PODER EXECUTIVO — INICIATIVA DE PROJETOS DE LEI — SANÇÃO — NULIDADES NO DIREITO PÚBLICO — ATOS INCONSTITUCIONAIS

— Aos atos inconstitucionais não se aplica a teoria das nulidades do direito privado e do direito administrativo.

— A competência constitucional é de ordem pública; desde que violem a norma constitucional os atos são nulos, por não caber a nenhum Poder a competência de sanar a nulidade dos próprios atos ou dos atos emanados de outro Poder.

— A competência exclusiva é, em direito constitucional, incondicional e absoluta, não cabendo à autoridade a que é atribuída consentir na sua usurpação, ou no seu exercício por outra autoridade.

— Não é lícito a um Poder dar a sua aquiescência a um ato que, embora compreendido na sua competência privativa, foi, entretanto, praticado por outro Poder.

— A sanção não pode ter por efeito convalidar os projetos radicalmente nulos, pois tais atos não são susceptíveis de recuperação mediante convalidação.

PARECER

A Câmara dos Vereadores de São Paulo, sem que tivesse havido iniciativa do Prefeito, aprovou projeto de lei em que se criaram cargos e aumentaram os vencimentos de cargos existentes. O projeto subiu à sanção do Prefeito e êste o sancionou e promulgou, tranformando-o, assim, em lei local.

O atual Prefeito de São Paulo, sob fundamento de que a lei era flagrantemente inconstitucional, por não poder a Câmara dos Vereadores tomar a iniciativa de projetos de aumento de vencimentos dos funcionários, deixou de cumprir o decreto legislativo, dando lugar a que os interessados propusessem ação para o efeito de gozarem das vantagens que lhes eram atribuídas na mencionada lei. Alegaram os autores que a sanção do projeto pelo Prefeito, a quem cabia a sua iniciativa, sanou a nulidade do ato legislativo, integrando-o, embora *a posteriori*, do elemento essencial que lhe faltava para que fôsse objeto de deliberação da Câmara dos Vereadores.

Idêntica questão, originária do Município de Campinas, depois de julgada em primeira instância, subiu ao Tribunal de Justiça que, por maioria de votos julgou inválido, por preterição de elemento essencial à sua gestação legislativa, o ato cuja iniciativa constituía prerrogativa exclusiva e inalienável do Poder Executivo, constituindo a sua iniciativa pela Câmara o exercício por esta de um poder que lhe é expressamente recusado pela Lei de Organização Municipal do Estado de São Paulo.

I — A questão, a meu ver, foi colocada em têrmos inadequados. Foi discutida no plano do diretito privado e do direito administrativo, quando se acha situada, de modo inequívoco, no plano do direito constitucional.

Como se sabe, a teoria das nulidades em direito administrativo se limita a reproduzir a teoria das nulidades em direito privado (Labaudère, *Doit Administratif*, pág. 213).

Ora, o direito constitucional, particularmente no que toca à organização e ao exercício dos podêres, à divisão e às relações entre êstes, e à competência constitucionalmente atribuída a cada um, não comporta a teoria das nulidades de direito privado, admitida, sem modificações essenciais, no campo do direito administrativo.

As nulidades em direito administrativo só interessam, ou têm importância, quando os atos administrativos incidem na esfera exterior à administração, isto é, quando têm por objeto relações entre a administração e os administrados. Neste caso, há que considerar não sòmente o interêsse da administração como o dos administrados que entram em relação com ela. Impõe-se, assim, a ponderação dos interêsses recíprocos, do que resulta que a teoria das nulidades seja bastante flexível, ou como se exprime Jèze, suficientemente "sonple", a fim de que os fins visados pela administração possam ser atingidos com economia de atos, razão pela qual se permite que a maioria dos atos administrativos eivada de irregularidade possa ser sanada ou convalidada, desde que, pela sanatória ou pela convalidação, se obtenha o resultado que interessa à Administração, cuja finalidade precípua é a realização do interêsse público. Demais, à Administração não cumpre apenas a realização do interêsse público sem cálculo de tempo e de oportunidade. Ela é, sobretudo, uma atividade de natureza eminentemente prática e dado o volume da matéria confiada à Administração, esta, para ser eficiente ou para dar desempenho eficaz às suas funções, tem, como regra fundamental da sua ação, a maior economia de atos. Desta exigência essencial à boa administração resulta, necessàriamente, uma teoria das nulidades do ato administrativo pela aplicação da qual se reduza ao mínimo a repetição de atos que, embora eivados de irregularidades quanto ao processo da sua elaboração, correspondem, entretanto, ao interêsse público e não preudicam os indivíduos, com o diminuir a garantia aos seus direitos.

