

# ATOS JURÍDICOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO PRATICADOS POR PARTICULARES E DIREITOS FORMATIVOS

ALMIRO DO COUTO E SILVA \*

SUMÁRIO: *Atos da administração. Direitos formativos. Faculdades e direitos subjetivos. Isenções fiscais. Relação de emprego público. Efeitos da lei nova. Preclusão. Conclusão.*

I. É sabido que nem todos os atos contemplados por regras jurídicas de direito administrativo são atos administrativos. A aula que o titular de cargo de magistério profere, as contas feitas pelo tesouro, a informação que o porteiro presta, embora sejam atos praticados por agentes da administração não têm contudo, o caráter de atos administrativos. São simples *Tathandlungen*, atos-fatos jurídicos.

Mas não apenas sobre atos da administração, quer sejam eles atos-fatos ou atos jurídicos propriamente ditos (*Rechtshandlungen*), dos quais o ato administrativo é uma espécie, incidem normas de direito administrativo. Também atos praticados por particulares são por elas tornados juridicamente relevantes. Assim, ainda que desde a crítica de OTTO MAYER à teoria contratualista da relação de emprego público definam-se os atos administrativos como sendo sempre unilaterais, muitas vezes sua eficácia depende de declaração ou manifestação de vontade dos particulares, que os provocam ou lhe dão posterior assentimento. A nomeação de funcionário público, a aposentadoria voluntária, a isenção, licença, autorização ou permissão que a lei subordinou a requerimento (desde que este crie para a administração o dever de isentar, licenciar, autorizar ou permitir, *i.e.*, desde que a medida não seja discricionária) — são exemplos de atos administrativos que precisam da expressão da vontade dos destinatários para adquirir eficácia.

A doutrina alemã, nessas e em outras hipóteses semelhantes, fala em atos administrativos que necessitam da cooperação dos interessados (*mitwirkungsbedürftige Verwaltungsakte*). WALTER JELLINEK, impressionado com

\* Advogado em Pôrto Alegre

a indispensabilidade da exteriorização da vontade dos particulares e entendendo que sua falta implicaria na nulidade do ato, propôs o nome de atos administrativos bilaterais (*zweiseitige Verwaltungsakte*). A designação era equívoca e foi rejeitada, por lembrar, embora êsse não fôsse o sentido que JELLINEK lhe atribuía, a concepção que via na relação de emprêgo e em situações análogas um vínculo nascido do contrato. Muitos, porém, concordam com JELLINEK quanto à nulidade do ato administrativo que necessitava da cooperação do particular e esta não se verificou<sup>1</sup>. O êrro advém de não ter ainda sido traçada, no Direito alemão, precisa linha diferenciadora entre os conceitos de validade e eficácia dos atos jurídicos, qual a realizada, entre nós, por PONTES DE MIRANDA<sup>2</sup>. Não há aí, nulidade do ato, como julgou JELLINEK, nem inexistência, como pensariam os contratualistas, mas mera ineficácia<sup>3</sup>. O ato que nomeia para cargo público pessoa que não quer ser funcionário é ato administrativo, e ato administrativo *válido*, porém *ineficaz* para tornar funcionário a quem não o deseje ser. A liberdade individual é, nesses casos, limite ao poder do Estado. Inversamente, não se permite que funcionário, que nada requereu, seja inativado com base em norma jurídica que instituiu a aposentadoria voluntária ou seja exonerado, se efetivo, sem pedido seu.

Percebe-se, pois, que há situações em que a lei, cumpridos certos requisitos, ou mesmo o simples ato administrativo, coloca os particulares em posição jurídica de poder criar, modificar ou extinguir relação jurídica de direito administrativo através de manifestação ou declaração unilateral de vontade. Expressada a vontade, ou adquire eficácia ato administrativo que ineficazmente já existia (p. ex., ato de nomeação) ou surge para o Estado dever jurídico de exarar ato administrativo (p. ex., ato de aposentadoria ou de exoneração).

Esses poderes que têm os particulares, em certas circunstâncias, de estabelecer, alterar ou pôr termo a relações jurídicas de direito público, não são simples faculdades ou direitos assubjetivados, mas, em verdade, direitos subjetivos. A propósito da posição jurídica em que se situa pessoa nomeada para o cargo público, pergunta RUY CIRNE LIMA se lhe cabe direito. E responde: "Direito adminicular e instrumental, por isso que restrito ao completamento da investidura, mas, indubiamente, direito face à todos os demais indivíduos, em condições idênticas, suscetíveis de igual aspiração; direito em face aos funcionários já constituídos, que êles só, até então, detinham título à faculdade de executar a tarefa estatal; direito, finalmente, exercitável contra o próprio Estado..."<sup>4</sup>

Tais direitos subjetivos são da classe dos direitos formativos. Até agora, na doutrina, não foi mais longamente examinado o conceito de direito

<sup>1</sup> Nesse sentido, FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 1956, p. 189, que alude a *Nichtigkeit* (nulidade) do ato administrativo. Diferentemente, H. J. WOLFF *Verwaltungsrecht*, I, 1958, p. 230, que diz ser o ato administrativo *unwirksam* (ineficaz).

<sup>2</sup> *Tratado de Direito Privado, passim*, mas sobretudo vols. I a VI.

<sup>3</sup> COUTO E SILVA, CLÓVIS V. do, Parecer, in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 64, 1961, p. 294.

<sup>4</sup> *Princípios de direito Administrativo*, 1964, p. 167.

formativo no direito administrativo, apesar de suas implicações serem de irrecusável importância. Isso contrasta, de modo nítido, com a atenção que a pesquisa tem dispensado aos direitos formativos, no direito privado. Talvez por constituírem êsses direitos, quando exercidos, mero complemento de eficácia de atos administrativos, que lhes seriam, em razão disso ou de sua origem estatal, preeminentes, é que se haja gerado a tendência a minimá-los em grau excessivo. De regra referem-se os autores à *cooperação* que os particulares devem prestar, para que certos atos administrativos produzam efeitos. A natureza dessa *cooperação*, e o meio pelo qual ela se efetiva, são, entretanto, problemas sôbre os quais há, ordinariamente, injustificado silêncio.

II. A divisão dos direitos subjetivos em absolutos e relativos, históricamente ligada à classificação romana das ações *in rem* e *in personam*, acrescentou EMIL SECKEL, em 1903, com sua célebre conferência *Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts*, uma terceira categoria, a dos direitos formativos<sup>5</sup>. Antes de SECKEL, e sem a precisão por êste atribuída ao conceito, CROME falara em contra-direitos (*Gegenrechte*), BEKKER em direitos negativos (*negative Rechte*), ZITELMANN em direitos do poder jurídico (*Rechte des rechtlichen Könnens*). O nome de direitos formativos foi inspirado, confessadamente, pela designação *sentenças formativas de direito* (*Rechtsgestaltende Urteile*), sugerida por HELLWIG e aceita pela ciência alemã, para as chamadas sentenças constitutivas<sup>6</sup>.

Define SECKEL o direito formativo, no direito privado, como o direito subjetivo "cujo conteúdo é o poder de formar relações jurídicas concretas, através de negócio jurídico unilateral"<sup>7</sup>. O reparo que a essa definição caberia fazer-se é o de que nem só negócios jurídicos constituem instrumento de exercício de direitos formativos, embora seja o que mais freqüentemente ocorra; também atos jurídicos *stricto sensu* e, em raros casos, até atos-fatos jurídicos desempenham essa função<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> As citações aqui feitas são da ed. especial, Darmstadt, 1954.

