

OBRAS PRINCIPAIS DO AUTOR

I. JURÍDICAS

Sistema de Ciência Positiva do Direito, 2 Tomos (esgotada).
Os Fundamentos atuais do Direito Constitucional (esgotada).
Tratado de Direito Internacional Privado, 2 Tomos (esgotada).
Tratado de Direito Privado, Tomos I-LX, publicados.
Comentários à Constituição da República dos E.U. do Brasil (1934), 2 Tomos (esgotada).
Comentários à Constituição de 10 de novembro de 1937, 1.º e 3.º Tomos, únicos aparecidos (esgotada).
Comentários à Constituição de 1946, 4.ª ed., Tomos I-VIII.
Comentários à Constituição de 1967, 1.ª ed., Tomos I-VI.
Comentários à Constituição de 1967, com a emenda constitucional n.º 1, de 1969, Tomos I-VI.
La Conception du Droit international privé d'après la doctrine et la pratique au Brésil, Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de la Haye, T. 39, 1932.
La Création et la Personnalité des personnes juridiques en droit international privé, Mélanges Streit, Athènes, 1939.
Nacionalidade e Naturalização no direito brasileiro (esgotada).
História e Prática do Habeas Corpus, 4.ª ed.
Tratado de Direito de Família, 3.ª ed., 3 Tomos (esgotada).
Da Promessa de Recompensa (esgotada).
Das obrigações por Ato Ilícitos, 2 Tomos (esgotada).
Dos Títulos ao Portador, 2.ª ed., 2 Tomos (esgotada).
Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro, história, lacunas e incorreções do Código Civil (esgotada).
Tratado dos Testamentos, 5 Tomos (esgotada).
Tratado do Direito Cambiário: I. Letra de câmbio. II. Nota Promissória. III. Duplicata mercantil. IV. Cheque, 2.ª ed., 4 Tomos (esgotada).
Tratado de Direito Predial, 5 Tomos, 2.ª ed. (esgotada).
Comentários ao Código de Processo Civil, 2.ª ed., Tomos I-XV (esgotada).
Embargos aos acórdãos, Prejulgados e Revista no Direito Processual Brasileiro (esgotada).
Tratado da Ação Rescisória contra as Sentenças, 4.ª ed.
História e Prática do Arresto ou Embargo (esgotada).
Conceito e Importância da "unitas actus" (esgotada).
Die Zivilgesetze der Gegenwart, Band III: Brasilien (Einleitung von Dr. Pontes de Miranda), unter Mitwirkung von Dr. Pontes de Miranda u. Dr. Fritz Gericke, herausgegeben von Dr. Karl Heinsheimer.
Rechtsgefühl und Begriff des Rechts (1922).
Begriff des Wertes und soziale Anpassung (1922).
Brasilien, Rechtsvergleichendes Handwörterbuch, do Prof. Dr. Schlegelberger, em colaboração.
Questões Forenses, 8 Tomos.

II. FILOSOFIA CIENTÍFICA

O Problema Fundamental do Conhecimento (esgotada).
Garra, Mão e Dedo (esgotada).
Vorstellung vom Raume, Atti del V Congresso Internazionale di Filosofia (1924), Napoli, 1925.

III. SOCIOLOGICAS

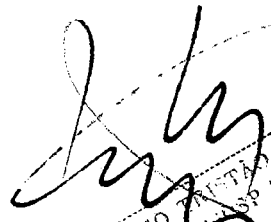
Introdução à Sociologia Geral (1.º prêmio da Academia Brasileira) (esgotada).
Democracia, Liberdade, Igualdade, os três caminhos, 2.ª ed.
Introdução à Política Científica (esgotada).
Método de Análise Sociopsicológica (esgotada).
Os Novos Direitos do Homem (esgotada).
Direito à Subsistência e Direito ao Trabalho (esgotada).
Direito à Educação (esgotada).
Anarquismo, Comunismo, Socialismo (esgotada).

IV. LITERÁRIAS

Poèmes et Chansons, 1969.
Obras Literárias, 2 Tomos (esgotada).
A Sabedoria dos Instintos (1.º prêmio da Academia Brasileira), 2.ª ed. (esgotada).
A Sabedoria da Inteligência (esgotada).
O Sábio e o Artista, edição de luxo (esgotada).
Penetração, poemas, edição de luxo (esgotada).
Inscrições da Estrela Interior, poemas, edição de luxo (esgotada).

PONTES DE MIRANDA

TRATADO DAS AÇÕES


CELSO ANTÔNIO DE LIMA
RG 8.719.745/SP SP 7.352 CPF 0178105781-4 TOMO I
Ação, classificação
e eficácia

RT

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

Mundo jurídico e fatos jurídicos

§ 1. MUNDO FÁCTICO E MUNDO JURÍDICO

1. CONCEITO DE MUNDO FÁCTICO E CONCEITO DE MUNDO JURÍDICO. — Os conceitos de que usa o jurista são conceitos de dois mundos diferentes: o *mundo fático*, em que se dão os fatos físicos e os fatos do mundo jurídico, quando tratados somente como fatos do mundo fático, e o *mundo jurídico* em que só se leva em conta o que nêle entrou, colorido pela regra jurídica que incidiu. O mundo jurídico está, pois, todo, no pensamento do jurista e do povo. Por isso mesmo, é a soma dos fatos jurídicos.

Há fatos que não interessam ao mundo jurídico, isto é, são estranhos ao direito. A nuvem que está a passar, a estrêla 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 algum desses fatos entra no mundo jurídico, é porque o direito se interessou por êle. 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*.

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*." A êsses elementos chama-se elementos fácticos. Se todos estão juntos, ou se aparece o único que se exigia, o *todo* fáctico é como que carimbado pela regra jurídica. A êsse todo deu-se o nome de suporte fáctico, *Tatbestand*, e rejubilemo-nos por hoje vermos empregada a expressão, com certa freqüência, em trabalhos forenses e em decisões dos tribunais.

Nem todos os fatos do mundo fáctico (o nascimento, a morte, a manifestação de vontade, a ofensa) entram no mundo jurídico; nem entra só o fato simples: daí chamar-se "suporte fáctico" o que contém o fato único (*e. g.*, morte), ou o que contém dois ou mais fatos (morte por outrem: manifestação de vontade *mais* forma especial).

Enquanto não se compõe o suporte fáctico, de modo que a regra jurídica incida, os elementos *a*, *b* e *c* continuam no mundo fáctico. Só a incidência da regra jurídica é que determina a entrada do suporte fáctico (*sf*) no mundo jurídico. Precisamente: do suporte fáctico; não de cada elemento.