Para obviar ao princípio, radicalmente adotado pela teoria pura do direito de que todos os atos administrativos emitidos com inobservância das regras jurídicas da sua produção, padecessem de nulidade, seja qual fôr o grau de violação da regra jurídica que rege a sua produção, é que se deu direito de cidade no direito administrativo à teoria das nulidades de direito privado. Com isto se torna possível à Administração ratificar, sem necessidade de repetir o processo pelo qual foram produzidos, os atos irregulares ou defeituosos que, entretanto, correspondem ao interêsse público e não violam as garantias individuais, com o que se torna oportuna e eficiente a ação administrativa.

Para êste fim, nada mais adequado do que transpor para o direito administrativo a teoria das nulidades do direito privado, do que resulta uma larga margem de livre apreciação por parte da Administração da conveniência ou da utilidade, para satisfazer à indeclinável exigência de economia de atos, indispensável a uma ação eficiente, de aproveitar ou confirmar certos atos irregulares, desde que satisfaçam o interêsse público e não hajam preterido garantias conferidas aos indivíduos pelo princípio de legalidade, a cuja observância a Administração está sujeita.

Na teoria das nulidades do direito privado, salvo em casos excepcionais, os indivíduos, em virtude de terem a livre disposição dos seus direitos, podem con-

firmar determinados atos, apesar de não haverem sido observadas determinadas formalidades ou exigências legais na sua produção. O princípio de que tais irregularidades podem ser sanadas se funda, precisamente, na necessidade de se facilitar a economia de atos nas relações negociais, concorrendo, assim, para aliviar o comércio jurídico de entraves ou dilações, que seriam supérfluos e mesmo prejudiciais à realização, com oportunidade e eficiência, das operações econômicas em que se acham envolvidos tão-sòmente interêsses individuais.

A Administração se caracteriza por duas exigências fundamentais: a produtividade e a discricionalidade. Quanto à produtividade, a evidência de que ela constitui uma característica essencial da Administração pública resulta da massa, cada vez maior, do domínio a que se estende a ação administrativa do Estado.

O que ainda concorre para realçar a exigência da produtividade, é a opinião generalizada entre os administrados quanto à lentidão e à ineficiência do processo administrativo, as suas formalidades, muitas vêzes bizantinas, o que torna a sua ação freqüentemente inoportuna em função de medidas que teriam de ser tomadas com maior rapidez e de maneira mais desembaraçada, desde que não importem em arbitrariedade ou em ofensa aos diretos dos administrados.

Um certo grau de discricionalidade é ingênito à administração pública. Por maiores os esforços de racionalização jurídica do processo administrativo, haverá sempre na Administração um resíduo de discricionalidade.

Esta, embora se mantenha nos limites do interêsse público e das garantias individuais, não é susceptível de ser eliminada de modo radical. Haverá sempre na administração, como existirá sempre na ação judicial, uma faixa de livre apreciação, que nenhuma regulamentação jurídica, por mais minuciosa, poderá preencher ou ocupar na sua totalidade.

Essas duas exigências reclamam uma regulamentação jurídica das nulidades dos atos administrativos compatíveis com elas ou que permitam à administração satisfazê-las.

O instrumento dessa regulamentação jurídica das nulidades já se encontrava formulado no direito privado em têrmos que correspondiam satisfatòriamente àquelas exigências.

Por êle nem todos os atos praticados com inobservância das regras jurídicas de sua produção eram nulos de pleno direito, ou insusceptíveis de produzirem efeito a não ser pela sua repetição de conformidade com as regras jurídicas que não haviam sido observadas.

A parte interessada em alegar a nulidade pode, por fôrça do princípio de livre disposição, aproveitar o ato irregular mediante a sua confirmação posterior. De onde a distinção, comum a todos os sistemas de direito privado, em atos nulos, ou que não podem ser ratificados, e anuláveis, ou que poderão produzir efeito, se sanada ou não impugnada em tempo próprio a nulidade, que seria, neste caso, apenas relativa.

A teoria da nulidade, tal como formulada no direito privado, convinha, precisamente, às condições próprias à Administração pública.

Haveria graus na irregularidade dos atos administrativos, e à Administração caberia, por fôrça do resíduo de discricionalidade que nela subsiste apesar da regulamentação jurídica das suas atividades, ratificar determinados atos eivados de defeitos jurídicos, desde que nêles houvesse sido ressalvado o interêsse público e não tivesse ocorrido violação de garantias legais asseguradas aos administrados, a que os atos em questão impusessem ônus ou obrigações.

Com a adoção da teoria das nulidades de direito privado, ou com a sua transposição para o direito administrativo, o que se teve em mira foi, precisamente,

facilitar a ação administrativa, com o evitar que todos os atos irregulares tivessem necessidade de ser repetidos, o que, dada a complexidade da Administração e as múltiplas exigências do processo administrativo para assegurar a legalidade da sua conduta, retardaria, em detrimento não só do interêsse público, como do interêsse dos administrados, as medidas a serem tomadas pela Administração.

II — Ora, as mesmas razões não militam no sentido de adotar no Direito constitucional a teoria das nulidades de direito administrativo que constitui uma simples transposição da teoria das nulidades em direito privado.

