NEGÓCIO JURÍDICO ADMINISTRATIVO

J. CRETELLA JÚNIOR*

1. O método da "transposição". 2. Direito civil e categoria jurídica. 3. O "negócio jurídico". 4. Doutrina italiana. 5. Doutrina brasileira. 6. Exemplos dados pela doutrina italiana. 7. A "vontade" da Administração. 8. Dominus *e* administrator. *9. Conclusão.*

1. *O método da "transposição"*

Como tantas outras noções, o conceito de *negócio jurídico* foi elaborado no campo do direito privado, durante séculos recebeu da moderna doutrina germânica e italiana especial tratamento e, em inícios deste século até hoje, passou a ser cogitado na esfera do direito administrativo. Há negócio jurídico administrativo?

Neste último meio século, as maiores autoridades italianas, no âmbito do direito administrativo,[1] indagam, sob forma interrogativa, se os princípios que informam o negócio jurídico privado podem aplicar-se, *por transposição,* ao campo do direito público, para que, no grande panorama dos atos administrativos, seja possível adotar-se a divisão básica e dicotômica do *ato administrativo negocial* (ou negócio jurídico administrativo) contraposto ao *ato administrativo não-negocial* (ou mero ato administrativo).

O incorreto método da *transposição,* tão utilizado pelos não-especialistas em direito administrativo, consiste na elaboração de dado instituto no campo do direito civil, e depois trasladá-lo para a esfera do direito administrativo, adaptan-

* Professor titular único de direito administrativo na Faculdade de Direito de São Paulo.

[1] Lentini, Arturo. *Istituzioni di diritto amministrativo*. 1939. v. 1, p. 185; Romano, Santi. *Corso di diritto amministrativo*. 3. ed., 1937. p. 228; ———. *Frammenti di un dizionario giuridico*. 1953. p. 3, 4, 7, 8, 11, 23; Trentin, Silvio. *L'atto amministrativo*. 1915. p. 106.

do a matriz diferenciada do *direito privado* ao campo do *direito público,* o que conduz a desastradas conseqüências, as quais já assinalamos em diversos estudos.[2]

Nesses livros e artigos, criticamos o inadequado método da transposição e a idéia errônea da referenciabilidade civilística, porque não cabe a nenhum dos ramos da ciência do direito reivindicar, para seu campo, a prioridade de um dado instituto, quando esse instituto é comum a vários ramos do direito.

O conceito dos institutos jurídicos, *in genere,* compete à teoria geral do direito que abstraindo e generalizando, ou seja, eliminando os traços (ou acidentes) que os fixam no campo privado ou público, procura chegar a noção comum aos dois campos, sem compromisso com nenhum deles.

Sendo o direito privado ramo tradicional e milenarmente trabalhado através dos séculos, desde os romanos, é claro que predomina, sem dúvida, ainda hoje, a mentalidade privatística, e os cultores do direito público lutam a todo momento contra a rotina, não aceitando a colocação dos que pretendem *transportar* para o campo mais novo as teorias consagradas há séculos pelos cultores do direito privado. "O estudo do direito privado é, sem dúvida, fundamental na construção dos institutos do direito público, mas não se deve abusar da *analogia,* que pode ser causa de erros muito graves se não for empregada com prudência."[3]

Indispensável, pois, é que se analise com objetividade, na teoria e na prática, o instituto do negócio jurídico, privado e público, para que, separadas as notas típicas e inconfundíveis que os distinguem, seja possível chegar-se à categoria negocial que, como arquétipo, não se confunde com as espécies bifurcadas, já flexionadas às exigências do direito civil e do direito administrativo, pois a ambos os campos transcende, nada obstando, porém, seu aproveitamento, por civilistas e administrativistas, para a estruturação e conseqüente classificação dos atos jurídicos em privados e públicos (estes últimos sendo os atos administrativos).

Existe o ato administrativo negocial ou negócio administrativo ou negócio jurídico de direito público? O direito público moderno aceita a *figura iuris* do negócio jurídico?

2. *Direito civil e categoria jurídica*

Quando em trabalhos anteriores, já referidos, estudamos a fundação de direito público, o contrato de direito público e o ilícito administrativo, não partimos

[2] Júnior, Cretella J. *Introdução ao estudo do direito*. 1984. p. 110; ———. *Curso de filosofia do direito*. 3. ed. 1983. p. 212; ———. *Fundações de direito público*. 1976. p. 15; ———. *Direito administrativo brasileiro*. 1983. v. 1, p. 84; ———. *Direito administrativo comparado*. 1972. p. 49; ———. As categorias jurídicas e o direito público. 1967; ———. Do ilícito administrativo. 1973; ———. Reflexos do direito civil no direito administrativo. 1977.

[3] Trentin, Silvio. *L'atto amministrativo*. 1915. p. 121, nota 1.

do arquétipo estruturado pelo direito civil, para depois adaptá-lo ao direito público, mas procuramos chegar às respectivas noções categoriais, definindo genericamente a *fundação* como "o patrimônio personalizado afetado a um fim", o *contrato* como "o acordo entre partes, concretizado em normas que passam a reger a vontade dos que as escolheram", o *ilícito* como "a ação ou omissão do homem, antijurídica, culpável, que envolve responsabilidades e sanções".

Os institutos do direito civil não podem ser elevados a categorias jurídicas, a modelos, a arquétipos, a matrizes da ciência do direito, para, partindo-se daí, pretender o estudioso captar a realidade específica do direito administrativo.

A *categoria jurídica* ou *noção categorial* é proposição que envolve juízo de existência, sob a forma afirmativa S é P, mas afirmação de tal modo descomprometida com os vários ramos da ciência do direito, que a todos transcende.

Evidente que as conclusões a que chegou o direito privado inúmeras vezes se aproximam ou coincidem com a *categoria jurídica,* pelo grau de abstração e generalização de que se revestem.

Quando os civilistas definem *fundação* como o "patrimônio, personalizado, dirigido a um fim", na verdade estão definindo a *categoria jurídica fundação,* embora creiam alguns estar definindo a *fundação de direito privado.* Nesse caso, a "transposição" é correta porque, na realidade, não ocorreu o traslado de conceito do direito civil para o campo do direito administrativo, tal o grau de generalidade do conceito fundacional obtido.

3. *O "negócio jurídico"*

Cabe, nesta altura, indagar se existe a *categoria negocial* ou o *negócio,* como categoria jurídica comum ao direito público e ao direito privado.

Ao contrário, porém, do que ocorre com o *contrato* e com a *fundação,* institutos aceitos e definidos de modo uniforme pelos *civilistas,* ou do que acontece com o *ilícito* instituto conceituado uniformemente pelos *penalistas,* o instituto do negócio jurídico despertou e desperta as maiores controvérsias entre os próprios civilistas.

Assim, Coviello[4] conceitua o *negócio jurídico* de tal modo, que a definição proposta se identifica com a do nosso *ato jurídico,* contida no art. 81 do Código Civil pátrio, que, no entendimento de Vicente Ráo, é o "pressuposto de fato que contém uma ou várias declarações de vontade, sendo reconhecido pelo ordenamento jurídico como base para a produção de efeito qualificado como efeito querido".[5]

[4] Coviello. *Manuale de diritto civile.* 3. ed., § 101.
[5] Ráo, Vicente. *Ato jurídico.* 1961. § 7.º.