<sup>6</sup> SECKEL, *op. cit.*, p. 12.

<sup>7</sup> *idem*, p. 36 e segs.

<sup>8</sup> PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, vol. III, p. 29; vol. XV, p. 39.

Talvez a ciência deva revisar a classificação, como negócio jurídico, de alguns atos de exercício de direitos formativos. Na aceitação de proposta de contrato, p. ex., predominantemente considerada como negócio jurídico, só cabe ao destinatário exteriorizar a vontade de aceitar, decorrendo *ex lege* todos os efeitos do ato. A aceitação parcial ou a aceitação sob condição ou termo tem o significado de nova proposta. Não se abre, portanto, nesse caso, qualquer espaço para que a vontade possa escolher ou determinar os efeitos da aceitação. Essa impossibilidade, a nosso juízo, identifica a aceitação de oferta com os atos jurídicos não negociáveis, em que o elemento volitivo é indispensável (os chamados atos jurídicos *stricto sensu*). No direito de opção, de outra parte, todos os efeitos do ato de exercício estão previstos no negócio jurídico anterior, no qual, precisamente, êsse direito tem causa. Isso torna os atos de exercício do direito de opção, e de outros direitos formativos regrados negocialmente, parecidos, com os atos jurídicos em sentido estrito; parecidos porque, nesta última classe de atos, a eficácia jurídica é, também, predeterminada, só que por lei e não através de negócio jurídico anterior. Aqui é forçoso considerar tais atos como negócios jurídicos, a menos que se alargue o conceito de ato jurídico em senso estrito, com prejuízo de sua precisão.

Dividem-se, por outro lado, os direitos formativos, conforme criem, modifiquem ou extingam relação jurídica, em direitos formativos geradores, modificativos e extintivos. Exemplos de direitos-formativos geradores, no direito privado, são os direitos de apropriação, o direito de opção, o direito de preferência, o direito que tem o destinatário da oferta de, aceitando-a, estabelecer negócio jurídico bilateral; de direitos formativos modificativos, o direito de escolha nas obrigações alternativas, o direito de constituir em mora o devedor ou o credor, mediante interpelação, notificação ou protesto, o direito de estabelecer prazo para a prestação; de direitos formativos extintivos, a denúncia de contrato, a alegação de compensação, o pedido de desquite, o direito à resolução, resilição, rescisão, anulação e decretação de nulidade<sup>9</sup>.

Para que bem se compreenda o conceito de direitos formativos é necessário frisar serem êles, efetivamente, direitos e não simples faculdades. As faculdades cabem a tôdas ou a um número demasiadamente amplo de pessoas, enquanto o direito subjetivo é um *plus*, um poder especial e concreto que se insere na esfera jurídica de alguém e que não é partilhado por todos os demais<sup>10</sup>. O poder de propor contrato é faculdade, o poder de aceitar a proposta é direito formativo gerador; a ocupação de coisa sem dono é faculdade, o poder que tem o arrendatário de formar direito real, pela caça dos animais existentes no campo, é direito formativo gerador.

No direito privado, são singularidades dos direitos formativos<sup>11</sup>:

1. Os direitos formativos ou resultam *ex lege* ou têm origem em negócio jurídico anterior. O direito de opção, p. ex., nasce negocialmente; o direito de alegar compensação deriva da lei.

2. Os direitos formativos consomem-se ao serem exercidos. Estreitamente ligada com a consumação dos direitos formativos está a irrevogabilidade da manifestação ou declaração de vontade que, de regra, lhes serve de meio de exercício. Assim, a eficácia produzida pelo direito formativo, ao ser exercitado, só pode ser desfeita com a cooperação do outro termo da relação jurídica.

3. Diversamente do que ocorre com os outros direitos subjetivos, aos direitos formativos não correspondem deveres. Nem mesmo é de admitir-se a existência de dever de tolerar o exercício de direito formativo. Como adverte VON THUR, dever de tolerância só tem quem pode contrapor-se a ato de outrem, mas não está, juridicamente, autorizado a isso. Não há dever de tolerância com relação ao que de nenhum modo se pode evitar<sup>12</sup>. Com pertinência ao exercício dos direitos formativos, como êsse exercício se traduz em ato unilateral, há apenas submissão pura e simples aos efeitos que dêle

<sup>9</sup> PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, vol. V, p. 242/3 e 313; VON THUR, *Der Allgemeine Teil*, I, Berlim, p. 162 e segs.; SECKEL, *op. cit.*, p. 14, notas 22, 23 e 24.

<sup>10</sup> SECKEL, *op. cit.*, p. 14.

<sup>11</sup> *idem*, p. 36 e segs.

<sup>12</sup> *op. cit.*, p. 105.

se irradiam, por parte do outro termo da relação jurídica. De resto, os direitos formativos podem ser causa — vale dizer, podem estar antes de relação jurídica, a que, precisamente, dão origem, como acontece com os direitos formativos geradores. Resulta, assim, fácil de entender que os direitos formativos não encontrem correlação em deveres.

A doutrina alemã estabeleceu a distinção entre *Pflicht* (dever) e *Bindung* (vinculação). O proponente está vinculado, juridicamente, à proposta que fez; está exposto a que o destinatário a aceite, sem que haja, contudo, dever jurídico de tolerar a aceitação<sup>13</sup>.

4. Se as pessoas, contra as quais se dirigem os direitos formativos, não têm deveres jurídicos, não têm, por igual, obrigação. Com isso se diz, também, que os direitos formativos são desprovidos de pretensão. Só a direitos formados se ligam pretensões. Da inexistência de pretensão decorre a importante conseqüência de que os direitos formativos não podem ser atingidos pela prescrição. Aliás, direitos não prescrevem, precluem; apenas pretensões são neutralizáveis pela prescrição.

O prazo preclusivo dos direitos formativos, no direito privado, ou é determinado pela lei (p. ex., prazo para o retrato na retrovenda — *Código Civil*, art. 1.141 — se as partes não convencionaram prazo menor) ou em negócio jurídico (p. ex., prazo para o exercício do direito de opção). Daí se tira que, em oposição aos prazos prescricionais, que só a lei determina, os prazos preclusivos dos direitos formativos — e exclusivamente desta classe de direitos subjetivos — podem ser negocialmente fixados. Por vêzes, até, êsse prazo determina-se através de exercício de direito formativo de que é titular a outra parte, como se dá nas obrigações alternativas quando o devedor não efetua a escolha que lhe cabe realizar, se nada se convencionou em contrário (*C.P.C.*, art. 900).

5. Por último, no direito privado, o exercício dos direitos formativos às vêzes opera, *per se*, a criação, modificação ou extinção de relação jurídica; as vêzes, entretanto, necessita de que a êle se junte outro ato, geralmente ato estatal, para produzir êsse resultado. O simples pedido de desquite não tem, por si só, a fôrça de dissolver a sociedade conjugal, o que só por sentença se consuma.

Do mesmo modo, a anulação ou rescisão de ato jurídico pressupõem além do exercício de direito formativo extintivo, decisão judiciária. O pedido de transcrição, no Registro de Imóveis, é, também, exercício de direito formativo gerador: de direito a formar direito real. Apenas com a transcrição, que é ato de direito público, efetiva-se a transmissão de domínio.

