ATO ADMINISTRATIVO INEXISTENTE*

EDUARDO LOBO BOTELHO GUALAZZI**

No Brasil, a teoria da inexistência administrativa mereceu considerandos desde 1939, nas obras de vários tratadistas do Direito Administrativo.

O ato administrativo inexistente não se jurisdiciza, *nessa qualidade*. Com efeito, a não-jurisdicização significa a desqualificação de fato ou *ato* fenomênicos para a esfera jurídica: não estão no mundo jurídico, pois não foram selecionados pela valoração ética positivada. *Non sunt in hoc mundo*. Esclarece Pontes de Miranda: "o conceito de negócio jurídico inexistente ou de ato jurídico *stricto sensu* inexistente é metajurídico; não é mais do que o enunciado da não-jurisdicização do ato" (*Tratado de direito privado — parte geral*, tomo IV, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1954, p. 19). Assim, pode-se definir o conceito de não-jurisdicização como a inexistência absoluta de nexo de incidência entre um fenômeno natural ou cultural e o ordenamento jurídico positivado.

Os fatos e atos jurídicos compõem o restrito *mundo do Direito*, esfera de correlações que escalona eventos causais (fatos) e manifestações volitivas (atos), conferindo vigência e fundamento à sua eficácia. Definimos o ato administrativo como a subjetivação formal da vontade do Estado que, editada teleologicamente pela Administração, gera efeitos jurídicos conseqüentes da incidência do Direito Objetivo, em matéria administrativa. O ato administrativo é exteriorização formal *de* administração. O fato administrativo é exteriorização material *da* administração.

* Síntese da dissertação de mestrado homônima, do mesmo autor, aprovada em 18 de outubro de 1976, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

** Procurador Municipal de São Paulo.

O ato administrativo inexistente é o que nem entra no mundo jurídico, nessa qualificação, pois lhe falta elemento estrutural básico: é o ato que não se perfez. Inexiste porque não recebeu forma, conformação suficiente de ato. Os atos nulo ou anulável são perfeitos e inválidos, ao passo que o ato administrativo inexistente é imperfeito e alheio à esfera da validez, que pressupõe a existência: a validade *legal* é decorrência eventual da existência *lógica*. A distinção entre ato administrativo *existente* e *inexistente* repousaria no considerando de que a categoria dos não-atos é necessária à técnica do Direito, assim como a dos números negativos o é para a Matemática.

A teoria do ato administrativo inexistente traduz a garantia de que a Administração, matriz da legalidade, somente manifestará sua volição com a observância dos requisitos de *essência* que asseguram a constituição de uma vontade pública legítima e coercitiva, *sine titulo iudici*. Essa garantia protege tanto a Administração como os administrados, resguardando-os da impossível autoexecutoriedade de atos administrativos inexistentes, assim como salvaguardando a Administração de responsabilização direta por atos que não editou como *administrativos*, liberando-a para considerá-los meros *fatos da administração*, irredutíveis à volição administrativa.

A estruturação da teoria jurídica inexistencial ocorreu, primacialmente, no *Direito Privado*, havendo alguns autores vislumbrado traços da noção de inexistência no Direito Romano. Foi Karl Salomo Zachariae o primeiro autor a construir uma sistematização sobre a teoria da inexistência, em sua obra *Handbuch der franzosischen Zivilrechts* (3 volumes), editada em Heidelberg, em 1827/29. A concepção foi disseminada para a doutrina francesa por Aubry et Rau, in *Cours de droit civil* (ed. de 1839/46), tendo sido cultivada por Demolombe, Planiol e Ripert, e outros. Repercutiu a teoria da inexistência na doutrina privatística italiana (Fiore, Venzi, Conso e outros), assim como na argentina e na brasileira (Eduardo Espínola, Washington de Barros Monteiro e outros).

No âmbito do *Direito Público*, deve-se atribuir a Laferrière a primeira exposição científica sobre a *doutrina administrativa da inexistência*, na obra *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* (1ª ed. — 1887/88; 2ª ed. — 1896). Todavia, o primeiro vestígio da teoria administrativa inexistencial ocorrera em França, aos 4 de fevereiro de 1804: "uma idéia verdadeira e simples é a de que somente se pode confirmar e ratificar aquilo que realmente tenha existido, ainda que despido de força por qualquer vício" (Jambert, *Explanação ao tribunal de 14 pluvioso, a. XII (4.2.1804)*, in Locré, *Législation civile, commerciale, criminelle*, Bruxelas, 1836, VI, p. 231).