No mundo jurídico, há três planos diferentes: o *plano da existência*, em que há fatos jurídicos (*fj*), e não mais suportes fácticos; o *plano da validade*, quando se trata de ato humano e se assenta que é válido, ou não-válido (nulo ou anulável); o *plano da eficácia*, em que se irradiam os efeitos dos fatos jurídicos: direitos, deveres; pretensões, obrigações; ações, em sua atividade (posição de autor) e em sua passividade (posição do réu); exceções.

2. EXTENSÃO DO MUNDO FÁCTICO E EXTENSÃO DO MUNDO JURÍDICO. — Diante do mundo em que se sentiu incluído, mas cercado por todos os lados, entrando-lhe pelo nariz, pela boca, pelos ouvidos, tateável e ostensivo, o homem reconheceu-se sujeito a tôdas as vicissitudes e dependente do que se lançava

contra êle. Daí os dois conceitos iniciais, *sub-iectus*, sujeito, e *ob-iectus*, objeto.

Quando, em vez de apenas colhêr os frutos das árvores, pescar, caçar e apanhar água, resinas e sucos vegetais, pensou êle em dar certa *ordem* e certa *previsibilidade* aos fatos em tôrno, criou, a princípio inconscientemente, *regras jurídicas*. Não exageremos, porém, êsse papel do pensamento. As sociedades animais e as sociedades humanas são subordinadas a leis de simetria, como todos os fatos do mundo inorgânico.

Para que alguma regra jurídica existisse, tinha de haver a indicação dos *fatos* sôbre que ela incidisse. Se é um só o fato, ou se são dois ou mais, de modo que, ocorridos, a regra jurídica incida, chama-se ao fato único ou ao conjunto de fatos *suporte fáctico*.

Muitos fatos do mundo, muitíssimos, não entram em suportes fácticos, ou só excepcionalmente entram. Por isso, há o *mundo só físico*, no sentido largo e científico, que abrange o próprio mundo psíquico, e o *mundo jurídico*, que é o mundo físico em que as regras jurídicas incidem, fazendo jurídicos fatos que, sem elas, estariam sem essa colocação que o homem lhes deu.

O que aqui nos cabe fazer é classificar êsses *fatos* do mundo, a que chamamos *fatos jurídicos*.

3. EFEITOS DOS FATOS JURÍDICOS. — São *efeitos* dos fatos jurídicos as conseqüências que dêles decorrem no mundo jurídico. Mas aí a eficácia já supõe a entrada do fato no mundo jurídico, com a sua irradiação.

Para podermos bem classificar os fatos jurídicos, temos de considerar que só êles são fatos do mundo jurídico. Há o mundo, o Universo, e parte dêsse mundo é colorida pelas regras jurídicas que incidem em fatos que nessa *parte* do mundo se produzem. Não temos, portanto, de pensar em fatos que não interessam, ou ainda não interessam ao direito, mas

temos de dar a devida atenção a todos os fatos que são fatos do mundo jurídico. Desgraçadamente, descuraram disso quase todos os juristas, e o que hoje se consegue é o resultado de quase um século de pesquisas por alguns cientistas propensos a verem a realidade da vida, em vez de se satisfazerem com dissertações discursivas.

São efeitos dos fatos jurídicos *stricto sensu*: a) a modificação por adjunção, por mistura, ou pela confusão; b) a aquisição da propriedade pela percepção de frutos, tanto quanto a aquisição pela produção, ou pela pendência dêles; c) a extinção dos direitos reais pelo perecimento da coisa; d) a geração do homem, seu nascimento, a capacidade (salvo o suplemento de idade), a incapacidade por idade, doença ou loucura, a morte; e) a retirada de coisas móveis que guarnece o prédio locado. Dentre os fatos acima referidos, alguns são atos humanos, ou podem ser atos humanos, como se a mistura, adjunta, ou confunde, ou colhe frutos, ou destrói coisas, ou retira bens móveis que guarnece a casa alugada. Em todos, porém, prescinde-se da origem humana do ato. Sòmente se lhes vê o fato do mundo externo, que entra no direito, e aí produz os seus efeitos, abstraindo-se da vontade humana que acaso estêve à origem dêles.

A sobrevivência é elemento de alguns suportes fáticos; e. g., do suporte fático do benefício à mulher e aos herdeiros ou a alimentandos e à União. A sobrevivência sòmente é fato jurídico *stricto sensu*, tratando-se de viúvez; o estado de viduidade é efeito de sobreviver o cônjuge ao outro. Para a sucessão a causa de morte, a sobrevivência é elemento do suporte fático, onde figura como elemento subjetivo (= o sucessor há de ser vivo no momento imediato ao da morte; = se duas pessoas, cada uma das quais herdaria da outra, morrem no mesmo momento, ou é de supor-se, nenhuma das duas herda).

§ 2. CLASSIFICAÇÃO DOS FATOS JURÍDICOS

1. CLASSIFICAÇÕES PRINCIPAIS DOS FATOS JURÍDICOS. — A classificação principal dos fatos jurídicos é em relação à *origem* do elemento fático (origem extra-humana e origem humana, origem humana que se apaga porque o direito, na espécie, sòmente vê o fato como extra-humano). Após ela vem a classificação binária conforme a atitude da lei, isto é, conforme a licitude e a ilicitude.

Os fatos jurídicos *lato sensu* entram em quatro classes: fatos jurídicos *stricto sensu*, atos-fatos jurídicos, atos jurídicos *stricto sensu*, negócios jurídicos. Não há quinta classe — ou, melhor, pode não haver quinta classe — porque o elemento orgânico está, aí, inserto no todo, em que o inorgânico também aparece.

Qualquer das quatro classes tem de se dividir conforme a licitude ou a ilicitude. Tanto há fatos (jurídicos) ilícitos *stricto sensu* e atos-fatos jurídicos ilícitos, como atos jurídicos *stricto sensu* e negócios jurídicos ilícitos.

A classificação segundo a carga de eficácia tem de atender a cinco espécies de efeitos: declarativo, constitutivo, condenatório, mandamental e executivo. Se cogitamos dos fatos jurídicos *stricto sensu*, ou êles constituem algo, ou permitem que se constitua, ou dão ensejo à condenação, ao mandamento, ou à execução. Por onde se vê que tais pesos de eficácia não são, como sempre se supôs, peculiares às ações e às sentenças. A inundação *constitui*, positiva ou negativamente. A confusão, a comistão e a adjunção podem ser fato jurídico *stricto sensu*, ou ato-fato jurídico, com o efeito de constituir, positivamente, ou, em parte, negativamente. A especificação é tìpicamente constitutiva.

