lei; é exigência que, através da evolução humana, se vem fazendo à lei (Constituição Política do Império do Brasil, art. 179; Constituição de 1891, art. 72; de 1934, art. 113, 1); de 1937, art. 122, 1; de 1946, art. 141, § 1º): a regra jurídica há de ser igual para todos os da mesma classe (isonômica)”³⁹.

Acabamos de afiançar que nada mais há de essencial na norma jurídica que uma determinada estrutura. Mas na própria estrutura existe um aspecto contingencial. Deveras, é o ordenamento que permite ou veda que ela encerre no conseqüente a previsão de um efeito jurídico.

Tomemos o caso, no direito brasileiro, do regulamento de execução, único nele admitido. Falece-lhe aptidão para inovar na ordem jurídica, o que implica que no interior da estrutura da disposição regulamentar, em seu conseqüente, *não possa figurar a previsão de um efeito jurídico*.⁴⁰ A estrutura dessa disposição, idêntica, no mais, à da norma jurídica, diferencia-se no ponto em tela.

Pensemos, em seqüência, na estipulação de um contrato que estabeleça determinada pena convencional em caso de inexecução. Bem poderíamos imaginar a cláusula como uma norma e a inexecução como o fato nela previsto, cuja ulterior verificação daria lugar à produção do efeito jurídico. É que essa estipulação se reveste da *mesma* estrutura da norma. De certo modo estaríamos reconduzidos, com tal raciocínio, às normas individuais de **Kelsen**. É verdade que sempre se poderia argumentar, em sentido oposto, que essa previsão da produção de um efeito jurídico na própria esfera jurídica dos convenientes não poderia ser considerada uma norma.

Suponha-se agora a estipulação do regulamento interno de um prédio que proíba o ingresso de pessoas em trajes de banho no elevador social. Essa proibição atingiria não apenas os condôminos, os locatários, seus familiares e empregados mas até mesmo um simples visitante. A objeção acima cogitada não seria pertinente nessa hipótese.

³⁹ *Tratado de Direito Privado*, cit., I, p. 6.

⁴⁰ A tal respeito leciona **Pontes de Miranda** (*Comentários à Constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969*, Rio de Janeiro, Forense, 1987, III, p. 316): “Se o regulamento cria direitos ou obrigações novas, estranhas à lei, ou faz reviverem direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações ou exceções, que a lei apagou, é inconstitucional. Por exemplo: se faz exemplificativo o que é taxativo, ou vice-versa. Tampouco pode ele limitar, modificar ou ampliar direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações ou exceções. Não pode facultar o que na lei se proíbe, nem procurar exceções à proibição, salvo se estão implícitas. Nem ordenar o que a lei não ordena.” No mesmo diapasão acentua o Prof. **Celso Antônio Bandeira de Mello** (*Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 1996, p. 195): “É, pois, à lei, e não ao regulamento, que compete indicar as condições de aquisição ou restrição de direito. Ao regulamento só pode assistir, à vista das condições preestabelecidas, a especificação delas. E esta especificação tem que se conter no interior do conteúdo significativo das palavras legais enunciadoras do teor do direito ou restrição e do teor das condições a serem preenchidas”.

Embora tais estipulações revelem estrutura *idêntica* à da norma jurídica, não nos devemos iludir: a configuração da estrutura não é suficiente para determinar que se esteja frente a uma norma jurídica. Os ordenamentos contemporâneos dispõem sobre a produção normativa e, nesse âmbito, sobre os *instrumentos normativos*, ou seja, os instrumentos dos atos (em sentido muito amplo) veiculadores de normas jurídicas. Eis aí outro aspecto contingencial da norma jurídica.

No art. 59 da Constituição da República figura um elenco desses instrumentos, sendo certo que ela é o local próprio para disciplinar a matéria.⁴¹ Contratos e outros negócios jurídicos não são instrumentos normativos segundo o ordenamento nacional. Decorre disso que, de acordo com esse mesmo ordenamento, eles são ou integram *suportes fáticos*.⁴² Para que se produzam, pois, os efeitos jurídicos neles previstos é necessário que essa produção de efeitos, originária embora dos suportes fáticos, resulte, em última análise, de uma norma dispositiva. Nada obstaria, no entanto, sob o prisma conceptual, que um dado ordenamento fizesse de contratos e outros negócios jurídicos instrumentos normativos.

Como se pôde ver, em qualquer norma jurídica existem aspectos de essência e aspectos de contingência.

Do ponto de vista da identificação da norma, a estrutura apresenta função negativa, ou seja, por meio dela se sabe o que não é norma jurídica. Não se mostra capaz, todavia, de indicar, isoladamente, o que é uma norma jurídica.

1.4 Função jurisdicional e função administrativa

Com a função legislativa criam-se normas jurídicas; com as funções jurisdicional e administrativa as normas jurídicas são aplicadas. Resulta disso uma aproximação das duas últimas que aconselha um exame conjunto.

A função administrativa foi por vezes definida positivamente. Segundo D'Alessio é "la actividad concreta del estado dirigida a la satisfacción de las necesidades colectivas, de manera directa e inmediata"⁴³ Em outros autores recolhem-se variantes desse conceito. Muitas vezes, também, propendeu-se para a definição negativa, isto é, administração seria, dentre as funções estatais, o que não fosse legislação ou jurisdição. Uma tal alternativa decorre, no juízo de seus apóstolos, do inevitável

⁴¹ O rol do art. 59 não encerra, contudo, a totalidade dos instrumentos normativos. Sustenta-se, exemplificativamente, com ponderáveis razões, que a sentença normativa da Justiça do Trabalho, prevista no art. 114, § 2º, da Carta Política, constitui outro instrumento normativo (cf. Clèmerson Merlin Clève, *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 145, com indicações bibliográficas na nota 99). É de se observar, de outra parte, que não é possível cogitar, nos limites do presente trabalho, da questão do costume, que, como se sabe, não tem previsão em nível constitucional.

⁴² Solução possivelmente adotada na integralidade dos ordenamentos contemporâneos.

⁴³ *Instituzione di diritto amministrativo*, Torino, 1949, I, p. 17, *apud* Agustín A. Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Macchi, 1974, I, cap. VII, p. 7.

fracasso da opção positiva. É conveniente, pois, principiarmos pelo estudo da função jurisdicional, em torno da qual não se tem encontrado dificuldade na definição positiva, buscando determinar-lhe a essência.

Normalmente essa função é conceituada como aquela pela qual são solucionados conflitos de interesse em caráter definitivo. A referência à definitividade da solução nos remete ao ponto nevrálgico: o ato jurisdicional, produto do exercício da função jurisdicional, estaria sob a proteção da coisa julgada. Michel Stassinopoulos é categórico a tal respeito: "La force de la chose jugée est donc le vrai critère de la distinction entre l'acte administratif et la décision juridictionnelle".⁴⁴

A tese enfrenta uma dificuldade a um primeiro lance de olhos, qual seja a de buscar-se a essência da função jurisdicional numa consequência do conteúdo do ato. O publicista helênico almeja superá-la com a observação de que "la force de la chose jugée est un élément interne qui change la nature même de l'acte; celui-ci doit désormais être considéré comme vérité légale et abroge définitivement toute contestation: c'est le trait de la décision juridictionnelle".⁴⁵

A nosso juízo a matéria não pode ser adequadamente compreendida sem que se incursione pelo tema dos provimentos jurisdicionais que conferem solução aos conflitos.

Quatro são as categorias de sentenças. A sentença declaratória é aquela em que se declara existente ou inexistente uma relação jurídica.⁴⁶ A sentença constitutiva produz um efeito jurídico. A sentença condenatória corporifica um título executório. Por fim, da sentença mandamental, muitas vezes omitida nessa classificação, extrai-se uma ordem.⁴⁷ As sentenças constitutivas resultam do exercício de direitos potestativos; as sentenças condenatórias e as mandamentais, do exercício de direitos a uma prestação.⁴⁸ A distinção entre as sentenças condenatórias e as mandamentais está em que nestas últimas, cumprida a ordem, fica satisfeito o interesse do jurisdicionado; das condenatórias resulta-lhe o ônus de, com base no título executório, instaurar um *novo processo*⁴⁹ - o processo

⁴⁴ *Traité des Actes Administratifs*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1954, reimpressão de 1973, p. 74.

⁴⁵ *Op. cit.*, p. cit.

⁴⁶ Excepcionalmente a declaração pode recair sobre meros fatos, como é o caso da declaração de autenticidade ou falsidade de documento, prevista no art. 4º, II, do Código de Processo Civil.

⁴⁷ É o que ocorre, pelo menos em muitos casos, com a sentença prolatada em mandado de segurança, em que se "contém uma determinação inescusável, à autoridade competente, para a prática do ditame judicialmente posto" (Sérgio Ferraz, *Mandado de Segurança [Individual e Coletivo]: Aspectos Polêmicos*, São Paulo, Malheiros, 1993, ps. 139-140).

⁴⁸ Cf., sem embargo, a nota 37.

⁴⁹ Isso implica se abrirem duas alternativas para o jurisdicionado: agir ou não agir. Bem ao reverso do que se costuma afirmar, a sentença que impõe ao réu pena privativa de liberdade não é condenatória mas tipicamente mandamental, pois o que se costuma denominar de execução penal não constitui novo processo, não passando de cumprimento compulsório da ordem de prender o apenado e mantê-lo encarcerado por determinado tempo ou de submetê-lo a outras medidas penais.

de execução -, no qual seu interesse será satisfeito.

O processo, há de se acentuar, constitui, posto de lado o caso de ser declaratória a sentença, um suporte fático que dá azo à produção de um efeito jurídico, seja na própria sentença, seja por força de uma ordem, seja na execução.⁵⁰ Algumas vezes é esse efeito jurídico que satisfaz o interesse do jurisdicionado, noutras a satisfação se dá com a realização de ato material, que, de todo modo, produz o efeito jurídico de extinguir o direito exercido, noutras ainda o que satisfaz o interesse é uma omissão, mas, verificada essa omissão, que pode ser instantânea ou permanente, sobrevém o efeito jurídico extintivo do direito.