A noção de *ato jurídico,* como afirma Vicente Ráo, depois de expô-la, coincide, em substância, com a noção de *negócio jurídico* formulada pela doutrina alemã. *Ato jurídico* para nós é o mesmo que *negócio jurídico* para os alemães. Se tal colocação for transposta para o direito público, teremos: *ato administrativo* é o mesmo que *negócio administrativo.*

No Brasil, a monografia do Prof. Antônio Junqueira de Azevedo suscitou inúmeros problemas a respeito deste instituto jurídico, estudado na Itália, entre outros, por Emilio Betti.

Nessa monografia, com a qual se tornou livre-docente da Faculdade de Direito de São Paulo, o eminente Prof. Antônio Junqueira de Azevedo definiu o *negócio jurídico,* em concreto, como "todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados, como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia, impostos pela norma jurídica que sobre ele incide".[6]

Cabe aos pandectistas germânicos e a seus seguidores a estruturação e o conceito do instituto que o direito brasileiro denomina de *ato jurídico* e que eles rotulam de *negócio jurídico,* mas essa colocação ainda não adquiriu contorno definitivo.[7]

4. *Doutrina italiana*

Embora o *direito comparado* seja definido como o método que coloca em confronto institutos, direitos e sistemas, nem sempre o cotejo total é possível, porque cada direito — o direito francês, o direito italiano, o direito espanhol, o direito belga, o direito anglo-norte-americano — apresenta contribuição própria quanto aos vários institutos jurídicos, havendo, às vezes, num dado direito, um *instituto típico,* que inexiste em outros direitos.

Assim, debalde se procuraria, na doutrina francesa, o instituto da *autarquia,* como também seria infrutífera a pesquisa da denominada *cláusula exorbitante* nos doutrinadores italianos.

A contribuição dos autores gauleses para o estudo da cláusula exorbitante, típica do contrato administrativo, é originária e fundamental, assim como a contribuição dos autores italianos para o estudo da autarquia é das mais decisivas, a partir da denominação e do regime jurídico da entidade autárquica. Para o estudo do negócio jurídico administrativo, a contribuição dos autores italianos é extraordinária desde o início do século.

[6] Azevedo, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico.* São Paulo, Saraiva, 1974. p. 20.
[7] Carnelutti. *Teoria general del diritto.* 3. ed., 1951. p. 221.

Em 1915, Silvio Trentin escreve alentada monografia na qual discorre longamente sobre *"i cosi detti negozi giuridici di diritto pubblico"*, ressaltando, logo de início, que, "há muito tempo, até agora, a doutrina italiana e estrangeira tem empreendido sutil indagação e minuciosa crítica a respeito dos negócios jurídicos, espécie particular dos atos jurídicos, sem, entretanto, haver conseguido resultados totalmente definitivos. Trata-se de *categoria jurídica,* que não encontra ainda nem mesmo definição legislativa, nem unívoca expressão prática, sendo, pois, em outras palavras, mais um produto da elaboração doutrinária e conseqüência da moderna sistemática jurídica, do que uma classe definida e específica de fenômenos".[8]

Partindo da noção, aceita no direito privado, de que a "única nota característica do negócio jurídico é a existência de *manifestação volitiva,* à qual o ordenamento positivo reconhece particular eficácia", Silvio Trentin conclui que "não há base ou critério para excluir desta figura jurídica quaisquer atividades que encontram sua fonte em uma forma particular de vontade, a vontade pública", chegando, assim, à categoria do negócio jurídico, que se subdivide em *negócio jurídico privado* e *negócio jurídico público.*[9]

"O conceito do negócio jurídico é único: ele receberá a qualificação de *público* ou de *privado,* conforme o declarante manifeste a própria vontade, como portador de direitos e deveres públicos ou de direitos e deveres privados."[10]

"Reconhecida a possibilidade de que o negócio jurídico de direito público pode constituir espécie de uma categoria, na qual também entram os negócios jurídicos privados, não será difícil dar conteúdo concreto à distinção que nos confrontos do primeiro se retém extensível entre *negócio unilateral* e *negócio plurilateral,* porque, compreende-se, não se supõe, *a priori,* que este último deva identificar-se com o *contrato.*"[11]

"Todas as vezes que nos encontramos diante de atividade da administração que se dirige ao cidadão, considerado em posição *de dever,* em *status subjectionis,* evidentemente a vontade pública, em cujo conteúdo haja um comando, será a única fonte do efeito jurídico que aquela atividade consegue. Teremos, assim, uma forma particular de negócio jurídico público, que os alemães denominam de *Verfügung,* disposição cuja validade não depende de nenhuma anuência daqueles a quem se dirige, e que, atuando de modo característico o poder de império do Estado, constitui o fundamento concreto das faculdades jurídicas deste.

[8] Trentin, Silvio. *L'atto amministrativo*. 1915. p. 102.
[9] Id. ibid. p. 113.
[10] Rosin. *Das Polizeiverordnungsrecht in Preussen*. 2. ed., 1895. p. 23-4; Kormann. *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*. p. 18, apud Trentin, Silvio. op. cit. p. 113-4, nota 2.
[11] Trentin, Silvio. op. cit. 1915. p. 117.

São estes os mais importantes e os mais típicos entre os negócios jurídicos públicos unilaterais."[12]

Pois bem, Silvio Trentin, que à pág. 102 da monografia citada afirma ser o negócio jurídico espécie do gênesis ato jurídico, mais adiante, à pág. 128, inverte a relação, afirmando que o ato administrativo é espécie particular do gênero negócio jurídico público. Qual o *gênero*? Qual a *espécie*? A filiação coerente tem de partir do *ato jurídico* gênero, para chegar ao *negócio jurídico* espécie; depois, partir do *ato administrativo* gênero, para chegar à espécie *negócio jurídico público,* dentro do próprio raciocínio inicial de Silvio Trentin.

Em 1937, Santi Romano elucida que "os atos administrativos que encerram *declarações de vontade* correspondem, de certo modo, aos atos que, no direito privado, se designam pelo nome de *negócios jurídicos,* no sentido bem amplo que até há bem pouco tempo foi atribuído a esta expressão, e por muitos, especialmente na doutrina italiana, continua a atribuir-se. Também no campo do direito privado fizeram-se recentemente sutis distinções, pelas quais nem todas as declarações de vontade seriam negócios jurídicos. A figura destes últimos ocorreria quando a declaração de vontade tem, como conteúdo, mudança da condição jurídica existente, e isto mediante regência de relações jurídicas que, nos limites estabelecidos em lei, faz o próprio *negócio,* que, assim, assume o caráter de manifestação de autonomia dos particulares. Acima de tudo coloca-se em relevo que os efeitos jurídicos do *negócio* correspondem e são conformes ao *escopo prático* que as partes se propõem a realizar".[13]

"Tais distinções podem certamente fazer-se também para os atos administrativos, mas poder-se-ia acaso, com base nisso, contrapor o grupo de atos que seriam negócios de direito público ou negócios administrativos ao outro grupo de atos administrativos não-negociais?"[14] Responde o mesmo autor: "A questão é, em grande parte, *terminológica.* Deve-se lembrar que, quando os privatistas começaram a falar de *negócios jurídicos,* passaram a afirmar — e muitos ainda afirmam — que esta expressão convém aos atos de direito privado, mas não aos atos de autoridade. Com efeito, há realmente atos de autoridade que ninguém qualificaria de negócios, tais como as sentenças e, em geral, os atos em que a autoridade não figura como parte da relação jurídica sobre a qual incide o ato. Vice-versa, na doutrina publicística moderna é comum o uso de aplicar-se aquela expressão a muitos atos administrativos, que, ao invés, por não poucos, assim designam todos os atos administrativos que contêm *declarações de vontade,* em contraposição às *declarações de representações e de sentimentos,* o que é totalmente impróprio."[15]

[12] Id. ibid. p. 118.
[13] Romano, Santi. *Corso di diritto*... cit. p. 228.
[14] Id. ibid. p. 229.
[15] Id. ibid.