III. Assinalou SECKEL que o conceito de direito formativo não se adscrive só ao direito privado, tendo, até, um papel maior a desempenhar no campo

<sup>13</sup> VON THUR, *op. cit.*, p. 170. BÖTTICHER, Eduard (*Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht*, Berlim, 1964, p. 8) vê, em tais situações, uma relação de sujeição (*Subjektionsverhältnis*), que torna o exercício dos direitos formativos, no direito privado, semelhante ao ato administrativo.

do direito público<sup>14</sup>. Para que sua definição de direitos formativos se adaptasse a essa outra área, sugeriu que se substituísse o negócio jurídico pelo ato estatal, como meio de exercício dos direitos formativos de direito público<sup>15</sup>. Vê-se, assim, que SECKEL considerava mais importantes os direitos formativos que tem o Estado com relação aos indivíduos, do que os que estes possuem contra aquêle. Tal entendimento talvez induzisse a crer que o poder de desapropriar ou de efetuar requisições, nas circunstâncias constitucionalmente previstas — para ficar apenas em dois exemplos — fôsse direito formativo, de que o Estado seria titular.

Impõe-se, aqui, que se torne a insistir na distinção entre faculdade e direito subjetivo. O conceito de direito subjetivo serve enquanto explica a diferenciação de poderes jurídicos que têm as pessoas, em situações determinadas. Os direitos subjetivos são círculos menores traçados dentro do círculo das faculdades. O poder concreto que nasceu em favor de alguém é sempre diverso dos poderes que os outros possuem. A noção de direito subjetivo surpreende essa diversidade de poderes concretos; atenta ao momento em que uma vantagem especial se acrescenta, se individualiza, no patrimônio jurídico. Não deriva o direito subjetivo exclusivamente da norma, nem só de fato é um poder concreto e determinado, porque êle é efeito de fato jurídico. Não deriva o direito subjetivo exclusivamente da norma, nem só de fato do mundo natural, mas da união de norma e fato ou, melhor, da incidência da norma jurídica sôbre o fato<sup>16</sup>. Ora, os fatos são sempre concretos e, ao ingressarem no mundo jurídico, geram, também, relações jurídicas concretas. O direito de propriedade, encarado abstratamente, é só direito objetivo. O direito de propriedade que X tem sôbre a casa Y é um poder concreto, que resultou da incidência de regra de direito objetivo sôbre determinada situação da vida. Como essas situações são distintas umas das outras, a cada incidência do direito objetivo, que é sempre igual para todos, diversificam-se os direitos, particularizando-se ou subjetivando-se.

Diferenciam-se, portanto, os direitos subjetivos das faculdades, por serem poderes que já surgem especializados, como vantagens concretas inseridas em relações jurídicas igualmente concretas ou determinadas. As faculdades, diversamente, só ao serem postas *in actu* que se especializam. Antes disso são poderes genéricos de propor contrato; o Estado tem o poder genérico de desapropriar. Ambos êsses poderes são, pois, faculdades e não direitos subjetivos.

Por certo, ao lado das inúmeras faculdades que possui, é o Estado ainda titular de direitos subjetivos com relação aos *singuli*. Muitos dêsses direitos são direitos formativos. Dentro dessa categoria, p. ex., classifica-se o direito de exonerar determinado funcionário, ou de removê-lo, transferi-lo ou demiti-lo.

<sup>14</sup> *op. cit.*, p. 13.

<sup>15</sup> *op. cit.*, p. 13, nota 20.

<sup>16</sup> PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, VI, *passim*.

Entretanto, a conceituação desses direitos subjetivos do Estado, como direitos formativos, ao contrário do que deixou entrever SECKEL, não parece ter a mesma importância, na solução de problemas práticos, do que a caracterização, também como direitos formativos, de certos atos praticados por particulares, na esfera do direito administrativo.

Tais atos jurídicos de direito público, realizados por particulares, que se subsumem no quadro dogmático dos direitos formativos, não adquirem, à sua vez, exclusivamente no campo dos contratos de direito público (onde, aliás, se submetem aos mesmos princípios que regem os direitos formativos, do direito privado), mas têm especial significação naqueles atos administrativos que necessitam da cooperação dos particulares para adquirirem eficácia. A cooperação prestada pelos indivíduos, nesses casos, constitui, sempre, exercício de direito formativo.

Essa cooperação efetiva-se, em verdade, invariavelmente, através de manifestação ou declaração unilateral de vontade, que tem o efeito de, a) ou criar, modificar ou extinguir, desde logo, relação jurídica de direito administrativo ou, b) fazer nascer para o Estado dever de exarar ato administrativo pelo qual se cria, se modifica ou se extingue relação jurídica de direito administrativo.

A aceitação de nomeação cria, de imediato, a relação jurídica de emprego público. O direito formativo gerador nasce com o ato administrativo de nomeação. O ato administrativo, nessa hipótese, coloca o interessado em posição jurídica de poder criar, por exteriorização unilateral de sua vontade, vínculo funcional com o Estado. O pedido de aposentadoria, que é exercício de direito formativo modificativo, não altera, por si, a relação jurídica existente entre o funcionário e o Estado, mas tão somente dá origem ao direito a aposentar-se (os direitos formativos são direitos a formar direitos!) a que se contrapõe o dever da administração de aposentar. A modificação da relação jurídica, em tal caso, só se opera com o ato administrativo que concede a aposentadoria pleiteada.

Do mesmo modo como os direitos formativos, no direito privado, os direitos formativos, no direito público, podem ser geradores, modificativos ou extintivos, conforme o resultado que o seu exercício produz, criando, modificando ou extinguindo relação jurídica ou constituindo para o Estado dever de criar, modificar ou extinguir relação jurídica.

Constituem exemplos de direitos formativos geradores, no direito administrativo, o direito a inscrever-se em concurso público, o direito a apresentar proposta em concorrência pública, o direito a aceitar nomeação para cargo público, o direito a postular reintegração em cargo público (Lei n.º 1.711, art. 58, § 2.º), o direito a ser reenquadrado quando lei, ao reorganizar os serviços, possibilita alteração das posições funcionais, mediante requerimentos dos interessados. Com relação ao direito de inscrever-se em concurso público e de apresentar propostas em concorrência pública, trata-se inquestionavelmente de direito, e não de mera faculdade. A publicação do

edital é que dá causa a êsse direito, fazendo surgir uma vantagem concreta para tôdas as pessoas que preenchem os requisitos legais para a inscrição no concurso. A abertura do certame, esta sim é faculdade que tem o Estado.

São igualmente direitos formativos geradores os direitos a requerer licenças, autorizações ou permissões, quando seu deferimento é dever da administração e não simples poder.

As vedações ou proibições administrativas são de duas espécies, preventivas e repressivas. No primeiro caso, a lei não torna, juridicamente impossível o exercício de determinada atividade, mas apenas a submete a contrôle estatal. Cabe assim aos interessados requererem licença, autorização ou permissão para desempenhá-la, apresentando, de regra, com o pedido, prova da implementação dos requisitos exigidos. Falam os alemães nessas hipóteses, em *proibição geral com reserva de licença* (*generelles Verbot mit Erlaubnisvorbehalt*)<sup>17</sup>. Normalmente, os particulares que preenchem as condições legais têm, aqui, direito formativo gerador a pleitear a licença, autorização ou permissão. É o que ocorre, entre outros inúmeros exemplos, com as licenças para construir ou habitar prédio construído (o chamado *habite-se*) e com as licenças de importação e exportação que os comerciantes, inscritos como importadores ou exportadores, podem requerer e têm direito a que sejam concedidas, dentro dos limites da lei.

