CLASSIFICAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS INVÁLIDOS NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

VLADIMIR DA ROCHA FRANÇA*

1. Introdução. 2. Requisitos dos Atos Administrativos. 3. Invalidades dos Atos Administrativos. 4. Regimes Jurídicos dos Atos Administrativos Inválidos. 5. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

Um capítulo crucial para a dogmática jurídica do Direito Administrativo reside no fenômeno das invalidades dos atos administrativos. Relevância que se assenta no próprio arcabouço normativo do controle dos atos da administração pública e, naturalmente, na própria garantia da cidadania no exercício da função administrativa.

Função administrativa é aqui entendida como a atividade do Estado que tem por escopo a satisfação do interesse público constitucional ou legalmente fixado, mediante a expedição de normas jurídicas complementares às normas legais e sujeitas a controle jurisdicional, numa posição privilegiada e superior diante dos particulares.

Não há posição pacífica quanto à classificação dos atos administrativos fulminados por ilegalidade. Ávidos, procuram os administrativistas, dentre os dispersos enunciados do regime jurídico-administrativo, critérios para agrupá-los e rotulá-los.

O trabalho que lhe apresentamos tem por fim oferecer uma classificação desses atos administrativos. Também é um modo de fazer um reajuste e uma revisão das idéias que andamos compartilhando com a comunidade jurídica. Trata-se de uma reflexão que gostaríamos de compartilhar com o leitor.

* Mestre em Direito Público pela Faculdade de Direito do Recife (UFPE). Doutorando em Direito do Estado pela PUC/SP. Professor de Direito Administrativo da Universidade Potiguar e da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte. Advogado em Natal/RN.

2. *Requisitos dos Atos Administrativos*

2.1. Pertinência, validade e eficácia dos atos administrativos

Postos no sistema do Direito Positivo mediante declarações unilaterais imputadas ao Estado, os atos administrativos são normas concretas que têm por escopo a realização do interesse público no caso específico. Encontram-se subordinados às leis — por força do princípio da legalidade — e sujeitos ao controle do Poder Judiciário — injunção do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Como todas as normas jurídicas (numa acepção estrita), possuem uma estrutura hipotético-condicional. No antecedente do ato administrativo, há um enunciado, mesmo que elíptico[1], que declara a ocorrência de um evento previamente tipificado pela lei ou demarcado pela autoridade administrativa (nos casos de discricionariedade); e, em seu conseqüente, a prescrição de uma relação jurídico-administrativa, na qual há a qualificação de uma conduta (prestação) como obrigatória, proibida ou permitida em relação ao Estado no exercício da função administrativa. Os atos administrativos podem ser individuais ou gerais, consoante a identificação ou não dos destinatários da prescrição, em termos numéricos.

Num sentido estrito, somente os comandos administrativos que possuem a estrutura hipotético-condicional acima descrita podem ser denominados atos administrativos.

O evento jurídico é a ocorrência da realidade social ou natural que foi previamente tipificado por uma norma jurídica ou qualificado como relevante pela autoridade estatal (no exercício de competência discricionária) ou pelo particular (na atuação da potestade da autonomia da vontade); já o fato jurídico, em se tratando do antecedente normativo do ato, o enunciado produzido pelo agente que torna esse acontecimento conhecido pelo Direito Positivo[2]. Aderimos recentemente a essa distinção[3].

A relação jurídica administrativa constitui um fato jurídico relacional ou fato-conduta. É um efeito imputado ao fato jurídico predicativo ou fato-evento. O fato-evento administrativo (fato jurídico administrativo) e o fato-conduta administrativo (relação jurídica administrativa) põem-se no sistema do Direito Positivo no fluxo de causalidade jurídica constituído pela autoridade administrativa, em vista da norma abstrata e geral que aplicou no caso específico com a expedição do ato. A lei não incide sozinha no evento jurídico administrativo: é a autoridade administrativa que a faz incidir no evento, declarando-o no fato jurídico, e acarretando a inevitável imputação de uma relação jurídica administrativa.

1 Miguel Seabra Fagundes, *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*, p. 21-2; e Eurico Marcos Diniz de Santi, *Lançamento tributário*, p. 85-6.

2 *Cf.* Paulo de Barros Carvalho, *Direito tributário — fundamentos jurídicos da incidência*, p. 85 ss.; Tércio Sampaio Ferraz Júnior, *Introdução ao estudo do direito*, p. 278-9; e Eurico Marcos Diniz de Santi, *Decadência e prescrição no direito tributário*, p. 56-9.

3 *Cf.* Vladimir da Rocha França, *Aspectos constitucionais da hipótese tributária da taxa pela prestação de serviço público*, *Revista de Informação Legislativa*, n. 149: 195-6.

Isso constitui o conteúdo do ato administrativo, que por força do princípio da legalidade administrativa, não deve ter apenas uma relação de não-contradição (como nos negócios jurídicos), mas também um vínculo de subsunção em relação à lei.

Também integra o ato administrativo o instrumento que o introduziu no sistema do Direito Positivo. Cuida o veículo introdutor do ato administrativo de registrar os elementos pessoal, espacial e temporal da declaração jurídica que lhe deu origem material, bem como, indícios do procedimento empregado pelo emissor para a expedição do comando. É o instrumento introdutor que posiciona a norma jurídica dentro da hierarquia do ordenamento jurídico.

Representa o instrumento introdutor a forma do ato administrativo, o seu revestimento exterior, que junto ao conteúdo, pertence ao conjunto dos elementos dos atos administrativos[4]. Empregamos "elementos" para designá-los porque a norma jurídica e o seu veículo introdutor, constituem uma unidade que somente pode ser separada para a sua análise teórica. Não há norma sem instrumento introdutor e, este careceria de qualquer utilidade se comando algum veiculasse.

Recorde-se que "forma" é, não raras vezes, também empregada para designar o procedimento que deve ser empregado (ou que foi empregado) para a expedição do ato.

Outra observação necessária: é possível que dois ou mais atos administrativos compartilhem o mesmo instrumento introdutor. O ato administrativo, como norma jurídica em sentido estrito, é encontrado pela conjugação dos enunciados veiculados pelo seu instrumento introdutor. Temos como exemplo, o auto de infração em matéria tributária, que constitui o veículo introdutor dos seguintes atos administrativos: i) o ato administrativo de lançamento tributário, que constitui a obrigação tributária pela declaração do evento imponível em fato jurídico tributário; ii) o ato administrativo de imposição da multa pelo fato jurídico do inadimplemento do tributo; iii) o ato administrativo de imposição da multa pelo fato jurídico da mora; iv) e do ato administrativo de imposição de multa pelo descumprimento de dever instrumental tributário ("obrigação acessória")[5].

O ato administrativo tem a característica da pertinência (ou existência), em relação ao Direito Positivo, quando a declaração unilateral é reconhecida como fonte material pelo ordenamento jurídico, mediante o instrumento introdutor que a formaliza. Aqui, não há qualquer consideração se o ingresso do comando jurídico no ordenamento jurídico ocorreu de modo conciliado ou não com os demais comandos jurídicos. É preciso o esgotamento do processo de formação do ato; que o mesmo tenha sido emitido por um agente que detinha poder genérico de introduzir um comando de tal natureza[6]; e, assim como, que haja uma norma jurídica de estrutura que confira ao veículo introdutor a condição de fonte formal do Direito Positivo.

Como bem leciona Paulo de Barros Carvalho[7]:

4 Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 350-1.