A teoria da inexistência administrativa floresceu incessantemente no Direito Público, desenvolvida, *verbi gratia,* pelos seguintes autores estrangeiros: Alcindor, Dareste, Jèze, Teytaud, Desgranges, Rolland, Waline, Laubadère, Weil, Duguit, Kellershohn, De Soto, Lampué e Jean-Marie Auby (França); Raggi, Ferraris, Landi e Potenza (Itália); Velasco (Espanha); Gabino Fraga (México); Manuel Maria Diez, Imaz, Rodrigues Castro (Argentina e Uruguai); Marcello Caetano (Portugal). Menção especial deve ser consignada no tocante à notável obra *La théorie de l'inexistence des actes administratifs,* de Jean-Marie Auby, publicada em Paris, em 1951: a nosso ver, esta tese foi a contribuição mais alentada que, no exterior, recebeu o tema da inexistência administrativa.

No Brasil, a teoria da inexistência administrativa foi referida por Tito Prates da Fonseca (1939), Themístocles Brandão Cavalcanti, Francisco Campos, Mário Masagão e Hely Lopes Meirelles, colateralmente à teoria das nulidades dos atos administrativos.

Na doutrina administrativista brasileira, não obstante, a autonomia científica da teoria do ato administrativo inexistente foi assentada por José Cretella Júnior, em seu *Tratado de direito administrativo*: "as designações *inexistência* e *nulidade absoluta* (ou *radical*) aparecem usadas com freqüência no mesmo sentido, consideradas como equivalentes, julgando alguns doutrinadores não haver razão alguma para dissociá-las, o que é exato apenas sob o aspecto prático. Se é verdade que, em ambos os casos, o Direito nega reconhecimento do ato, de maneira absoluta, irremediável, *no plano técnico a distinção pode e precisa ser feita*" (vol. II, Rio/São Paulo, 1966, p. 285).

No *Direito Positivo romano-germânico,* ocorrências pretéritas ou atuais de inexistência jurídica, sobretudo administrativa, explícitas ou implícitas, são encontradiças no *Direito Francês* (Artigos Orgânicos de 18 Germinal do Ano X, Lei Constitucional de 16 de julho de 1875, art. 73 da Lei de 21 de março de 1905, art. 141 da Lei de Finanças de 13 de julho de 1911), *Direito Português* (art. 4º, parágrafo único, do Decreto-lei nº 16.563, de 2 março de 1929, art. 357, 363 e 828 do Código Administrativo de 1940), *Direito Mexicano* (art. 2.224 do Código Civil Mexicano), *Direito Argentino* (artigos 1.137, 1.144, 1.170, 1.328 e 1.806 do Código Civil).

No sistema jurídico de *common law,* são conhecidos atos administrativos "absolutamente vazios e de nenhum efeito" (*absolutely void and of no effect*) (cf. Frank J. Goodnow, *The principles of the administrative law of the United States,* New York and London, 1905, p. 344). Em *common law,* revelam-se e depuram-se atos administrativos *vacuosos* (*void*) por meio de algum dos

seguintes *writs*: 1) *mandamus;* 2) *certiorari;* 3) *quo warranto;* 4) *injunction;* 5) *habeas-corpus ad subjiciendum.* No Direito Positivo norte-americano, em *statute law,* há exemplos de inexistência administrativa: assim ocorre no Ato de Procedimento Administrativo (Administrative Procedure Act Public Law 404 — 79*th* Congress, Chapter 324, 2*nd* Session, put in force on the 11*th* of June, 1946), que estatui, na Seção 2 (*g*), a concepção de "falha de ação" (*failure to act*).

Os textos legais em vigor no Brasil apresentam alguns exemplos de inexistência, implícita ou explícita: *a*) Decreto-lei federal nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, artigo 17; *b*) artigos 78, *116,* 145, 207 e 1.089 do Código Civil Brasileiro de 1916; *c*) Lei estadual nº 2.677, de 21 de fevereiro de 1961, do Estado do Rio Grande do Norte; *d*) artigo 12, § 1º, da Lei municipal nº 5.039, de 14 de setembro de 1956, do Município de São Paulo.

Na esfera *jurisprudencial,* há arestos em França (Montrouge — 1883, Viandier Gaubert — 1921, Gillot — 1911, Lefranc — 1926, Munio — 1930, e outros) que comprovam a aceitação da teoria, assim como em outros países: Espanha (*Sentencias,* de 12 de novembro de 1872, 11 de julho de 1889, 18 de fevereiro de 1911 e 27 de dezembro de 1909), Portugal (decisão de 31 de maio de 1667), México (*Amparo, Sentencia* de 25 de maio de 1932). Na jurisprudência brasileira, são escassos os exemplos de acolhimento da inexistência administrativa: *a*) V. Acórdão unânime de 12 de junho de 1953, do Supremo Tribunal Federal, em que o Relator, Ministro Mário Guimarães, fundamentou voto com base na teoria da inexistência administrativa — Recurso Extraordinário nº 20.462, *in* RDA 48/350-355; *b*) V. Acórdão de 16 de novembro de 1954, proferido pela Quinta Câmara Civil do Tribunal de Justiça do antigo Distrito Federal; *c*) V. Acórdão de 31 de janeiro de 1961, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte; *d*) V. Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, recente, comentado pelo jornal *O Estado de S. Paulo,* de 19 de outubro de 1975, à p. 168, sob o título de "Firma Fictícia ou Inexistente" — Agravo de Instrumento nº 236.453.