O ato administrativo que concede tais medidas é, a seu turno, ato vinculado à lei, e não ato discricionário.

No segundo caso, de vedações repressivas, certas atividades são, desde logo, proibidas, levantando-se, entretanto, em situações especiais, quando oportuno ou conveniente ao interesse público, a proibição (*Verbot mit Dispensationsmöglichkeit*)<sup>18</sup>. O ato administrativo de dispensa é, nesta hipótese, geralmente discricionário.

Os direitos formativos geradores de pedir licença, autorização ou permissão têm significado especial no direito administrativo da economia, que sujeita à fiscalização ou contrôle estatal inúmeras atividades dos indivíduos, ligadas à política creditícia, de investimentos, de divisas, antitruste, de exportação e importação, de minérios, de preços, etc.

No direito tributário, estreitamente vinculado com o direito administrativo, as espécies mais importantes de direitos formativos são as isenções, quando a lei as faz depender de requerimento. O pedido de isenção não é, porém, como à primeira vista poderia parecer, exercício de direito formativo gerador, mas sim direito formativo extintivo. Formulado o requerimento, e estando observadas as exigências legais, forma-se o direito à isenção e o dever do Estado de isentar. Com o ato administrativo concessivo da isenção, extingue-se a relação jurídica de direito tributário, desaparecendo, por consequência, os direitos de crédito, pretensões e ações do Estado e os deveres

<sup>17</sup> HUBER, Ernest Rudolf, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, I, Tübingen, 1953, p. 7 e 696 e segs. — Veja-se, LIMA, Ruy Cirne, *op. cit.*, p. 113 e segs.

<sup>18</sup> cf. HUBER, *op. cit.*, p. 71, nota 12.

e obrigações do contribuinte<sup>19</sup>. Porque o pedido de isenção é direito formativo extintivo é que se torna possível a repetição do tributo de que se fôra declarado isento, e pago por equívoco, o que não ocorreria tratando-se de exceção<sup>20</sup>.

Os direitos formativos modificativos são mais facilmente verificáveis na relação de emprêgo público. A essa classe pertencem-se os direitos a pedir licença para tratamento de saúde, licença a gestante, a funcionária casada, quando o marido fôr mandado servir, *ex officio*, em outro ponto do território nacional ou no estrangeiro, licença especial ou licença prêmio (Lei n.º 1.711, arts. 97, 107, 115, 116), pois, em todos êsses casos observados os requisitos legais, o pedido do funcionário cria, para a administração, o dever de conceder a licença, ficando suspensos, de outra parte, os deveres de assiduidade e de comparecimento ao trabalho, que ordinariamente tem o funcionário. Tais licenças alteram, portanto, a relação de emprêgo público: sem que haja, durante o tempo de sua duração, prestação de trabalho, subsiste o dever do Estado à prestação patrimonial.

Direito formativo modificativo é, ainda, o que tem a pessoa provida em cargo público de prorrogar, por mais trinta dias, o prazo para a posse (Lei n.º 1.711, art. 27 e parágrafo único). Pode-se, também, considerar como direito formativo modificativo, pelas alterações que produz no tratamento pecuniário, o direito a pedir salário-família (Lei n.º 1.711, art. 138).

Direito formativo extintivo, por excelência, é o direito a pedir exoneração de cargo público. É de indagar-se se o direito a requerer aposentadoria é direito formativo extintivo ou meramente modificativo. A questão está em saber se o ato administrativo de aposentadoria corta a relação de emprêgo público ou simplesmente a altera. A aposentadoria não cinde a relação jurídica<sup>21</sup>. Por ela há a dispensa dos deveres do funcionário de comparecer ao serviço e de desempenhar as atribuições do cargo, sem que desapareçam os deveres do Estado de dar-lhe prestação patrimonial, sob o nome de proventos. Persistem, entre'anto, para o inativo, além de certos deveres de fidelidade ao Estado, insitos à relação de emprêgo público, como, p. ex., o de

<sup>19</sup> BECKER, Alfredo Augusto (*Teoria Geral do Direito Tributário*, São Paulo, 1963, p. 276/7) sustenta que a regra jurídica de isenção impede o surgimento de relação jurídica tributária, criticando entendimento dominante, segundo o qual "na isenção o tributo é devido, porque existe a obrigação, mas a lei dispensa o seu pagamento" (GOMES DE SOUZA, Rubens, *Compêndio de Legislação Tributária*, Rio, 1960, p. 75, cf. BECKER, *op. cit.*, p. 276). A observação de ALFREDO AUGUSTO BECKER é procedente só para aquêles casos em que a isenção prescinde de requerimento do interessado. Então é claro que não se pode falar em existência de relação tributária, pois a lei mesma exclui possibilidade de constituir-se relação dessa natureza. Nos casos, porém, em que a isenção depende de requerimento, há relação jurídica de direito tributário, mas a lei concede ao contribuinte o direito de extinguir tal relação, através de declaração unilateral de vontade; pelo exercício, portanto, de direito formativo extintivo.

<sup>20</sup> Sobre a diferença entre direito formativo e exceção, SECKEL, *op. cit.*, p. 19, mas, sobretudo, PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, vol. V, p. 309 e segs.

<sup>21</sup> WOLFF, H. J. *op. cit.* II, p. 357; Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, *Revista Jurídica*, vol. 11 (1954), p. 120/1).

não revelar segredos ligados ao cargo que titulava, também os de não aceitar, ilegalmente, cargo ou função pública, ou representação de Estado estrangeiro sem, nesta última hipótese, prévia autorização do Presidente da República, e de não praticar a usura em qualquer de suas formas (Lei n.º 1.711, art. 212). O direito a requerer aposentadoria é portanto, direito formativo modificativo.

Contrariamente, a opção que cabe ao funcionário, nos casos de acumulação proibida, verificada em processo administrativo em que ficou provada sua boa fé (Lei n.º 1.711, art. 193) é direito formativo extintivo. Certa compulsão, que aí é inegável, não desnatura o direito formativo<sup>22</sup>.

Exercida a opção, extingue-se uma das relações jurídicas de direito público, que prendia o funcionário ao Estado.

IV. Não se explica, porém, o exame dos direitos formativos no direito público em geral, e no direito administrativo em especial, pela circunstância meramente externa de surgirem êles, nessa área, em número muitíssimo maior do que o verificado no direito privado, como sobretudo se impõe a análise pela significativa razão de assumirem os direitos formativos, no direito público, características em muitos pontos diversas das que a doutrina fixou para essa classe de direitos, assim como se apresentam no campo do direito privado.

1. Enquanto os direitos formativos, no direito privado, têm origem sempre em lei ou em negócio jurídico anterior, os direitos formativos, no direito público, nascem *ope legis* ou de ato administrativo. O direito formativo modificado de requerer aposentadoria, p. ex., surge ao se implementarem os requisitos estabelecidos em lei; o direito formativo gerador de aceitar nomeação constitui-se, precisamente, com o ato administrativo de nomeação.

2. No direito privado, o meio de exercício dos direitos formativos pode ser ato jurídico *stricto sensu* e mesmo ato-fato jurídico, embora o negócio jurídico seja o instrumento normal. No direito administrativo não há, ou pelo menos dificilmente poderá haver, hipótese de exercício de direito formativo através de ato-fato jurídico.