Em primeiro lugar, não só a competência dos órgãos, como o processo de produção dos seus atos pressupõem em direito constitucional que a sua rigososa observância, por tocarem muito de perto a interêsses fundamentais do Estado e às garantias individuais, não pode ser dispensada em caso algum. Acresce, ainda, que não havendo hierarquia entre os podêres, não haveria instância superior para convalidar atos de autoridade inferior, praticados com excesso de poder, ou além da sua competência, ou com inobservância ou violação das normas constitucionais relativas à sua forma ou ao seu processo. Não teria sentido, portanto, o falar-se de ratificação ou convalidação dos atos inconstitucionais praticados por um poder fora ou além da sua competência, ou sem a forma ou por processos que sejam os estabelecidos na Constituição. A quem caberia, com efeito, convalidar ou ratificar um ato inconstitucional do Poder Legislativo, do Poder Executivo ou do Poder Judiciário, uma vez que ao próprio poder que infringiu a norma constitucional não se poderia, como de manifesta obviedade, atribuir a competência para sanar a violação por êle mesmo cometida, e nem outro poder seria lícito imputar essa competência, uma vez que não há entre os podêres relações de hierarquia ou de superioridade?

Por isto mesmo é que não se pode conceber que haja graus na nulidade dos atos inconstitucionais. Desde que violem norma constitucional, seja qual fôr a natureza dessa norma, os atos são nulos, inválidos ou ineficazes, por não caber a nenhum poder a competência de sanar a nulidade dos próprios atos ou de atos emanados de outro poder.

Demais, os órgãos diretamente ou imediatamente subordinados à Constituição não estão sujeitos, como os órgãos de caráter meramente administrativo, à exigência de produtividade que resulta para os últimos da massa de tarefas que lhe são cometidas e para cujo desempenho se impõe a exigência de rapidez na deliberação e na execução.

É de observar, ainda, que o funcionamento eficiente da administração torna necessária uma margem de discricionalidade na apreciação e na ponderação de se das irregularidades havidas na produção do ato resulta prejuízo para o interêsse público, e dado que o processo administrativo, salvo nos casos em que as suas disposições envolvam direitos individuais, tem por único fim assegurar a realização do interêsse público, nada mais natural do que admitir-se, na hipótese em que o ato irregular atenda a êsse interêsse, que, ao invés de repeti-lo, a autoridade competente o ratifique ou confirme, sanando, assim, a sua irregularidade. A razão que, em última análise, justifica a ratificação ou a convalidação do ato administrativo irregular consiste em que, se o mesmo se destina a promover ou a resguardar o interêsse público, teria de ser praticado e, assim, se a irregularidade não é grosseira ou grave, ou não contribuir para abalar perante os administrados e sentimento de respeito e de segurança essencial ao prestígio da Administração, seria contrário à regra da economia de atos, tão fundamental à eficiência administrativa, repetir um ato irregular que tem a mesma aptidão que o ato regular para realizar a finalidade a que êste se destina.

O processo administrativo tem por finalidade ordenar a administração, distribuindo as funções e regulando o seu exercício. É uma técnica jurídica que tem por fim assegurar de modo mais eficiente a realização do interêsse público. Ora, nos casos de inobservância do processo administrativo, desde que os atos que dêle resultam, embora irregulares, atingem àquele objetivo, a admissão de que os defeitos em que hajam incorrido, desde que não afetem os seus elementos essenciais, possam ser sanados é menos contrária ao interêsse público do que à exigência de que sejam anulados, para que se repita o processo de conformidade com o qual deveria ter sido produzido, sem benefícios para a administração e para o administrado, ou por fôrça de mero sentimento de reverência para com a formalidade processual que, em substância, se observada, teria como resultado o mesmo ato, com o mesmo conteúdo e a mesma finalidade.

Já no direito constitucional, a presunção absoluta é que as regras relativas não só à competência, como ao processo a ser observado na gestação dos atos não podem ser derrogados sem que da derrogação resulte a nulidade insanável dos atos. É, com efeito, presunção absoluta que as regras de competência, como do processo pelo qual se exercerá foram estabelecidas na Constituição por motivo de serem considerados essenciais, necessários e inderrogáveis. Não se pode, com efeito, presumir que a Constituição contenha normas cuja observância possa ser dispensada por qualquer autoridade, muito menos pela autoridade cuja competência foi avassalada ou invadida por outra, cuja incompetência para o ato era manifesta, por se entender que a competência constitucionalmente reservada, de modo exclusivo, a um poder se entende recusada aos demais.

As normas constantes da Constituição têm por si, ou só pelo fato de constarem da Constituição, a presunção de essencialidade, incondicionalidade e inderrogabilidade. Assim, aos atos inconstitucionais não se aplica a teoria das nulidades do direito privado e do direito administrativo, nem se pode conceber que, à semelhança do que ocorre no direito privado e no direito administrativo, se possam admitir gradações nas nulidades, ou a sua classificação em absolutas e relativas, insanáveis e sanáveis. A quem, efetivamente, competiria sanar as nulidades de direito constitucional, ou as nulidades resultantes de violação das normas constitucionais? A resposta a esta indagação é absolutamente essencial para que se possa justificar a transplantação para o direito constitucional da teoria das nulidades aplicada aos atos de direito privado e, por circunstâncias especiais, que já foram devidamente realçadas, aos atos administrativos.