Observe-se de outra parte que em todas as sentenças tem lugar uma declaração. Nas sentenças constitutivas há, implícita, a declaração da existência de um direito potestativo; nas sentenças mandamentais e condenatórias declara-se existente, também implicitamente, uma ação de direito material.⁵¹ Para impedir que a declaração seja contrariada os ordenamentos valem-se de dois expedientes. Primeiro, a declaração produz o nascimento do direito das partes e o correspondente dever do Estado, na pessoa dos juízes, de obstar a composição de um novo suporte fático-processo que implique contrariedade.⁵² Segundo, a declaração que porventura venha a ter lugar em contrariedade à produzida no primeiro processo renderá ensejo à desconstituição da sentença.

A sentença declaratória, grife-se, não dá lugar a produção de efeito que venha a satisfazer interesse da mesma natureza daqueles que são satisfeitos nos demais casos e muito menos a realização de ato material ou a uma omissão. Exsurge apenas a consequência própria da declaração, de obstar a contrariedade. A declaração constitui, em última análise, apenas uma barreira à formação de um suporte fático-processo modificativo.⁵³

Cogite-se agora da função jurisdicional.

Por meio do exercício dessa função são satisfeitos interesses dos jurisdicionados, seja mediante a produção de efeitos jurídicos, seja mediante a realização de atos materiais, seja por meio de omissões, seja pela simples construção de barreiras protetoras contra a alteração do que ficou decidido. Decorre daí não serem corretas as definições da função jurisdicional que a vinculam à coisa julgada. A satisfação do interesse do jurisdicionado, abstraída a última hipótese, não é resultado de ter-se

⁵⁰ Neste último caso os processos de conhecimento e de execução constituem, somados, o suporte fático.

⁵¹ Nos limites deste trabalho não é possível enveredar pelo tema da ação de direito material, que é o efeito jurídico resultante da lesão a direito a uma prestação e tendente à satisfação desse direito, podendo ela ser exercida mediante o processo ou ainda a autotutela, sempre que esta é permitida.

⁵² O ordenamento pode, no entanto, fazer depender o nascimento do dever e do correspondente direito do exercício pela parte de um direito potestativo. É o que se costuma denominar exceção (em sentido próprio) de coisa julgada. No direito brasileiro, como se sabe, não existe tal previsão.

⁵³ Essa barreira não é, pois, inexpugnável. Verificada ofensa à *res judicata* por sentença trânsita em julgado e não desconstituída esta em ação rescisória que venha a ser oportunamente proposta, a modificação acaba por consumir-se.

formado a *res judicata*. No caso da sentença condenatória, a satisfação só pode mesmo ocorrer, sem o concurso da vontade do réu, em processo ulterior - o processo de execução.⁵⁴ Os atos jurídicos e materiais tendentes a satisfazer o interesse do jurisdicionado são aqueles que, nesse caso, mais intensamente, por seu caráter final, traduzem exercício da função jurisdicional.

Depois, pelo menos em tese é possível imaginar-se um sistema que não abrigue o instituto da coisa julgada. Indaga-se: isso por si só eliminaria a existência de uma função jurisdicional?

Uma segunda opinião enfatiza que na administração o Estado é parte na relação jurídica, enquanto na jurisdição ele permanece fora da relação.

Discorre Alessi:

“Giurisdizione invece è l’emanazione di atti di produzione giuridica sussidiari agli atti primari - rimanendo l’organo staduale sempre al di sopra ed al di fuori dei rapporti ai quali gli atti stessi si riferiscono - onde ottenere l’accertamento e l’attuazione coattiva degli atti primari anzidetti.

*Amministrazione, infine, è la emanazione di atti di produzione giuridica complementari (o quanto meno di attività ausiliarie di questi) in attuazione concreta dell’atto di produzione giuridica primario astratto contenuto nella norma legislativa: atti de produzione giuridica posti in essere dall’organo staduale come parte dei rapporti ai quali gli atti si riferiscono: pertanto, la posizione dell’organo staduale rispetto ai rapporti ai quali si riferisce l’atto di produzione giuridica posto in essere nella funzione amministrativa, è quella di soggetto del rapporto stesso, nè piu nè meno di quanto accade nel caso dei rapporti privati rispetto al soggetto privato parte del rapporto...”*⁵⁵

Não é fundamentalmente outra a lição do Prof. **Oswaldo Aranha Bandeira de Mello**: “Naquelas ações, legislativa e executiva, na função que se denomina administrativa, o Estado-poder pratica os atos como *parte*, isto é, em obra própria, espontânea, através da função pública que lhe compete, ao passo que nesta ação judicial, na função que se denomina jurisdicional, como *terceiro*, substituindo, de maneira eminente, através da função pública, a atividade das próprias partes, que não conseguiram, por si mesmas, harmonizar os respectivos interesses.”⁵⁶

Não nos parece feliz essa apreciação.

⁵⁴ Salvo no caso de condenação a omissão.

⁵⁵ *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1960, ps. 4-5.

⁵⁶ *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Forense, 1979, I, p. 25.

Olvida-se com ela que a principal relação jurídica em jogo não é aquela que vai ser objeto do processo, mas a que se estabelece entre o Estado e cada uma das partes.

Não é só. Duas das principais atividades da Administração são a prestação de serviços públicos e o exercício do poder de polícia. Ora, a jurisdição civil revela fortes traços da primeira e a jurisdição penal poderia abrigar-se juntamente com a segunda num gênero comum, das atividades restritivas do Estado.

O Prof. **Celso Antônio Bandeira de Mello** enuncia que a noção de serviço público descansa em dois elementos: a) seu substrato material, consistente na prestação de utilidade ou comodidade fruível diretamente pelos administrados; b) o traço formal, que se traduz num específico regime de direito público.⁵⁷ No que toca ao substrato material, identificam-se serviço público e jurisdição civil, eis que nesta igualmente tem lugar a prestação de uma utilidade fruível diretamente pelos destinatários. A idéia, muito difundida entre os processualistas, de que a jurisdição é uma atividade substitutiva, no sentido de que a atividade estatal substitui a das partes, simplesmente vem ao encontro da afirmativa feita uma vez que a prestação de serviço, público ou privado, envolve substituição. Minha vizinha pode pintar as unhas ou valer-se de uma manicure. Do mesmo modo, posso retirar água do poço artesiano que existe em meu terreno ou utilizar-me do serviço de distribuição da empresa do Estado. Assim, a jurisdição civil só não se amolda à noção de serviço público em face da diversidade de regime, ou seja, de alguma coisa contingencial.⁵⁸

O denominado poder de polícia, por outro lado, numa acepção ampla, compreende tanto a edição de leis, que compõem um sistema de restrições, quanto a produção de atos administrativos, os quais dão execução àquelas leis. Um código penal também se traduz num sistema de restrições, cuja execução se verifica mediante a jurisdição penal, à face da qual avultam as figuras do juiz criminal e do agente do Ministério Público, cujas atividades se desenvolvem em campos perfeitamente delimitados, uma delas com a função de exercer a jurisdição, a outra com a função de provocá-la, mas cujos misteres se realizam com idêntica finalidade, qual seja a da reta aplicação da lei. A jurisdição penal, dessarte, é a atividade de execução de um determinado sistema de restrições, do mesmo modo que o exercício do poder de polícia pela Administração o é pertinememente a um outro sistema de restrições. Nenhum aspecto essencial aparta as duas atividades.

1.5 Delimitação das áreas das funções do Estado

Nos dois itens anteriores, perseguimos conhecer a essência das funções legislativa, jurisdicional e administrativa. Define-se a primeira como aquela de *produzir* normas

⁵⁷ *Op. cit.*, p. 407.

⁵⁸ **Jean Rivero** insere entre os serviços públicos os da justiça não-criminal (*Direito Administrativo*, tradução de Rogério Ehrhardt Soares, Coimbra, Almedina, 1981, p. 504).

jurídicas; as duas outras são funções de *aplicação* de normas jurídicas. Investigou-se a essência da função legislativa a partir da essência da norma jurídica, que se traduz numa particular estrutura: antecedente e conseqüente; no antecedente, a previsão de elementos fáticos; no conseqüente, a previsão dos efeitos jurídicos; ocorridos os elementos fáticos, desencadeiam-se automaticamente os efeitos jurídicos. Vimos também que nessa mesma estrutura se insere um aspecto contingencial: é o ordenamento que permite ou veda que um ato (em sentido muito amplo), ainda que estruturado, no mais, na forma indicada, tenha no conseqüente a previsão de um efeito jurídico. Para além da estrutura emerge outro aspecto contingencial: é preciso que o instrumento seja apontado no ordenamento como instrumento *normativo*. Das funções jurisdicional e administrativa, por outro lado, não surpreendemos qualquer ângulo de essência.

Interessa-nos agora, com base em tais premissas, delimitar com precisão o âmbito de cada uma delas.

Deve-se apurar, num primeiro momento, se a estrutura do ato (em sentido muito amplo) em cogitação é aquela a que se aludiu. (Desprezemos por ora saber-se se no conseqüente há, ou não, previsão de efeitos jurídicos.) As leis em sentido formal, como aquelas que criam ou extinguem cargos públicos, não estão dotadas de uma tal estrutura. Onde não ter lugar, por meio delas, o exercício da função legislativa. Numa segunda etapa, pesquisemos se no conseqüente há previsão de efeitos jurídicos, isto é, se a estrutura do ato em cogitação se apresenta como rigorosamente idêntica à da norma jurídica. No regulamento de execução veda-se que no conseqüente se aloje previsão dessa ordem. Daí situar-se ele fora dos limites da função legislativa. Por fim, verificada uma perfeita identidade estrutural do ato em cogitação com o modelo apontado, cumpre-se investigar se o instrumento do ato figura no elenco dos instrumentos normativos segundo o ordenamento jurídico.⁵⁹ As previsões contratuais e figurantes de outros negócios jurídicos, a despeito da identidade estrutural com o modelo, não são veiculadas por instrumentos normativos, pelo que não há, aí, exercício de função legislativa. Registre-se derradeiramente que, nos ordenamentos contemporâneos, pelo menos no mundo ocidental, afora o caso do costume, o exercício da função legislativa tem sido atribuído ao Estado com exclusividade.

Estabelecidos os lindes da função legislativa, passe-se às duas outras funções estatais. Afirmamos que não há nelas aspectos de essência. Materialmente, é impossível distingui-las. Visam, uma e outra, à satisfação imediata de um determinado círculo de interesses contingencialmente delimitado. Com isso manifestamos opinião coincidente com a de **Kelsen**: "Uma separação entre o poder judiciário e o chamado poder executivo também é possível apenas num grau comparativamente limitado.