Conclui Santi Romano, definindo o negócio jurídico a partir dos atos que, em substância, produzem alteração nas condições jurídicas existentes, atos que, neste sentido, são *constitutivos* ou *inovadores,* havendo uma categoria desses atos, uma e só uma, à qual cabe a denominação de *negócios jurídicos* ou *negócios administrativos,* "atos que, em primeiro lugar, têm efeitos jurídicos, conforme a vontade neles manifestada, excluídos, assim, os *meros atos jurídicos,* e, em segundo lugar, os que incidem em relações das quais a administração é parte, classificando-se como *negócios,* se se entender utilizar esta expressão de forte sabor privatístico para a nomeação a um cargo público, para a concessão de serviço público e para as renúncias".[16]

Santi Romano reafirma, em 1945, a opinião de que há negócios jurídicos públicos:[17] "Circunscrita a noção dos atos jurídicos às manifestações e declarações, expressas ou tácitas, de mero conteúdo psicológico, poder-se-á depois delinear o campo no qual se desenha a *figura do negócio,* figura que não se encontra nos atos que produzem conseqüências jurídicas apenas em razão da autoridade que os edita. Os próprios vocábulos *negócio* e *negociar,* bem como outros semelhantes, excluem a imposição absoluta de tais conseqüências da parte de um sujeito para com outro e implicam, ao invés, a participação de, pelo menos, dois sujeitos anuentes. O que se contém de exato, na antiga opinião, que exclui a *figura do negócio* do campo do direito público, é precisamente isso, e só isso."

Em 1929, Arturo Lentini, que aceita a existência do negócio jurídico administrativo, assim discorre: "os atos administrativos podem ser agrupados em diversas categorias, suscetíveis de subdivisões, que nem sempre se apresentam com características nítidas e precisas, porque, às vezes, o *ato,* por seus traços, pode estar compreendido em categorias diversas. Por outro lado, a terminologia dos vários tipos de atos administrativos nem sempre é exata e feliz, sem dizer que existem atos administrativos que não têm *nomen iuris* especial. Classificação dos atos administrativos, geralmente aceita pela doutrina e também comum ao direito privado, é a que os divide em *declarações de vontade* e *declarações de representação,* como, por exemplo, de *conhecimentos,* de *opiniões,* de *juízos.* Ou *decluarações de sentimentos,* como, por exemplo, os *votos,* as *solicitações,* as *propostas.* Tendo em conta essas classificações, o direito privado distingue os negócios jurídicos dos atos, em sentido estrito. Segundo opinião dominante, negócio jurídico é a manifestação de vontade dirigida à produção de conseqüências jurídicas, isto é, a fazer nascer, modificar ou extinguir a relação jurídica".[18] "Podem aplicar-se os princípios do direito privado ao campo do direito administra-

[16] Id. ibid. p. 230.
[17] Romano, Santi. *Frammenti...* cit. p. 7.
[18] Lentini, Arturo. *Instituzioni...* cit. p. 184.

tivo, contrapondo-se os negócios de direito público ou negócios administrativos aos atos administrativos não-negociais?" — indaga Lentini.[19]

"A doutrina dominante responde em sentido afirmativo. Os negócios jurídicos podem dividir-se em *unilaterais* e *convencionais,* subdividindo-se estes ainda em *bilaterais e plurilaterais.* Os primeiros são aqueles de que patricipa um (ou mais de um) sujeito, incidindo sobre outros sujeitos que não participam do ato. Nos segundos, há diversas declarações de vontade que nele estão presentes. De atos unilaterais e plurilaterais se fala, porém, em outro significado, levando-se em conta não os *sujeitos* dos quais emana o ato, mas os *efeitos produzidos.* Ato unilateral, no primeiro sentido, pode ser plurilateral, se produz obrigações recíprocas entre quem o edita e outro. Unilateral, também no segundo sentido, é o ato que gera obrigações só para quem o edita ou para aquele (ou aqueles) a quem se destina. O ato unilateral, no primeiro sentido, pode, quanto aos efeitos obrigatórios, ser unilateral ou plurilateral."[20]

Em 1949, Cino Vitta ensina: "Levando em conta a extensão do elemento volitivo, nos atos administrativos os autores modernos têm-se esforçado para aplicar-lhes o conceito de negócio jurídico, raciocinando, a respeito dos negócios jurídicos públicos, como os privatistas racionavam sobre os negócios jurídicos privados, feitas as necessárias adaptações. Sabe-se que a teoria geral do negócio jurídico privado, que paira *sobre* o negócio contratual, e além dele, foi elaborada com requinte pelos romanistas germânicos, e depois aplicada com êxito ao campo do direito civil da época moderna. Parece aos juspublicistas que, com igual êxito, o mesmo conceito pode aplicar-se ao campo do direito público, e, nesta última aplicação, se revelaram excelentes alguns de nossos autores, a começar por Pacinotti, que escreveu sobre o tema em 1904. Em substância, entendo que este método é bom. No negócio jurídico de direito privado vê-se que a norma entra em aplicação, isto é, cria-se ou modifica-se a relação jurídica com base em declaração de vontade do interessado. Disso resulta que se a declaração de vontade é viciada por defeito de *capacidade,* de *forma* ou de *substância,* o efeito jurídico não se produz. Ora, o mesmo ocorre diante de declarações de vontade da administração. Defeito de competência ou de forma, erro nos motivos, na declaração ou na coisa, pode impedir a produção dos efeitos jurídico. Donde empreender a sistematização dos negócios jurídicos públicos, segundo os esquemas adotados para o direito privado pode ser, e efetivamente é, por outro lado, útil para a clareza dos conceitos."[21]

[19] Id. ibid. p. 185.
[20] Id. ibid.
[21] Vitta, Cino. *Diritto amministrativo*. 3. ed. 1949. v. 1, p. 356-7.