Dir-se-á, porém, que no caso, a autoridade a que a Constituição delegou a competência exclusiva para tomar a iniciativa do ato, podendo impedir que êsse produzisse qualquer efeito, adotou-o como seu, ou o sancionou com a sua aquiescência e, assim, o teria validado ou sanado o seu defeito radical. Tal conclusão contraria, porém, de modo frontal, as características fundamentais do regime constitucional, em que não é admissível que um poder admita que outro participe da sua competência exclusiva, ou que esta possa ser partilhada, ou exercida em comum, ou delegada, ou transferida, nem de modo antecipado e, muito menos, por assentimento posterior à usurpação ou à invasão da sua competência. A competência exclusiva é, em direito constitucional, incondicional e absoluta, não cabendo à autoridade a que é atribuída consentir na sua usurpação, ou no seu exercício por outra autoridade. Se esta a exerce, ainda que a aquiescência da autoridade competente seja expressa, *a priori* ou *a posteriori*, tal aquiescência não convalida o ato inconstitucional.

Aliás, mesmo em direito administrativo, como se verá mais adiante, é insanável a nulidade do ato quando a in-

competência do agente é absoluta, ou quando a lei determina que o ato só possa ser praticado por outra autoridade.

Com mais razão, o princípio se impõe em direito constitucional, uma vez que a competência atribuída na própria Constituição é indeclinável e inderrogável por qualquer meio e por qualquer autoridade, pois a investidura constitucional da competência se presume incondicional; dela a autoridade não poderá dispor seja por iniciativa própria, seja mediante aquiescência posterior à sua usurpação, o que seria de muito maior gravidade do que a sua delegação espontânea.

A aquiescência posterior por parte da autoridade a um ato da sua competência e que é, entretanto, praticado por outra autoridade declaradamente incompetente, só poderia legitimar ou convalidar o ato, se aquela autoridade tivesse a livre disposição da sua competência, ou se fôsse juridicamente indiferente que ela própria exercesse a competência ou que pudesse delegar o seu exercício à autoridade que se antecipou à delegação.

No caso, porém, não se dá esta hipótese. A competência não poderia ser delegada, nem era juridicamente indiferente que fôsse exercida por uma ou por outra das duas autoridades.

Ela, ao contrário, foi imputada a um poder com o manifesto propósito de excluir o outro do seu exercício. Assim, não se concebe que se a norma constitucional tinha por fim recusar, de modo incondicional, a iniciativa de certos projetos de lei ao Poder Legislativo, reservando-se, de modo exclusivo e por óbvias razões de interêsse público, ao Poder Executivo, como admitir que êste possa inverter a norma constitucional, seja delegando a sua competência ao poder constitucionalmente excluído da faculdade de iniciativa, seja aquiescendo pela sanção ao resultado da iniciativa que lhe era própria e indeclinável, e a cujo exercício pelo poder a que era vedada, se não podia dar a sua aquiescência prévia, não a poderia, com maior fôrça de razão, dá-la *a posteriori*.

Acresce, ainda, que a sanatória, ainda em relação aos atos administrativos, só é possível quando, apesar das irregularidades havidas na sua produção, por êles, na mesma medida em que o seria pelos atos regulares, poderá ser realizado o interêsse público, que é a finalidade a que se destina a atividade administrativa.

Ora, a razão que ditou ao legislador constituinte a providência de excluir o Poder Legislativo da iniciativa de determinados projetos de lei, constitui um pressuposto inamovível da norma constitucional correspondente. Tal presunção, uma vez formalizada em norma constitucional, é absoluta e incondicional, ou não depende de apreciação discricionária por parte do Poder Legislativo ou do Poder Executivo. O interêsse público que inspirou a norma constitucional se presume em todos os casos e em qualquer hipótese. A Constituição, desde que o formalizou em norma de caráter absoluto e incondicional, subtraiu a qualquer poder a faculdade de apreciar se, embora violada a norma, o interêsse público que ela entendia de resguardar, não foi prejudicado, ou não deixou de ser atendido.

Ora, no caso vertente, os que se interessam pela validade do ato nem sequer alegaram que o mesmo atende ao interêsse público, que é a razão ou o pressuposto da norma violada.

Ora, o limite intransponível que limita a área jurídica da sanatória ou da convalidação dos atos, sejam de direito privado ou de direito administrativo (e não me refiro aos atos que violam a Constituição, porque não admito a possibilidade de serem ratificados) é o interêsse público. Se o ato é contrário a uma disposição de ordem pública, é, seja

qual fôr a gravidade da falha havida no processo da sua produção, insusceptível de produzir efeito, ou absolutamente ineficaz, não podendo, em nenhuma hipótese, convalescer das insuficiências jurídicas de que possa estar eivado.