2. EXEMPLIFICAÇÕES. — (1) a) A concepção do ser humano é fato jurídico *stricto sensu*. Dêsse fato jurídico não se irradia

o “efeito” de personificação; mas irradiam-se outros: o direito, a pretensão e a ação de alimentos a favor do nascituro; as medidas a benefício do nascituro, como a *missio in possessionem* (Comentários ao Código de Processo Civil, IV, 307-313), o pátrio poder e a curatela do nascituro. A concepção impede que a mãe, ou o pai, adote alguém, porque é a validade, e não só a eficácia, da adoção que fica dependente do nascimento com vida: ocorrendo êsse, a adoção foi atingida pela ressalva dos direitos do nascituro (THEODOR KIPP, *Lehrbuch*, II, 2, 18.^a-20.^a eds., 381, nota 15, *in fine*); repellido, pois, que a possibilidade de ter filhos exclua a adoção (sem razão, H. DERNBURG, *Das Bürgerliche Recht*, IV, 3.^a ed., 339, nota 4), ou que seja sem conseqüências a concepção (sem razão, a opinião dominante na doutrina alemã, cf. G. PLANCK, *Kommentar*, IV, 3.^a ed., 620, e TH. ENGELMANN-KEIDEL, em *J. von Staudingers Kommentar*, IV, 2, 1163).

b) A possibilidade de prole (*persona futura*) entra como elemento de suporte fático de alguns fatos jurídicos (e. g., testamento a favor de prole eventual de pessoa designada e existente ao tempo de se abrir a sucessão). Não é, por si, fato jurídico; porque não é fato, é possibilidade de fato.

c) O nascimento com vida é fato jurídico *stricto sensu*. Dêle irradia-se a capacidade de direito e provêm todos os direitos que se prendem à pessoa. O nascimento sem vida é fato extintivo dos efeitos que haja produzido a concepção.

(2) A ocupação é ato-fato jurídico: não é, pois, negócio jurídico, nem ato jurídico não-negocial ou *stricto sensu* (sem razão, JOSEF SCHMITT, *Die Okkupation als Eigentumserwerb*, 47 s., que a reputava negócio jurídico, como ALFRED MANIGK, *Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte*, 24, e outros).

No direito brasileiro, não temos a ocupação como causa de aquisição da propriedade, se a coisa é bem imóvel, ainda que se trate de ilha nascida no mar (no direito romano, L. 7,

§ 3, D., *de acquirendo rerum dominio*, 41, 1; cf. PAUL SCHLESIER, *Der Eigentumserwerb an herrenlosem Lande*, 28). Só há ocupação, modo de aquisição, em se tratando de bens móveis.

As coisas *extra commercium* não podem ser ocupadas (H. WAPPÄUS, *Zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen*, 17 s.); nem as *res omnium communes*, porque não são *nullius*, pertencem a todos, e as inalienáveis, porque o adjetivo só tem sentido quanto a coisas apropriadas. Se bem que se possa apropriar parte da água do mar e do ar (de pouco alcance prático, razão por que as fontes não se referem a elas, cf. A. KAPPELER, *Der Rechtsbegriff des öffentlichen Wasserlaufs*, 50).

No direito brasileiro, que tem a saisina, não se precisa abrir exceção para as coisas hereditárias (L. 1, D., *de divisione rerum et qualitate*, 1, 8): a propriedade, à diferença do que se passava em direito romano, já se transmitiu, automaticamente.

O que não é de alguém, de razão natural é que se confira ao ocupante. Os bens que há na Terra ou pertencem a alguém ou a ninguém pertencem. Quem se apropria moto próprio dos que são sem dono, quem os ocupa, dêles se faz dono. “Quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur”. O que não é de ninguém concede-se, por natural razão, ao ocupante. O *capio*, que há em *occupare*, mostra que se colhe, que se prende, que de algo alguém se apodera, e o *ob*, que deu o *oc-*, revela que se põe o sujeito, o *subiectus*, em frente ao que se lhe opõe, o objeto, a *res*. GAIO (L. 3, D., *de acquirendo rerum dominio*, 41, 1), depois de lançar aquela frase, passa a explicar: “Não importa, quanto às béstas-feras e às aves, que alguém as colha em seu próprio fundo ou no alheio. Mas ao que entra em fundo alheio para caçar ou passarinhar (*venandi aucupandive gratia*) pode, com direito, o dono proibir, se o percebe, que entre” (L. 3, § 1). “Todavia, qualquer dêsses animais que houvermos apanhado entende-se

ser nosso, enquanto está em nossa custódia: quando se houver evadido de nossa custódia e houver recobrado sua liberdade natural, deixa de ser nosso e se faz, outra vez, do ocupante" (L. 3, § 2).

O simples afã ou esforço para ocupar não tem efeito apropriativo. É preciso que se apanhe o objeto, que se ocupe. GAIO, na L. 5, § 1, dá o exemplo do animal ferido que, se o podemos segurar, é nosso, mas, se o não podemos colhêr, em vez de outra pessoa, nosso não é. Se, diz êle, durante o tempo em que o perseguimos, outrem o captou, com ânimo de apropriar-se, uns entendem que houve furto, e outros, que não, porque muitos fatos podem acontecer que nos impeçam de apanhá-lo; o que é verdadeiro, acrescentou. A primeira opinião era a de TREBÁCIO, que considerava nosso o animal se lhe estamos no encalço; a segunda, adotou-a GAIO.

Ao ocupante é dado saber, ou não, se a coisa é sem dono. A ocupação ocorre ainda que o ocupante ignore que se apodera de *res nullius*. O ladrão, se a coisa deixou de ter dono, torna-se proprietário; o que tirou a coisa com intenção de furto, ou de roubo, sem que dono tivesse a coisa, ocupa e faz-se dono.

A discussão sôbre ser de exigir-se a vontade de posse própria, ou a vontade de adquirir a propriedade, que ALFRED MANIGK (*Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte*, 128 s.) tinha como a mesma vontade, está — no direito brasileiro — superada; e não se confunde com a derrelicção a ocupação, nem se pode, hoje em dia, considerar a essa como *contrarius actus* da derrelicção (cf. GÜNTHER FRIEBE, *Ist zum Eigenbesitz der sog. animus domini erforderlich?*, 77).

A ocupação pode ser pelo louco, pelo surdo-mudo incapaz de exprimir vontade, pelos menores absolutamente ou relativamente incapazes. Quem pode ter posse própria pode ocupar e adquirir a propriedade mobiliária (cf. JOSEF

SEHMITT, *Die Okkupation als Eigentumserwerb*, 48; FERDINAND KNIEP, *Der Besitz des BGB.*, 96 e 104; R. KASTEN, *Kann der Geschäftsunfähige nach dem BGB. okkupieren?*, 34 s.). No direito alemão, quando os intérpretes se sentem sem argumentos para defender a exigência da *opinio domini* ou do *animus domini* como elemento necessário da posse própria na ocupação, apegam-se êles ao *als ihm gehörend* (como pertencente a êle) do § 872 (posse própria), porém tal expressão não aparece no Código Civil brasileiro (1916), que usou, no art. 592, de preciso, e certo, "se assenhorear da coisa".