De outro lado, os atos jurídicos *stricto sensu* são, freqüentemente, no direito administrativo, a via pela qual se exercitam os direitos formativos. Pense-se na aceitação de nomeação, nos pedidos de aposentadoria, de inscrição em concurso, de exoneração, de isenção — para nos restringirmos apenas a algumas hipóteses importantes. Em todos êsses casos, o interessado, através da exteriorização de sua vontade, não pode escolher ou predeterminar os efeitos do ato jurídico, que são só os fixados em lei. Não se admite, p. ex., que tais atos sejam praticados sob condição ou termo. A impossibilidade de fazer com que a vontade, entrando no mundo jurídico, produza os efeitos pretendidos, que não sejam os efeitos da lei, impõe que se afaste a idéia de negócio jurídico. As manifestações e declarações de vontade tomam, nessas circunstâncias, claramente a feição de atos jurídicos *stricto sensu*.

<sup>22</sup> SECKEL, *op. cit.*, p. 47.

Em certos pedidos de licença, autorização ou permissão, quando os particulares, dentro dos limites legais, podem, de certo modo, eleger os termos em que a medida deverá ser concedida (geralmente só o prazo de sua duração), há negócio jurídico. Nota-se, no entanto, que esta categoria de atos jurídicos não possui o mesmo relêvo que lhe é reconhecido no direito privado, como exercício de direitos formativos, cedendo passo, na órbita do direito administrativo, aos atos jurídicos *stricto sensu*.

3. No direito privado, os direitos formativos que não necessitam, para criar, modificar ou extinguir relações jurídicas, que ao ato de seu exercício se junte outro ato jurídico, de regra estatal, são em número maior dos que exigem, para êsse efeito, ato ulterior. No direito administrativo, como o exercício dos direitos formativos que cabem aos particulares apenas expressa a *cooperação* indispensável à atribuição de eficácia ao ato administrativo, é claro que a manifestação ou declaração unilateral de vontade dos indivíduos não é, por si só, suficiente para criar, modificar ou extinguir relação jurídica de direito administrativo. Além dessas manifestações ou declarações de vontade é preciso, ainda, que haja ato administrativo, anterior ou posterior.

Deve-se, neste ponto, entretanto, fazer uma distinção. Quando o ato administrativo é anterior ao exercício do direito formativo, mas não prescinde dêsse exercício para sua eficácia, é o ato administrativo, em geral, a causa do direito formativo. Já vimos que essa é a hipótese da nomeação para cargo público, ato administrativo que dá origem ao direito formativo gerador de aceitar a nomeação. Em tal caso, o ato administrativo coloca a pessoa nomeada em posição jurídica (KOHLER) de, exteriorizando vontade, fazer nascer a relação jurídica de emprêgo público. Essa situação guarda simetria, no direito privado, com aquelas em que o direito formativo resulta de negócio jurídico, como o direito a formar contrato, pela aceitação da proposta.

A semelhança levou a vislumbrar-se, por muito tempo, até OTTO MAYER, na relação de emprêgo público um vínculo de natureza contratual, constituído através dos típicos elementos da proposta e aceitação. Com OTTO MAYER, o ato de investidura em cargo público passou a ser considerado, como todos os demais atos administrativos, ato unilateral. Em outras palavras, a mudança da concepção deslocou a aceitação, do plano dos requisitos de *existência* de ato administrativo para o plano dos requisitos de *eficácia*.

O ato de nomeação, antes de aceita a investidura pelo destinatário, é ato administrativo, que tem o efeito único de criar direito formativo gerador, mas que é ineficaz para estabelecer a relação funcional. Basta, porém, a exteriorização, em forma própria, da vontade do nomeado, para que o ato administrativo adquira tôda sua eficácia.

Diversa é a hipótese em que o direito formativo, embora exercido, necessita de ato administrativo ulterior, para que todos os seus fins sejam alcançados.

Nos pedidos de autorização, permissão, licença ou isenção, é indispensável que ao requerimento se siga o ato administrativo que licencie, autorize, permita ou isente. O pedido, se implementadas estiverem tôdas as

exigências impostas em lei, cria, apenas, para a administração, o *dever jurídico* de exarar a medida, mas, antes que essa se realize, não há ainda licença, autorização, permissão ou isenção. Idêntico é o caso do pedido de aposentadoria ou de exoneração. Requerida a aposentadoria ou exoneração, a partir da data em que o requerimento chegue ao conhecimento da administração, surge para esta o dever de aposentar ou exonerar, mas o funcionário só estará aposentado ou exonerado quando fôr lavrado o ato administrativo respectivo <sup>23</sup>.

4. Quando o exercício do direito formativo apenas gera o dever do Estado de exarar ato administrativo, admite-se a revogação da manifestação ou declaração de vontade pela qual se exercitou o direito, desde que ainda não exista o ato administrativo <sup>24</sup>. Quem, por exemplo, requereu certa autorização ou pediu aposentadoria, antes do ato concessivo do pedido, pode revogar a sua declaração de vontade. Neste ponto distinguem-se os direitos formativos, do direito administrativo, daqueles do direito privado. Os direitos formativos, no direito privado, uma vez exercitados, consomem-se e são, em consequência, irrevogáveis os atos pelos quais foram êles exercidos. Para que desapareçam os efeitos jurídicos produzidos pelo exercício dos direitos formativos e sejam êstes direitos restabelecidos, é indispensável a co-opeção do outro termo da relação jurídica; geralmente, é indispensável negócio jurídico bilateral. No direito administrativo, nas hipóteses em exame, a revolução da manifestação ou declaração de vontade faz reviver o direito formativo, sem que haja necessidade de qualquer ato da administração.

Poder-se-ia pensar, entretanto, que não se trataria, pròpriamente de revogação, mas sim de renúncia ao direito formado. Se assim se entendesse, não se compreenderia, porém, como a renúncia ao direito formado pelo exercício do direito formativo implicaria no renascimento dêste. De resto, há certos direitos, como o direito à aposentadoria, que são irrenunciáveis. O funcionário que, depois de haver requerido aposentadoria, e antes de ter sido a mesma concedida, pede que seu requerimento não seja considerado, não renuncia ao direito a aposentar-se, mas simplesmente revoga a declaração de vontade anterior. O requerimento, por si só, em tais situações, não cria vinculação jurídica para quem o formulou. O requerente não está obrigado a mantê-lo. Êle pode revogar sua declaração de vontade, desde que a revogação chegue ao conhecimento da administração antes de lavrado o ato administrativo.

5. Quer nos casos em que o direito formativo é anterior ao ato administrativo, quer naqueles em que lhe é posterior, surgem problemas de deli-cada solução, ligados ao direito intertemporal.

<sup>23</sup> Esgotados os prazos legais para o exame do pedido pela administração, sem que tenha êle merecido despacho, pode o interessado recorrer ao Judiciário, até pela im-peção de mandado de segurança, para compêlir a autoridade competente a exarar o ato administrativo.

<sup>24</sup> WOLFF, H. J. *op. cit.*, I, p. 231.

Suponha-se essa hipótese: depois do ato administrativo de nomeação e antes do exercício do direito formativo gerador de aceitar a nomeação, foi editada lei extinguindo o cargo no qual se dera o provimento. Ou esta outra: vigorava lei que permitia aposentadoria aos trinta anos de serviço. Certo funcionário preenchia tal requisito, mas não havia ainda postulado a aposentadoria quando entrou em vigor lei que dilatou para trinta e cinco anos o tempo de serviço necessário à aposentadoria voluntária. E ainda uma terceira: depois de formulado pedido de autorização e antes de ser a mesma concedida, veio lei nova proibindo autorizações do tipo da requerida.