⁵⁹ Ou, mais exatamente, segundo a Constituição. Recordemos que as normas mais marcadamente constitucionais em substância (senão as únicas, de acordo com uma perspectiva mais radical) são aquelas que tratam da produção normativa. Cf. **Hans Kelsen**, *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 310; *Teoria Geral do Direito e do Estado*, cit., p. 130.

Uma separação estrita dos dois poderes é impossível, já que os dois tipos de atividade habitualmente designados por esses termos não são funções essencialmente distintas.”⁶⁰ Adiante acrescenta que a distribuição de uma função idêntica entre as duas máquinas burocráticas só pode ser explicada com base em fundamentos históricos.⁶¹

Posto de lado o critério material, somos levados a afirmar que somente a cumulação do critério formal com um pressuposto específico pode apontar o território de função jurisdicional. Em suma, deve o ato estar submetido a regime de Direito Processual e, em acréscimo, ter sido produzido por agente na posição processual de juiz. Se o ato estiver regido pelo Direito Constitucional (v. g., a edição de lei em sentido formal), pelo Direito Administrativo, pelo Direito do Trabalho (v. g., a contratação de servidor pelo regime celetista), pelo Direito Civil (compra e venda, locação, comodato e tantos outros atos jurídicos privados), pelo Direito Comercial (v. g., a constituição de uma sociedade de economia mista) ou por outro ramo do Direito, ocorrerá exercício de função administrativa. Se o ato, ao reverso, estiver sob o governo do Direito Processual, faz-se nítida a distinção entre a posição de juiz, de um lado, e as demais, de outro. Uma denúncia oferecida por agente do Ministério Público não é ato de juiz, pelo que se situa no âmbito da função administrativa. Não se afigura relevante, frise-se bem, que o juiz seja integrante do Poder Judiciário. Nossa proposta não se acha de nenhum modo vinculada ao critério orgânico. A jurisdição voluntária, que atende a todos os requisitos, hospeda-se na seara da função jurisdicional.⁶² A órbita da função administrativa fica demarcada, pois, de modo residual em relação às duas outras.

Não nos parece razoável a ligação entre função e regime, de tal sorte que a função administrativa englobe tão-somente a produção de atos em que a Administração se ache em posição de superioridade,⁶³ ou seja, praticados debaixo de determinado regime. Função é o conjunto de atividades reduzidas à unidade por traços comuns. É claro que a grande dificuldade de estabelecer o conjunto resulta da escolha dos traços comuns que levariam à redução à unidade. A função administrativa, a despeito da impossibilidade, em nossa ótica, de ser definida positivamente, tem como *meta* a satisfação de determinados interesses. Daí exsurgir a prevalência de

⁶⁰ *Teoria Geral do Direito e do Estado, cit.*, p. 266.

⁶¹ *Op. cit.*, p. 268. Também Merkl assevera que a distinção entre execução e jurisdição não possui senão um valor puramente histórico (*apud Michel Stassinopoulos, op. cit.*, p. 71).

⁶² A solução proposta parece adequar-se mesmo aos ordenamentos que contemplam a jurisdição administrativa, à face da qual vigoram, no campo formal, normas processuais. Sobre o caso francês, cf. Jean Rivero, *op. cit.*, ps. 246 e ss.; Prosper Weil, *O Direito Administrativo*, tradução de Maria da Glória Ferreira Pinto, Coimbra, Almedina, 1977, ps. 137 e ss. Sobre o caso italiano, cf. Renato Alessi, *op. cit.*, ps. 728 e ss. Esclarece este autor: “Il ricorso inizia un processo giurisdizionale amministrativo, costituendo pertanto l’atto iniziale di un rapporto processuale nel quale figurano diversi possibili soggetti: *parti* in senso processuale” (*op. cit.*, p. 739). A circunstância de ser o ato inicial um recurso, o que ocorre igualmente em França, não conduz a que o regime seja de Direito Administrativo. Cuida-se antes de uma peculiaridade de tais sistemas.

⁶³ Assim, Alessi, *op. cit.*, p. 5.

um elemento a determinar a junção das atividades: o *fim*. Ora, o fim não se altera se o regime adotado é de direito público ou de direito privado. Donde afigurar-se-nos irrelevante o aspecto em causa - do regime - para compor o conjunto de atividades alojadas na função administrativa. Por outro lado, na concepção que liga função a regime uma parte das atividades estatais não se insere em qualquer dos três conjuntos: legislação, jurisdição, administração. Segundo nosso pensamento, a integralidade dos atos do Estado distribui-se pelas mencionadas funções.

Resta por abordar um ponto delicado, qual seja o da produção de atos inseridos na função administrativa por entes diversos do Estado. Recorde-se que, pertinememente à legislação e à jurisdição, exceto, quanto à primeira, com referência ao costume, a totalidade dos atos nelas abrangidos é praticada pelo Estado. Parece estranho que no estudo das funções *do Estado* se depare com essa produção de atos que se traduz no exercício de uma delas por outros entes, mesmo de direito privado. Na medida, contudo, em que privilegiamos o elemento *fim* na delimitação do conjunto dos atos correspondentes à função administrativa, o elemento *pessoa* se vê relegado a uma posição subalterna. Deveras, não parece relevante, para esse efeito, indagar-se se a prestação de um serviço público é realizada pelo próprio Estado, por outra pessoa jurídica de direito público, por uma pessoa jurídica de direito privado integrante da Administração Pública ou até mesmo por uma pessoa jurídica de direito privado alheia à Administração Pública. Acreditamos, a tal propósito, se mostre próprio trazer para o tema em comento distinção que é corrente em outras matérias e que é a de *titularidade e exercício*. O Estado é o *titular* da função administrativa; as demais pessoas *exercem-na* sem que se desloque a titularidade. Nesse âmbito, a questão de mais difícil desate é a de saber-se se a uma pessoa de direito público diversa do Estado, como é o caso, no direito brasileiro, das autarquias, se atribui a titularidade da função ou o mero exercício. Em nossa ótica somente o próprio Estado (vale dizer, no caso brasileiro, União, Estados, Distrito Federal e Municípios) titulariza a função; mesmo uma autarquia apresenta-se como mera exercente da mesma.

2. Ato jurídico de direito privado e ato administrativo

2.1 Suporte fático e elementos fáticos e suas classificações

No item 1.4, ao tratar da função legislativa, expusemos a estrutura da norma jurídica, composta do antecedente e do conseqüente, da hipótese e da previsão dos efeitos jurídicos. Naquela ocasião dissemos que na hipótese são descritos os pressupostos que provocam a produção dos efeitos, pressupostos esses que são elementos fáticos. Frisamos também que não devem ser confundidos o fato previsto na norma jurídica e aquele que vem a acontecer. Agora cogitaremos especificamente não dos elementos fáticos previstos na norma, mas daqueles cuja ocorrência deflagra a produção de efeitos.

Segundo **Pontes de Miranda**, composto o suporte fático, incide a norma jurídica e ele ingressa no mundo jurídico transformando-se em fato jurídico. A incidência, pois, nessa ótica, é que juridiciza o suporte fático. **Zitelmann**, contudo, não distinguia entre suporte fático e fato jurídico⁶⁴ e parecia abstrair da incidência, afirmando que “é do suporte fático que nascem os efeitos e a regra jurídica apenas os liga”.⁶⁵

Seguindo os passos de **Zitelmann**, estamos-nos valendo do termo *suporte fático* no sentido que se costuma atribuir à expressão *fato jurídico*.

O suporte fático, de acordo com o entendimento consagrado, pode ser definido como o elemento fático ou o conjunto de elementos fáticos que produzem um efeito jurídico. Essa definição é, contudo, imperfeita, na medida em que se confundem a *existência* do suporte fático e sua *eficácia*. Existir é, deveras, alguma coisa logicamente anterior a produzir efeitos. Daí falar-se em plano da existência, em que se cogita da composição do suporte fático, e em plano da eficácia, em que se trata de conhecer os efeitos que se irradiaram do suporte fático. Observe-se que o plano da existência corresponde, na estrutura da norma jurídica, à hipótese, enquanto o plano da eficácia à previsão de efeitos. Por outro lado, nem sempre a integração do suporte fático leva à produção de efeitos. Algumas vezes os efeitos nascem em oportunidade ulterior; noutras, jamais se produzem. Há suportes fáticos que, conquanto se componham, isto é, sejam suficientes, e por isso existam, já nascem com vício que impede a irradiação de efeitos, sendo, de conseqüência, *deficientes*.⁶⁶

Uma primeira e fundamental classificação dos suportes fáticos é aquela que os divide em *simples*, se apenas um elemento fático o compõe, e *complexos*, se sua integração depende da ocorrência de mais de um elemento fático. Dos primeiros mencionem-se os exemplos do nascimento, da morte; dos segundos, a inexecução de um contrato.

A doutrina privatista, que construiu a teoria do fato jurídico, costuma referir, antes da aludida classificação, aquela que aparta os suportes fáticos em *naturais* e *humanos*⁶⁷, considerada a mais relevante de todas. Correspondem os primeiros aos fatos jurídicos em sentido estrito; os segundos, aos atos jurídicos. Para que um fato entre na última categoria reclama-se seja voluntário. A nosso juízo, no entanto, essa

⁶⁴ *Irrtum und Rechtsgeschäft*, Leipzig, 1879, ps. 225 e 233, apud **Pontes de Miranda**, *Tratado de Direito Privado*, cit., I, p. 21.

⁶⁵ *Jahrbücher für die Dogmatik*, 16, p. 373, apud **Pontes de Miranda**, *Tratado de Direito Privado*, cit., I, ps. 21-22.

⁶⁶ O suporte fático do ato nulo assim como o do ato anulável são deficientes, em ambos existe um vício. Mas ao primeiro falta aptidão para a produção dos efeitos correspondentes a seu conteúdo (embora outros possam ter lugar); o segundo, ao reverso, produz os efeitos desejados, mas estes podem ser eliminados retroativamente mercê de uma reação do interessado. Acrescente-se que às vezes se afirma não ser exata a asseveração de que o nulo não produz efeitos. Não podemos, contudo, comungar de tal opinião. Os efeitos não se verificam, embora a defeituosa cognoscibilidade humana possa lhos atribuir.