III — Os autores, nas suas largas e brilhantes explanações tendentes a sustentar que a sanção de projeto pelo Prefeito, a quem a lei constitucional atribui a competência exclusiva de sua iniciativa, convalidou o ato, depurando-o da nulidade que o feria *ab initio*, procuram assimilar o processo de elaboração legislativa ao processo de produção do ato administrativo e a êste ato o resultante daquele processo.

Incidiram, a meu ver, em dois equívocos.

1°) A elaboraão legislativa é regulada por duas espécies de normas, uma de caráter constitucional e outra de caráter regimental. Se a faculdade exclusiva atribuída ao Poder Executivo para tomar a iniciativa de certos projetos de lei constitui o elo inicial do processo de elaboração legislativa dêsses projetos, a faculdade em questão é de ordem constitucional ou constitui uma prerrogativa constitucional do Poder Executivo.

A nulidade resultante de haver a iniciativa daqueles projetos ter sido tomada por um outro Poder, manifestamente excluído do exercício dessa competência, implica em violação da norma constitucional, e, entre nós a sanção de tal anomalia é a inconstitucionalidade do ato, e dêste defeito êle não poderá convalescer, pois não há nenhum poder com a competência de convalidar atos inconstitucionais e, se trata de competência constitucional, a autoridade cuja competência é usurpada não poderá ùtilmente aquiescer a essa usurpação.

A competência constitucional é sempre de ordem pública. E, assim, nenhuma autoridade a que seja colada uma competência de ordem constitucional poderá consentir prèviamente a que a mesma seja exercida por outro poder ou por outra autoridade, ou adotar como seu ato que, de sua competência, foi, entretanto, praticado mediante usurpação da sua competência.

Constitui, evidentemente, uma operação infundada, injustificada ou ilegítima a extensão aos atos inconstitucionais da teoria da nulidade dos atos administrativos. Não há possibilidade de aplicar essa teoria àqueles atos, ao menos no nosso direito constitucional, em que à inconstitucionalidade se aplica a sanção adequada ou específica, que é a invalidade absoluta, ou insusceptível de ser sanada por qualquer processo e por qualquer autoridade.

Os autores invocam em abono da sua tentativa de aplicar a teoria das nulidades dos atos administrativos aos atos inconstitucionais, a doutrina do direito administrativo italiano, em a qual a elaboração dos atos legislativos é assimilada ao processo de produção dos atos administrativos.

Por que assim o fazem os administrativistas italianos? Pelo simples fato de que não havendo no seu país sanção específica à inconstitucionalidade dos atos do Govêrno, cumpria, a fim de sancionar as suas irregularidades, que, na ausência de qualquer sanção tornavam inúteis ou supérfluas as disposições constitucionais, submetê-los a uma disciplina jurídica, e a mais adequada, como bem lhes pareceu, seria a teoria jurídica das nulidades do ato administrativo. Entre nós, porém, a situação é diversa. Os atos inconstitucionais dispõem de uma sanção específica e, como tôdas as normas constitucionais, não só as de caráter material, como as de natureza formal, se encontram no mesmo plano ou lhes é atribuído o mesmo valor jurídico, todos os atos emanados em violação de qualquer norma constitucional, sejam as relativas à competência, sejam as que dispõem sôbre o processo de produção dos atos, estão sujeitos à mesma sanção, ou à invalidade resultante da inconstitucionalidade.

Não há, portanto, graduação nas sanções, como é o caso na teoria da nulidade dos atos administrativos.

Não há, nem pode haver, atos inconstitucionais nulos e anuláveis, ou atos inconstitucionais absolutamente ou relativamente ineficazes, ou atos inconstitucionais susceptíveis de sanatória e atos inconstitucionais cuja inconstitucionalidade não possa ser sanada.

2.º) O segundo equívoco consiste em considerar como simples irregularidade processual o exercício da iniciativa dos projetos de lei que a Constituição atribui ao Poder Executivo a competência exclusiva de propor ou iniciar, por qualquer membro da Câmara Legislativa.

O poder de iniciativa é, neste caso, prerrogativa atribuída com exclusividade ao Poder Executivo. Nenhum outro poder o poderá exercer, nem é lícito ao titular da prerrogativa dar a sua aquiescência a atos resultantes da usurpação por outro poder da sua competência ou da sua prerrogativa de caráter exclusivo. Se a dá, a sua aquiescência não poderá ter nenhum efeito. É considerada como insubsistente ou ineficaz. De outra maneira a competência de caráter constitucional implicaria no seu titular um poder de livre disposição, podendo transferi-la ou delegá-la e, mais ainda, validar pela sua aquiescência *a posteriori* um ato que estaria eivado no nascedouro do mais grave dos vícios jurídicos (ainda no direito administrativo) que é, precisamente, o excesso ou a usurpação de poder.