Até agora a doutrina não se deteve na análise das questões que o direito intertemporal suscita, em tema de direitos formativos. Talvez a matéria não tenha merecido a atenção de SECKEL, em virtude da estabilidade maior que tem o direito privado, se comparado com o direito público, constitucional ou administrativo<sup>25</sup>.

Entretanto, algumas características dos direitos formativos, doutrinariamente reconhecidos, servem de auxílio para responder a essas indagações. Possuindo os direitos formativos a natureza de direitos a que não correspondem deveres nem obrigações, por serem, também, despidos de pretensão, não seria admissível que criassem uma sujeição por tempo indefinido, para a pessoa contra a qual se dirigissem. Os direitos formativos foram já chamados de direito potestativos ou de direitos do poder jurídico, exatamente porque a criação, modificação ou extinção da relação jurídica depende de ato unilateral do seu titular. O nascimento, ou não, do direito formado, a que corresponderão deveres do termo passivo da relação jurídica, está, assim subordinado à vontade do titular de direito formativo. Manifestada ou declarada essa vontade, vale dizer, exercido o direito formativo, nesse momento é que se constituirão os deveres para a outra parte. Antes disso, fica esta apenas sujeita ou exposta a que o exercício do direito formativo faça gerar, para ela, deveres jurídicos, semelhantemente ao que ocorre com o proponente antes da aceitação da proposta.

Essas peculiaridades dos direitos formativos fazem compreensível que o transcurso do tempo, associado à inação do titular do direito formativo, possa atingir a êsse mesmo direito, extinguindo-o, já pela preclusão, já porque seus fins foram alcançados por outros meios, já ainda porque êsses fins se tornaram impossíveis<sup>26</sup>. Aliás, com relação a êsse último modo de extinção dos direitos formativos, sinalou SECKEL<sup>27</sup> que, como as obrigações, se destinam sempre os direitos formativos a um fim: são direitos finalísticos (*Zweckrechte*). Tais fins podem tornar-se impossíveis. Se isso ocorrer, antes de exercido o direito formativo, importará na extinção do direito. Assim, falecendo o cônjuge, desaparece o direito formativo extintivo de pedir des-

<sup>25</sup> É célebre a frase de OTTO MAYER: *Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht*. Mas, apesar do direito administrativo ser menos sujeito a alterações do que o direito constitucional, é êle ainda muito mais mutável do que o direito privado.

<sup>26</sup> SECKEL, *op. cit.*, p. 36 e segs.

<sup>27</sup> *op. cit.*, p. 41.

quite, como perecendo ambos os objetos, nas obrigações alternativas, ou mesmo um só dêles, extingue-se o direito formativo modificativo de escolha<sup>28</sup>. Cuida-se, na sua linguagem, de “impossibilidade ulterior da formação (*nachträgliche Unmöglichkeit der Gestaltung*)”<sup>29</sup>.

Cresce, todavia, a complexidade da questão, quando a *impossibilidade ulterior da formação* — formação a que tendem os direitos formativos — não decorre de modificações fácticas, mas alterações introduzidas no próprio ordenamento jurídico, em virtude de lei nova que abrogou lei anterior.

Ainda nesta hipótese, se o direito formativo não fôra exercido, quando editada a lei nova, esta implica em sua extinção. Há de se entender, porém, que a força extintiva da lei nova sobre os direitos formativos não opera em via direta, mas por modo reflexo. A lei nova, a rigor, impede o nascimento do direito formado, que é o fim do direito formativo. Antes do exercício do direito formativo, como é óbvio, não há o direito formado, de sorte que a lei nova, impedindo o nascimento dêste, acarreta o desaparecimento daquele, por tornar impossível o seu fim.

Dir-se-á, talvez, em objeção, que os direitos adquiridos são constitucionalmente protegidos contra a eficácia retroativa da lei, quer essa eficácia se produza *in modo recto* ou *in modo obliquo*. Se os direitos formativos são espécies de direitos subjetivos que, ao nascerem qualificam-se desde logo como adquiridos, a lei nova não os poderia alcançar. Seria de reconhecer-se, pois, que a lei nova, existindo direito formativo, não teria jamais o efeito de impedir o nascimento do direito formado, ao exercer-se já estando ela em vigor, o direito formativo.

Verifiquemos, porém, a procedência dêsse argumento em hipótese que pode surgir concretamente. Imagine-se que a lei haja instituído uma isenção de tributo, dependente de requerimento. Suponha-se, ainda, que posteriormente outra lei extinguiu tal isenção. Poderia o contribuinte que no antigo regime nada requereu, embora tivesse direito a isso, vir reclamar o benefício, já ao tempo da lei nova, alegando ser titular de direito subjetivo à isenção, durante o prazo em que esta vigorou? A resposta é manifestamente negativa. O dever do Estado de isentar e o direito subjetivo do contribuinte à isenção só se constituem com o requerimento, uma vez que estejam preenchidos os requisitos legalmente determinados. O requerimento não tem, se a contrário não estabeleceu a lei, eficácia *ex tunc*, mas apenas *ex nunc*, como aliás ordinariamente ocorre com os atos de exercício de direitos formativos. Não havendo o contribuinte exercitado o direito formativo, não se gerou, também, o dever jurídico da administração de outorgar-lhe a vantagem, a qual, com a lei nova, tornou-se juridicamente impossível.

Ressalta nessa situação, de forma nítida, que a proteção que a Constituição garante ao direito adquirido, contra a eficácia retroativa da lei, explica-se, sobretudo, pelo lado dos deveres que geralmente lhe correspondem. Ao resguardarem-se deveres jurídicos, resguardam-se, por igual, os direitos adqui-

<sup>28</sup> *op. cit.* p. 43.

<sup>29</sup> *op. cit.*, p. 43.

ridos que a êles se vinculam. Todavia, só direitos formados têm correlação em deveres. Os direitos a formar direitos, quais os direitos formativos, não apresentando essa peculiaridade, podem ter a consecução dos seus objetivos frustrada por lei nova que veio impossibilitar a formação a que se endereçavam, obstaculizando o nascimento do direito que nasceria com o seu exercício.

A idéia de que o princípio da irretroatividade das leis mais se afirma pela manutenção de deveres jurídicos do que, pròpriamente, pela existência de direito adquirido, nada tem de nova ou de insólita. Basta recordar que a regra ética que justifica o princípio da irretroatividade das leis, com pertinência ao *ius quaesitum*, é a da proteção à *fides*<sup>30</sup>. *Fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantis et veritas*, afirmava CÍCERO<sup>31</sup>. A preservação da palavra empenhada, do *fit quod dicitur*, em que consiste a *fides*, não é outra coisa do que a subsistência dos deveres assumidos. A lei nova, quando desconhece êsses deveres e os elimina, torna-se injusta, porque com isso fraudava a confiança que o titular do direito adquirido tinha na sua realização e infirma a crença de que a outra parte procederá como se comprometera. Essa confiança ou essa crença não dizem respeito, porém, exclusivamente, ao comportamento do têrmo passivo da relação jurídica, mas se endereçam, igualmente, ao Estado, que não há de intervir para, alterando as regras jurídicas por êle editadas, alterar também direitos e deveres já constituídos.

Ora, como os direitos formativos não têm correspectividade em deveres jurídicos, ao impossibilitar a lei nova a formação a que se destinam, em pouco ou nada lesa a noção de *fides*.