(3) A tipicidade dos fatos ilícitos absolutos está na abstração de qualquer relação jurídica que possa existir entre o lesante e o lesado. A técnica legislativa evita referir-se a boa fé, sem que haja a ausência da alusão em direito penal. A responsabilidade, essa, pode ser sem que haja ilicitude do fato ou do ato que causou o dano. Aí ressalta o erro dos que pretendem que só haja responsabilização se houve culpa ou dolo (cf. G. TORREGROSSA, *Il Problema della Responsabilità da atto lecito*, 10 s.).

(4) Os atos-fatos jurídicos são os fatos jurídicos que escapam às classes dos negócios jurídicos, dos atos jurídicos *stricto sensu*, dos atos ilícitos, inclusive atos de infração culposa das obrigações, da posição de réu e de excetuado (ilicitude infringente contratual), das caducidades por culpa, e dos fatos jurídicos *stricto sensu*. Abrangem os chamados *atos reais*, a *responsabilidade sem culpa*, seja contratual seja extracontratual, e as *caducidades sem culpa* (exceto o perdão). Ainda quando, no suporte fáctico, de que emanam, haja ato humano, com vontade ou culpa, êsses atos são tratados como atos-fatos. Os fatos ou atos excludentes (não os confundamos com os fatos ou atos extintivos) não entram nessa classe, porque o direito sômente se preocupa com êles, para enunciar, *ainda no terreno fáctico*, que, se o suporte fáctico A é suficiente, ocorrendo o fato *a* ou o ato, positivo ou negativo, *b*.

o suporte fáctico fica diminuído de *a*, ou de *b*, e, pois, é insuficiente. O direito, por isso mesmo que, a propósito de tais fatos excludentes, se mantém no plano fáctico (= *na descrição do suporte fáctico suficiente*), pode entender que o suporte fáctico do momento *A* somente entra no mundo jurídico se *a*, ou *b*, não ocorre.

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 parênteses 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. *Actus* vem de *ago*, *agere*. Há movimento próprio, com *objetivo*, ou mesmo *fim*; não há só o *alcance*, que é o da pedra que rola e bate na muralha, ou da fruta que cai. Agir com o dedo indicador deu *indago*, indagação. Agir, indeciso, deu *ambiguus*, ambigüidade. Porque já há opção no agir, e bastou o prefixo para a confundir. Tanto é implícita a opção no agir, que *at*, "mas", no latim, e *ak*, "mas", no gótico, no anglo-saxônico e no velho saxônico, têm o mesmo étimo. No *factum*, há, apenas, o "feito"; donde poder distinguir-se do fato a vontade (*distinguire voluntatem a facto*). 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. É de tratar-se, então, como aquêles fatos

que, de ordinário, ou por sua natureza, nada têm com a vontade do homem. É o *casus* (cf. *casus fortuitus*, *Casum sentit dominus*, *Casus a nullo praestatur*), a simples queda, o acaecimento, ou acontecimento, duas palavras portuguesas que têm o mesmo étimo (*cadescere*, como *cadere*, cair).

(5) Ato ou fato humano é o fato dependente da vontade do homem. Já aí o direito excluiu todos os atos que os animais ou vegetais praticam. Tal eliminação peneira os atos, de modo que muitos seres que *agem*, para satisfação de seus prazeres (no sentido mais largo), foram abstraídos, radicalmente. Ainda a respeito de atos do homem, pôde o direito abstrair da vontade humana, para os considerar, como aos atos que os animais ou vegetais praticam, atos-fatos, fatos puros, de que apenas provêm fatos jurídicos *stricto sensu* ou atos-fatos jurídicos.

Os atos jurídicos *stricto sensu* e os negócios jurídicos são o campo psíquico dos fatos jurídicos. São os meios mais eficientes da atividade inter-humana, na dimensão do direito. Nêles e por êles, a vontade, a inteligência e o sentimento inserem-se no mundo jurídico, edificando-o. Para trás ficaram os atos ilícitos (atos jurídicos ilícitos), os atos-fatos jurídicos e os fatos jurídicos *stricto sensu*, como o nascimento, a morte, a aparição da ilha, a inundação, a frutificação e o incêndio ocasional.

A distinção entre negócios jurídicos e atos jurídicos *stricto sensu* é assente na boa doutrina. Mas, quando se procura mostrar em que consiste a diferença, o mesmo engano e hábito, que levaram a definir-se o negócio jurídico pela escolha de efeitos, conduzem a caracterizá-la por serem, nos negócios jurídicos, resultantes da vontade os efeitos e, nos atos jurídicos *stricto sensu*, da lei. No ato jurídico *stricto sensu*, a vontade é sem escolha de categoria jurídica, donde certa relação de antecedente a conseqüente, em vez de relação de escolha a escolhido. Tôda caracterização do negócio jurídico como regulador de relações jurídicas, normativo,

preceptivo, ou algo semelhante, deriva de engano, que é o de se crer na edicção de normas jurídicas pelas pessoas. Tal não se dá; e o próprio conteúdo-*lei* dos tratados internacionais, quando o há, e o próprio chamado contrato normativo, não seriam prova de que os negócios jurídicos pudessem estabelecer qualquer regra jurídica.

Temos de considerar, fundamentalmente, que (a) são fatos jurídicos quaisquer fatos (suportes fácticos) que entrem no mundo jurídico, portanto — sem qualquer exclusão de fatos *contrários a direito*, (b) o hábito de se excluïrem, no conceito e na enumeração dos fatos jurídicos, os fatos contrários ao direito, principalmente os atos ilícitos, provém de visão unilateral do mundo jurídico, pois os atos ilícitos, como todos os fatos contrários a direito, entram no mundo jurídico, são fatos jurídicos contrários a direito, que, recebendo a incidência das regras jurídicas, que nêles se imprimem, surtem efeitos jurídicos (direito, pretensão e ação de indenização e até de restituição, direito ao desfôrço pessoal, à reedificação, etc.).

Donde têrmos de falar dos fatos jurídicos contrários a direito e dos atos (jurídicos) ilícitos.

Os fatos jurídicos são: a) fatos jurídicos *stricto sensu*; b) fatos jurídicos ilícitos (contrários a direito), compreendendo fatos ilícitos *stricto sensu*, atos-fatos ilícitos, atos ilícitos (de que os atos ilícitos *stricto sensu* são espécie, como os atos ilícitos caducificantes), ora absolutos, ora relativos; c) atos-fatos jurídicos; d) atos jurídicos *stricto sensu*; e) negócios jurídicos.