Acresce, ainda, que a iniciativa de certos projetos de lei, cometida, com exclusividade ao Poder Executivo, não é ato de natureza especificamente processual. É uma faculdade ou um poder, em tudo comparável às demais faculdades ou aos demais podêres que a Constituição atribui ao Poder Executivo, como o de nomear, manter relações diplomáticas com os demais Estados, e tôdas as demais prerrogativas que a Constituição imputa, com exclusividade, ao Poder Executivo. Pelo exercício da faculdade de iniciativa de certos projetos por parte do Poder Executivo é que a Câmara Legislativa se torna competente para legislar sôbre a matéria, ou a sua competência legislativa sôbre a matéria é condicionada à iniciativa do Poder Executivo. A iniciativa do Poder Executivo dá partida ao processo de elaboração legislativa.

Êste fato, porém, não autoriza a equiparar a faculdade de iniciativa aos demais atos do processo legislativo. Êle é um pressuposto ou uma condição essencial dêsse processo.

IV — Ainda, porém, admitindo que a iniciativa do Poder Executivo é de caráter meramente processual, e que é adequado aplicar aos atos inconstitucionais a teoria da nulidade dos atos administrativos, seguir-se-ia, ainda assim, que o projeto que a Câmara iniciou, invadindo a competência exclusiva que a Constituição atribui àquele Poder, o projeto em questão, embora sancionado pela autoridade cuja competência foi usurpada, não poderia convalescer da sua nulidade, por ter resultado de excesso, abuso ou usurpação de poder, o que na teoria das nulidades de direito administrativo, torna os atos administrativos absolutamente nulos, ou de nulidade radical e incondicional, não podendo convalescer por sua ratificação ou convalidação.

A teoria das nulidades dos atos administrativos reproduz, como já se observou, a teoria das nulidades de direito privado. Como nesta, naquela se classificam os atos em nulos e anuláveis.

Quando se trata de nulidade textual, a própria lei faz a distinção estabelecendo sanções específicas para cada um dos vícios de que os atos possam estar eivados.

Nenhuma lei de direito administrativo, na maioria dos países, regula a nulidade dos atos administrativos, cominando a uns sanções diferentes das cominadas a outros.

Tôda a matéria relativa à nulidade dos atos administrativos ou é objeto de jurisprudência nos países de tradição administrativa (como a França) ou de doutrina, particularmente nos países em que não existe justiça administrativa.

Em geral, o critério pelo qual se gradua o rigor da sanção, é a maior ou menor gravidade do defeito ou da irregularidade ocorrida na produção do ato. Na teoria da nulidade dos atos administrativos, a nulidade absoluta só resulta de irregularidades grosseiras ou inescusáveis. As demais irregularidades só dão lugar à nulidade relativa ou à anulabilidade. Os atos anuláveis são os que podem dar lugar à impugnação por parte dos interessados, convalescendo da irregularidade se não impugnados no prazo prescrito, ou se de outro modo o interessado dêles se prevalecer no seu interêsse. Os atos anuláveis são, na sua maioria, os atos relativos a interêsses concretos do administrado. Êste é livre de aceitá-los ou impugná-los. O ato administrativo simplesmente anulável é tão-sòmente o ato cuja irregularidade afeta apenas o interêsse individual do administrado. Todos os demais atos, ou aquêles em que a irregularidade contravém ao interêsse público, ou contribui para que êste não seja convenientemente resguardado ou acautelado, são nulos de pleno direito, e, assim, não poderão ser ratificados ou convalidados. É o caso, p. ex., quando a lei prescreve uma formalidade, um processo ou uma competência como requisitos que considera essenciais à garantia do interêsse público.

Na unanimidade dos autores de direito administrativo, considera-se como nulo e não como simplesmente anulável o ato a que falta um elemento por lei considerado essencial à produção do ato. A anulabilidade ou a nulidade relativa é a que resulta do ato administrativo, não no que toca ao interêsse público, mas simplesmente à sua incidência sôbre o interêsse legítimo do administrado. Neste caso, caberá tão-sòmente ao interessado a sua impugnação. O ato administrativo, porém, cuja irregularidade consiste na preterição de uma competência, de um processo ou de uma forma, prescritos em consideração de um interêsse público, ainda que não impugnado por qualquer interessado, é absolutamente nulo ou radicalmente ineficaz, e ao invés de a Administração poder ratificá-lo ou convalidá-lo, é do seu dever pronunciar, por iniciativa própria, a sua revogação.

Vamos nos limitar à invocação da doutrina das nulidades do ato administrativo apenas no que toca ao ponto em litígio, ou à sanção a ser aplicada aos atos praticados por autoridade incompetente.

Logo de início nos ocorre o que escreve Gaston Jèze sôbre as limitações da competência dos agentes públicos:

"Os agentes públicos não têm competência senão no interêsse geral; as limitações da sua competência são editadas no interêsse geral, e não em razão do seu interêsse pessoal.