Em 1949, Umberto Fragola, em obra geral, divide os atos administrativos em duas classes: os *atos negociais* e os *atos não-negociais* ou *meros atos administrativos*,[22] colocação que mais tarde reitera, em obra monográfica.[23]

Partindo das premissas aceitas na doutrina, de que "negócio jurídico é a declaração de vontade produtora de efeitos jurídicos" e de que "mero ato é geralmente a declaração de juízo, de ciência ou de sentimento", Umberto Fragola exemplifica, a seguir, ambas as espécies de atos administrativos, a saber, os *meros atos* (autorização, admissões, inscrições, reconhecimentos, aprovações, vistos, algumas concessões, desde que não contratuais, atribuições, certificados, pareceres, notificações, comunicações, publicações) e os *negócios jurídicos*, declarações de vontade criadoras de *direito*, de *obrigação* ou de *status*, com obrigações por parte do sujeito nele investido.[24]

Negociais são, para Umberto Fragola, os atos administrativos: a) que criam deveres ou obrigações para os sujeitos privados, na medida em que a administração tem interesse, mais ou menos prolongado, na observância dos deveres e no cumprimento de obrigações impostas, com a conseqüência de que, se o sujeito privado não cumpre aquilo a que se obrigou, a autoridade intervém de imediato para punir ou obrigá-lo ao cumprimento; b) que conferem ao cidadão direitos que ele antes não tinha, como, por exemplo, o ato de nomeação para cargo público; c) que investem o sujeito privado em certo *status*, como o ato de *concessão de cidadania*.[25]

"Observa-se que, para poder classificar o ato administrativo como *negocial*, não basta examinar se ele contém ou não contém *ato de vontade* da administração. É necessário ver se, além disso, a administração se ocupa *continuamente* com os efeitos do ato, para garantir-lhes ou manter-lhes a observância. Ato administrativo negocial é, pois, aquele que a administração edita, tendo em vista a consecução da própria finalidade, sempre com vistas ao interesse público. São, todavia, naturalmente *negociais*, todos os *atos contratuais* que o ente público celebra nas vestes de um particular, como os contratos de *venda*, de *locação*, de *empréstimos*, mas estes *não são atos administrativos*."[26]

Umberto Fragola, no estudo que elaborou sobre os *atos administrativos não-negociais* e na monografia intitulada *Gli atti amministrativi*,[27] aceita a figura do negócio jurídico, na qual "a vontade do agente é sempre dirigida à realização do próprio interesse, protegido pelo ordenamento jurídico", levando-a para o direito administrativo no qual "o ato administrativo negocial deverá ser aquele em

[22] Fragola, Umberto. *Manuale di diritto amministrativo*. 4. ed. 1949. p. 185.
[23] Fragola, Umberto. *Gli atti amministrativi*. Turim, 1952. p. 89.
[24] Fragola, Umberto. *Manuale*... cit. p. 187.
[25] Id. ibid. p. 188.
[26] Id. ibid.
[27] Fragola, Umberto. *Atos administrativos não-negociais*. Milão, 192. p. 38; ———. *Gil atti*... cit. p. 89.

que a vontade da administração pretende a concretização de um fim próprio, protegido pela lei, pois é normal a declaração de vontade produtora de efeitos jurídicos".[28]

Francesco D'Alessio reconhece a "relevância da distinção entre atos *que apresentam* e atos *que não apresentam* íntima relação entre *vontade* e *efeito*, classificando os primeiros como *negócios jurídicos* e os segundos como *simples atos volitivos administrativos*", concluindo que "a distinção tem importância concreta para a disciplinação jurídica diversa das duas categorias de atos, sendo necessário tê-la presente no exame de muitas questões que se apresentam".[29]

Desde 1950, Massimo Severo Giannini ensina que "a noção do ato administrativo não correspondente àquela, acenada por muitos autores, de ato administrativo negocial ou negócio administrativo. Na verdade, sempre permaneceu obscuro o entendimento do que sejam negócios administrativos. A definição normal do negócio jurídico como a declaração de vontade dirigida para conseguir fins reconhecidos e protegidos pelo direito é calcada visivelmente sobre a definição do negócio do direito privado, ou melhor, sobre a definição mais difundida do negócio privado. O negócio privado, porém, na lógica do sistema do direito privado, tem valor bem preciso porque, enquanto é atuação da autonomia privada, quaisquer que sejam as limitações impostas pela lei ou por outras vontades, é efetivamente um fato de criação jurídica. O transporte de tal conceito para o direito administrativo, com referência aos atos administrativos que não são atuações de autonomia, permanece, ao invés, indecifrável. Não é verdade que a *discricionariedade administrativa* corresponda à *autonomia privada*, como se sustenta, para dar base à tese. A *autonomia privada*, na realidade, é *modo de ser* da liceidade, ou seja, de qualificação fundamental do próprio ser do sujeito privado, enquanto livre e soberano, em esfera que o ordenamento jurídico lhe deve reconhecer. A discricionariedade, ao contrário, é a escolha pontualizada, ordenada a interesse predeterminado da norma: a regra que se coloca no exercício da discricionariedade é heterônoma. É como se a própria lei a tivesse previsto. *Discricionariedade*, assim, exclui *negocialidade*. Nem se esqueça que, se o negócio privado pode ser nominado e típico, como o ato administrativo, nunca ele é vinculado ao *princípio da legalidade*, como ocorre com o ato administrativo, pelo que se conclui que, se existem atos que jamais podem dizer-se *negociais*, são eles os *atos administrativos*. Quando a administração age *não nas vestes de autoridade*, ou seja, em concreto, quando se trata da atividade de organização interna, pode ela praticar atos que, sob muitos aspectos, são semelhantes aos

[28] Id. ibid.
[29] D'Alessio, Francesco. *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*. 4. ed. 1949. v. 2, p. 175.

negócios, sendo os mais importantes destes os acordos administrativos entre entidades subjetivas públicas".[30]

Guido Zanobini aceita igualmente a figura do negócio jurídico administrativo, que define como a "operação de que participa o Estado e o particular, lado a lado, despindo-se, o primeiro, do *ius imperii* ou *puissance publique* de que dispõe, para adotar *esquemas do direito comum,* ao celebrar acordos com o particular, mas acordos com 'desvios' ou 'derrogações', advindos da presença onímoda do Estado".[31]

Na mesma linha de raciocínio, Zanobini mostra, bem antes de Aldo Bozzi, que "uma segunda distinção do ato administrativo é baseada no *elemento psíquico da vontade,* que dá origem a duas figuras: a do *negócio de direito público* e a do *mero ato administrativo.* Como se sabe, no direito privado, os negócios constituem espécie particular da categoria de maior abrangência denominada *atos jurídicos* e, precisamente, a dos atos que consistem em *declarações de vontade dirigidas para conseguir determinados fins reconhecidos e protegidos pelo direito".*[32]

"Sobre tal conceito não influi o conteúdo *patrimonial* ou *não-patrimonial* do ato, nem a qualidade de ato unilateral, bilateral e plurilateral. Nem há também razão alguma para excluir-se do gênero, ato administrativo, a *categoria* à qual se dá a denominação de *negócio.* Os atos consistentes em declarações de vontade, na medida em que são dirigidos a atingir determinado fim, desejado pelo agente e reconhecido pelo direito, correspondem, de modo preciso, ao conceito privatístico de *negócio jurídico."*[33]

"A autoridade que outorga ao particular o desempenho de certo serviço público, deseja que este, no futuro, seja exercido pelo concessionário e não mais pela administração, pois se trata de ato de vontade dirigido a fim determinado."[34]

"Segundo os cultores do direito privado, o conceito do negócio jurídico não é aplicável aos atos da autoridade pública e, pois, às decisões e aos atos administrativos",[35] mas "tal opinião, certamente exata do ponto de vista do direito privado, nada prova contra a admissibilidade da figura do negócio jurídico enquanto expressão da autonomia dos particulares, ao passo que o direito público considera o negócio jurídico como expressão da autonomia da administração, e isso é, certamente, ato de vontade da própria administração. Como a denominação *negócio* se destina aos atos mediante os quais os particulares regulam, por si mesmos, as próprias relações jurídicas, e não se aplicaria aos atos pelos quais outros, autoritariamente, intervenham a regulá-los, no direito público a mesma deno-