⁶⁷ **Cariota Ferrara** prefere denominá-los naturais e voluntários (*Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, Morano, s/indicação de data, ps.10-11).

não é uma classificação dos suportes fáticos, mas dos elementos fáticos. Por elemento fático tomamos aquele ao qual o ordenamento tratou como uma unidade, ainda que passível de partição. Nessa ótica, o contrato corresponde a suporte fático simples, ainda quando a ele tenha de aderir um ato material, como nos contratos reais, ou quando as declarações de vontade se produzam em momentos distintos.⁶⁸

Observemos primeiramente o caso do testamento. O suporte fático da sucessão testamentária não se integra tão-somente com a prática do ato em tela. Cuida-se de suporte fático complexo composto de dois elementos: testamento e morte do testador, isto é, de um ato jurídico e de um fato jurídico.⁶⁹

Hipóteses diversas desta são aquelas em que elementos fáticos não interferem na suficiência do suporte fático mas propiciam a deflagração de efeitos ou evitam que ele seja deficiente. Atuam como pressupostos de eficácia ou de validade.

Registre-se, em seqüência, que por vezes estão previstos na norma jurídica elementos fáticos que *obstam* ou *retardam* a realização da hipótese. Deveras, a norma jurídica pode prever: se ocorrer *A* e *B*, produzir-se-á o efeito *x*. Pode prever também: se ocorrer *A* e *B*, produzir-se-á o efeito *x*; mas, se antes de ocorrer *B*, acontecer *C*, nenhum efeito se produzirá. Pode prever ainda: se ocorrer *A* e *B*, o efeito *x* produzir-se-á na oportunidade *m*; mas, se antes de ocorrer *B*, acontecer *C*, o efeito *x* produzir-se-á na oportunidade *n*. Recorda **Pontes de Miranda**, como caso de obstáculo, o do adultério com o consentimento do cônjuge ofendido,⁷⁰ este último também ato jurídico.⁷¹ Por outro lado, o art. 172 do Código Civil, exemplificativamente, arrola os atos que interrompem a prescrição. Tais atos objetivam, pois, *retardar* a composição da hipótese e, conseqüentemente, dos suportes fáticos. São, contudo, atos jurídicos.⁷²

⁶⁸ Essa não é, contudo, a opinião da doutrina privatista. Cf. **Andreas Von Thur**, *Derecho Civil: Teoría General del Derecho Civil Alemán*, tradução de Tito Ravà, Buenos Aires, Depalma, 1947, II, 1, ps. 165 e ss. e nota 21 à p. 166; **Cariota Ferrara**, *op. cit.*, ps. 12, 111-112.

⁶⁹ Cf. **Cariota Ferrara**, *op. cit.*, ps. 311-312. Contra: **Andreas Von Thur**, *op. cit.*, II, 1, p. 169; **Pontes de Miranda**, *Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1970, III, ps. 19-20.

⁷⁰ *Tratado de Direito Privado*, cit., I, p. 75. Os elementos fáticos que obstam a realização da hipótese foram objeto das seguintes considerações de **Pontes de Miranda**: "Daf a existência de (a) regras jurídicas *pré-juridicizantes*, de (b) regras jurídicas *juridicizantes* e de (c) regras jurídicas *desjuridicizantes*. As regras jurídicas *pré-juridicizantes* preocupam-se com a composição dos suportes fáticos como causadores de existência dos fatos jurídicos, e de ordinário para dizerem que os suportes fáticos não bastam: são, portanto, regras sobre não-existência dos fatos jurídicos; incidem sobre o que está composto, para repeli-lo do mundo jurídico. O que pode ser surpreendente para os que estão acostumados a ver somente a incidência das regras jurídicas, para juridicizar suportes fáticos, é que essas são edictadas — exatamente para um *Non sufficit!* A incidência marca, assim, no plano da existência, negativamente" (*Tratado de Direito Privado*, cit., I, p. cit.).

⁷¹ Declara, contudo, **Pontes de Miranda**: "Tais fatos repelidos, antes da juridicização, são fora da categoria dos fatos jurídicos" (*Tratado de Direito Privado*, cit., I, p. cit.). O egrégio autor se está referindo ao conjunto *adultério + consentimento*. Sua conclusão, com efeito, parece inevitável se por fato jurídico se toma o que estamos denominando *suporte fático*. Este efetivamente não se integrou.

⁷² Consoante o art. 81 do Código Civil, o ato lícito que tenha por fim imediato *resguardar* direitos se denomina ato jurídico. Resguardar ou conservar não é mais que obstar ou retardar a extinção (cf. **Clóvis Bevilacqua**, *Teoria Geral do Direito Civil*, Ministério da Justiça, Serviço de Documentação, 1972, p. 227).

Igualmente as hipóteses compostas de um único elemento fático podem estar sujeitas a um obstáculo (se ocorrer *A*, produzir-se-á o efeito *x*; mas, se antes de ocorrer *A*, acontecer *B*, nenhum efeito se produzirá) ou a um retardamento (se ocorrer *A*, o efeito *x* se produzirá na oportunidade *m*; mas, se antes de ocorrer *A*, acontecer *B*, o efeito *x* se produzirá na oportunidade *n*).

Resulta de tudo o que se expôs que os fatos e atos, jurídicos uns e outros, porque por eles se interessou o Direito, porque em abstrato figuram em hipóteses, não podem ser confundidos com o todo (suporte fático). São, na verdade, unidades fáticas (elementos fáticos).

Uma terceira classificação assaz mencionada pela doutrina é aquela que divide os atos em lícitos e ilícitos. **Pontes de Miranda**, entretanto, fala em *fatos jurídicos lícitos e ilícitos*: “Quando o fato contrário a direito acontece e alguém responde por ele, há ilicitude. Se a contrariedade a direito foi sem culpa, - ou houve o ato humano, ou não houve, ou se abstraiu dele. Se não houve ato humano, não se pode pensar em ‘ato ilícito’. A noção de responsabilidade chegou nos tempos de hoje, onde a civilização atingiu os seus pontos mais altos, a reputar o homem responsável pelo fato, se esse é contrário a direito. Existem, pois, fatos ilícitos e atos-fatos ilícitos. Sempre que alguém responde pela força maior, ou pelo caso fortuito, responde pelo fato ilícito; com ele, lesado foi direito absoluto (fato ilícito absoluto), ou direito relativo (fato ilícito relativo). Houve fato ilícito. Não houve ato humano”.⁷³

É a contrariedade a direito que isola fatos e atos numa categoria. Essa é, pois, uma classificação dos elementos fáticos.

Mencionadas as três classificações, uma delas alusiva aos suportes fáticos e duas concernentes aos elementos fáticos, podemos resumi-las assinalando que os suportes fáticos podem ser *simples* ou *complexos* e que os elementos fáticos podem ser *fatos* ou *atos*, *lícitos* ou *ilícitos*.

2.2 Atos lícitos

No presente item vamos ocupar-nos de uma espécie dos elementos fáticos. Vimos que eles podem ser fatos ou atos, lícitos ou ilícitos, ou, mais exatamente, fatos lícitos, atos lícitos, fatos ilícitos e atos ilícitos. Destacamos para estudo aquela que é certamente a categoria mais relevante: a dos atos lícitos.

A doutrina privatista divide-os em três espécies: negócios jurídicos, atos jurídicos, operações jurídicas, menciona **Von Thur**⁷⁴; negócios jurídicos, atos jurídicos em sentido estrito, meros atos jurídicos, refere **Cariota Ferrara**⁷⁵; negócios jurídicos, atos jurídicos em sentido estrito, atos-fatos jurídicos, sugere **Pontes de Miranda**.⁷⁶

⁷³ *Tratado de Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1974, II, p. 193.

⁷⁴ *Op. cit.*, II, 1, ps. 118 e ss.

⁷⁵ *Op. cit.*, ps. 38 e ss.

⁷⁶ *Tratado de Direito Privado*, cit., II, ps. 372 e ss., 395 e ss.

A expressão *negócio jurídico* está assente. A expressão *ato jurídico em sentido estrito* firmou-se. Resta a terceira categoria, para a qual adotamos a terminologia proposta pelo saudoso jurista brasileiro, particularmente expressiva, como logo adiante se verá.

Distinguem-se as três através de um único aspecto: a vontade, ou, mais exatamente, o modo pelo qual o ordenamento a considera.

Começemos por aquela espécie em que o ordenamento se mostra menos exigente: a dos atos-fatos jurídicos.

A tal respeito a lição de **Pontes de Miranda** parece insuperável:

“Ato humano é o fato produzido pelo homem; às vezes, não sempre, pela *vontade* do homem. Se o direito entende que é relevante essa relação entre o fato, a vontade e o homem, que em verdade é dupla (fato, vontade-homem), o ato humano é ato jurídico, *lícito* ou *ilícito*, e não ato-fato, nem fato jurídico *stricto sensu*. Se, mais rente ao determinismo da natureza, o ato é recebido pelo direito como fato do homem (relação ‘fato, homem’), com o que se elide o último termo da primeira relação e o primeiro da segunda, pondo-se entre parêntese o *quid* psíquico, o ato, fato (dependente da vontade) do homem, entra no mundo jurídico como ato-fato jurídico.

Não se desce à consciência, ao arbítrio de se ter buscado causa a fato da vida e do mundo (definição de vontade consciente); satisfaz-se o direito com a determinação exterior.”⁷⁷

Logo a seguir acrescenta: “Se esvaziamos os atos humanos de vontade (= se dela abstraímos = se a pomos entre parênteses), se não a levamos em conta para a juridicização, o *actus é factum*, e como tal é que entra no mundo jurídico”.⁷⁸

Para **Cariota Ferrara** essa categoria abrange os atos em que o ordenamento não supõe uma vontade de seu autor mas a mera voluntariedade.⁷⁹

Já segundo **Von Thur** as operações jurídicas são os atos que buscam um resultado de fato, mas cujo efeito jurídico se produz unicamente quando se cumpre esse resultado.⁸⁰ A causa do efeito não é a vontade que se manifesta no ato mas o resultado material que essa vontade realiza.⁸¹ Alerta ainda que, “cuando un proceso del mundo externo es dotado de efectos jurídicos que se producen prescindiendo de

⁷⁷ *Op. cit.*, II, ps. 372-373.