Há figuras jurídicas que são suscetíveis de entrada em mais de uma classe, conforme a espécie, o que mostra tratar-se de duas ou mais de duas figuras, genêricamente mencionadas.

Por exemplo: a opinião que vê no pagamento, em senso estrito, contrato (e. g., P. KLEIN, *Die Natur der causa solvendi*, 45 s.; F. LENT, *Die Anweisung als Vollmacht*, 30 s.),

afasta-se completamente da realidade; bem assim a que nêle vê, pelo menos, negócio jurídico (ALFRED MANIGK, *Das Anwendungsgebiet*, 40 s.; LEO ROSENBERG, *Der Verzug des Gläubigers*, *Jherings Jahrbücher*, 43, 211 s.). Nem sempre há o caráter negocial (JAMES BREIT, *Die Geschäftsfähigkeit*, 227 s.; RUDOLF STAMMLER, *Das Recht der Schuldverhältnisse*, 221 s.; PAUL KRETSCHMAR, *Die Erfüllung*, I, 94 s.). Ato-fato jurídico pode adimplir (guarda da coisa, omissão, vigilância, prestação de serviço). Outros adimplementos são atos jurídicos *stricto sensu*. Algumas vêzes tem de haver colaboração ou anuência do credor, inclusive negocial. Outras vêzes, o pagamento é por meio de negócio jurídico, ou de contrato. O pagamento, em senso estrito, é ato-fato jurídico.

Nos livros de doutrina, fora da zona germânica, devido, em parte, a tradução errada da palavra *Rechtsgeschäft*, emprega-se a expressão atos jurídicos com certa ambigüidade, sem se distinguirem dos negócios jurídicos os atos jurídicos *stricto sensu*.

Se examinamos as classificações que os escritores do direito público propuseram, quase sempre sem a distinção de que acima falamos, vemos que se apegam à classificação binária, absolutamente superada, em atos declarativos e atos constitutivos (criativos, modificativos e extintivos). Deve-se evitar transformar tal classificação em classificação quaternária, porque os atos criativos, os modificativos e os executivos são subclasse dos atos constitutivos. Disso ainda não se haviam livrado GEORG MEYER GERHARD ANSCHÜTZ (*Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, 757 s.) e OTTO KOELLREUTER (*Deutsches Verwaltungsrecht*, 73 s.)

3. CLASSIFICAÇÃO DOS FATOS JURÍDICOS EM FATOS DE DIREITO PÚBLICO E FATOS DE DIREITO PRIVADO. — A classificação dos fatos jurídicos em fatos regidos pelo direito público e fatos regidos pelo direito privado está na L. 1, § 2; D., *de iustitia*.

et iure, 1, 1, que foi tirada das *Institutiones* de ULPIANO: “publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem”. Todavia, os juristas romanos ainda não haviam precisado os limites dos dois campos. Um dos erros consistia em se porem, às vèzes, entre as regras de direito público, as regras jurídicas cogentes, o *ius cogens*. Por exemplo: L. 38 (PAPINIANO), D., *de pactis*, 2, 14; L. 15, § 1 (PAPINIANO), D., *ad legem Falcidiam*, 35, 2; L. 42 (PAPINIANO), D., *de operis libertorum*, 38, 1; L. 20, pr. (ULPIANO), D., *de religiosis et sumptibus funerum et ut funus ducere liceat*, 11, 7; L. 1, § 9 (ULPIANO), D., *de magistratibus conveniendis*, 27, 8; L. 45, § 1 (ULPIANO), D., *de diversis regulis iuris antiqui*, 50, 17. O direito privado é cheio de regras jurídicas cogentes.

Grande falta, no direito público, foi a de se não isolarem os fatos jurídicos *stricto sensu*, lícitos e ilícitos, e os atos-fatos jurídicos, lícitos e ilícitos, como se todo o direito público sòmente contivesse atos jurídicos. Por outro lado, longe estiveram os juristas de aprofundar a distinção entre atos jurídicos *stricto sensu* e negócios jurídicos. Como a ciência do direito pré-processual e do direito processual estava mais avançada, devido a descobertas memoráveis, que ainda não cessaram, os maiores juristas, no ramo do direito administrativo, mesmo êles, desesperadamente, ou devagar, mas às cegas, passaram a transplantar para o campo do direito administrativo o que, no campo do direito pré-processual e no campo do direito processual, se havia obtido a propósito da natureza e da classificação das decisões judiciais. Ora, só uma parte, pequena, dos atos administrativos é jurisdicionaliforme, isto é, à semelhança dos atos judiciários de julgamento.

Se o mar avança e retira terras do Estado, o mar territorial muda de linha terminal. O fato jurídico é fato jurídico *stricto sensu*. Nenhum ato humano foi a causa. Dar-se-ia o mesmo, se devido a terremoto ou outro fato não-humano, se

desloca para o mar a orla da praia. Fato jurídico *stricto sensu*, que é de direito das gentes e de direito constitucional. Provavelmente, também de direito privado, porque, se, ali, perdeu dimensões o terreno de alguém, aqui, com o avanço, o de outrem as ganhou.

4. FATOS JURÍDICOS, NO DIREITO PÚBLICO. — No direito público não há só atos. Nem, sequer, no direito administrativo. Surpreende que só se pense em atos criminais, em atos administrativos, em atos processuais. Basta pensar-se, para se ver a sem-razão de tal hábito acientífico, em que, a respeito do requisito de dolo ou de culpa, há condenabilidade, por exemplo, do dono ausente do edifício ruinoso, porque o dolo ou a culpa, nas contravenções, só é elemento necessário do suporte fáctico da regra jurídica se a lei é explícita.

Os fatos de direito público entram no mundo jurídico como *fatos jurídicos “stricto sensu”*; por exemplo, a morte do funcionário público, ou a sua aposentadoria automática a certa idade, o perecimento dos cavalos do exército, ou do navio da armada, ou do avião militar ou oficial. Também entram como fatos “*stricto sensu*” *ilícitos*, se, por exemplo, pelo desastre, a despeito da força maior ou caso fortuito, é responsável o Estado, em virtude de regra jurídica de direito público.

São *atos-fatos jurídicos*, regidos pelo direito público, a entrada na posse de terras adéspotas, o abandono da posse de objetos ou de bens imóveis pertencentes ao Estado. São *atos-fatos ilícitos* a tomada de posse com violação da posse de outra autoridade (a violação da posse de outra entidade, ou de particular, rege-se pelo direito privado). A feitura de títulos do Estado, ou de moeda, *antes* da assinatura de algum funcionário público competente ou da autoridade competente, é ato-fato jurídico. A assinatura é criação; portanto, declaração unilateral de vontade. A emissão é ato-fato jurídico.