[30] Giannini, Massimo Severi. *Lezioni di diritto amministrativo*. 1950. v. 1, p. 292-3.
[31] Zanobini, Guido. *Corso di diritto amministrativo*. 6. ed. 1950. v. 1.
[32] Id. ibid. p. 207.
[33] Id. ibid. p. 208.
[34] Id. ibid.
[35] Di Marzo. *Istituzioni di diritto romano*. 3. ed. p. 57; De Ruggiero. *Istituzioni di diritto privato*. v. 1, p. 231.

minação pode também corresponder exatamente aos atos com os quais a administração regula, por si mesma, suas relações jurídicas com outras administrações, ou com cidadãos, ou então, relações dos cidadãos entre si, que se encontram em função de interesse público da própria administração".[36]

Ugo Forti distingue os atos que consistem em declarações de vontade, atos que correspondem à bem conhecida categoria dos negócios jurídicos, e todas as demais manifestações que poderiam denominar-se de meros atos jurídicos, bipartição que, segundo Cammeo, é a conseqüência dogmática à qual a doutrina do direito público, em geral, chegou através de processo de elaboração inverso ao seguido pelo direito privado, pois, em direito privado, todas as declarações do sujeito, até período bem recente, eram consideradas negócios jurídicos, e apenas nos últimos 25 anos, de 1925 a 1950, a doutrina privatística concluiu que nem todos os atos jurídicos são negócios jurídicos, bem podendo ser *algo menos*. A doutrina publicística, ao contrário, sem aprofundar-se em questões sistemáticas, elaborou primeiro a *teoria dos atos administrativos,* para somente depois, em época recentíssima, tratar, principalmente por mérito de Kormann, do problema de saber se, na verdade, todos os atos administrativos teriam ou não a mesma natureza, ou se haveria alguns deles com predominante caráter de negócio jurídico, concluído, ao fim, que alguns atos, mas não todos, apresentam esse caráter. Tal consideração foi acolhida, não sem críticas, derivadas de razões dogmáticas remotas, de especiais concepções do direito público, como, por exemplo, a de Kelsen, que sustentou, como ele diz, de modo simbólico, que deve conceber-se o direito público em duas dimensões, ou seja, fora do esquema técnico da relação jurídica. Entretanto, em definitivo, o relevo de alguns atos jurídicos no campo do direito administrativo, tanto da administração como do cidadão, apresentam caráter não-peculiar ao negócio jurídico, verificação incontestável, fato esse que pode trazer resultados muito importantes pela utilização e aplicação de primeiros, observando-se-lhes a estrutura, veremos a vontade dirigida para dequarto de século acenou, entre nós, Pacinotti, em interessante ensaio sobre os negócios jurídicos de direito público. A distinção precisa entre os negócios jurídicos de direito administrativo e os meros atos jurídicos consiste em que, nos primeiros, observando-se-lhes a estrutura, veremos a vontade dirigida para determinado fim prático, traço essencial para a típica figura do *negócio jurídico,* resultando o efeito da vontade declarada e da vontade declarante, da direção interna do espírito e do propósito de levá-lo ao conhecimento de outros, reconhecendo o direito um e outro momento da vontade. Negócio jurídico é a declaração de vontade, na qual o efeito jurídico pode recair apenas sobre aquele a quem a vontade é dirigida, decorrente da declaração e enquanto esta seja querida. No caso dos meros atos jurídicos, ao contrário, a vontade declarante fica,

[36] Zanobini, Guido. *Corso di diritto*... cit. p. 209.

por assim dizer, na sombra, e o puro e simples fato que resulta da manifestação do ato psíquico, ou seja, do comportamento externo que deriva de tal estado de ânimo, é necessário e "suficiente".[37]

Retomando o tema em outra parte do mesmo volume, Ugo Forti inclui entre os atos administrativos negociais "todas as declarações de vontade da administração dirigidas a produzir o nascimento, a extinção ou a modificação de um direito, ou também de uma complexa relação jurídica",[38], definição que Ugo Forti reconhece aplicável também aos atos administrativos.

Guido Landi e Giuseppe Potenza filiam a espécie *negócio jurídico* à categoria *ato jurídico,* assinalando que "a norma jurídica valora a vontade manifestada, dirigida, mediante a declaração, à produção de um efeito jurídico posterior, previsto e querido pelo sujeito, embora não completamente, efeito reconhecido e garantido pelo ordenamento jurídico nos limites e em relação à vontade que o determina".[39]

"Os atos jurídicos de direito público e de direito privado podem ser, como já se disse, meros atos jurídicos ou negócios jurídicos. Negócio jurídico de direito público é, por exemplo, a concessão administrativa. Negócio jurídico de direito privado é, por exemplo, a compra e venda, a empreitada, o fornecimento, contratos de direito privado."[40]

"Os negócios jurídicos distinguem-se em negócios bilaterais e plurilaterais. Os *negócios unilaterais* resultam de uma só declaração de vontade. Os *negócios bilaterais e plurilaterais* resultam, respectivamente, de duas ou mais declarações de vontades. Entre os negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais, a categoria mais importante é constituída pelos *contratos,* que o Código Civil italiano define como o acordo de duas ou mais partes para constituir, regular ou extinguir, entre si, relação jurídica patrimonial. Os sujeitos da administração podem ser *parte* em contratos, pois concluem, na verdade, com grande freqüência, contratos de compra e venda, de fornecimento, ou de administração, de empreitada, de permuta, entrando em relação com outros sujeitos da administração, ou com particulares. Os negócios de direito público são, geralmente, unilaterais. Não faltam, entretanto, hipóteses de negócios de direito público bilaterais ou plurilaterais, como os atos, denominados *acordos,* com os quais várias províncias ou várias comunas resolvem unir-se em *consórcios* para a realização de determinados serviços ou obras de interesse comum, ou quando várias instituições de beneficência se reúnem em consórcios para desenvolver, em comum, a respectiva atividade."[41]

[37] Forti, Ugo. *Lezioni di diritto amministrativo*. 4. ed. 1950. v. 2, p. 50-1.
[38] Id. ibid. p. 120.
[39] Landi, Guido & Potenza, Giuseppe. *Manuale di diritto amministrativo*. 2. ed. 1963. p. 171.
[40] Id. ibid. p. 182.
[41] Id. ibid. p. 183.