⁷⁸ *Op. cit.*, II, p. 373.

⁷⁹ *Op. cit.*, p. 39.

⁸⁰ *Op. cit.*, II, I, p. 124.

⁸¹ *Op. cit.*, II, I, p. 126.

la circunstancia de que lo originó una voluntad humana, no estamos en presencia de un acto.⁸²

Não há, pois, uma rigorosa correspondência entre as três opiniões no que toca à abrangência da categoria em estudo. A nosso juízo, no ato-fato jurídico se abstrai da vontade (daí dizer **Pontes de Miranda** que entra no mundo jurídico como fato) mas não se abstrai de estar ligado a alguma pessoa. Se até mesmo essa ligação com pessoa foi abstraída, tem-se fato jurídico, não ato-fato.

Se na espécie examinada a vontade se apresenta despida de qualquer relevo, nas duas outras ela vai assumir um papel bem definido. A nosso ver essa é uma nota de tamanha importância que deveria ter levado a doutrina, na busca de um perfeito equacionamento da classificação, a partir os atos humanos em atos em que a vontade não é considerada (atos-fatos jurídicos) e atos em que ela o é. Dentre estes últimos, como subespécies, emergiriam os atos jurídicos em sentido estrito e os negócios jurídicos. Recordemos que, entre outros aspectos, somente os atos em que a vontade é relevante podem ser válidos ou inválidos, o que, por si só, já justificaria o agrupamento dos mesmos numa espécie.

Importa agora distinguir atos jurídicos em sentido estrito de negócios jurídicos.

Negócio jurídico, afirma **Von Thur**, é o instrumento de que se valem as partes para regulamentar as relações jurídicas dentro do limite que a lei lhes permite. A modificação do estado jurídico é sempre o objeto do negócio e também o seu efeito se ele se realiza validamente. No negócio, a consequência jurídica se coloca em relação de dependência essencial com o conteúdo da declaração.⁸³ Já o ato jurídico em sentido estrito é a manifestação de vontade que não busca um resultado jurídico mas um resultado de fato que, não obstante, a lei dota de efeitos jurídicos; estes não correspondem ao conteúdo da vontade que se manifesta, nem ela pode modificá-los.⁸⁴

Expressa **Oertmann** que no negócio jurídico a atividade do sujeito se encaminha à produção de um efeito jurídico e este surge precisamente por ser querido ou, segundo outra concepção, declarado como querido e na medida em que se o quer ou se declara querê-lo. No ato jurídico em sentido estrito, para o nascimento do efeito jurídico não há influência de uma vontade a tal encaminhada. O ordenamento leva a que o efeito se produza não por ser querido mas porque se quer o ato do qual ele é o efeito.⁸⁵

Exemplo de ato jurídico em sentido estrito que a doutrina costuma mencionar é o da interpelação para que o devedor satisfaça a prestação, quando não caiba a regra *Dies interpellat pro homine*. O intento do credor é o de que se realize a prestação,

⁸² *Op. cit.*, II, 1, p. 127.

⁸³ *Op. cit.*, II, 1, p. 120.

⁸⁴ *Op. cit.*, II, 1, p. cit.

⁸⁵ *Introducción al Derecho Civil*, tradução de Luis Sancho Seral, Barcelona-Buenos Aires, Labor, 1933, ps. 177-178.

mas, se esta não ocorre, fica o devedor constituído em mora.⁸⁶

Pertinentemente ao negócio jurídico, por vezes se assevera ser ele expressão da autonomia da vontade. **Santoro-Passarelli** declara: "O negócio é, de facto, o *acto de autonomia privada*, isto é, com o qual o sujeito privado regula por si os seus próprios interesses".⁸⁷

Jean Carbonnier acentua que a autonomia da vontade "é uma teoria de filosofia jurídica, segundo a qual a vontade humana é por si mesma a sua *própria lei*, cria para si a sua própria obrigação: se o homem se encontra obrigado por um acto jurídico, especialmente por um contrato, é porque o quis; o contrato é o princípio da vida jurídica; a vontade individual o princípio do contrato."⁸⁸

Essa lição, em que se pode exprobrar tão-somente a identificação da vontade com a lei, o que só seria aceitável metaforicamente,⁸⁹ delinea com exatidão o alcance da autonomia da vontade. Ora, nem sempre o negócio expressa a autonomia da vontade do autor do negócio (unilateral) ou de seus figurantes. Algumas vezes a declaração de vontade se produz em cumprimento de dever, como no caso, bastante comum, da compra e venda precedida de promessa. É certo que **Von Thur**, ao tratar do negócio jurídico, iniciou sua explanação com as seguintes observações: "El derecho civil se basa en la opinión de que el orden más adecuado para las relaciones jurídicas de los individuos es el que ellos mismos establecen y, por tanto, en este sentido da amplia facultad a los interesados. Para ese propósito, el instrumento de que ellos disponen es la especie más importante de acto jurídico, es decir, el negocio".⁹⁰ Pouco adiante, contudo, se vê compelido a esclarecer: "Como el negocio consiste en una manifestación de voluntad, y no en un proceso espiritual interno, puede existir la obligación de contraer un negocio jurídico (obligación de contratar, contrato preliminar). No es posible que el hombre asuma, o que la ley le imponga, una obligación de querer algo para el porvenir, porque lo que llamamos voluntad no es más que la facultad de decidir libremente (el derecho no puede adoptar el punto de vista determinista, ya que debe juzgar los hechos humanos desde el punto de vista de la razón práctica). En cambio, el hombre puede tener la obligación de cumplir un acto y éste puede consistir en una declaración de voluntad".⁹¹ Não há, pois, uma

⁸⁶ Cf. Código Civil, art. 960, 2ª parte. **Pontes de Miranda** trata longamente da casuística dos atos jurídicos em sentido estrito (*Tratado de Direito Privado*, cit., II, ps. 451 e ss.). Entre eles aponta as manifestações e comunicações de conhecimento, as manifestações de sentimento, como o perdão, as comunicações de vontade, mandamentos. Exemplos de mandamentos: Código Civil, arts. 1193, 1206.

⁸⁷ *Atto giuridico*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1959, IV, p. 206, apud **Ana Prata**, *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*, Coimbra, Almedina, 1982, p. 16, nota 17.

⁸⁸ *Droit Civil*, Paris, 1957, II, p. 313, apud **Ana Prata**, *op. cit.*, p. 16, nota 17.

⁸⁹ Sem embargo, a previsão dos efeitos jurídicos pode descansar na vontade, quando o ordenamento lho permite, do mesmo modo que, em outros casos, vem indicada na norma jurídica. É o que já demonstramos anteriormente.

⁹⁰ *Op. cit.*, II, 1, p. 161.

⁹¹ *Op. cit.*, II, 1, p. 163, nota 9.

correspondência necessária entre autonomia da vontade e negócio jurídico. Isso é apenas o que mais comumente acontece.

Retomando a distinção entre negócio jurídico e ato jurídico em sentido estrito, cabe destacar que tudo está em apurar-se quando, segundo o ordenamento, os efeitos jurídicos correspondentes ao conteúdo hão de ser queridos, ou não.

Há, pois, uma exigência suplementar pertinentemente ao primeiro: a vontade direcionada aos efeitos. A questão de saber-se em que medida essa exigência suplementar implica uma diversidade de regulamentação em relação aos atos da outra categoria será objeto de investigação no item subsequente.

2.3 *Negócio jurídico: as teorias da vontade e da declaração*

Uma acesa disputa entre duas teorias teve lugar no âmbito do tema que ora se principia a discutir. A tal respeito disserta **Pontes de Miranda**:

“Historicamente, a *teoria da declaração* é a primeira. Os homens têm como vontade o que se declarou, de ordinário em fórmulas solenes, gestos e cerimônias. Os atos jurídicos não solenes são posteriores. O que importava à vida da relação era o contacto entre os homens; e esse contacto supõe manifestações de vontade. Quando se pôde ver, por trás das manifestações de vontade (de regra, declarações), a vontade, foi possível distinguirem-se manifestações de vontade *iguais* a vontades, manifestações de vontade e vontades *desiguais*, manifestação de vontade vazias (ocas), isto é, *sem vontade*, e vontades *não-manifestadas*. A esses dois momentos, o momento dos povos mais antigos e o momento dos que viram a vontade independente da manifestação, corresponderam duas teorias contemporâneas que pretendiam fixar as atitudes: prima a declaração, disse uma; prima a vontade, a intenção, disse outra.”⁹²

A teoria da vontade, pois, postula a relevância da *intenção do resultado*,⁹³ ao reverso da teoria da declaração, que a despreza. A intenção do resultado ou, como se disse anteriormente, deverem ser queridos os efeitos jurídicos é, como já acentuado, o que aparta negócios jurídicos de atos jurídicos em sentido estrito. Mesmo perfunctoriamente parece difícil harmonizar-se a teoria da declaração com a distinção que se fez; na verdade, se estaria conferindo denominações diversas a atos que, no fundo, não apresentariam perfis distintos, uma vez que submetidos à mesma disciplina. Recordemos, todavia, que **Oertmann**, ao separar as duas categorias de

⁹² *Tratado de Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1974, IV, p. 217.

⁹³ A expressão provém de **Zitelmann** (*Irrtum und Rechtsgeschäft*, cit., apud **Paul Oertmann**, op. cit., p. 213).

ato, registrou que no negócio jurídico a atividade do sujeito se encaminha à produção de um efeito que é querido *ou, segundo a teoria da declaração, declarado como querido*. É forçoso reconhecer que, em teoria, mostra-se possível distinguir-se o ato cujo efeito tem de ser declarado como querido do ato cujo efeito não o tem. Mas não é menos certo que, se assim fora, não perduraria qualquer interesse prático em separar negócios jurídicos de atos jurídicos em sentido estrito: estariam uns e outros sujeitos às mesmas previsões. Não é de se estranhar, assim, que **Cosack**, eminente partidário da teoria da declaração,⁹⁴ inserisse entre os negócios jurídicos aqueles que outros juristas denominam de atos jurídicos em sentido estrito,⁹⁵ eliminando a distinção. Não havendo utilidade em proceder a uma classificação carente de sentido prático, deve-se firmar que, frente à teoria da declaração, ela haveria de ser abandonada.