§ 3. ATOS E FATOS DE DIREITO PÚBLICO

1. ATOS DE DIREITO PÚBLICO E SUA CLASSIFICAÇÃO. — Conforme dissemos, os expositores do direito público deixaram de ver, ou viam e não mencionaram, os fatos jurídicos *stricto sensu*, lícitos e ilícitos, que existem no direito público, e os atos-fatos jurídicos, lícitos e ilícitos, que também existem. Agora, depois de havermos apontado aquêles e êsses, temos de examinar os atos jurídicos de direito público, para vermos como os podemos classificar cientificamente.

A distinção mais necessária é a que consiste em determinação da entrada do ato humano no mundo jurídico. Ou êsse ato entra no mundo jurídico como simples fato, a despeito da sua procedência, e então temos ato-fato jurídico; ou entra como ato jurídico; portanto, sem que se reduza a pouco elemento fáctico o ato humano. Aqui, temos apenas de classificar êsses atos humanos, praticados no campo do direito público, que entram no mundo jurídico como atos, e não sòmente como fatos.

A classificação fundamental é em atos jurídicos *stricto sensu* e em negócios jurídicos.

Os atos administrativos são atos que supõem outorga de poder. O *poder estatal*, que está com o povo, confere poderes de Constituição, donde surgiu o *poder constituinte*. Êsse, por sua vez, divide os poderes que hão de ser exercidos, um dos quais o de legislar. Os atos administrativos têm de ser praticados na medida e como a Constituição, ou a lei, os permita, de modo que não há o princípio de autonomia da vontade, tal como existe no direito privado, onde se pode dizer que é permitido tudo que se não proíbe (cf. GEORG MEYER — GERHARD ANSCHÜTZ, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, 760). Não se pode exagerar a diferença porque os próprios particulares, a respeito de muitos atos jurídicos, sòmente podem praticá-los conforme a Constituição, ou a lei, os permite.

A respeito da validade e da eficácia dos atos de direito público, não há, no direito brasileiro, a diferença, que se tem apontado, ou se tem pretendido apontar nos sistemas jurídicos estrangeiros em que não há o contrôle das leis e demais atos do poder público, ou em que o emprêgo dêsse contrôle ainda não criou a compreensão da igualdade de sorte dos atos jurídicos.

O direito constitucional brasileiro teve por fito estabelecer a subordinação dos atos administrativos, legislativos e até judiciários ao contrôle judicial.

Temos de atender a que aludir-se à declaratividade e à constitutividade não basta. A respeito dos próprios atos normativos, MODESTINO (L. 7, D., *de legibus senatusque consultis et longa consuetudine*, 1, 3) dizia: “Legis virtus haec est: imperare vetare permittere punire”. Impor, proibir, permitir e punir. Por onde se vê que a classe dos atos condenatórios é ineliminável, tanto mais que são freqüentes os atos de condenação sem que provenham de autoridades judiciais. Vamos aos exemplos: Atos declarativos de direito público: os *atos de admissão* a concurso para cargos públicos, os *atos de verificação de qualidade* para se inscrever em montepio, ou instituto de seguros (o ato de quem se apresenta, êsse, é constitutivo), as *certidões* e *atestados*, e todos os atos de indeferimento. Atos constitutivos de direito público: as *permissões* ou *autorizações*, as *licenças*, como a de pôr meio-fio e a de abrir armazém de secos e molhados, hotel ou outro estabelecimento, as *revogações* e *cassações* de permissões, autorizações e licenças (cf. ADOLF MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 186; JULIUS HATSCHKEK, *Lehrbuch des deutschen und preussischen Verwaltungsrechts*, 7.^a-8.^a eds., 7).

É preciso que se não confunda pressuposto de legalidade com o dever de obediência, que expõe às penas disciplinares. Quem desobedece à *potentior persona* assume risco maior, sem que se deva trazer à balha qualquer distinção entre ilegali-

lidade manifesta e ilegalidade não-manifesta. O dever de obediência cessa *onde* o ato não poderia ser praticado pela própria pessoa que manda.

Assim, há os *atos condenatórios*, como há os simples *atos declaratórios*, os *constitutivos*, os *mandamentais* e os *executivos*.

A autoridade administrativa, como a legislativa e a judiciária, tem a vantagem de ter poder público, mas o exercício *ilegal* dessa vantagem é de repelir-se como abuso do poder.

A classificação dos atos de direito público, notadamente dos atos administrativos, em atos positivos e atos negativos, é útil. Mas anterior à própria entrada dos atos humanos no mundo jurídico. Em todos os ramos do direito tem-se de atender a ela. Os atos negativos podem ser expressos ou tácitos, inclusive há expressões de vontade pelo silêncio. Dá-se o mesmo com os atos positivos.

No direito administrativo, como no direito processual e no direito privado, ainda há os que cometam o erro de sustentar que os atos declarativos têm eficácia *ex tunc* e não no têm os constitutivos (*e. g.*, R. H. HERENRITT, *Grundlehren des Verwaltungsrechts*, 276). Esses por vezes a têm.

A classificação dos atos de direito público tem de atender a que alguns atos são *normativos* (atos de legislar, de regulamentar, de regimento interno, de decreto, de aviso, de circular, de portaria); outros, *aplicativos*, pois que apenas dobram (*plicant*) sobre as situações concretas as regras jurídicas; outros, finalmente, *auto-regrantes*, dentro do branco que às autoridades deixaram as regras jurídicas. Nos atos de aplicação, o que é de direito público, necessariamente é a regra jurídica que se invoca e se faz efetiva *in casu*. O fato a que o ato aplicativo se refere pode não ser de direito público. É o caso dos casamentos, dos registros de decisões ou atos que deles dependem para a sua eficácia.

Atos condenatórios de direito público: penas de serviço ou disciplinares; penas, inclusive multas, em que a autoridade

não pune por falta no serviço ou por indisciplina, como a que o guarda da estrada impõe ao automóvel que infringe o regulamento.

Atos mandamentais de direito público: as ordens, positivas ou negativas, são inconfundíveis com o que por ordem se faz; bem assim, os *mandados* em geral. O que se impõe ou se veda é inconfundível com o ato de ordem, de imposição ou de redação. Supõe-se que alguém haja de obedecer, como se o delegado ordena ao carcereiro que solte o prêso, ou como se o fiscal ordena ao policial que apreenda o contrabando.

Recomendar ou avisar não é mandar.