5 *Cf.* Eurico Marcos Diniz de Santi, *Lançamento..*, p. 195-201.

6 Marcelo Neves, *Teoria da inconstitucionalidade das leis*, p. 43.

7 *Curso de direito tributário*, p. 51. *Cf.* Tércio Sampaio Ferraz Júnior, *op. cit.*, p. 226.

"(...) o estudo das chamadas fontes materiais do direito circunscreve-se ao exame do processo de enunciação dos fatos jurídicos, de tal modo que neste sentido, a teoria dos fatos jurídicos e a teoria das fontes dogmáticas do direito. Paralelamente, as indagações relativas ao tema das fontes formais correspondem à teoria das normas jurídicas, mais precisamente daquelas que existem no ordenamento para o fim primordial de servir de veículo introdutório de outras regras jurídicas" (grifo no original).

Outro aspecto fundamental: a recognoscibilidade social do ato administrativo[8]. O comando pode até ter o seu conteúdo negado pelo administrado, mas jamais, sob a ótica da pertinência, admite-se que este ignore aquele como norma jurídica. Colocamos no lastro dessa assertiva, esse ensinamento de Tércio Sampaio Ferraz Júnior[9]:

"(...) a relação de autoridade admite uma rejeição, mas não suporta uma desconfirmação. A autoridade rejeitada ainda é autoridade, sente-se como autoridade, pois a reação de rejeição para negar, antes reconhece (só se nega o que antes se reconheceu). Mas a desconfirmação elimina a autoridade: uma autoridade ignorada não é mais autoridade).

A enunciação consiste na fonte material do direito, quando o seu produto, o enunciado, institucionaliza-a perante o Direito Positivo; faz isso através do instrumento introdutor, a fonte formal do Direito Positivo, que registra os aspectos pessoal, espacial, temporal daquela declaração[10]. É interessante anotar ainda, que não raras vezes se utiliza a expressão "ato administrativo" — tal como "ato jurídico" — para designar justamente a enunciação jurídica, dada a ambigüidade do termo[11]. Vê-se claramente que optamos por reservar "ato administrativo", bem como "ato jurídico", para designar o enunciado, a norma jurídica, observando os passos de boa doutrina[12].

Como já tivemos oportunidade para dizer[13], essa estrutura do Direito Positivo afasta do conceito de ato administrativo as ordens orais ou emitidas por meio de gestos, assim como aquelas estritamente oriundas de máquinas programáveis. São, na verdade, eventos jurídicos que demandam o seu registro formal para que possam ser referidos em fatos jurídicos. Sem a memória formalizada, inexiste o evento para o Direito Positivo.

Os atos administrativos delimitam o campo de atuação da administração pública no caso específico. Preparam a ação material necessária para a satisfação do interesse

8 Antônio Carlos Cintra do Amaral, *Extinção do ato administrativo*, p. 26-8.

9 *Op. cit.*, p. 109.

10 Eurico Marcos Diniz de Santi, *Decadência...*, p. 65-6.

11 *Cf.* Antônio Carlos Cintra do Amaral, *Conceito e elementos do ato administrativo*, *Revista de Direito Público*, n. 32: 36, e Eurico Marcos Diniz de Santi, *Decadência...*, p. 101-4. Acresça-se, ainda, a aparente opção de Paulo de Barros Carvalho (*Curso...*, p. 397-8) em reservar "ato jurídico" para designar o veículo introdutor.

12 *Cf.* Carlos Ari Sundfeld, *Fundamentos de direito público*, p. 86; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso...*, p. 337 ss.; e Lúcia Valle Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, p. 100 ss.

13 *Cf.* Vladimir da Rocha França, *Ato jurídico administrativo e ato administrativo stricto sensu*, p. 7; e *idem*, *Invalidação Administrativa na Lei Federal n. 9.784/99*, p. 11-2.

público[14]. É excepcional a licitude da imediata execução concreta das normas legais e constitucionais, sem a expedição do ato administrativo prévio[15]. Essas situações especiais demandam, contudo, a expedição de um ato administrativo que legitime essa atuação material.

Pertinente, o ato administrativo permanece no ordenamento jurídico até sua expulsão por outro comando jurídico[16]: pela declaração de razões de conveniência ou oportunidade (revogação[17]); pela constatação de vício na formação ou na substância (invalidação); pela enunciação do descumprimento pelo destinatário dos requisitos para o usufruto do direito subjetivo (cassação); pela declaração do advento de invalidade superveniente à expedição do ato retirado (caducidade ou decaimento[18]); ou, por fim, por ter efeitos contrapostos ao ato retirado (contraposição). O ato administrativo, quando também se extingue pelo cumprimento de seus efeitos, seja pelo esgotamento de seus efeitos jurídicos, seja pela implementação de seus efeitos sociais, ou ainda, pelo advento de termo final ou condição resolutiva[19].

Uma coisa é a admissão do comando no ordenamento jurídico; outra, é a admissão regular ou irregular de tal comando[20]. Seguindo a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello[21]:

"(...) a norma permanecerá no sistema enquanto não desconstituída sua existência, isto é, sua pertinência ao sistema — o que é absolutamente verdadeiro — mas poderá, sobre o fundamento de que é válida, ser desaplicada pelo juiz no exame de constitucionalidade *incidenter tantum*, como já se disse, nisto se confirmando e comprovando inadversavelmente a distinção jurídica entre existência e validade" (grifo no original).

A validade do ato administrativo consiste no vínculo que se estabelece entre essa norma jurídica e o ordenamento jurídico, por terem sido obedecidos os requisitos para sua regular formação e ingresso no sistema. Todos os comandos jurídicos gozam de presunção *juris tantum* de validade[22], desde sua admissão no ordenamento jurí-

14 Renato Alessi, *Principi di diritto amministrativo*, tomo I, p. 267-9.

15 Michel Stassinopoulos, *Traité des actes administratifs*, p. 22-4.

16 *Cf.* Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso...*, p. 396-9.

17 Passamos a enquadrar a revogação como modo de extinção do ato administrativo. Efetivamente, o ato administrativo de revogação retira o ato administrativo inconveniente ou inoportuno do ordenamento jurídico, interrompendo o fluxo de efeitos jurídicos produzidos pelo ato ou impedindo que este comando os produza, quando ineficaz. Em trabalho anterior (Vladimir da Rocha França, *Invalidação Judicial da Discricionariedade Administrativa no Regime Jurídico-Administrativo Brasileiro*), visualizamos a revogação como uma das hipóteses de perda de validade do ato administrativo, posição equivocada pelo próprio conceito de validade que lá empregamos.

18 *Cf.* Márcio Cammarosano, *Decaimento e extinção dos atos administrativos*, Revista de direito público, n. 53-54: 168-72.

19 *Cf.* Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso...*, p. 396-9.

20 Marcelo Neves, *op. cit.*, p. 41.

21 Leis originariamente inconstitucionais compatíveis com emenda constitucional superveniente, *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 23: 17-8. Ver Lei Federal n. 9.898/99, arts. 27 e 28, e Lei Federal n. 9.882/99, art. 11.

22 Paulo de Barros Carvalho, *Direito...*, p. 239.

dico. Por sua vez, esse comando jurídico é inválido quando esse vínculo é quebrado em virtude do fato jurídico do vício.