Observe-se, de outra parte, que, como frisa **Oertmann**, a opção pela teoria da declaração ou pela teoria da vontade não é uma questão a ser resolvida com base numa necessidade lógica ou psicológica. Do direito positivo é que advirá a solução.⁹⁶ Resulta daí que naqueles ordenamentos em que prevalecer a primeira daquelas concepções, pelo menos acima de um determinado grau, inexistirá lugar para a distinção entre negócios jurídicos e atos jurídicos em sentido estrito, todos eles subordinados às mesmas previsões. A pertinência da classificação depende da alternativa eleita pelo legislador.

Valendo-nos da terminologia empregada por **Cariota Ferrara**, devem distinguir-se a *vontade da manifestação* da *vontade do conteúdo*, chamada *vontade negocial*,⁹⁷ que nada mais é que a intenção do resultado. Frente à teoria da vontade ambas são relevantes; a teoria da declaração abstrai da segunda. A propriedade da distinção entre negócios jurídicos e atos jurídicos em sentido estrito está condicionada a que o ordenamento empreste relevo à vontade do conteúdo. É dela, pois, que devemos cogitar.

Segundo o civilista italiano, falta a vontade do conteúdo em alguns casos de erro obstativo, que é o erro na declaração ou transmissão (Código Civil italiano, art. 1.433)⁹⁸; no erro-dissenso;⁹⁹ na falta de seriedade no querer, o que se dá na representação teatral, no ensino, na jactância, no gracejo; na reserva mental; na

⁹⁴ **Konrad Cosack**, *Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des BGB*, Jena, 1913, I, p. 251, *apud Pontes de Miranda*, *Tratado de Direito Privado*, cit., IV, p. 215.

⁹⁵ *Op. cit.*, 1921, ps. 144 e ss., *apud Cariota Ferrara*, *op. cit.*, p. 39, nota 1.

⁹⁶ *Op. cit.*, ps. 215-216.

⁹⁷ *Op. cit.*, ps. 404 e ss.

⁹⁸ Exemplo: vendo o cavalo que está na estrebaria, supondo que lá se encontra X, quando na verdade é Y que se acha naquele lugar. Frise-se que não estamos considerando os casos de erro obstativo em que falta em primeira linha a vontade da declaração e, *a fortiori*, a do conteúdo.

⁹⁹ Exemplo: ofereço à venda um quadro do pintor A e meu interlocutor, surdo, supondo que se trata de um quadro do pintor B, aceita.

simulação. Há vício na vontade do conteúdo na violência moral; no dolo; no erro-vício.¹⁰⁰

Não calharia aqui examinar todas essas hipóteses. Contentamo-nos em destacar que, no direito brasileiro, a simulação, a coação, o dolo e o erro, este em qualquer de suas modalidades,¹⁰¹ receberam, como se sabe, juntamente com a fraude contra credores, a qualificação genérica de defeitos dos atos jurídicos, provocando a anulabilidade.

2.4 Distinção entre regulamento administrativo e ato administrativo em sentido estrito

Na primeira parte deste trabalho ocupamo-nos das funções do Estado. Com pertinência à função administrativa deixamos assente que o exercício pode dar-se sob regime de Direito Constitucional, de Direito do Trabalho, de Direito Civil, de Direito Comercial, de Direito Processual e, afora eventualmente outro ramo do Direito, também - o que é mais comum - de Direito Administrativo. No presente item, em decorrência dos limites do tema posto, nossa atenção estará voltada exclusivamente para o exercício da função administrativa sob esse último regime.

Ainda não serão objeto de nossas cogitações os atos que o Direito recebe como fatos: os atos-fatos. A eles volveremos no item 2.6. O que há de mais relevante dentre o que sobra tem sido estudado pela doutrina sob a denominação de contratos administrativos, regulamentos administrativos, atos administrativos. Muitas vezes a expressão *ato administrativo* abriga também os regulamentos administrativos. Outras, uma noção restrita de ato administrativo deixa de fora de seus limites categoriais uma quantidade de atos que acabam por caber apenas no gênero muito largo dos denominados atos da Administração.

Como os contratos administrativos situam-se para além do tema em estudo, focalizaremos, em suma, as duas outras categorias: regulamentos administrativos, atos administrativos. Passamos a denominar os componentes desta última espécie de *atos administrativos em sentido estrito* pois que num sentido amplo também são atos administrativos os regulamentos e os contratos administrativos.

Basicamente, neste item, buscaremos distinguir uns dos outros.

Jorge Manuel Coutinho de Abreu dá notícia de que a doutrina dominante vê os regulamentos informados pelas notas da generalidade e da abstração.¹⁰² Em outra passagem classifica os atos administrativos em sentido estrito com destinatários em *individuais, plurais e gerais*. Ato individual é o que se dirige a uma pessoa. Ato

¹⁰⁰ *Op. cit.*, ps. 502 e ss.

¹⁰¹ Cf. **Orlando Gomes**, *Introdução ao Direito Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1965, p. 388; com relação ao erro obstativo, **Caio Mário da Silva Pereira**, *Instituições de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1971, I, ps. 304-305.

¹⁰² *Sobre os Regulamentos Administrativos e o Princípio da Legalidade*, Coimbra, Almedina, 1987, p. 21.

plural - seguindo lição de **Sandulli** - é o que se dirige a uma série fechada de sujeitos já individualizados ou individualizáveis com referência ao momento da emanção (v.g., a mobilização militar em determinada data de pessoas do sexo masculino de certa idade; suspensão de todas as autorizações de porte de arma; ordem endereçada dos habitantes de determinada rua de uma cidade para espalharem a lama ali acumulada em virtude de uma inundação). Finalmente, ato geral é o que se dirige a um círculo indeterminado ou aberto de pessoas, não sendo seus destinatários individualizados nem individualizáveis até o momento da emanção (v. g., o ato de abertura de um concurso para investidura em cargo público ou de licitação, a proibição de num determinado dia transitarem veículos por certa rua).¹⁰³ Se os atos chamados concretos podem igualmente ser gerais,¹⁰⁴ esta seria uma característica dos regulamentos inapta a diferenciá-los dos atos administrativos em sentido estrito. Na verdade, embora se fale em abstração e generalidade, a marca diferenciadora estaria na primeira.

Há de se perquirir em que consiste, pois, a abstração. Consoante afiança o Prof. **Celso Antônio Bandeira de Mello**, um regulamento de promoção de funcionários expedido para vigorar continuamente é ato abstrato *porque a hipótese se renova iterativamente*.¹⁰⁵ Já **Jorge Manuel Coutinho de Abreu** prefere afirmar que ato abstrato "é aquele que - por referência ao momento da sua entrada em vigor -, é aplicável a um número indeterminado e indeterminável de casos".¹⁰⁶ Pelo lado da indeterminação do número de casos ou mesmo de destinatários, todavia, não se alcança distinguir o ato abstrato do ato concreto geral. A proibição de num determinado dia transitarem veículos por certa rua, exemplo de ato concreto geral segundo o administrativista português, revela absoluta imprecisão quanto à quantidade de casos e destinatários. Resta aprofundar a tese de que a tônica da abstração radicaria na iterativa renovação da hipótese. Nesse mesmo exemplo, se desejo trafegar pela rua em alusão às nove, às dez, às onze e ao meio-dia, estou proibido. Se a exigência fosse de ato positivo, a renovação iterativa ficaria ainda mais nítida. Bem, poder-se-ia argumentar que tal não se dá porquanto a proibição está limitada no tempo: as vinte e quatro horas de um único dia. Cabe redarguir, no entanto, que existem leis temporárias que ninguém jamais afirmou serem concretas. Não seria decerto o curto espaço de tempo previsto que configuraria a concreção. Vê-se, assim, que não se estabeleceu ainda um critério que permita separar em dois campos perfeitamente distintos atos abstratos e atos concretos.

Sem embargo, com alguma ousadia parece-nos possível extremar as duas categorias fora desse quadro. Antes, contudo, é imperioso cuidar de duas outras questões, ainda que muito superficialmente, em face da dimensão deste trabalho. A

¹⁰³ *Op. cit.*, ps. 26-27.

¹⁰⁴ No mesmo sentido: Prof. **Celso Antônio Bandeira de Mello**, *op. cit.*, p. 245.

¹⁰⁵ *Op. cit.*, p. cit.

¹⁰⁶ *Op. cit.*, p. 24.

primeira delas respeita à distinção entre norma e regulamento; a segunda, à classificação dos regulamentos.

Já dissemos que o regulamento é, perante o Direito, ato jurídico (em sentido estrito), no que se contrapõe à norma. Resulta daí que ele, ou melhor, a estipulação regulamentar integre hipóteses de normas jurídicas e, eventualmente, contenha previsões de efeitos jurídicos.¹⁰⁷ Há de haver, de todo modo, uma norma, ainda que delegatória ou autorizativa, da qual decorra a inserção da estipulação regulamentar em suporte fático. A classificação que se segue e o que fica fora dela melhor explicitará a fronteira.

A nosso juízo todos os regulamentos que sejam atos administrativos podem reconduzir-se a duas categorias: os regulamentos de execução e os que envolvem delegação. Nos primeiros, nas estipulações correspondentes não ocorre a previsão de efeitos jurídicos. Estes estão previstos na norma. As previsões contidas nas estipulações em alusão limitam-se a atos e fatos que vão entrar na realização de hipóteses.¹⁰⁸ Nos segundos, há previsão de efeitos jurídicos porque a lei o permitiu. Algo de muito semelhante ao que tem lugar com a norma de Direito Privado que permite que os efeitos jurídicos resultem de expressão da vontade. Já os regulamentos autônomos ou independentes do direito francês não são verdadeiros regulamentos, mas complexos normativos.¹⁰⁹

Ingressando no aspecto nuclear do item, pretendemos que a distinção entre regulamentos e atos administrativos em sentido estrito se faça à luz da posição no suporte fático. Os regulamentos de execução jamais podem constituir-se em derradeiro elemento fático de suporte fático. Não propulsionam o nascimento de direitos, o que explica sua revocabilidade sem limites, não decorrente, pois, da pretensa natureza materialmente legislativa. Já os regulamentos que envolvem delegação podem figurar

¹⁰⁷ Não nos estamos referindo, como logo se verá, ao contexto do direito brasileiro.