Desde então, é natural que a sanção da violação das regras de competência não seja confiada ùnicamente aos agentes públicos, isto é, àqueles mesmos que violaram essas regras" (Jèze, *Principes Generaux de Droit Administratif*, página 65).

Os atos em questão, como resulta da opinião de Jèze, não podem ser objeto da discricionalidade que exerce a Administração para o efeito de os ratificar ou anular, de acôrdo com a sua livre apreciação relativamente à gravidade maior ou menor dos defeitos ou dos vícios de que aquêles atos estejam eivados. Êles são absolutamente nulos, nem seria admissível admitir-se à administração, a cuja conta corre a violação da lei, o poder de sanar a irregularidade ou de convalidar o ato. A incompetência pode ser *ratione materiae* ou *ratione loci*. Em ambos os casos, a conseqüência é a nulidade e não a anulabilidade do ato.

Quanto à competência pela natureza da matéria ou do objeto do ato administrativo eis como se pronuncia Ludwig von Köhler:

"Não há controvérsia no que respeita à competência *ratione materiae* na variedade das suas formas.

.....

Sem competência quanto à matéria, é como se o agente público não tivesse investidura pública. O excesso de poder torna radicalmente ineficaz o ato, ou a sua ineficácia começa na sua origem" L. von Köhler, *Verwaltungsrecht,* páginas 176-177).

O mesmo ocorre quando uma autoridade com competência *ratione materiae* para emitir o ato, a teve circunscrita a uma determinada jurisdição. Neste caso, quando ela emite o ato para ter efeito em outra jurisdição, o seu ato é absolutamente ineficaz. Da mesma maneira quando a administração se organiza em vários departamentos, e o agente público tem a sua competência limitada à sua esfera departamental, o ato administrativo só é eficaz quando corresponde à competência do departamento em que foi praticado (L. von Köhler, op. cit., pág. 179).

Quanto à forma, o ato é ineficaz se não reveste a forma considerada por lei como essencial. Em relação ao processo, prevalece o mesmo princípio: o ato só é eficaz se foram observados os têrmos processuais de natureza essencial à sua produção (L. von Köhler, op. cit., páginas 179, 180, 181).

Von Köhler considera como critério decisivo para a apreciação de se o têrmo processual é indispensável, a probabilidade de que com a sua observância o ato não teria sido praticado (op. cit., página 181).

É, precisamente, o caso do projeto em litígio. Provàvelmente não teria sido votado se a Câmara não houvesse exercido, por abuso, excesso ou usurpação de poder a iniciativa que a Constituição reserva, com exclusividade, ao Poder Executivo. É o que demonstra o fato de que o Poder Executivo teria resistido às solicitações dos interessados, que a êle, certamente, por lhe caber a iniciativa, se teriam dirigido em primeiro lugar.

Convém registrar aqui o fato de que em geral os autores alemães substituem as expressões "nulidade" e "anulabilidade" por *"Unwirksamkeit"* e *"anfechtbarkeit"*, respectivamente. Assim, é para êles *"unwirksam"* (ineficaz) o ato que consideramos nulo, e *"anfechtbar"* (impugnável) o ato que para nós é simplesmente anulável (Jellinek, Walter, *Verwaltungsrecht,* págs. 252 e segs.; Forsthoff, *Verwaltungsrecht,* pág. 183).

A invasão na competência de outro Poder inquina o ato de nulidade absoluta, ou é como se o ato fôsse inexistente (Laubadère, *Droit Administratif,* página 216).

De tôda violação grosseira da competência *ratione materiae,* ou na hipótese em que a competência violada, invadida ou usurpada, é de caráter absoluto ou incondicional, resulta a nulidade ou a ineficácia do ato (Forsthoff, op. cit., pág. 189).

Fleiner é bastante explícito na exposição da teoria da nulidade dos atos administrativos. Assim se manifesta no seu livro, hoje clássico, sôbre os *"Princípios do Direito Administrativo Alemão"*:

"Alors que le droit privé considère en général les actes entachés de vices de droit comme nuls, le droit public ne consacre cette solution que pour les violations de la loi les plus graves. Il ne considère comme nulle que la disposition à laquelle manque un élément juridique essentiel. Il faut compter parmi les éléments essentiels de toute disposition: 1.º le fait que l'autorité qui l'édicte soit compétente ratione materiae et ratione loci; 2.º que la disposition soit revêtue de la forme prescrite por la loi et édictée conformément aux règles essentielles sur

la procédure; 3.º que toutes les conditions de droit soient réalisées que la loi considère comme indispensables pour le genre de dispositions en question, et 4.º que la disposition ordonne quelque chose qui soit possible en droit et en fait et ne se heurte pas à une prohibition législative. Une disposition qui ne satisfait pas à l'une de ces exigences est nulle. La disposition nulle n'a même pas d'existence juridique apparente. Elle peut être traitée comme inexistante par toute personne" (Fritz Fleiner, *Les Principes Généraux du Droit Administratif Allemand*, págs. 129-130).