O ato mandamental tem de ser dentro da lei. Se essa só permite que se mande apreender mercadoria, não se pode mandar que se apreendam objetos de uso; *a fortiori*, não se pode mandar que se prenda alguém. Se a lei só anuiu em que se mandasse abster-se, não se pode mandar fazer. Nem não fazer, se não se pode mandar que alguém se abstenha.

O mandamento também não se confunde com o ato posterior, concernente à desobediência ou ao desrespeito do mandado. Aí, o ato é condenatório, quer, com o mandamento, se haja comunicado a cominação, quer disso não se haja cogitado mas resulte da lei.

As *ordens* são mandamentais, como os mandados, que deram nome à classe. Sòmente depois do trabalho de GEORG KUTTNER, para o direito processual, foi que se pôde prestar a devida atenção aos atos mandamentais do direito administrativo.

Atos executivos de direito público: no plano do direito judiciário civil, qualquer execução forçada; no plano do direito judiciário penal, toda restituição de posse, que possa resultar de decisão administrativa (*e. g.*, nos casos dos arts. 119, 120 e 123 do Código de Processo Penal). Os atos do delegado que entrega ao dono ou ao possuidor o bem que fôra furtado e apreendido, são atos executivos.

Quando a maioria dos juristas diz que os atos de direito público, particularmente os atos de direito administrativo, se regem pelos princípios e regras jurídicas concernentes ao direito privado, por estarem mais conhecidos os princípios e as regras do direito privado (*e. g.*, KARL KORMANN, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, 89), desatende a que essa explicação supõe que a *revelação* do direito privado é independente da adaptação do homem à vida social. Quando os grupos sociais, pelo costume ou através de órgãos legislativos, edictam regras jurídicas, ou levam em consideração fatos concernentes só ao direito privado ou fatos concernentes ao direito privado e ao público. Não há extensão das regras jurídicas do direito privado ao direito público; o que há é *segunda* revelação, e por vêzes a primeira se fez no plano do direito público. Nem se pode antepor a essa explicação, de fundo sociológico, a de ser preferível o paralelismo entre os dois ramos do direito (H. v. MANGOLDT, *Nebenbestimmungen bei rechtsgewährende Verwaltungsakten*, *Verwaltungsarchiv*, 37, 102).

2. ATOS JURÍDICOS "STRICTO SENSU" NO DIREITO PÚBLICO. — *Atos jurídicos "stricto sensu"*, no direito público, são as *reclamações*, com as *provocações* e as *interpelações*, as *comunicações de vontade*, como a de que não vai cobrar o impôsto antes de determinada data, ou de que não vai permitir faltas de comparecimento dos funcionários públicos, no dia santificado, ou no sábado, e como as *cominações* e os *mandados* (atos jurídicos *stricto sensu* mandamentais), o *anúncio volitivo*, as *comunicações de conhecimento* e as *comunicações de sentimento* (*e. g.*, perdão).

3. NEGÓCIOS JURÍDICOS BILATERAIS ENTRE PESSOAS PRIVADAS, NO DIREITO PÚBLICO. — Muito ainda se discute se negócios jurídicos bilaterais de direito público, notadamente contratos, podem ser entre pessoas privadas. Aos que o negam podemos

lembrar o ato de transação em Juízo, depois de instaurada a instância, ato negocial bilateral, concernente embora à matéria da *res in iudicium deducta*. Outro exemplo, fora do direito processual e já no direito administrativo, é o do contrato entre dois vizinhos quanto à rua que tem de ser aberta, desde que a lei lhes deixou determinar a situação (*cf.* E. EYERMANN — L. FRÖHLER, *Verwaltungsgerichtsgesetz*, § 22).

4. ATOS DO ESTADO NO DIREITO PRIVADO. — Sempre que o Estado tem de exercer o poder público, o que lhe incumbe persiste no direito público, ou tem êle de tratar com as outras pessoas, ou com o *unus ex publico*, como se fôsse pessoa de direito privado. Quando a autoridade pública compra peças para o automóvel oficial, ou quando interna em hospital particular o funcionário público, ou quando compra ou aluga o terreno ou prédio de que precisa para construir ou instalar escola, não pratica ato de direito público, mas sim de direito privado. O poder outorgado à autoridade, êsse, sim, é de direito público, como é de direito privado a procuração que se dá a advogado para ato de direito público, *e. g.*, o ato de petição ou de recurso.

Aqui, convém que se precate o jurista com a confusão vulgar entre o *serviço público*, como é o serviço das repartições lançadoras e arrecadoras, o das escolas públicas, o dos telégrafos e correios do Estado, e os *serviços ao público*, como o das emprêsas de luz e fôrça, de estradas de ferro e de transportes marítimos e fluviais.

Se o Estado, em conseqüência de dessecação de lagoa ou pântano, adquire propriedade de mais uma porção de terra, o fato é de direito privado. Se alguém fez oferta de compra de imóvel do Estado, a despeito de quaisquer atos de direito público que sejam necessários, o negócio de compra-e-venda e o acôrdo de transmissão são de direito privado. *Idem*, se a oferta parte do Estado comprador, ou se houve *invitatio ad offerendum* por parte dêle (A. BRAND, *Das deutsche*

Beamtengesetz, 218 e 313), ou há algum acôrdo sôbre muros-meios ou paredes-meias (cf. HANS DELIUS, *Die Beamtenhaftpflichtgesetze*, 261).

5. FATOS ADMINISTRATIVOS. — A redução de todos os atos administrativos a declaração de vontade foi êrro grave, que não se há mais de tolerar. Quando se trata de ato de nomeação, se o poder público não tem escolha, vontade não há, salvo a de cumprir a lei, o que há de estar em qualquer ato. Aí, o poder público constitui sem que tenha sido a sua vontade o elemento decisivo. Tratando-se de atos discricionários, sim: o poder público manifesta a sua vontade, unilateral ou bilateralmente, nos limites que se lhe fixaram para o arbítrio. Nas nomeações por escolha, o arbítrio é mais limitado e há, como ali, manifestação de vontade.

Por outro lado, é preciso que se distinga do ato administrativo de declaração, de constituição, de condenação, de mandamento, ou de execução, o ato administrativo de cumprimento ou de ultimação da execução.

O próprio ato administrativo de comando oral, de ordem oral, de *mandamento* oral, expressão que é mais abrangente, supõe — na mente de quem comanda, ou ordena, de quem manda — a implícita declaração de que tem direito a fazê-lo. A regra é serem escritos os atos jurídicos, mas há-os orais, há-os até pelo silêncio. E êsse elemento declarativo, como o constitutivo e os outros, existem em todos os atos administrativos, se os queremos classificar conforme a sua eficácia. A classificação das ações e das sentenças por sua eficácia foi assunto de cursos que demos. Atos administrativos há, que estão sujeitos aos mesmos exames das suas cargas de eficácia. Mas, aqui, o que nos interessa é a classificação dos fatos jurídicos, de que os atos jurídicos de função jurisdiccional são espécie.