¹⁰⁸ Se o regulamento se apresenta como meramente interpretativo ou de algum modo simplesmente explicativo, suas estipulações sequer interferem com a hipótese. Nesse caso ele não é, a nosso aviso, ato administrativo. Trata-se de uma categoria especial, que se coloca fora de nossas cogitações. A rigor merece uma denominação específica.

¹⁰⁹ A propósito dos mesmos assinalam **Georges Vedel e Pierre Delvolvé** que “dans le système constitutionnel de 1958, la tâche d'exécution des lois n'est que l'un des aspects de l'activité administrative qui apparaît seulement dans le cas où le Gouvernement doit faire appliquer ou compléter la législation édictée dans le cadre de l'art. 34 de la Constitution. Mais, dans le domaine que lui est réservé, le pouvoir réglementaire agit non seulement de façon spontanée et autonome mais par rapport à la loi, *indépendante*” (*Droit Administratif*, t.1, p. 56). Ora, um tal regulamento não pode ser concebido como ato jurídico (em sentido estrito). Os próprios autores em questão, logo após a edição da Constituição de 1958, sustentaram que se cuidava de “un *pouvoir normatif gouvernemental*, que s'exercerait en la *forme* du règlement, mais que aurait la même *force juridique que la loi*” (cf. *op. cit.*, t. cit., p. 58) embora mais tarde tenham abandonado a tese em face da jurisprudência firmada pelo Conselho de Estado, segundo a qual o regime jurídico dessa espécie de regulamento era idêntico ao dos regulamentos de execução. O que se pode dizer é que, ainda que essa identidade de regime se sustentasse, tratar-se-ia de *normas* submetidas contingencialmente a um determinado regime, diverso daquele a que sujeitas as demais normas.

como elemento fático último. Nesse caso, existem limites à revogação. Os atos administrativos em sentido estrito, além de costumeiramente figurarem como elemento final do suporte fático, têm como peculiaridade virem precedidos cronologicamente de um elemento fático que não interessa à suficiência do suporte fático mas à sua não-deficiência.¹¹⁰ Tal elemento fático, nem sempre explicitado na norma, nada mais é que o motivo do ato.¹¹¹ Quando se diz que deve existir uma relação de adequação entre o motivo e o conteúdo do ato, cogita-se da aptidão do primeiro para, como elemento fático, integrar-se ao suporte fático obstando a deficiência deste.

2.5 O papel da vontade no ato administrativo em sentido estrito e no regulamento administrativo

O papel da vontade tem sido particularmente estudado pela doutrina com alusão aos atos administrativos em sentido estrito ao reverso do que ocorre relativamente aos regulamentos. Os debates que se travaram no território dos primeiros nos levam a orientar nossas reflexões particularmente para essa seara. Sem embargo, visto o regulamento tal como exposto no item anterior, na verdade subespécie de espécie comum aos atos administrativos em sentido estrito, qual seja a dos atos administrativos unilaterais, as meditações que aflorarem e a conclusão que se vir extraída será igualmente aplicável a ele, regulamento.

A questão foi posta por **Stassinopoulos** quanto aos atos administrativos em sentido estrito nos seguintes termos: "L'acte administratif est une déclaration de volonté de la personne morale de l'État en vue de produire un effet juridique. Ainsi, l'effet juridique dépend en quelque sorte de la volonté, mais le problème se pose quant au degré de cette dépendance. La théorie classique de la volonté reconnaît à celle-ci et à elle seule la force de produire l'effet juridique, de sorte que la volonté soit la créatrice du rapport juridique résultant de l'acte".¹¹²

¹¹⁰ Cf. p. 210. Averte-se, de outra banda, que é o suporte fático que é válido ou inválido, não o simples elemento fático (cf. **Pontes de Miranda**, *Tratado de Direito Privado*, cit., IV, ps. 3, 11). Desse modo, quando aludimos, exemplificativamente, à anulação de uma permissão de uso (como na p. 224), estamos nos valendo de forma elíptica. O que se anula é o suporte fático.

¹¹¹ Excepcionalmente pode inexistir previsão do elemento prévio, não no sentido em que isso muitas vezes ocorre, de que o motivo não ficou expresso, tendo de ser desvelado pelo agente da Administração mediante interpretação, mas no sentido de que não há motivo (abstrato) a integrar a hipótese. É o que tem lugar na livre nomeação e livre exoneração. Obviamente não se há de confundir motivo com móvel, mera representação subjetiva, psicológica, interna do agente (Cf. Prof. **Celso Antônio Bandeira de Mello**, *op. cit.*, p. 226). "Quando na literatura jurídica se fala de 'motivo' ou de 'causa' no sentido de facto determinante", averba **Afonso Queiró**, "é evidente que se não pode ter em vista nada de subjectivo. O 'pressuposto', a 'causa', o 'motivo', é objetiva" (*O Poder Discricionário da Administração*, in *Estudos de Direito Público*, Coimbra, Acta Universitatis Conimbricensis, 1989, p. 442).

¹¹² *Op. cit.*, ps. 37-38.

A doutrina é oscilante quanto às conseqüências dos vícios da vontade mas a tendência parece ser, pelo menos como regra, no sentido de considerá-los irrelevantes.¹¹³

Pertinentemente ao desacordo entre a vontade declarada e a vontade real, salienta o jurista helênico: “Dans le droit administratif, la théorie objective refuse d’attribuer une importance à l’intention de l’agent et reconnaît seulement la volonté manifestée. Par conséquent, elle n’admet pas la possibilité de démontrer que la volonté manifestée est contraire à la volonté interne, c’est-à-dire à la volonté réelle. Une exception serait possible en ce qui concerne le détournement de pouvoir, où l’on cherche l’intention de l’organe. Pourtant, ici encore, le juge n’a pas le droit de procéder à une enquête sur les intentions de l’organe”.¹¹⁴ Com relação ao erro, a presunção de compatibilidade entre a vontade e a declaração pode ser elidida.¹¹⁵

A primeira indagação a ser feita, no âmbito do tema em cogitação neste item, é a de se saber se na seara do Direito Administrativo há algum espaço para a vontade do conteúdo, da qual tratamos no item 2.3. A resposta iniludivelmente há de ser buscada em cada ordenamento. Já vimos, no mencionado item, os casos, no Direito Privado, em que falta a vontade do conteúdo ou ela é viciada. No direito brasileiro são ininvocáveis, em alusão aos atos em estudo, as disposições do Código Civil, sendo de aplicar-se o art. 2º da Lei nº 4.717, de 29.06.65. E desse dispositivo emerge, pelo menos em relação aos atos com referência aos quais não haja na lei previsão de margem de apreciação para o agente da Administração, a irrelevância da ausência ou de vício da vontade do conteúdo.

De toda sorte, cabe perquirir-se se tal solução deve prevalecer mesmo na situação inversa, ou seja, quando a lei atribua algum espaço de apreciação ao agente da Administração.

Não é possível prosseguir sem cogitar, ainda que muito brevemente, da questão de discricionariedade.

Em nossa ótica, ela corresponde à margem de liberdade atribuída ao agente da Administração para eleger os meios que satisfarão o intuito normativo: “La discrecionalidad es la facultad qui adquiere la administración para asegurar en forma eficaz los medios realizadores del fin”, assevera **Bartolome Fiorini**.¹¹⁶ A liberdade se circunscreve, pois, à escolha da providência a ser deflagrada. A abertura desse espaço de eleição ocorre, no plano abstrato, quando (1) há, na dicção legal, emprego

¹¹³ Cf. **Michel Stassinopoulos**, *op. cit.*, p. 38. Há vício do suporte fático, contudo, como é óbvio, se o vício da vontade gerou uma violação objetiva da lei (*op. cit.*, p. 39). No sentido de que o defeito do ânimo contagia o ato, **Seabra Fagundes** (*O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, Rio de Janeiro, Forense, 1959, p. 87). Particularmente quanto à coação e enfaticamente, *op. cit.*, p. 68.

¹¹⁴ *Op. cit.*, ps. 39-40. A nosso juízo, no desvio de poder são iguais a vontade do conteúdo e a vontade da declaração, as quais, todavia, contrastam com o ordenamento.

¹¹⁵ *Op. cit.*, p. 40.

¹¹⁶ *La Discrecionalidad en la Administración Pública*, Buenos Aires, Alfa, 1948, p. 38.

de cláusula discricionária;¹¹⁷ (2) foi de outro modo conferida ao agente da Administração pela norma uma margem de apreciação.¹¹⁸ Não resulta daí, contudo, automática atribuição de poder discricionário. Viu-se preenchido apenas um *pressuposto* a que se identifique a discricionariedade, que poderá, ou não, ter lugar em concreto, ou poderá verificar-se em latitude menos extensa. O que provoca essa redução da esfera discricionária, ou até mesmo seu desaparecimento, quando se passa do plano abstrato ao plano concreto, são os denominados *limites* da discricionariedade. O mais influente limite é o *dever da Administração de adotar a melhor solução*. Deveras, como acentua o Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, a lei “só quer aquele específico ato que venha calhar à fiveleta para o atendimento do interesse público”.¹¹⁹ Dessarte, a discricção existirá – em concreto e apenas em concreto – nos limites em que, ocorrendo pelo menos duas alternativas possíveis, não for cognoscível¹²⁰ qual a mais perfeita para dar cumprimento ao desiderato legal.¹²¹

Retomando o raciocínio interrompido, cabe investigarem-se as possíveis conseqüências da ausência ou do vício da vontade do conteúdo no âmbito do exercício de faculdade discricionária. O erro do agente da Administração e o dolo do administrado dificilmente levariam à solução ideal: o ato seria inválido. A causa da invalidade, no entanto, não seria o vício da vontade mas a postergação do limite. Também a coação, acaso houvesse produzido resultado diverso do excelente, conduziria à invalidade e pela mesma razão. Se porventura, apesar dela, nenhuma solução se mostrasse mais própria, subsistiria o ato.¹²² Por último, frise-se que os casos em que a vontade do conteúdo falta, consoante exposto no item 2.3, não são

¹¹⁷ A cláusula discricionária se revela pelo uso de expressões como *pode* ou *é facultado*. Exemplifique-se com a disposição: “A Administração *pode* autorizar o porte de arma a quem o requeira.”