Depois de se referir ao caráter subjetivo dos critérios geralmente adotados para discriminação entre nulidade e anulabilidade, Merkl assenta os seguintes princípios: são nulos os atos emitidos por autoridade incompetente, e nesta hipótese se compreendem, de modo particular, os atos de um Poder no exercício da competência atribuída a outro Poder, os atos em razão de cuja matéria o seu autor era incompetente, e os atos para os quais o agente tinha competência *ratione materiae*, mas não o tinha *ratione loci*, assim como, finalmente, os atos em cujo processo de produção ocorreram irregularidades qualificadas ou manifestamente graves, e os atos que contenham violações grosseiras do direito material (Merkl, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, págs. 194-195).

G. Landi e G. Potenza equiparam o ato resultante do exercício por um poder da competência atribuída a outro ao ato cujo autor não esteja investido de função pública. Ambos são absolutamente nulos ou não podem produzir qualquer efeito (*Manuale di Diritto Amministrativo*, págs. 257-258).

Finalmente, Jellinek considera como nulo (*unwibkbsam*):

a) ato para o qual o seu autor é absolutamente incompetente;

b) ato resultante de excesso de poder (Walter Jellinek, *Verwaltungsrecht*, páginas 254 e 155).

Tanto em direito privado, como em direito administrativo os atos feridos de nulidade absoluta não podem ser suscetíveis de sanatória, ratificação ou convalidação.

São ineficazes de modo radical ou a começar das suas raízes. Costumam numerosos autores de Direito Administrativo considerá-los inexistentes ou destituídos de qualquer eficácia, dêles não podendo resultar qualquer obrigação. O seu vício é definitivo e irreparável, ou o ato não é suscetível de recuperação (Jellinek, op. cit., pág. 254; Forsthoff, op. cit., pág. 183; Ugo Forti, *Diritto Amministrativo*, vol. II, pág. 196; D'Alessio, *Diritto Amministrativo*, vol. II, pág. 232; Gaston Jèze, *Principes Généraux de Droit Administratif*, págs. 57 e 59; Santi Romano, *Corso di Diritto Amministrativo*, pág. 284).

É, portanto, fora de dúvida que ainda aplicando ao ato, cuja validade se disputa, a teoria das nulidades, admitida de maneira acentuadamente uniforme no direito administrativo, o projeto de lei que foi sancionado era nulo *ab initio* e não reunia, portanto, os requisitos indispensáveis à sanção. A ocorrência desta não alterou a natureza do ato, nem poderia alterá-la. Os atos administrativos feridos de nulidade absoluta são radicalmente inoperantes ou ineficazes para qualquer efeito jurídico e, por conseguinte, destituídos da aptidão necessária para que sejam sancionados.

A sanção não pode ter por efeito convalidar os projetos radicalmente nulos ou nulos *ab initio*, pois tais atos não são suscetíveis de recuperação mediante sanatória ou convalidação.

Demais, a sanção não se destina a expungir o ato legislativo das irregularidades ou nulidades em que haja incorrido o processo da sua gestação. Em se tratando de violação de norma constitucional na iniciativa e na votação dos projetos de lei, ou de incompatibilidade entre o conteúdo preceptivo do projeto e disposições de ordem constitucional, se a sanção tivesse a fôrça de convalidar o

projeto ou de o sanar do seu defeito radical, não teria sentido falar de leis inconstitucionais, pois, em última análise, as leis são projetos que foram sancionados.

O que é, porém, de decisiva importância no presente caso, é que o projeto indevidamente sancionado resultou de invasão pela Câmara da competência atribuída, com exclusividade, ao Poder Executivo.

O que ocorreu não foi irregularidade no processo legislativo, mas a invasão de um Poder na competência de outro Poder.

O exercício da faculdade de iniciativa, se pode ser considerada como momento inicial do processo legislativo, é, entretanto, uma faculdade ou uma prerrogativa constitucional do Poder Executivo, a êste atribuída, de modo exclusivo, por notórias razões de interêsse público.

Não é lícito a um poder dar a sua aquiescência a um ato que, embora compreendido na sua competência privativa, foi, entretanto, praticado por um outro Poder.

Seria, ainda, desnaturar a natureza da sanção aos projetos de lei, considerá-la como capaz de expungir tais projetos de defeitos grosseiros, particularmente quando êsses defeitos consistem em violação de normas constitucionais e, sobretudo, se tais normas são relativas à organização e à competência dos podêres.

V — Por todos êstes motivos, considero inconstitucional a lei votada pela Câmara dos Vereadores de São Paulo, em a qual são aumentados os vencimentos de determinados funcionários, sem que tivesse havido iniciativa ou proposta do Poder Executivo. Como ato absolutamente ineficaz, não reúne a aptidão necessária a se tornar executório.

É o meu parecer, s. m. j.

Rio de Janeiro, 15 de abril de 1962. — *Francisco Campos*, professor na Faculdade Nacional de Direito.