O ato administrativo válido somente passa para inválido quando há expedição de um ato judicial ou de outro ato administrativo, enquadrando o provimento dentro da moldura das invalidades prescrita pelo Direito Positivo. Como já dissemos[23]:

"Sem a manifestação normativa competente, o ato administrativo portador de vício permanece no sistema. Embora o ato implique em atentado à ordem jurídica, a restauração da juridicidade ferida depende da expedição de outro ato administrativo. A invalidação e a convalidação são meios estabelecidos pelo próprio regime jurídico-administrativo para a eliminação *material* do vício, *preservando a segurança jurídica e a integridade dos princípios que regem essa parcela do sistema do direito positivo*. Se assim não fosse, bastaria confiarmos no administrador, e o controle da administração pública, por conseguinte, seria algo inútil.

Se a administração não convalida. O ato se torna passível de invalidação pelo Poder Judiciário, se, é claro, este for provocado para fazê-lo. O mesmo serve para a hipótese da administração se abster de invalidar quando deveria tê-lo feito" (grifo no original).

E, pode ainda ocorrer que o ato administrativo inválido se estabilize, sem perder sua pertinência, saneando-se o defeito pela declaração do evento jurídico do vício e da decadência do exercício da competência para invalidá-lo, por exemplo. O provimento judicial ou administrativo que determina isso deve ser denominado de ato administrativo de estabilização. Afinal, se a invalidade nunca for declarada pela autoridade estatal, jamais terá existido para o Direito Positivo.

Hans Kelsen[24] propunha que a pertinência e a coerência das normas no Direito Positivo estivessem agregadas num único conceito: a vigência ou a validade. Entretanto, essa posição encontra forte resistência. O Direito Positivo admite antinomias, contradições entre as normas jurídicas, haja vista a pluralidade de agentes portadores de poder para emiti-las[25]. Mas isso não significa dizer que o sistema não disponha de meios para restaurar a coerência e fulminar a antinomia.

Em ensaio anterior[26] fizemos uma tentativa de conciliação do conceito kelseniano de validade com a distinção entre a pertinência da norma ao sistema e a regularidade de seu ingresso no mesmo. Nesse esforço, utilizamos o vocábulo "validade" para designar a relação de pertinência e, "legalidade", para indicar a regularidade da inserção da norma no Direito Positivo, buscando dar uma resposta não

23 Vladimir da Rocha França, *Invalidação judicial...*, p. 132.

24 *Teoria pura do direito*, p. 10-6. Esse paradigma kelseniano de validade já nos seduziu, por influência das lições de Paulo de Barros Carvalho (*cf.* Vladimir da Rocha França, Aspectos constitucionais da hipótese tributária da taxa pela prestação de serviço público, *Revista de Informação Legislativa*, n. 149: 188)

25 Marcelo Neves, *op. cit.*, p. 35; e Celso Antônio Bandeira de Mello, Leis originariamente inconstitucionais compatíveis com emenda constitucional superveniente, *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 23: 17-8.

26 Vladimir da Rocha França, *Invalidação administrativa...*, p. 11-6. *Cf.* Lourival Vilanova, *Causalidade e relação no direito*, p. 322.

tão distante de Kelsen para essa crítica. Nesse trabalho, chamou-nos a atenção a necessidade de que haja um mínimo de regresso à norma fundamental para que a norma pertença ao ordenamento jurídico. E isso, com base no seguinte ensinamento de Kelsen[27]:

"Mesmo quando a norma superior só determine o órgão, isto é, o indivíduo pelo qual a norma inferior deve ser produzida, e deixe à livre apreciação deste órgão tanto a determinação do processo como a determinação do conteúdo da norma a produzir, a norma superior é aplicada na produção da norma inferior: *a determinação do órgão é o mínimo que tem de ser determinado na relação entre uma norma superior e uma norma inferior. Com efeito, uma norma cuja produção não é de forma alguma determinada por uma norma superior não pode valer como norma posta dentro da ordem jurídica e, por isso, pertencer a essa ordem jurídica; e um indivíduo não pode ser considerado órgão da comunidade jurídica, a sua função não pode ser atribuída à comunidade jurídica, quando não é determinado através de uma norma da ordem jurídica que constitui a comunidade, o que significa: quando não lhe é atribuída autorização ou competência para sua função por uma norma superior.* Todo ato criador de Direito deve ser um ato aplicador de Direito, que dizer: deve ser a aplicação de uma norma jurídica preexistente ao ato, para poder valer como ato da comunidade jurídica. Por isso, a criação jurídica deve ser concebida como aplicação do Direito, mesmo quando a norma superior apenas determine o elemento pessoal, o indivíduo que tem de exercer a função criadora de Direito. é esta norma superior determinadora do órgão que é aplicada em cada ato deste órgão" (grifamos).

Por isso, naquele trabalho reservamos "legalidade" para indicar a compatibilidade da norma jurídica com os cânones do ordenamento jurídico, com os requisitos exigidos para a regularidade do ingresso e da permanência do comando nesse sistema.

Entretanto, uma análise mais detida sobre o enunciado do art. 82 do Código Civil nos fez voltar à antiga terminologia[28]:

"Art. 82. A *validade* do ato jurídico requer agente capaz (art. 145, I), objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (arts. 129, 130 e 145)" (grifamos).

Note-se que os dispositivos referidos nesse dispositivo referem-se a aspectos referentes à regularidade do ingresso e permanência do negócio jurídico no Direito Positivo. Para manter maior proximidade possível com a terminologia do ordenamento jurídico-positivo, fizemos tal retorno.

Como leciona Hospers[29], as palavras são apenas rótulos que pomos às coisas para viabilizar o discurso em torno destas. Entretanto, ao batizar os fenômenos do Direito Positivo, deve a dogmática jurídica buscar maior fidelidade aos conceitos jurídico-positivos.

27 *Op. cit.*, p. 253-4.

28 Ver art. 104 do Projeto do Novo Código Civil. Observe-se que no projeto, passa-se a empregar "negócio jurídico" para indicar o que se definia no art. 81 do Código Civil ainda em vigor.

29 *Apud.* Agustin Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, tomo 1, p. I-12.

Mas, observe-se: *sem um mínimo de regresso à norma fundamental, o ato administrativo não integra o ordenamento jurídico.* É uma contribuição da teoria kelseniana para o estudo da existência das normas jurídicas.

O ato administrativo pertinente tem idoneidade para produzir os seus efeitos jurídicos, caso a sua esteja impedida por termo inicial, condição suspensiva ou ato de controle. Sem tais embaraços, o ato administrativo pertinente tem eficácia.

Por fim, a eficácia compreende a produção dos efeitos jurídicos do ato administrativo[30]. São efeitos jurídicos do ato administrativo: a juridificação do evento jurídico administrativo mediante sua enunciação em fato jurídico, deflagrando imediata e inefavelmente a relação jurídica administrativa que a autoridade administrativa lhe imputou, diante da norma legal.

A relação jurídica administrativa representa um vínculo entre o Estado e o administrado (especificado ou não), em torno de uma prestação qualificada (deonticamente modalizada, em termos lógico-jurídicos) como obrigatória, proibida ou permitida. Caso a prestação devida não seja cumprida, o titular o direito subjetivo pode pedir a prestação jurisdicional ou, se for o Estado, proceder a imediata execução da pertinente sanção administrativa nos casos admitidos em lei.

A eficácia deve ser distinguida da efetividade, que consiste na observância espontânea ou imposta da prestação devida.

Os atributos da imperatividade, da exigibilidade e, excepcionalmente, da executoriedade, surgem quando o ato adquire eficácia. Elucidando: imperatividade representa o poder extroverso que viabiliza a constituição unilateral de obrigações administrativas; a exigibilidade, o poder do Estado ou do administrado de exigir a observância da conduta prescrita; e, por fim, a executoriedade, a viabilidade da imposição material da sanção administrativa pela inobservância do dever administrativo.