¹¹⁸ Figure-se o ato de escolha de Ministro do Supremo Tribunal Federal, escolha para a qual, segundo o art. 101 da Constituição da República, são reclamados os seguintes requisitos: a) ser cidadão; b) com mais de trinta e cinco anos e menos de sessenta e cinco anos de idade; c) de notável saber jurídico; d) de reputação ilibada. Nenhuma discricionariedade emerge enquanto se houver de subsumir as realidades a tais conceitos. Encerrada, todavia, essa operação, verificar-se-á que alguns nomes satisfazem os quatro requisitos. Nesses limites foi concedida, no caso ao Presidente da República, uma margem de apreciação.

¹¹⁹ *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, cit., p. 33. Mais extensamente, ps. 32 e ss.

¹²⁰ Frise-se que não se há de confundir incognoscibilidade com impossibilidade de produzir prova da superior adequação de uma das opções. Como averbou o Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, “são coisas totalmente distintas não poder *saber* o que algo é (ou não é) e não poder *prová-lo*” (*Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, cit., p. 42).

¹²¹ Sem embargo, pode a norma predeterminar o que considera excelente. Em casos dessa ordem tem lugar rigorosa identidade entre a latitude da discricionariedade em abstrato e em concreto, não cabendo qualquer cogitação sobre limites. É o que ocorre na hipótese focalizada na nota 118.

¹²² No desvio de finalidade não há falta ou vício da vontade. Ele se assemelha, em certo aspecto, à fraude contra credores, qualificada por Clovis Bevilacqua, tal como a simulação, de *vício social* (*op. cit.*, p. 230). Sobre o aludido defeito deixou registrado o civilista emérito: “na fraude, o ato é, psicologicamente, perfeito; macula-o, porém, o intuito imoral: *fraus non in consilio sed in eventu*” (*op. cit.*, p. 241).

cogitáveis ou se revelam de remota ocorrência no campo que ora se investiga. Em suma, não há qualquer espaço para a vontade do conteúdo no território dos atos administrativos unilaterais.

Dessa conclusão extrai-se imediatamente outra: a teoria da vontade ficou inteiramente alijada naquela seara. Segue-se que, como resulta do que ficou assente no item 2.3, não cabe a classificação dos atos administrativos em sentido estrito em negócios jurídicos e atos jurídicos em sentido estrito, classificação essa que guarda pertinência tão-somente sob a égide daquela teoria.¹²³

Já não seria adequado pretender-se, como **Afonso Queiró**, que a essência do Direito Privado estivesse na autonomia da vontade.¹²⁴ Isso é, no máximo, o que mais comumente acontece. Mas não resta dúvida de que o mencionado ramo do Direito se construiu com base no dogma da vontade. A teoria da declaração abstrai da vontade psicológica mas não abstrai de alguma modalidade de vontade. O que intentamos discutir derradeiramente neste item é se a teoria dos atos administrativos unilaterais deve igualmente edificar-se com base na vontade. Recordemos o clássico exemplo referido por **Forsthoff**: o ato produzido pelo funcionário enfermo mental, que é válido se objetivamente conformado com o ordenamento.¹²⁵ Ora, aí vai-se muito mais longe do que propugnava a teoria da declaração: nenhuma espécie de vontade é de relevo. No âmbito do ato jurídico privado (negócio jurídico e ato jurídico em sentido estrito) a vontade do louco, malgrado existente, só se presta a tornar o suporte fático suficiente. O ato é nulo. Na esfera do ato administrativo unilateral a validade não se pauta pela vontade. O referencial é outro. Por sinal, em plena consonância com o que tem lugar em outros atos de direito público, como a sentença ou a lei. Ao que se saiba, nenhum código de processo prevê a invalidade ou a rescindibilidade da sentença em decorrência da loucura do juiz. Do mesmo modo, não é inconstitucional a lei se era demente o parlamentar que teve a iniciativa ou o governante que sancionou o projeto. O que importa, também nesses casos, é a conformidade com o ordenamento. A todas as luzes a teoria dos atos administrativos unilaterais tem de desligar-se do dogma da vontade.

2.6 Atos produzidos sob regime de Direito Administrativo

A teoria do fato jurídico em sentido amplo (que vimos chamando suporte fático) foi construída por privatistas. É tarefa dos publicistas separar os institutos e

¹²³ No sentido do texto mas com fundamentação diversa, cf. **Ernst Forsthoff**, *Tratado de Derecho Administrativo*, tradução de Legaz Lacambra, Garrido Falla e Gómez de Ortega y Junge, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, ps. 288 e ss. (com extensas indicações bibliográficas num e noutro sentido na nota 24 à p. 289); **André Gonçalves Pereira**, *Erro e Ilegalidade no Acto Administrativo*, Lisboa, Ática, 1962, ps. 102 e ss.

¹²⁴ *A Teoria do "Desvio de Poder" em Direito Administrativo*, Revista de Direito Administrativo, v. 6, p. 52, Rio de Janeiro, 1947.

¹²⁵ *Op. cit.*, p. 291.

classificações que se adaptam ao Direito Público, pertencendo, pois, à Teoria Geral do Direito, e aqueles que a tal não se amoldam, devendo permanecer circunscritos à área em que vieram à tona.

A distinção entre ato e fato transcende o âmbito do Direito Privado. Ato é o comportamento humano voluntário.

Dentre os atos, é o modo pelo qual o ordenamento considera a vontade que serve de base à classificação privatista: negócios jurídicos, atos jurídicos em sentido estrito, atos-fatos jurídicos. Essa classificação não prospera no âmbito do Direito Administrativo. É óbvio, por outro lado, que os atos produzidos sob regime desse ramo do Direito não podem permanecer em estado de indivisão, tal a diversidade de disciplina. Um regulamento, a permissão de uso de um bem público podem ser anulados ou revogados; ninguém cogitaria de fazê-lo quanto à edificação de uma obra pública. Se sai a vontade, indaga-se: o que entra em seu lugar?

Esse é um tema que, a despeito de sua relevância, não recebeu ainda da doutrina o aprofundamento necessário. Daí a imensa dificuldade de versá-lo.

A nosso juízo a teoria do ato administrativo unilateral deve erigir-se com base na *competência*. Comporta esta uma acepção formal, de círculo de poderes e atribuições, e uma acepção material. Foi tendo em mira este último sentido que Afonso Queiró, inspirado em Otto Mayer, averbou: "a competência é toda a legalidade".¹²⁶ Considere-se a tal propósito a lição do Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello de que, "se alguém é investido de uns tantos poderes, não o é para atuá-los em quaisquer circunstâncias ou perante quaisquer fins ou segundo quaisquer formas, mas só o é para mobilizar ditos poderes ante determinadas circunstâncias, em vista de específicos fins e através de certas formas. Donde, quem mobilizasse tais poderes fora das circunstâncias estabelecidas explícita ou implicitamente na lei, ou em desacordo com a finalidade legal ou mediante formas distintas das estabelecidas na regra de direito, estaria, em rigor de verdade, agindo fora da própria competência, isto é, *sem competência*".¹²⁷ A competência em sentido formal é, pois, a base da competência na acepção material.

Observe-se que no Direito Privado a noção fundamental (malgrado comporte exceções em determinados setores) é a de direito subjetivo, poder da vontade, segundo a clássica definição de Windscheid. O Direito Administrativo, ao reverso, está permeado pela idéia de dever. Os poderes conferidos aos agentes da Administração têm caráter instrumental e estão delimitados pela competência em sentido formal, que é atribuída para que se cumpram os intuitos legais mediante o exercício da competência na acepção material. No âmbito do ato jurídico privado é a vontade que impulsiona o comportamento; no terreno do ato administrativo unilateral, o que impele a conduta é a competência. Age-se não porque se tem vontade mas porque se é competente; não porque se pode ou porque se quer, mas porque se deve.

¹²⁶ *Op. cit.*, Revista de Direito Administrativo, v. 7, p. 75, 1947.

¹²⁷ *Discricionariedade e Controle Jurisdicional, cit.*, p. 61.

Compare-se, nessa ordem de idéias, o mandamento de interdição de um estabelecimento, frente ao qual exsurge o tema da competência, com a execução da mesma ordem, à face da qual tal questão não se põe. É a competência que estabelece a linha divisória no extenso território ora sob investigação.¹²⁸ Somente com alusão aos atos em que ela é relevante ganham cor os aspectos atinentes à validade e à discricionariedade.¹²⁹ O ato administrativo unilateral é a *manifestação de uma competência*.¹³⁰

Se de um lado se colocam os atos administrativos em que a competência é relevante, no outro campo naturalmente remanescem aqueles à face dos quais ela não entra em linha de consideração: os atos-fatos administrativos. A doutrina publicista não costuma distinguir os atos-fatos dos fatos, chamando a todos pela última denominação. Parece pertinente, todavia, apartá-los. Os atos-fatos são atos da própria pessoa jurídica administrativa ou, excepcionalmente, de pessoa jurídica fora da Administração Pública, como é o caso de um concessionário de serviço público. Produzem efeitos na esfera jurídica dos mencionados entes. A construção de uma obra pública, o corte das instalações de um usuário de serviço público de energia elétrica, a dissolução de uma manifestação, a interdição de um estabelecimento são exemplos de atos-fatos administrativos.¹³¹ Diversamente deles, os fatos administrativos não são fatos atribuíveis a pessoas.

¹²⁸ Estamos deixando de fora da área examinada, propositadamente, os contratos administrativos.

¹²⁹ A despeito do que se assevera, muitas vezes a competência para a realização dos atos da outra categoria está prevista e pode ser relevante com pertinência a determinados fins. Se a execução da interdição do estabelecimento é levada a cabo por servidor incompetente, está ele sujeito a punição. Sem embargo, em alusão ao *ato de execução*, não se cogita da competência.

¹³⁰ Há, no entanto, um elemento comum a ele e ao ato jurídico privado: a *vox*.

¹³¹ Há manifesto equívoco na afirmativa, algumas vezes feita, de que os fatos administrativos (na acepção ampla abrangente dos atos-fatos administrativos) não produzem efeitos jurídicos. Os suportes fáticos simples ou complexos que eles compõem ou integram são irradiadores de efeitos. Nos exemplos formulados, a obra construída (suporte fático simples) passa a integrar o patrimônio estatal, enquanto os suportes fáticos do corte das instalações, da dissolução da manifestação e da interdição do estabelecimento extinguem, pela satisfação, os correspondentes direitos estatais.

(*) **Ronaldo de Medeiros e Albuquerque** é Procurador de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.