"Conteúdo diverso tem a classificação dos negócios jurídicos em negócios com *efeitos unilaterais* e com *efeitos bilaterais*. Os primeiros geram direitos apenas a favor do sujeito do qual emanam; os segundos, a favor também do sujeito a que se dirigem. Assim, a nomeação para cargo público é ato unilateral, pois resulta tão-só da declaração de vontade da administração, mas produz efeitos bilaterais, pois gera direitos para a administração, que edita o ato, e para o funcionário."[42]

Renato Alessi, depois de definir o negócio jurídico fundado no direito privado como "a declaração de vontade diretamente endereçada à produção de modificações jurídicas,[43] mostra, depois, que a teoria do ato administrativo não pode e nem deve ser calcada, sem mais nem menos, sobre a teoria do negócio de direito privado, mas deverá ser construída sobre princípios e conceitos, essencialmente publicísticos".[44]

Negócios jurídicos administrativos são, para Alessi, determinações de vontade exteriorizadas, como as *deliberações*, quando dirigidas somente à produção de modificações no mundo do direito.[45]

Arnaldo de Valles, depois de incluir os atos que criam, modificam e extinguem direitos, na categoria dos atos jurídicos externos, sustenta que esses atos "correspondem aos negócios jurídicos de direito privado, recebendo o nome de negócios jurídicos de direito público, embora tal denominação seja criticada, porque *o caráter negocial* é próprio apenas de limitada classe destes atos. Os negócios jurídicos de direito público assumem formas as mais variadas e são diversamente caracterizados conforme exijam, e segundo a medida em que exijam concurso de vontade dos sujeitos aos quais se dirigem".[46]

Alguns estudiosos distinguem os *negócios jurídicos de direito público*, definidos como declarações de vontade administrativa dirigidos a um fim desejado pelo agente e reconhecido pelo direito objetivo, dos *meros atos administrativos*, entendidos como *atos voluntários*, mas *não declarações de vontade*, aos quais o direito objetivo atribui determinados efeitos jurídicos, ao passo que outros estudiosos, negando que possam existir verdadeiros e próprios negócios no campo do direito administrativo, consideram a categoria dos atos administrativos com âmbito mais restrito do que o dos negócios, pois compreenderiam apenas as determinações volitivas tendentes à consecução imediata de interesses públicos e, como conseqüência, se incluem, na espécie dos *meros atos*, as declarações de

[42] Id. ibid. p. 183-4.
[43] Alessi, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. 1953. p. 223; ———. *Diritto amministrativo*. 1949. v. 1, p. 203.
[44] Alessi, Renato. *Sistema*... cit. p. 234.
[45] Id. ibid.; ———. *Diritto*... cit. p. 214.
[46] Valles, Arnaldo de. *Elementi di diritto amministrativo*. 3. ed., 1965. p. 201.

vontade que não concretizam interesses públicos, como, por exemplo, os regulamentos, as autorizações e as aprovações".[47]

Nesses casos, estão "as declarações de vontade dos sujeitos administrativos, no exercício de mera capacidade de direito privado, como, por exemplo, as relações contratuais *de empreitada* ou *de fornecimento*, nas quais a administração age fora de sua normal posição de supremacia, ficando submetida, como o contratante privado, às regras do direito comum. Entretanto, mesmo com tal atividade, para a qual a administração se utiliza do direito dos particulares — *iure privatorum utitur* —, vamos encontrar aspectos disciplinados pelo direito público, como, por exemplo, os relativos à *deliberação de contratar* ou *à aprovação do contrato*. Assim, os contratos celebrados por entidades públicas com particulares e sujeitos à aprovação de superiores são *negócios jurídicos claudicantes*, vinculando os órgãos *particulares*, que não podem rescindi-los até o momento da *conclusão*, e a *administração*, apenas depois do ato de aprovação".[48]

Giovanni Miele esclarece que, "com base no modo pelo qual se considera a relação entre causa do poder jurídico e modificação jurídica vinculada a esse exercício, é possível estabelecer nítido fundamento para a distinção entre *atos negociais* e *atos não-negociais*. Atos negociais são atos que representam o exercício de um poder jurídico no qual à causa dele corresponde, nos seus tratos típicos, a modificação jurídica operada; e atos não-negociais são aqueles nos quais a modificação jurídica, embora ligada à causa do poder é dela independente".[49]

"Nem todos os atos administrativos têm, como conteúdo, uma declaração de vontade — atos negociais —, como, por exemplo, as *concessões* e as *autorizações*. Quanto a estes, que representam categoria muitíssimo importante, há numerosos outros aos quais se dá o nome de *meros atos administrativos*, que se concretizam em manifestações de conhecimento, de aprezamento, de juízo, como o certificado, a notificação e o parecer. A expressão *pronúncia*, em contraposição a *declaração*, serve para indicar, respectivamente, os *atos negociais* e os *atos administrativos*."[50]

Alfonso Tesauro observa que "o *negócio administrativo* difere do *ato administrativo*, como a espécie do gênero, concretizando-se, por um lado, este, como a *manifestação de vontade* que constitui o exercício de um poder administrativo, concretizando-se, por outro lado, aquele, como a manifestação que constitui um modo especial de exercer o poder administrativo: a manifestação de vontade com que o titular de um poder administrativo, nos casos, modos e limites que a lei determina, dispõe do exercício do poder do qual é investido, transferindo-o aos outros sujeitos, ou renunciando ao próprio exercício. A concessão de uso

[47] Bozzi, Aldo. *Istituzioni di diritto pubblico*. 2. ed., 1966. p. 323-4.
[48] Id. ibid. p. 320.
[49] Miele, Giovanni. *Principii di diritto amministrativo*. 1945. v. 1, p. 157.
[50] Lessona, Silvio. *Introduzione al diritto amministrativo e sue strutture fondamentali*. 1960. p. 77-8.

de bem público é negócio administrativo porque se concretiza pela manifestação de vontade mediante a qual o Estado dispõe do poder de que é titular e o transfere a outro sujeito. É também negócio de direito administrativo a manifestação de vontade com que a administração dispõe do exercício do direito de resgate de concessão, renunciando ao próprio exercício, em favor do concessionário. Em decorrência dos elementos que o caracterizam, o negócio jurídico é definido como a *manifestação de vontade* com que o titular de um poder administrativo, nos casos, nos modos e nos limites determinados pela Constituição e pelas leis, dispõe do *exercício do poder* no qual é investido".[51]

Carlo Tivaroni explica que negócios jurídicos de direito público são manifestações de vontade de um sujeito do poder administrativo, tendentes a produzir efeitos jurídicos, no campo de direito público, distinguindo-se dos negócios jurídicos de direito privado, em razão das pessoas públicas de que emanam e, em especial, porque se submetem a normas de direito público, e pela diversidade dos efeitos a que dão origem em confronto com os negócios jurídicos privados".[52]

5. *Doutrina brasileira*

No Brasil, Rui Cirne Lima faz rápida menção ao negócio jurídico de direito público e de direito privado,[53] sem tirar do tema as esperadas ilações.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello[54] define *negócios jurídicos* como "os atos jurídicos, em que, através da manifestação da vontade humana, se adquire novo direito, se modifica e se extingue o existente, alterada a ordem jurídica em vigor; ou então se declara direito, assegurando-o, ou reconhecendo-o, ante a verificação de relação jurídica ou a apuração de fato material. Dá-se-lhes essa definição de negócios jurídicos porque, mediante a manifestação da vontade humana, se busca constituir nova situação jurídica ou se elucida o desfrute, ante a declaração feita, de certa situação de direito, e que lhe confere valor formal e lhe dá força de eficácia".[55]

Reiterando que "os negócios jurídicos constitutivos de direito novo, com alteração na ordem jurídica, compreendem os casos de aquisição, modificação e extinção",[56] Oswaldo Aranha passa a dar exemplos pertinentes ao direito administrativo, embora tenha definido o negócio jurídico de modo genérico, e não o negócio jurídico público ou negócio jurídico administrativo, a saber: "o pro-