2.2. Pressupostos dos atos administrativos

Outros requisitos são necessários para que o ato administrativo seja válido. Eles se referem a vínculos que o ato administrativo deve manter, com aspectos que lhe são exteriores, para que tenha o atributo da pertinência ou da validade. São os pressupostos dos atos administrativos[31].

Sem o reconhecimento social do instrumento introdutor e da substância do ato jurídico, como próprios do ordenamento jurídico ou por este aceitos, tal norma não é pertinente, isto é, não existe no sistema do Direito Positivo. Aliado a isso, é mister que o ato jurídico seja administrativo é preciso que guarde relação com o exercício da função administrativa. Em outras palavras, que o veículo introdutor seja qualifi-

30 *Cf.* Flávio Bauer Novelli, *A eficácia do ato administrativo*, Revista de Direito Administrativo, vol. 61: 15.

31 Recentemente, adotamos a sistematização proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello para os requisitos dos atos administrativos.

cado pela norma jurídica como próprio para o exercício, em tese, de competência administrativa. Esse é um dos pressupostos de existência dos atos administrativos: pertinência com a função administrativa.

O objeto do ato administrativo significa aquilo sobre o que o ato administrativo dispõe, não se confundindo com o prescritor[32]. Noutro giro: a prestação devida, a conduta prescrita no comando como obrigatório, proibida ou permitida.

Celso Antônio Bandeira de Mello[33] e Weida Zancaner[34] entendem que a possibilidade material e jurídica objeto consubstancia-se num pressuposto de existência do ato administrativo. Posição, aliás, que endossamos[35].

A possibilidade material integra a ontologia do Direito Positivo, pois o seu escopo máximo, a regulação das condutas humanas intersubjetivas, demanda que seus elementos determinem prestações fisicamente possíveis[36].

Em se tratando da possibilidade jurídica, faz-se imprescindível que a conduta prescrita não se apresente como atentado ao Direito Positivo. Em outras palavras: que a prestação são seja um evento tipificado pela lei como ilícito. Um ato administrativo em que se prescreve a ordem de torturar um preso padece de inexistência.

O outro pressuposto de existência dos atos administrativos é a publicidade. A publicidade significa a efetiva disponibilidade do conteúdo do ato para a ciência dos administrados, sendo desnecessário — *para a identificação da pertinência do ato* — que o cidadão diretamente atingido tenha conhecimento da substância do comando. Tem por fundamento a injunção do art. 3° da Lei de Introdução ao Código Civil:

"Art. 3°. Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece".

São pressupostos de validade dos atos administrativos: pressuposto subjetivo, pressupostos objetivos, o pressuposto formalístico, o pressuposto teleológico, e o pressuposto lógico. Ausentes ou falhos, tornam o ato administrativo viciado e, por conseguinte, passível de invalidação ou de convalidação.

O pressuposto subjetivo compreende o agente emissor do ato administrativo. Aquele que exerceu a competência administrativa no caso específico com a expedição desse comando.

O pressupostos objetivos são: o motivo e os requisitos procedimentais.

O motivo representa o evento demarcado — no fato jurídico administrativo (antecedente do ato) — pela autoridade administrativa como relevante para o interesse público, seja diante da hipótese da norma legal, seja perante critérios de conveniência ou oportunidade do próprio agente. Não se confunde com o motivo legal — a norma legal que serve de fundamento de validade para o ato administrativo — nem com a motivação — requisito procedimental muito relevante para o controle dos atos administrativos.

32 *Cf.* Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso...*, p. 352; e Weida Zancaner, *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, p. 31.

33 *Idem.*

34 *Op. cit.*, p. 32-3.

35 *Cf.* Vladimir da Rocha França, *Invalidação administrativa...*, p. 29-30.

36 *Cf.* Hans Kelsen, *op. cit.*, p. 110-2; Lourival Vilanova, *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*, p. 89 ss.; e Paulo de Barros Carvalho, *Direito...*, p. 7-14.

Por fim, temos como pressuposto objetivo os requisitos procedimentais, que são os atos jurídicos que devem ser expedidos pelo particular ou pela autoridade administrativa para a validade do ato administrativo. Destacam-se, entre os requisitos procedimentais, a comunicação e a motivação.

A comunicação, que não se confunde com a publicidade, consiste no ato pelo qual a administração pública faz o interessado tomar ciência da iminência ou da expedição do ato administrativo. E, a motivação, compreende o ato através do qual a autoridade administrativa exterioriza para o administrado atingido a norma jurídica que serve de supedâneo para a expedição do ato, sua correlação com o motivo do ato, bem como a causa (em se tratando de competência discricionária).

O pressuposto formalístico consiste na formalização, no veículo que deve introduzir o ato administrativo no sistema. Não se confunde com a forma, que representa o instrumento introdutor empregado no ato.

O pressuposto teleológico trata da finalidade, do interesse público que justifica o conteúdo do ato administrativo. Por pressuposto lógico, temos a causa, a correlação de proporcionalidade entre o motivo e o conteúdo do ato administrativo, em vista da finalidade. São próprios dos atos administrativos de competência discricionária.

O vício em um desses pressupostos torna o ato administrativo passível de invalidação administrativa ou judicial, caso em que a invalidade é declarada em fato jurídico noutro ato administrativo ou numa sentença judicial. Entendemos pois, por invalidade, como o defeito em pressuposto de validade previsto pela lei para o ato jurídico.

Para que o evento jurídico da invalidade exista para o Direito Positivo, é preciso a sua prévia demarcação em lei. Sem a valoração do ordenamento jurídico, através dos seus elementos constitutivos (as normas jurídicas), as fronteiras entre o lícito e o ilícito não se formam. O binômio válido/inválido é interior ao sistema do Direito Positivo, tendo a sua aplicação condicionada pelas peculiaridades dessa ordem normativa. O ordenamento jurídico também pode estabelecer gradações entre as invalidades, concedendo regimes jurídicos distintos para eliminá-las do sistema. Assim o fez para os negócios jurídicos[37].

E, sem a intervenção do agente portador de potestade de produzir normas jurídicas, *não há incidência dos preceitos legais que demarcam e classificam determinados eventos como invalidades.*

A verificação do evento jurídico da invalidade é um juízo prévio à invalidação (ou convalidação) do ato administrativo[38]. Se a autoridade estatal o faz, no curso do procedimento de invalidação (ou convalidação), o ato administrativo deve ser invalidado (ou convalidado). Identificando a invalidade, deve declará-la em fato jurídico no ato administrativo de invalidação (ou de convalidação).

37 Ver Código Civil, arts. 145 ss. Ver Projeto do Novo Código Civil, art. 166 ss.

38 Jacintho de Arruda Câmara, A preservação dos efeitos dos atos administrativos viciados, *Estudos de direito administrativo — em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello*, p. 54.

3. Invalidades dos Atos Administrativos

3.1. Invalidação e convalidação

Na identificação do regime jurídico de invalidação dos atos administrativos federais e dos atos administrativos das pessoas políticas que não possuem legislação própria, precisa-se conjugar dois diplomas legais: a Lei Federal n. 9.784/99 e a Lei Federal n. 4717/65. Se houver diploma legislativo estadual ou municipal que regule a matéria, entendemos que a legislação federal é apenas aplicável para suprir eventuais lacunas legais. Trata-se de injunção do princípio federativo.