Os que tentavam definir os atos discricionários como *atos políticos* não atendiam a que a feitura da lei é ato *político*.

A diferença entre o processo de adaptação social, mais estável, a que se chama Direito, e o processo de adaptação social, que é a Política, só se pode caracterizar, quanto à lei, pela contemplação em dois momentos: o de criação de regra jurídica e o da incidência da regra jurídica, que são marcos no caminho que vai da Política ao Direito.

Também houve os que queriam distinguir administrar e praticar atos discricionários, como se administrar fôsse só aplicar as leis. Ora, os atos discricionários do Poder Executivo são atos de administração, *lato sensu*.

Alguns juristas não prestaram a devida atenção a que o ato administrativo, mesmo quando não é discricionário, pode ser sem qualquer comunicação escrita do que se vai fazer, ou do que cabe fazer-se. É o caso do fiscal de fronteira que prende o contrabandista e lhe tira a posse imediata do contrabando, indo a posse mediata imprópria à autoridade superior, ou apenas retira a posse imediata para a atribuir à autoridade superior, por só se lhe dar o papel de servidor da posse.

Certamente, é preferível que se apresente a *nota* de prisão, ou a *nota* de destruição da obra proibida, antes do ato de prender ou de destruir; mas isso não é essencial para o ato. Nas próprias Constituições, alude-se, não raro, à nota de prisão, dita *nota de culpa*.

6. FATOS DE DIREITO PÚBLICO CONFORME A HIERÁRQUIA DAS REGRAS JURÍDICAS. — Os fatos do direito público ou são fatos do direito constitucional, ou do direito edictado pelo Poder Legislativo, abaixo das regras jurídicas constitucionais sôbre êsse poder, ou do Poder Judiciário, abaixo das regras jurídicas constitucionais sôbre êsse poder, ou do Poder Executivo, abaixo das regras jurídicas constitucionais sôbre êsse poder. Aí está o direito administrativo, algumas de cujas regras são sôbre atos do Poder Legislativo e sôbre atos do Poder Judiciário. Porém, não pára aí o direito público: há as regras

jurídicas de direito penal, de direito processual civil e penal e de direito relativo a liberdades, a eleições e a riquezas. Mais ainda: se o sistema jurídico tem o referendo ou o plebiscito, as regras jurídicas sôbre aquêlé, ou sôbre êsse.

O direito administrativo não regula sômente os fatos concernentes à atividade dos podêres administrativos, como fatos regidos por direito material. O direito administrativo processual também é direito administrativo *lato sensu*.

A concepção do direito administrativo como só referente à atividade administrativa limita e deforma: limita, porque conceptualmente apenas admite no conceito o que é de direito material; deforma, porque não atende a que a autoridade administrativa para a qual se recorre também pratica ato administrativo, ou reformando o ato de que se recorreu, ou fazendo-o seu.

A afirmação da supremacia natural e lógica da administração, em relação às outras funções do Estado, revela resquício de tempos despóticos. À medida que se progride, nos sistemas democráticos liberais, em que se tem por fito cada vez maior igualdade, ou a atividade privada cresce e só a lei é que a controla, ou a atividade privada quase tôda se publiciza, com a ditadura, a socialização ou a comunização. O direito administrativo tem, de qualquer maneira, grande relêvo, porém não só o ato administrativo é elemento do suporte fáctico do direito administrativo.

O *princípio da legalitariedade* exige que todos os fatos que tenham de ser regidos por alguma ou algumas regras jurídicas o sejam pelas regras jurídicas que a Constituição permite que o sejam. Assim, não há ilegalitariedade, se o que podia ser inserto em regulamento só o foi em regulamento. Idem, em se tratando de regimento, aviso, circular, ou portaria. A portaria, o aviso ou a circular, não podem edictar o que teria de achar-se na Constituição, ou na lei, ou no regulamento, ou no regimento. O regulamento ou o regimento não pode conter regra jurídica que sômente poderia estar na

Constituição ou em lei. Em lei geral não há de estar o que só seria matéria para lei especial. Nem em lei geral ou especial se pode edictar o que só a Constituição teria de conter. Se uma espécie de regra jurídica reproduz o que outra, superior, já disse, apenas a lembra, apenas a repete.

O *princípio de legalidade "stricto sensu"* impõe que a regra jurídica seja em lei.

O *princípio da constitucionalidade* assenta que a regra jurídica há de ser obra de Poder Constituinte.

7. ATOS DISCRICIONÁRIOS DOS PODÊRES PÚBLICOS. — No *branco* que a Constituição ou a Constituição e as leis deixam à atividade do Poder Executivo, os atos dizem-se atos discricionários. São, por isso mesmo, atos regrados por fora, atos que têm de ocorrer como se houvesse aquário em que os peixes nadassem, parassem, se encostassem, descessem e subissem. É liberdade dentro de limites, como tôdas as liberdades. Não se trata de quarta zona, ou região, como parecia a OTTO MAYER (*Deutsches Verwaltungsrecht*, I, 8). São atos do Poder Executivo, de ordem criadora, como os há do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, mesmo quando os atos dêsse, ou daquele, não são, excepcionalmente, atos executivos. Tais atos podem ser em decretos, em regulamentos, em avisos, em circulares, em portarias. O que é preciso é que a lei haja deixado o *branco* dentro do qual possam ser praticados. Se a discricionariedade é de edicção de regra jurídica e no suporte fáctico necessariamente há elemento que implica igualdade perante a lei, o ato discricionário tem de ser em forma de decreto, de regulamento, ou de outra espécie de norma jurídica.

De qualquer maneira, a própria lei não pode dispensar o exame da compatibilidade do ato discricionário com os princípios constitucionais, nem dos limites que existem fundados em lei, ou em regra jurídica, a que os atos discricionários hajam de ater-se. À Justiça cabe dizer que há o *branco* e se,

dentro dêle, sem qualquer violação da Constituição ou de alguma regra jurídica que se havia de observar, foi exercido o poder discricionário.

Também o Poder Judiciário exerce, embora excepcionalmente, arbítrio puro, mas existe a mesma exigência de respeito aos limites e ao exercício.

Quando o Poder Legislativo legisla, exerce arbítrio, dentro do branco que se lhe deixa. Por onde se vê quão reprovável é a preocupação dos juristas que tentam caracterizar a atividade discricionária como quarto poder, ou setor de poder.