[51] Tesauro, Alfonso. *Instituzioni di diritto pubblico*. 1961. v. 2, p. 154.
[52] Tivaroni, Carlo. *Teoria degli atti amministrativi*. 1939. p. 38.
[53] Lima, Rui Cirne. *Sistema de direito administrativo brasileiro*. 1953. v. 1, p. 28.
[54] Mello, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 1. ed. 1969. v. 1, p. 347; 2. ed. 1979. v. 1, p. 419.
[55] Id. ibid. 2. ed.
[56] Aranha, Oswaldo. *Princípios*. 2. ed. 1979. v. 2, p. 420.

vimento de cargo público"; "a concessão de serviço público"; "a autorização para a prática de certa atividade, que, sem ela, seria proibida, como a permissão para porte de armas"; "a aprovação de determinado ato jurídico, que sem ela seria vedada, tal seja o empréstimo externo pelos municípios, com o beneplácito do Senado Federal"; "a outorga a estrangeiro do título de naturalização";[57] "a punição de servidor público pela prática de ato contrário ao interesse do serviço"; "a ocupação, por agentes do poder público, de bem de particular, nas imediações de local onde se realizam obras públicas"; "a expropriação"; "a renúncia"; "a exoneração."[58]

Hely Lopes Meirelles, principiando por definir o ato administrativo negocial como a "declaração de vontade do poder público coincidente com a pretensão do particular, visando a concretização de negócios jurídicos públicos, ou a atribuição de certos direitos ou vantagens ao interessado"[59] oferece, a seguir, exemplos concretos de atos administrativos negociais, tais como a licença, a permissão, a autorização, a admissão, o visto, a aprovação, a homologação, a dispensa e a renúncia,[60] exemplos que ilustram, complementando, a seguinte definição elaborada pelo autorizado mestre: "Atos administrativos negociais são todos aqueles que contêm uma declaração de vontade da administração apta a concretizar determinado negócio jurídico ou a deferir certa faculdade ao particular, nas condições impostas ou consentidas pelo poder público."[61] Hely Lopes Meirelles é o autor brasileiro que maior atenção dedica ao tema, conceituando e exemplificando, de modo coerente, a controvertida figura jurídica.

Themístocles Brandão Cavalcanti aceita as definições da doutrina italiana e, em especial, as de Trentin e de Santi Romano, identificando-as, em alguns casos, com o ato administrativo e, em outras, mostrando as duas figuras, em relação de gênero a espécie, mas não cita nenhum exemplo de negócio jurídico administrativo.[62]

6. *Exemplos dados pela doutrina italiana*

Embora a doutrina italiana esteja de acordo quanto ao conceito do "assim chamado" negócio jurídico de direito público, enfatizando, na definição, as expressões *declarações de vontade* ou *manifestações volitivas* da administração, complementadas pela expressão *produtora de efeitos jurídicos*, o desacordo é

[57] Id. ibid.
[58] Id. ibid. p. 421.
[59] Meirelles, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 7. ed. 1979. p. 163.
[60] Id. ibid.
[61] Id. ibid.
[62] Cavalcanti, Themístocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. 3. ed. 1955. v. 1, p. 199.

total — e até contraditório —, desorientando o estudioso, quando os mesmos autores passam a exemplificar o instituto, dando exemplo, ora de puros (que eles denominam de *meros*) atos administrativos, ora de contratos de direito público, ora de contratos de direito privado, celebrados pelo Estado.

Se os mais autorizados administrativistas italianos, nestes últimos 70 anos, agrupam, sob a rotulação de negócio jurídico administrativo ou de ato administrativo negocial, o que a mesma doutrina, em outros capítulos, classifica ora como *ato administrativo unilateral* (nomeação, renúncia, permissão, autorização), ora como *contrato administrativo*, ou *contrato de direito público* (concessão de serviço público, concessão de trabalho público, concessão de uso de bem público, consórcio intermunicipal, intercomunal e interprovincial), ora, por fim, como *contrato de direito privado*, celebrado pelo poder público, que se despe de sua supremacia ou *ius imperii* para contratar com o particular, celebrando contratos de direito civil tais como os contratos de empreitada, de empréstimo, de fornecimento, de locação, de permuta, de venda e compra, a conclusão do cientista do direito é uma só: negócio jurídico administrativo (ou ato administrativo negocial) é expressão que ainda precisa ser adequada à realidade do mundo fático, constituindo, por enquanto "mais produto de elaboração doutrinária e conseqüência da moderna sistemática jurídica do que classe definida e específica de fenômenos".[63]

Regra geral, a doutrina italiana inclui a expressão *declaração de vontade* ou *manifestação volitiva*, ao conceituar o negócio jurídico, aceitando o instituto elaborado pelo direito civil.[64]

Na conceituação do negócio jurídico, a manifestação da vontade deve, em segundo lugar, ser dirigida à produção de efeitos jurídicos. Também a expressão *produção de efeitos jurídicos* é encontrada na maior parte das definições acima citadas, na doutrina italiana.

Não queremos finalizar este parágrafo sem enumerar, mencionando obras e lugares em que se acham os exemplos inventariados pela doutrina italiana, para ilustrar, em concreto, o extenso rol do que se denomina de negócio jurídico administrativo: a) *atos unilaterais*, tais como a nomeação,[65] a renúncia, a apro-

[63] Trentin, Silvio. *L'atto*... cit. p. 102.
[64] Id. ibid. p. 113; Romano, Santi. *Corso*... cit. p. 228-9; Lentini, Arturo. *Istituzioni*... cit. p. 184; Vitta, Cino. *Diritto*... cit. p. 356; Fragola, Umberto. *Manuale*... cit. p. 187; D'Alessio, Francesco. *Istituzioni*... cit. p. 175; Giannini, Massimo Severo. *Lezioni*... cit. p. 292; Zanobini, Guido. *Corso*... cit. p. 208-9; Forti, Ugo. *Lezioni*... cit. p. 120; Landi, Guido & Potenza, Giuseppe. *Manuale*... cit. p. 171; Alessi, Renato. *Sistema*... cit. p. 234; ———. *Diritto*... cit. p. 214; Valles, Arnaldo de. *Elementi*... cit. p. 201; Bozzi, Aldo. *Istituzioni*... cit. p. 323; Tesauro, Alfonso. *Istituzioni*... cit. p. 154.
[65] Romano, Santi. *Corso*... cit. p. 230; Fragola, Umberto. *Manuale*... cit. p. 188; Landi, Guido & Potenza, Giuseppe. *Manuale*... cit. p. 183; Romano, Santi. *Corso*... cit. p. 230; Tesauro, Alfonso. *Istituzioni*... cit. p. 154; Bozzi, Aldo. *Istituzioni*... cit. p. 323; Alessi, Renato. *Sistema*... cit. p. 234.

vação, a autorização e o regulamento, a deliberação; b) *Contratos de direito público*, administrativos, tais como a concessão de serviço público,[66] a concessão de uso de bem público, a concessão de obra pública, a concessão de obra pública, ou de direito constitucional, tal como a outorga ou concessão de cidadania ou contrato de naturalização; c) *contratos plurilaterais*,[67] como os consórcios intermunicipais, intercomunais e interprovinciais; d) *contratos de direito comum ou de direito civil*,[68] quando a administração, descendo de seu pedestal, se despoja de seu *ius imperii* e celebra acordos, vestindo a roupagem do particular, abdicando da *verticalidade* e adotando a *horizontalidade*, tais como a compra e venda, a locação, a permuta, o empréstimo, a empreitada, o fornecimento contínuo ou descontínuo.