As invalidades dos atos administrativos podem ser sanáveis ou insanáveis.

As invalidades sanáveis, denominadas anulabilidades, são aquelas que não atingem de modo indelével o conteúdo do ato administrativo, permitindo a preservação de seus efeitos jurídicos mediante a expedição de um ato administrativo de convalidação. Consistem em vícios que não impediriam a repetição do comando.

São invalidades insanáveis, ou simplesmente nulidades, aquelas que vedam a válida repetição do ato viciado, por comprometer seu conteúdo, tornando-o ilegal ou ilegítimo. Torna o comando viciado passível de invalidação judicial ou administrativa.

O fundamento jurídico-positivo para essa distinção reside na finalidade que norteia a restauração da validade dos atos administrativos: a restauração da juridicidade com segurança jurídica.

A invalidação consiste no provimento — judicial ou administrativo — que demarca do evento concreto da invalidade administrativa, previsto em lei, ensejando: i) a quebra da validade do ato administrativo defeituoso e; ii) a desconstituição de sua eficácia. Pode vir acompanhado por um outro ato administrativo, determinando a restauração material da situação anterior aos seus efeitos sociais ou, se isso for impossível, a recomposição pecuniária pelos danos sofridos.

Todavia, não é o único modo de fulminar a invalidade e recuperar a coerência perdida com a expedição defeituosa do ato administrativo. O regime jurídico-administrativo também admite a convalidação dos atos administrativos que apresentem vícios sanáveis e, comprovada a ausência de lesão ao interesse público e prejuízo a terceiros[39].

O ato de invalidação do ato administrativo tem como efeitos jurídicos: o efeito declaratório da invalidade; e o efeito constitutivo negativo da pertinência do ato administrativo. Prescreve-se na invalidação que a generalidade dos administrados não mais reconheçam o ato invalidado como pertinente ao ordenamento jurídico.

A convalidação do ato administrativo decorre exclusivamente de competência administrativa. Esse provimento também demarca evento da invalidade administrativa legalmente tipificado, determinando a manutenção do ato administrativo viciado no sistema pelo saneamento do vício constatado. Tal como o ato de invalidação, o ato de convalidação tem o efeito jurídico de declarar a invalidade. Todavia, possui

39 Ver Lei Federal n. 9.784/99, art. 55.

um efeito jurídico de natureza constitutiva positiva, pois prescreve a manutenção da imperatividade e da eficácia do ato convalidado.

Enquanto competências estatais, a invalidação e a convalidação do ato administrativo têm como interesse público regente a restauração da juridicidade violada pela ação administrativa, com respeito ao valor máximo do Direito Positivo, a segurança jurídica; que está condensada no conjunto de valores positivados nos princípios constitucionais da administração pública[40]. Têm como fundamento de validade o princípio da legalidade[41], e, no âmbito da União, a Lei Federal n. 9.784/99[42].

A invalidação e a convalidação são atos de competência vinculada, pois a lei define todos os seus pressupostos de validade, salvo numa única exceção[43].

Não se confundem com a revogação, ato de competência discricionária que retira a pertinência do ato administrativo por razões de conveniência e oportunidade, possuindo interesse público regente e fundamento de validade inteiramente distinto[44].

3.2. Classes de Atos Administrativos Inválidos

Quando se vai investigar o regime jurídico da invalidação dos atos administrativos, não deve ser esquecido pelo intérprete o enunciado do art. 1° do Código Civil:

"Art. 1°. Este Código regula os direitos e obrigações de ordem privada concernentes às pessoas, aos bens e às suas relações".

Embora os dispositivos do Código Civil (e do novo Código Civil) relativos às invalidades dos negócios jurídicos sejam úteis para a compreensão do fenômeno da invalidade no Direito Positivo, é mister ressaltar que esses dispositivos integram o regime jurídico de Direito Privado. Este é informado e regido pelo princípio da autonomia da vontade, que atribui aos particulares a potestade de expedir normas concretas — os negócios jurídicos — para a regulação de suas relações jurídicas privadas. Lembre-se, ainda, que a classificação das invalidades dos negócios jurídicos, bem como os regimes jurídicos de invalidação desses atos, têm em vista a segurança e a tutela de interesses privados.

É claro que a legislação civil estabelece preceitos de ordem pública[45]. Mesmo assim, esses preceitos são prescritos para que a regulação do interesse do particular não comprometa a segurança jurídica das relações privadas; acresça-se que as normas de ordem pública destinam-se a disciplina de relações jurídicas nas quais o Estado

40 *Cf.* Vladimir da Rocha França, *Invalidação administrativa...*, p. 20-3.

41 Ver Constituição Federal, art. 5°, II, e 37, *caput*.

42 Ver arts. 53 ss.

43 No caso de incompetência da autoridade nos atos de competência discricionária. *Cf.* Vladimir da Rocha França, *Invalidação administrativa...*, p. 21-4.

44 *Cf.* Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso...*, p. 399 ss.; e Vladimir da Rocha França, *Invalidação judicial...*, p. 126-9.

45 Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil*, vol. 1, p. 246.

(ou as pessoas que fazem as suas vezes) não participa no exercício de competência estatal[46]. Não se confundem com as normas jurídicas que integram o regime jurídico-administrativo, regente do exercício das competências administrativas, informado pelos princípios da prevalência do interesse público sobre o particular e da indisponibilidade do interesse público[47].

Os regimes jurídicos de invalidação prescritos no Código Civil não são aplicáveis aos atos administrativos. Salvo de modo subsidiário, quando não existem normas jurídicas para tanto; e, principalmente, se não atentam os preceitos civis contra os cânones máximos do regime jurídico-administrativo.

No Direito Privado, os negócios jurídicos inválidos classificam-se em nulos ou anuláveis.

Os negócios jurídicos nulos e os negócios jurídicos anuláveis têm em comum o fato de que somente podem ser expulsos do sistema do Direito Positivo por um ato judicial[48]. Eles permanecem no sistema enquanto não houver o advento de uma decisão judicial, desconstituindo a pertinência do negócio jurídico defeituoso.

Outro ponto similar: a invalidação judicial do negócio jurídico impõe a reposição da situação material anterior à expedição do ato; quando não for possível, deve haver a recomposição dos danos.

Os negócios jurídicos nulos padecem de invalidades insanáveis ("nulidades absolutas", ou simplesmente "nulidades"), pois não podem ser supridas pelas partes mediante ratificação expressa ou tácita. O Ministério Público, assim como qualquer interessado, pode validamente argüir a nulidade; se comprovada, é cognoscível de ofício pelo juiz quando se depara com o negócio ou seus efeitos, habilitando-o a expedir o ato judicial de invalidação. A invalidação judicial da nulidade tem eficácia retroativa, desconstituindo todos os efeitos jurídicos produzidos pelo comando impugnado.

Os negócios jurídicos anuláveis são eivados de invalidades sanáveis ("nulidades relativas" ou "anulabilidades"), podendo ter os seus termos ratificados pelas partes. Somente o interessado tem legitimidade para argüir a anulabilidade e desta se beneficiar, salvo no caso de solidariedade ou indivisibilidade. A invalidação judicial da anulabilidade detém eficácia *ex-nunc*, pois os efeitos jurídicos produzidos pelo negócio inválido são respeitados até o ingresso do ato judicial na ordem jurídica.

Os negócios nulos e os negócios anuláveis também se diferenciam pelo prazo prescricional estabelecido para a sua invalidação.