A lei nova não faz mais do que libertar a quem estava exposto a ter deveres, se eventualmente fôsse exercitado o direito formativo, dessa situação de sujeição.

Assim, na hipótese de antes do funcionário aceitar a nomeação ser editada lei extinguindo o cargo, ou na hipótese de lei nova dilatar o tem-

<sup>30</sup> Sobre os pressupostos axiológicos do princípio da irretroatividade das leis, veja-se, por último, BROGGNI, *La Retroattività della Legge nella Prospettiva Rommanistica*, in *Coelectanea*, Milão, 1966, p. 343 e segs.

<sup>31</sup> *De Officiis* I, 7.23. Quanto ao direito romano, agudamente observou FRITZ SCHULZ: "*The exclusion too of the retroactivity of a legal rule, whether it rests on an edict, a lex, or a senatus consultum, or an imperial decree, is a postulate attributable to fides. The creator of a rule must keep his word; one must be able to rely on the law as it is, the legal consequences of one's act must be predictable. A new legal rule, therefore, must never be applied to events which occurred under the old law; it is applicable only to events happening post hanc legem rogatum.*" (*Principles of Roman Law*, Oxford, 1956, p. 230). A idéia reaparece, ainda que de modo implícito, em BALDO (*Ad. Dig. 1, 1.9*): "*Statuto cavetur quod qui venit ad habitandum in tali castro habeat immunitatem perpetuo. Quidam venerunt. Nunc civitas vult revocare statutum et vult ne ille gaudeant immunitate. Certe in praeiudicium eorum qui iam venerunt, non potest revocari; secus in his quo nondum venerunt. Nam discum statutum transiit in contractum vel quasi contractum, do ut facies vel facio ut facias, id est: concedo tibi immunitatem ut venias; si aliquis venerunt ex utraque parte perfectus est contractus it ideo non est locus penitentiae. Se antequam veniant sic*". Cf. BROGGNI, *op. cit.*, p. 406.

po de serviço exigido para a aposentadoria voluntária, sem que o funcionário que já era titular de direito formativo o tivesse exercitado, êsses direitos formativos, de aceitar nomeação e de pleitear aposentadoria, extinguem-se, em virtude de impossibilidade jurídica superveniente, de serem conseguidos os fins a que tendiam<sup>32</sup>.

<sup>32</sup> Diante dêsses pressupostos, é absolutamente correto o que está declarado na Súmula 359, do Supremo Tribunal Federal: "Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários, inclusive a apresentação do requerimento, quando a inatividade fôr voluntária". Variando-se os termos, aí se diz que antes do exercício do direito formado, a essa mesma aposentadoria, nem há, por consequência, dever jurídico da administração de aposentar. De modo que, se nova lei estabelecer requisitos mais rigorosos, o direito formativo de que era titular o funcionário extingue-se, por impossibilidade do fim a que destinava.

Denunciadora das dificuldades que os direitos formativos dão causa, na área do direito intertemporal, é a orientação posteriormente adotada pelo Supremo Tribunal Federal, em clara divergência com o consignado na Súmula 356. Por voto de desempate do Ministro Presidente, ao decidir-se o recurso de mandado de segurança n.º 11.395, predominou o seguinte entendimento, expresso na *ementa* do acórdão: "Se, na vigência de lei anterior, o impetrante preencherá todos os requisitos exigidos, o fato de, na sua vigência, não haver requerido a aposentadoria, não o faz perder o seu direito, que já estava adquirido. Um direito já adquirido não se pode transmutar em expectativa de direito, só porque o titular preferiu continuar trabalhando e não requerer a aposentadoria antes de revogada a lei em cuja vigência ocorrera a aquisição do direito. Expectativa de direito é algo que antecede à sua aquisição; e não pode ser posterior a esta. Uma coisa é a aquisição do direito; outra diversa é o seu uso ou exercício. Não devem as duas ser confundidas. (RTJ, vol. 33, p. 255). O equívoco está em não se haver percebido que o direito a requerer aposentadoria voluntária é direito formativo, ou seja, direito a formar direito, por ato unilateral de vontade. Antes da manifestação ou declaração de vontade, meios pelos quais se exercitam os direitos formativos, não há direito formado à aposentadoria, nem dever jurídico da administração de apresentar. Os direitos que não podem ser alcançados pela lei nova são os direitos formados, porque a êles correspondem deveres. Contrariamente, os direitos formativos, como simples direitos a formar direitos, se extinguem, se a lei nova impossibilitou a realização dos fins a que se destinavam. Apenas não se opera essa extinção, quando a lei nova expressamente determina a sobrevivência dos direitos formativos e autoriza que seus objetivos ainda possam ser atingidos, no novo regime. É a hipótese do art. 177, § 1.º da *Constituição do Brasil*: "O servidor que já tiver satisfeito, ou vier a satisfazer, dentro de um ano as condições necessárias para a aposentadoria, nos termos da legislação vigente na data desta *Constituição*, aposentar-se-á com os direitos e vantagens previstos nessa legislação." Não se afirma, na disposição constitucional, que o servidor que já tivesse satisfeito as condições para a aposentadoria, deveria requerê-la dentro de um ano, mas, diversamente, a êle foi assegurado o direito de pedi-la a *qualquer tempo*, regendo-se a aposentadoria pela lei antiga. Quanto aos servidores que, à data da *Constituição*, não houvessem ainda adquirido o direito a requerer aposentadoria, o art. 177, § 1.º, estabeleceu uma distinção. A lei antiga, para êsse efeito, vigoraria pelo prazo de um ano. Quem, em tal lapso de tempo, implementasse os requisitos que eram exigidos no regime anterior à *Constituição*, teria *sempre*, no futuro, o direito de pleiteá-la e obtê-la, em conformidade com a lei antiga. O art. 177, § 1.º, importou, portanto, neste particular, naquilo que RUBIER chama de *survie de la loi ancienne* (*Le Droit Transitoire*, 2.ª ed., p. 350 e segs., cf. BROGNI, *op. cit.*, p. 361). Com relação aos demais servidores, suas aposentadorias se regeriam pelos princípios fixados na *Constituição*. Em suma, ao lado da sobrevivência, pelo prazo de um ano, da lei abrogada, o art. 177, § 1.º, garantiu, também, a possibilidade, em qualquer tempo, de serem alcançados os fins dos direitos formativos a requerer aposentadoria, nascidos anteriormente, ou que viessem a nascer dentro de um ano, a contar da data da *Constituição*.

Diferentemente, se houve exercício de direito formativo, pois então nasce o direito formado, que a Constituição protege contra a eficácia retroativa da lei. No caso portanto de haver direito subjetivo a requerer autorização e o pedido tiver sido formulado, muito embora, antes de exarado o ato administrativo, venha lei nova vedando a autorização, estará a administração obrigada a concedê-la, pois já existia dever jurídico do Estado <sup>33</sup>.

Nem é admissível tratar os direitos formativos que têm os particulares, no direito administrativo, do mesmo modo que aquêles direitos formativos do direito privado que, além do seu exercício, necessitam de sentença, para criar, modificar ou extinguir relação jurídica. Certo, há alguma similitude entre as duas espécies, que se manifesta na circunstância de estarem ambas ligadas a ato estatal. A diferença que as extrema reside, porém, no fato dêsses direitos formativos do direito privado serem exercidos *processualmente*. Sem a sentença não se constituem os fins a que se destinam, nem, o que é relevante, nascem deveres para o têrmo passivo da relação jurídica, de sorte que o *Tatbestand* da formação é duplo, como acentuou SECKEL <sup>34</sup>. Pelo simples exercício do direito formativo, *nenhum* efeito se opera, desde logo, na relação jurídica de direito material. Esses efeitos ficam suspensos até a sentença.