Como se vê pela exemplificação oferecida pela doutrina italiana, a divergência é total entre os autores.

A nosso ver, apenas nos casos de contratos de direito comum ou contratos de direito civil, regidos por normas de direito privado, com algumas *distorções* ou *derrogações* a favor do Estado, quando celebra acordos com o particular, é que teremos o denominado negócio jurídico administrativo.

7. *A "vontade" da administração*

Sendo o negócio jurídico informado sempre pela *declaração de vontade*, difícil é levar essa contribuição do direito civil para o campo do direito administrativo, porque os institutos desta disciplina são informados pelo elemento *finalidade*.

Qualquer que seja a tendência pessoal do agente público, a vontade humana é abrangida e superada pela idéia de finalidade, motora única do interesse público. No direito privado, predomina a vontade; no direito administrativo, prevalece a idéia de finalidade. Mesmo ao contratar com os particulares, a administração tem de agir por interesse público, ficando a vontade do agente superada pelo fim, o qual vincula o *administrator*.

Todo e qualquer sentimento, positivo ou negativo, deve estar ausente do ato ou do contrato administrativo, cuja força matriz é o interesse público. Do contrário, teremos o *desvio de poder* ou *desvio de finalidade*.

Diferença fundamental entre o direito civil, em que age o *dominus*, e o direito administrativo, em que age o *administrator*, é a vontade, que inspira os atos do

[66] Landi, Guido & Potenza, Giuseppe. *Manuale*... cit. p. 182; Tesauro, Alfonso. *Istituzioni*... cit. p. 154; Zanobini, Guido. *Istituzioni*... cit. p. 154 e 205; Fragola, Umberto, *Manuale*... cit. p. 188.

[67] Giannini, Massimo Severo. *Lezioni*... cit. p. 29; Landi, Guido & Potenza, Giuseppe. *Manuale*... cit. p. 188.

[68] Fragola, Umberto. *Manuale*... cit. p. 188; Landi, Guido & Potenza, Giuseppe. *Manuale*... cit. p. 182; Bozzi, Aldo. *Istituzioni*... cit. p. 320.

primeiro, e a finalidade que informa a conduta do segundo, editando atos ou celebrando contratos.

Se a vontade é irrelevante, no direito administrativo inexiste a respectiva *declaração*, pois não se pode extravasar o que não existe. Declaração do inexistente é declaração vazia e, pois, inócua, inoperante, ineficaz. Ora, o elemento *declaração de vontade* está presente em *todas* as definições do negócio jurídico.

8. Dominus *e* administrator

No direito privado, a relação jurídica concretiza-se em direitos subjetivos, que se revelam no poder da vontade do homem conferido pela ordem jurídica.

A vontade, elemento inerente ao *dominus*, prevalece no campo do direito civil e no do direito comercial. O direito subjetivo vincula os fatos do mundo a um sujeito, de tal modo que somente este, o titular do direito subjetivo, pode dar origem à relação jurídica, em referência ao suporte fático referido.

Em direito civil, só a *voluntas* do *dominus* — e só ela — é causa determinante da passagem de bem imóvel residencial a bem de família, como também do *dominus*, do titular do bem, é que depende a alienação desse mesmo bem.

Não depende, porém, do elemento volitivo do *dominus* a passagem de imóvel, que lhe pertence, à categoria de bem de uso comum ou de bem de uso especial. Depende do interesse público, aquilatado objetivamente pelo administrador.

Se, no direito privado, a razão determinante do *vinculum iuris* é a *voluntas* do *dominus*, no direito administrativo, a *finalidade, fim* ou *interesse público* é a causa determinante do *vinculum iuris*, denominado relação de administração.

Em síntese, no direito privado predomina a *vontade*, no direito administrativo prevalece a *finalidade*. O *dominus* age manifestando ou declarando a vontade, o *administrator* é inspirado na *finalidade*, imantada para o interesse público. (Obs.: todo este parágrafo foi inspirado por duas obras fundamentais do saudoso mestre Rui Cirne Lima.)[69]

Negócio jurídico administrativo é expressão que deve ser reservada, tão-somente, aos contratos de direito privado, celebrados pelo Estado com o particular, acordos em que a administração abdica das prerrogativas públicas que lhe são inerentes, adotando "as vestes do particular, como nos contratos de venda, de locação, de empréstimos, observando-se, porém, que acordo não é ato administrativo,[70] mas contrato de direito privado do Estado, ou negócio de direito privado da administração.

[69] Lima, Rui Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 4. ed. 1964. p. 15, 16, 28, 51-7, 65-90; ———. *Sistema de direito administrativo*. 1953. v. 1, p. 30 e 153.
[70] Fragola, Umberto. *Manuale*... cit. 4. ed. 1949. p. 188.

"Quando a administração age não nas vestes de autoridade, ou seja, em concreto, quando se trata de atividade de organização interna, pode ela praticar atos que, por muitos aspectos, são semelhantes aos negócios, sendo os mais importantes destes os acordos administrativos entre entidades subjetivas públicas."[71]

Mesmo, porém, nos contratos celebrados pela administração, o papel da *vontade*, se atuante, é superado pela idéia matriz da *finalidade*, isto é, do *interesse público*, pois a autoridade age, em nome do Estado, sufocando os próprios sentimentos, minimizando a vontade que deixa de ser autônoma, subsumida à *idéia de fim*.

9. *Conclusão*

Em suma, a expressão *negócio jurídico administrativo, negócio administrativo* ou *ato administrativo negocial* a) é ainda discutida, no campo do direito público, embora aceita, há muito, no campo do direito civil; b) é mencionada por todos os doutrinadores italianos, que a formulam, entretanto, de modo diverso, ao mesmo tempo que exemplificam, na prática, essa figura, de modo não-coincidente; c) é inaplicável a expressão *negócio jurídico* ao ato administrativo, uma vez que neste último a vontade do editor da medida é reduzida a *zero*, pois o que informa o administrador é a idéia da *finalidade*, do *interesse público*, enquanto no negócio jurídico a força-motriz, o elemento determinante da providência é a *voluntas*, o acordo com o particular, pois, sem a anuência deste, inexiste o *negócio;* d) é reservada, por muitos, a expressão *negócio jurídico* apenas para o acordo bilateral da administração com o particular, concretizando-se a operação negocial somente nos acordos em que o Estado, despindo-se de suas *prerrogativas de puissance publique* (ou de *potestade pública),* celebra horizontalmente contratos de direito civil com o particular (compra, venda, locação, permuta, doação, empreitada, fornecimento contínuo ou descontínuo; e) é inaplicável a expressão *negócio jurídico administrativo* ao mero ato administrativo, *stricto sensu*, bem como ao *contrato de direito público*, à concessão (para a exploração de serviço público para o uso privativo de bem público pelo particular), pois os *contratos de direito público* estão submetidos a regras especiais de direito público, *exorbitantes* ou *derrogatórias* do direito comum, imunes, assim, ao elemento volitivo, elemento este de obrigatória presença na conceituação do negócio jurídico.

[71] Giannini, Massimo Severo. *Lezioni*... cit. p. 292-3.