Pelo atual sistema, os negócios nulos são, em regra, imprescritíveis, ocorrendo as exceções quando a lei expressamente estabelece ou, se tiver o negócio jurídico fundo patrimonial. Neste caso, a prescrição da ação judicial cabível para invalidá-los segue o disposto pelo art. 179 do Código Civil. Pelo art. 169 do Projeto do Novo Código Civil, o negócio nulo aparentemente se torna absolutamente imprescritível.

46 Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios gerais do direito administrativo*, vol. I, p. 19.

47 Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso...*, p. 25 ss.

48 *Cf.* Maria Helena Diniz, *op. cit.*, p. 347-8.

Nos atos anuláveis, direito de ação prescreve em prazos mais ou menos inferiores aos prazos prescricionais estabelecidos para os atos nulos. No Projeto do Novo Código Civil, a invalidação do negócio jurídico anulável fica sujeita a prazo decadencial[49].

Mas tal classificação é integralmente aplicável para os atos administrativos? Entendemos que não.

É certo que o ato nulo constitui uma categoria da Teoria Geral do Direito. Sempre houve uma preocupação do Direito Positivo em criar mecanismos que fulminassem determinados atos jurídicos que atentassem contra certos valores ou garantias. Quando o Direito Positivo qualifica o ato jurídico como passível de invalidação por nulidade, isso significa que houve quebra de um elemento fundamental para a coerência do sistema. Mas, diga-se de passagem, essa valoração fica à discrição do legislador, observados os preceitos da Lei Maior.

Já a invalidação por anulabilidade, tal como regulada pelo Código Civil, mostra-se inaplicável para o Direito Administrativo.

Toda a função administrativa está sujeita ao interesse público. Este consiste na dimensão pública dos interesses individuais, constituída pelo Direito Positivo[50]. São interesses que os indivíduos mantêm enquanto integrantes do corpo social. O ordenamento jurídico os elege através da tipificação integral de seus meios — os atos administrativos — para a ação administrativa; ou, restringe-se a indicá-los, deixando à discrição da autoridade administrativa a determinação parcialmente os meios hábeis para sua concreção[51].

Não há invalidade administrativa que não seja relevante para o interesse público. As gradações que o Direito Positivo pode estabelecer para as invalidades dos atos administrativos devem necessariamente seguir o interesse público. Em especial, a finalidade da restauração da juridicidade com segurança jurídica.

Isto posto, há ampla legitimidade para a argüição das invalidades administrativas pelos administrados. Todos têm o direito subjetivo de exigir uma atuação lícita das autoridades administrativas, assegurado tanto no plano constitucional como no plano infraconstitucional[52], *independentemente da invalidade do ato impugnado ser sanável ou não*. Além do mais, o interesse público não pode ficar ao subordinado ao interesse privado dos administrado[53].

A convalidação não é, em regra, uma faculdade da administração pública, como o é a ratificação dos atos anuláveis para os particulares. Não se pode obrigar o cidadão, no exercício da potestade da autonomia da vontade, a ratificar o negócio jurídico. Entretanto, há o dever da autoridade administrativa de convalidar o ato administrativo portador de invalidade sanável quando a permanência do conteúdo

49 Ver arts. 119 e 178 do Projeto do Novo Código Civil.

50 *Cf.* Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso...*, p. 57 ss.

51 *Cf.* Renato Alessi, *Principi di diritto amministrativo*, tomo I, p. 204-6; e Tércio Sampaio Ferraz Júnior, *op. cit.*, p. 140-1.

52 Ver Constituição Federal, art. 5°, LXXIII. Ver Lei Federal n. 9.784/99, art. 9°.

53 Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, p. 189.

não implicar lesão moralidade administrativa e, não houver impugnação judicial ou administrativa, nem prejuízo a direitos de terceiros.

Impugnado, o ato passível de convalidação deixa de sê-lo, ingressando o provimento no mesmo regime jurídico aplicável para os atos nulos. Tudo isso, evidentemente, no Direito Administrativo.

Não há prazos prescricionais diferenciados para a invalidação judicial dos atos administrativos. O art. 1° do Decreto Federal n. 20.910/32, recepcionado pela atual ordem constitucional como lei, é taxativo:

"Art. 1°. As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim *todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em 5 (cinco) anos, contados da data do ato ou fato do qual se originarem*" (grifamos).

Todos os atos administrativos federais viciados seguem um mesmo regime para a invalidação administrativa. A Lei Federal n. 9.784/99[54] estabelece o prazo decadencial de cinco anos para a invalidação administrativa dos provimentos ampliativos viciados que não estejam prejudicados pela má fé do beneficiado. O prazo é contado da data de expedição do ato ou, no caso de efeitos patrimoniais contínuos, da percepção do primeiro pagamento.

Entendemos que diante da omissão do legislador federal, ou de regulação diversa no âmbito estadual ou municipal, os atos administrativos viciados que não se encontram sob o manto do art. 54, *caput*, da Lei Federal n. 9.784/99, devem ser administrativamente invalidados a qualquer tempo, desde que os terceiros de boa fé prejudicados tenham as suas perdas e danos ressarcidas, e, especialmente, que a má fé do administrado seja comprovada, caso haja o decurso de tal qüinqüênio[55].

Recorde-se que os particulares não dispõem da prerrogativa de invalidar os seus próprios atos viciados, apesar de portarem a potestade de ratificá-los. E, que carece a administração pública do direito de pedir a invalidação judicial de seus próprios atos, uma vez que o ordenamento jurídico já lhe confere a via da invalidação administrativa.

Um último argumento: algumas hipóteses de invalidades, constantes nos arts. 145 e 147 do Código Civil não têm aplicação no Direito Público[56]. A incapacidade nos moldes do Direito Privado é exemplo manifesto.

Por essas razões, acreditamos que a categoria dos atos anuláveis não existe no regime jurídico-administrativo. Em regra, não há invalidação por anulabilidade do ato administrativo, *uma vez que a anulabilidade deve ensejar a convalidação no direito administrativo*. Acrescente-se que *se houver anulabilidade e se apresentarem os requisitos exigidos pela lei para a válida convalidação, não há outra demanda cabível para o interesse público da restauração da juridicidade com segurança*

54 Art. 54, *caput*, e § 1°.

55 *Cf.* Vladimir da Rocha França, *Invalidação judicial...*, p. 134; e *idem*, *Invalidação administrativa...* p. 25-7.

56 Miguel Seabra Fagundes, *op. cit.*, p. 42-6. Os dispositivos citados correspondem aos arts. 166 e 171 do Projeto do Novo Código Civil, apresentando este algumas inovações interessantes.

jurídica que não seja a convalidação. E mesmo quando a invalidação por anulabilidade do ato administrativo é viável, *o regime dos negócios jurídicos anuláveis prescrito no Código Civil mostra-se inteiramente inadequado nessa situação.*

Impugnado o ato administrativo portador de anulabilidade, esta converte-se em nulidade. Isso sujeita o ato anteriormente convalidável ao mesmo regime dos atos nulos no ordenamento jurídico-administrativo.

É importante salientar que na invalidação por anulabilidade do negócio jurídico, os efeitos jurídicos transcorridos são reconhecidos pelo Direito Positivo. Na excepcional hipótese de invalidação por anulabilidade do provimento administrativo, efeitos jurídicos deflagrados podem ser inteiramente desconstituídos.