Portanto, se lei nova, por exemplo, abrogou lei anterior que permitia o divórcio, ainda que a ação de divórcio já houvesse sido intentada, não poderia o juiz decretá-lo, pois essa eficácia formativa que se reconhecia à sentença foi vedada, tornando-se impossível. Não se cogitava de *causa finita* e, neste particular, só a coisa julgada é protegida contra a eficácia retroativa da lei.

De modo distinto, os direitos formativos do direito administrativo, quando o ato administrativo é posterior ao seu exercício, têm a manifestação de vontade do titular e eficácia imediata de dar origem ao direito formado e aos correspondentes deveres jurídicos da administração. O ato administrativo é, nessas circunstâncias, mero cumprimento de dever jurídico. Formado o direito, pelo exercício do direito formativo, é êle inatacável pela lei nova <sup>35</sup>.

6. Ainda uma última observação, quanto aos direitos formativos no Direito Administrativo. É curial que a prescrição não extingue o direito,

<sup>33</sup> A menos, é claro, que a lei fôsse daquelas chamadas de ordem pública ou fôsse de natureza constitucional, e determinasse a extinção de *tôdas* as autorizações já concedidas e idênticas à que havia sido requerida. Contra lei de ordem pública ou disposição constitucional entende-se, desde SAVIGNY (*System des heutigen Rômischen Rechts*, 2.<sup>a</sup> ed., 1849, § 398), que não cabe a invocação de direito adquirido (sôbre o pensamento de SAVIGNY, veja-se AFFOLTER, *Geschichte des Intertemporalen Privatrechts*, Leipzig, 102, p. 611 e segs.; e, recentemente, BROGGNI, *op. cit.*, 350 e segs.). Mas, a norma jurídica não desfez as situações já plenamente estabelecidas no passado, e apenas vedou que certas autorizações não fôsssem mais concedidas, no futuro, o pedido de autorização, realizado antes do advento da lei, gera o direito formado e o dever jurídico da administração de exarar o ato administrativo.

<sup>34</sup> *op. cit.*, p. 49.

<sup>35</sup> vd. nota 33.

mas apenas neutraliza ou encobre a pretensão<sup>36</sup>. Direitos não prescrevem, precluem. Os direitos formativos, porém, são despídos de pretensão. Quer isso dizer que nêles não se contém poder de exigir uma ação ou omissão, um fazer ou não fazer de outrem. Torna-se, assim, evidente que a prescrição nenhum reflexo possui sobre os direitos formativos, os quais só se extinguem pela preclusão<sup>37</sup>.

O estabelecimento de prazo preclusivo dos direitos formativos submete-se, contudo, a princípios diversos dos que vigoram para as demais espécies de direitos subjetivos. Com relação a êstes últimos, somente a lei federal pode determiná-los, do mesmo modo como ocorre com os prazos prescricionais. Tratando-se, no entanto, de direitos formativos, já vimos que, no direito privado, seus prazos preclusivos podem ser fixados em negócio jurídico (por exemplo, direito de opção), ou até resultar de exercício de direito formativo de que seja titular a outra parte (CPC, art. 900).

No direito administrativo, admite-se que os prazos preclusivos dos direitos formativos sejam instituídos por lei estadual ou municipal, ou ainda por ato administrativo. Nada impede, p. ex., que lei estadual fixe em 10 dias o prazo para a posse em cargo público. De outro lado, o prazo de inscrição em concurso público é determinado no ato administrativo, no edital que abriu o certame. E trata-se, inequivocamente, em ambas as hipóteses, de prazo preclusivo.

<sup>36</sup> PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, V. VI, p. 241 e segs.

<sup>37</sup> Será o prazo de cinco anos, estabelecido pelo Decreto-lei n.º 20.910, de 6 de janeiro de 1932, também prazo preclusivo de direitos formativos? O art. 2.º instituiu, claramente, prazo preclusivo, mas limitado aos direitos às pensões vencidas ou por vencerem, ao meio soldo, ao montepio civil ou militar e a quaisquer restituições ou diferenças. Nenhum desses direitos é direito formativo, pois a todos êles correspondem deveres da administração. No art. 1.º há a expressão "bem assim todo e qualquer direito", que faz parecer que o prazo ali marcado seja de preclusão. Alguns sustentam, como PONTES DE MIRANDA (*op. cit.*, v. VI, p. 394), que a palavra direito "está em vez de pretensão decorrente de dívida contra a Fazenda Pública — não o que é relativo a interesse pecuniário". Outros afirmam, em contraposição, que o Decreto-lei n.º 4.597, de 19 de agosto de 1942, ao estender os benefícios do Decreto-lei n.º 20.910 às autarquias e entidades paraestatais, eliminou as dúvidas que anteriormente poderiam existir, tornando explícito que o transcurso do quinquênio afetaria a "todo e qualquer direito e ação", fôsse ou não de natureza patrimonial, (ABREU, João Leitão de, *Da Prescrição em Direito Administrativo*. Porto Alegre, 1961, p. 19 e segs.). Sem querer entrar nessa controvérsia, que nos afastaria muito do tema, parece-nos, contudo, que nem o Decreto-lei n.º 20.910, nem o Decreto-lei n.º 4.597, instituíram prazos preclusivos de direitos formativos. Seria, por certo, inadmissível que o funcionário que preenchesse os pressupostos para requerer licença especial, também chamada de licença-prêmio, tivesse o prazo de cinco anos para pedi-la, precluindo o seu direito nessa faixa de tempo. Do mesmo modo, não estabelecendo a lei prazo para postular certa autorização ou permissão, pode êsse direito ser exercido em qualquer tempo. Uma vez, porém, exercido, constitui-se direito formado, provido de pretensão, passível de ser neutralizado pela prescrição quinquenária. Em outras palavras, o Decreto-lei n.º 20.910 e o Decreto-lei n.º 4.597, mesmo que se entenda que suas disposições abrangeriam direitos e pretensões de cunho não patrimonial, não se referem a direitos formativos, mas só a direitos que tenham correspondência em deveres jurídicos.

Na prática, surgem, com freqüência, alegações de inconstitucionalidade de lei estadual ou municipal, por haver a disposição legislativa estabelecido prazo preclusivo, muitas vezes sob o nome de prazo de prescrição. O conceito de direito formativo é, aí, de enorme valor. Se o direito a que se assinou prazo para o exercício não pertencer à categoria dos direitos formativos, mas fôr, digamos, direito formado, inconstitucional, em verdade, será lei, pois a disciplina dessa matéria é reservada à legislação federal. Cogitando-se, no entanto, de direito formativo, diversa será a solução. Ao outorgar a lei estadual ou municipal aos particulares um poder jurídico, como o que é conteúdo dos direitos formativos, nada mais natural e compreensível do que reconhecer à lei a possibilidade de fixar prazo, dentro do qual êsse direito deverá ser exercido, para que a administração não fique, indefinidamente, sujeita ou exposta a que, por ato unilateral de vontade do titular do direito formativo, para ela se constituam deveres jurídicos. A mesma idéia justifica, aliás, no direito privado, que prazos preclusivos de direitos formativos sejam determinados negocialmente.