Define-se o ato administrativo inexistente como o fato da Administração que, aparentando informalmente a vontade estatal, está isento de efeitos jurídicos motivados por teleologia pública, em conseqüência da não-incidência do Direito Objetivo, em matéria administrativa, por ausência natural ou cultural de qualificação.

Com a maioria da doutrina, pode-se concluir pela diversa natureza jurídica das figuras *ato administrativo inexistente* e *via de fato,* embora sejam inegáveis seus pontos de conexão lógico-jurídica.

Na doutrina francesa, em 1950, surgiu sutil dicotomia, entre ato administrativo *inexistente* e *quase-inexistente,* proposta por Vedel, que definiu este último como "o ato manifestamente insuscetível de reportar-se à aplicação de um texto legislativo ou regulamentar" (artigo La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative, publicado em *Juris-Classeur Périodique,* 1950, vol. I, p. 851). A quase-inexistência administrativa, proposta por Vedel, melhor se caracterizaria, contudo, como modalidade especialíssima de nulidade sumamente grave, cujo regime jurídico excepcional seria o da ineficácia total, desde o momento da perfeição, independentemente da declaração de nulidade e retroação *ex tunc.*

Há correntes doutrinárias que tendem a identificar totalmente a *inexistência administrativa* e a *ausência de aparência de ato administrativo.* Todavia, a aparência não é critério objetivo para induzir a existência ou inexistência administrativas. A aparência somente se caracteriza como teoria eqüitativa para: *a*) justificar a provisória e ilusória eficácia de um ato radicalmente ineficaz, porque inexistente; *b*) convalidar *a posteriori* os efeitos ilusórios de ato inexistente, desde que essa jurisdicização melhor concorra ao interesse público, excepcionalmente, do que extinção dos efeitos. Porém, neste sentido, já não se trata da teoria da aparência típica, que afinal se configura apenas como subsidiária incidental da teoria da inexistência administrativa, sem com esta se conectar necessariamente.

Quaisquer casos de deficiência *subjetiva,* no tocante à teoria do ato administrativo inexistente, são redutíveis ao binômio *a*) agente administrativo incompetente; *b*) ausência de manifestação da vontade estatal. Em concepção restritiva, somente a manifesta, flagrante e irrecusável ausência de legalidade, moralidade, possibilidade ou certeza pode gerar deficiência *objetiva,* resultante em ato administrativo inexistente por defeito de objeto.

Outrossim, é inconcebível um ato administrativo alheio a qualquer forma: a objetivação desse ente no mundo jurídico exige *forma. Forma dat esse rei.* O ato administrativo inexistente pode resultar de ausência de quantificada conformação, inferência extrínseca do ato defeituoso por lapso de fisionomia especializada, que o desquantifica para o Direito Público.

É teoricamente possível a ocorrência de ato administrativo *vinculado* inexistente, por defeito de *motivo,* sendo impossível, mesmo em teoria, haver ato administrativo *discricionário* inexistente, por esse defeito.

É inconcebível (logicamente inexistente) ato administrativo total e flagrantemente isento de aparência de *fim* público-legal, genérico ou específico.

Acerca do ato administrativo inexistente, convém sublinhar, ainda, as seguintes características: *a*) impossibilidade absoluta de convalescimento; *b*) incoercibilidade absoluta; *c*) responsabilização do Estado por ato administrativo inexistente, fato da administração que pode engrendrar, objetivamente, a reparação de dano, conseqüente a lesão de direito subjetivo, consoante o regime de Direito Público do risco integral, com fundamento no artigo 107 da Constituição da República de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969; *d*) responsabilidade funcional do agente público, por ato administrativo inexistente, em casos de dolo ou culpa comprovados.

O MUNICÍPIO COMO SISTEMA POLÍTICO

Ana Maria Brasileiro

O município como sistema político, constitui-se ao mesmo tempo em estudo do governo local e em uma contribuição para o conhecimento da realidade brasileira.

Na primeira parte do livro encontra-se visão global do município brasileiro, partindo-se do enfoque jurídico-histórico para um estudo sob a ótica sistêmica. Enfatiza-se naturalmente o município típico e situa-se, embora rapidamente, o problema das grandes metrópoles.

Na segunda parte, a autora analisa e compara municípios do Estado do Rio de Janeiro. Embora não tenha o objetivo de estender as conclusões obtidas nesta pesquisa a todo o território nacional, algumas de suas ilações têm caráter geral e o modelo que se depreende do trabalho será de utilidade para quem pretenda aplicar tal tipo de estudo em outras regiões do País.

À venda nas livrarias

Pedidos para Editora da Fundação Getulio Vargas

Praia de Botafogo, 188 — CP 9 052 — ZC-02