Assim, classificamos os atos administrativos inválidos em duas categorias: atos nulos e atos convalidáveis[57]. Acreditamos que essa distinção feita pelo Direito Positivo não é exclusiva dos atos administrativos, sendo aplicável para todos os atos jurídicos regidos pelos cânones do Direito Público. Isso salta aos olhos em vários dispositivos do Código de Processo Civil[58].

3.3. Espécies de invalidades

Exporemos, agora, o rol de invalidades previsto pelo ordenamento jurídico para os atos administrativos. As invalidades são graduadas segundo a sua importância para o conteúdo do ato administrativo, como já visto. Agrupemos as invalidades consoante o pressuposto que afeta.

Há vício no pressuposto subjetivo quando[59]: i) a pessoa estatal não pode agir na matéria, por não integrar o seu elenco de atribuições constitucionais ou legais; ii) a autoridade administrativa não detêm a competência para expedição do ato administrativo; iii) ou, o agente mostra-se impedido ou suspeito para produzi-lo no caso específico.

Nos pressupostos objetivos, os seguintes defeitos podem se apresentar.

Tem-se invalidade quanto ao motivo, quando este evento não é compatível com o motivo legal ou materialmente não existe, comprometendo o fato jurídico que o declara[60].

Há invalidade no requisito procedimental se este foi omitido ou, observado de modo incompleto ou irregular[61].

O pressuposto teleológico padece de vício quando o agente visou finalidade

57 Anteriormente, classificávamos os atos administrativos inválidos em invalidáveis e convalidáveis.

58 Ver arts. 243 ss.

59 Ver Lei Federal n. 4.717/65, art. 2°, "a", e parágrafo ún., "a". Ver Lei Federal n. 9.784/99, arts. 11 ss.

60 Ver Lei Federal n. 4.717/65, art. 2°, "d", e parágrafo ún., "d"

61 Ver Lei Federal n. 4.717/65, art. 2°, "b", e parágrafo ún., "b". Ver Lei Federal n. 9.784/99, art. 2°, *caput*, e parágrafo ún., incisos V, VII, VIII, IX, XI e XII. Na Lei da Ação Popular, "forma" vem no sentido de conjunto dos requisitos procedimentais exigidos para a validade do ato.

alheia ao interesse público ou interesse público impertinente para a categoria do ato administrativo[62].

No pressuposto lógico se constata invalidade se o conteúdo do ato carece da necessária relação de proporcionalidade com o motivo, diante da finalidade[63].

Finalmente, ocorre invalidade no pressuposto formalístico se a formalização prescrita para o ato não foi observada.

Dentre as invalidades administrativas, são sanáveis: i) a incompetência da autoridade administrativa, desde que a pessoa estatal seja capaz para agir e tenha o agente idoneidade para o caso concreto; ii) o defeito ou omissão no requisito procedimental não compromete o exercício dos direitos dos administrados; iii) a forma do ato difere da formalização. Contudo, esses vícios devem ser considerados insanáveis se o ato for impugnado ou a sua manutenção implicar lesão ao interesse público. Também deixam de ser sanáveis se a lei assim determinar.

4. Regimes Jurídicos dos Atos Administrativos Inválidos

4.1. Atos nulos

Os atos nulos são aqueles atos administrativos que são portadores de nulidade comprovada, em sede de provimento administrativo ou sentença judicial de invalidação.

Em regra, a eficácia dos atos nulos é desconstituída na invalidação por nulidade, devendo a situação material anterior ser restaurada ou, caso não seja possível, resolver-se em perdas e danos. Daí se dizer que a invalidação por nulidade tem eficácia *ex-tunc*, quando o provimento inválido era, evidentemente, ineficaz.

Entretanto, a boa fé do administrado constitui limite à eficácia retroativa da invalidação por nulidade. Afirmamos em outra oportunidade[64]:

"(...) para que o ato administrativo defeituoso seja convalidável, é preciso que o vício seja sanável, respeito à boa fé e a ausência de impugnação judicial ou administrativa. Se o último requisito não se configura, os efeitos jurídicos que ainda permanecem no ordenamento jurídico são *interrompidos* pelo ato administrativo de invalidação, *devendo ser respeitada a eficácia correspondente ao período entre o termo no qual o ato invalidado se tornou eficaz e o termo de validade do ato de invalidação*. É interessante que invalidação administrativa aqui se apresenta com eficácia declaratória e constitutiva, *mas carente de retroatividade*" (grifo no original).

E, deve ser adicionado que[65]:

62 Ver Lei n. 4.717/65, art. 2°, "e", e parágrafo ún., "e". Ver Lei n.9.784/99, art. 2°, *caput*, e parágrafo ún., incisos II, III e IV

63 Ver Lei n. 4.717/65, art. 2°, "c", parágrafo ún., "c". Ver Lei n. 9.784/99, art. 2°, *caput*, e parágrafo ún. VI

64 Vladimir da Rocha França, *Invalidação administrativa...*, p. 42. Recorde-se que aqui, empregávamos validade como sinônimo de pertinência.

65 *Idem*, *Invalidação judicial...*, p. 135.

"(...) Do contrário, a desconsideração total dos efeitos do ato invalidado, neste caso, implicaria um paradoxal enriquecimento sem causa, bem como em violação dos princípios da isonomia, moralidade e da proporcionalidade. *Mesmo a invalidação judicial deve observar esses limites*" (grifo no original).

Não se trata de convalidação dos efeitos de um ato inválido, mas sim a manutenção da validade dos efeitos pretéritos, e o impedimento dos efeitos futuros, em prol dos princípios da indisponibilidade do interesse público e de sua prevalência sobre o interesse privado[66].

Os atos nulos geraram efeitos jurídicos. Reafirmemos: o ato administrativo válido passa para nulo quando há provimento estatal que assim determine. Enquanto o ato passível de invalidação por nulidade permanece no sistema, ele produz seus efeitos jurídicos. Isso igualmente ocorre no Direito Privado, como bem demonstra Maria Helena Diniz[67]:

"Mesmo sendo nulo ou anulável o negócio jurídico, é imprescindível a manifestação do Judiciário a esse respeito, porque a nulidade não opera *ipso iure*. A nulidade absoluta ou relativa só repercute se for decretada judicialmente; caso contrário surtirá efeitos aparentemente queridos pelas partes; assim o ato negocial praticado por um incapaz terá, muitas vezes, efeitos até que o órgão judicante declare sua invalidade".

Embora os atos nulos sejam insuscetíveis de convalidação, alguns são passíveis de conversão. A conversão é o provimento pelo qual o ato nulo é enquadrado numa categoria na qual seria válido, reconstituindo os seus efeitos pretéritos[68].

Admite-se resistência passiva contra a implementação material dos atos passíveis de invalidação por nulidade, assumindo o administrado o ônus da confirmação judicial de sua validade. Celso Antônio Bandeira de Mello[69] explica com melhor precisão:

"Já, quando alguém desobedece a um ato administrativo por mero descumprimento do que nele está determinado, evidentemente o faz por sua conta e risco. Seja inválido por nulo ou inválido por *anulável*, não há diferença alguma nesta resistência ao ato. O que o administrado resistente estará fazendo *é antecipar um juízo que será feito posteriormente pelo Judiciário sobre a invalidade do ato*. Se os juízos a final se revelarem coincidentes, a resistência será havida como legítima; se se revelarem descoincidentes, a resistência será havida como ilegítima. Não interfere para nada a questão do ato ser nulo ou anulável".

A resistência *manu militari* é vedada em relação aos atos passíveis de invalidação por nulidade, haja vista o princípio da segurança jurídica[70] e a não recepção da desobediência civil em nosso sistema[71]. Isso também se aplica aos atos convalidáveis.

66 *Idem.*

67 *Op. cit.*, p. 348.

68 Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso...*, p. 421.

69 *Curso...*p. 427. O que o professor Celso Antônio Bandeira de Mello chama de "atos anuláveis", denominamos de "atos convalidáveis", como se verá oportunamente.

70 *Idem.*

71 Vladimir da Rocha França, *Invalidação judicial...*, p. 136.

Tanto o Ministério Público como qualquer administrado pode argüir a invalidade que acarreta à invalidação por nulidade. O Poder Judiciário também pode levantá-la de ofício, ainda que não o faça o diretamente interessado.

Quanto aos prazos para a invalidação, revisemos: prazo prescricional de cinco anos para a invalidação judicial, contado prática do ato; e o prazo decadencial de cinco anos para a invalidação administrativa dos provimentos ampliativos expedidos sem a mácula da má fé, no âmbito federal e nas esferas das pessoas políticas desprovidas de legislação própria. Em se tratando má fé comprovada, a invalidação administrativa fica isenta de prazo decadencial.

4.2. Atos convalidáveis

Por sua vez, os atos convalidáveis são aqueles portadores de anulabilidade comprovada, em sede de provimento administrativo de convalidação.

A eficácia dos atos convalidáveis é mantida, havendo a preservação de seu conteúdo pelo ato de convalidação sem prejuízo à moralidade administrativa ou à direito de terceiro.

No caso de vício de incompetência em ato administrativo expedido em razão de competência discricionária, pode haver a invalidação por anulabilidade ou a sua convalidação, conforme os critérios de conveniência e de oportunidade da autoridade validamente habilitada para essa discrição. Optando pela primeira escolha, os efeitos jurídicos do ato inválido podem ou não ser mantidos, conforme à discrição da autoridade competente e nos limites impostos pelo princípio da boa fé. Uma situação excepcional que, talvez, seja a mais próxima dos atos anuláveis do Direito Privado.

A legislação é silente quanto ao prazo para a convalidação e dessa excepcional invalidação por anulabilidade. Pensamos que deve ser no caso empregado, por analogia, o mesmo prazo decadencial da invalidação administrativa, uma vez que tanto esta como a convalidação visam a restauração da juridicidade com segurança jurídica.

Se o ato passível de convalidação é impugnado, o provimento inválido é posto imediatamente sob o regime dos atos nulos. Isso ocorre porque a legitimidade para a impugnação administrativa ou judicial das invalidades dos atos administrativos é ampla, como já explicamos.

4.3. Sobre os atos inexistentes e os atos irregulares

Respeitada doutrina enquadra como inválidos os chamados "atos inexistentes"[72]. Seriam provimentos administrativos de objeto ilícito ou materialmente impossível.

72 *Cf.* Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso...*, p. 428.

Seu regime jurídico se caracterizaria: pela imprescritibilidade; pela total impossibilidade de convalidação ou de conversão; pela admissibilidade de resistência, inclusive *manu militari*, à sua implementação material; pela inadmissibilidade da preservação de quaisquer efeitos jurídicos.

Para nós, os "atos inexistentes" não chegam nem a ingressar no sistema do Direito Positivo como norma jurídica. São enunciados prescritos sem qualquer valor jurídico, inteiramente desprovidos da qualidade da pertinência. Daí, perder sentido a discussão quanto à sua imprescritibilidade, invalidação, convalidação, ou ineficácia.

Se, por alguma insana razão, tenta a administração pública implementá-los, cabe ao administrado o direito de resistir *manu militari* a tresloucada medida, com supedâneo na regra da legítima defesa[73]. Trata-se de uma garantia contra a delinqüência dos agentes estatais.

Os atos irregulares ingressam no ordenamento jurídico sem vícios que comprometam decisivamente sua pertinência e validade. Não chegam a ser classificados como atos inválidos, uma vez que os vícios presentes nos atos irregulares restringem-se a vício de formalização o qual a lei não considera essencial para a validade do ato administrativo e, que não demande a convalidação para corrigi-lo.

5. Notas Finais

Como se viu, os atos administrativos inválidos são divididos em duas classes distintas: os atos nulos e os atos convalidáveis. Tal distinção procurou seguir critérios próprios do Direito Público, servindo o Direito Privado como auxílio na melhor compreensão das invalidades dos atos administrativos.

A majestade do Código Civil não reina do Direito Público, salvo quando este o permite. A inveja que a bela sistematização que o legislador ofertou para o Direito Civil não pode seduzir o administrativista a ponto de esquecer que nem sempre as categorias do Código Civil são categorias aplicáveis a todo o Direito Positivo.

Há muito ainda para se estudar e refletir. Mas entre uma crise epistemológica e outra, vamos seguindo em frente.

Referências bibliográficas

1) Livros

ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo*. Milão, Giuffrè, 1966. tomo I.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Extinção do ato administrativo*. São Paulo, Ed. RT, 1978.

73 Ver Código Civil, art. 160, II. Ver Projeto do Novo Código Civil, art. 188, I. Ver Código Penal, art. 25.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo, Malheiros, 2001.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1979. vol. 1.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário — fundamentos jurídicos da incidência*. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1999.

_____. *Curso de direito tributário*. 13. ed. São Paulo, Saraiva, 2000.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2 ed. São Paulo, Atlas, 1994.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo, Malheiros, 1999.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Invalidação judicial da discricionariedade administrativa no regime jurídico-administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro, Forense, 2000.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. 5 ed. Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1998. tomo I.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 3. ed. trad. João Baptista Machado. São Paulo, Martins Fontes, 1991.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 20 ed. Atual. Eurico de Andrade Azevedo et al. São Paulo, Malheiros, 1995.

NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo, Saraiva, 1988.

SANTI, Eurico Marcos Diniz. *Lançamento tributário*. São Paulo, Max Limonad, 1996.

_____. *Decadência e prescrição no direito tributário*. São Paulo, Max Limonad, 2000.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 6. ed. São Paulo, Saraiva, 1984.

STASSINOPOULOS, Michel. *Traité des actes administratifs*. Atenas, Sirey, 1954.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. São Paulo, Saraiva, 1989.

_____. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo, Max Limonad, 1997.

ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 1993.

2) Artigos e ensaios

AMARAL, Antônio Carlos Cintra. *Conceito e elementos do ato administrativo*. Revista de Direito Público. São Paulo, n. 32: 36-42.

CÂMARA, Jacintho de Arruda. *A preservação dos efeitos dos atos administrativos viciados. Estudos de direito administrativo — em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo, Max Limonad, 1996. p. 49-86.

CAMMAROSANO, Márcio. *Decaimento e extinção dos atos administrativos*. Revista de Direito Público. São Paulo, n. 53-54: 160-172.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Aspectos constitucionais da hipótese tributária da*

taxa pela prestação de serviço público. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 38, n. 149: 187-208, janeiro/março 2001.

_____. *Ato jurídico administrativo e ato jurídico stricto sensu*. São Paulo, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2000. 46 p. (Mimeografado).

_____. *Invalidação administrativa na lei federal n. 9.784/99*. São Paulo, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2001. 48 p. (Mimeografado).

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Leis originariamente inconstitucionais compatíveis com emenda constitucional superveniente*. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo, n. 23/1998: 12-23.

NOVELLI, Flávio Bauer. *A eficácia do ato administrativo*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, vol. 60: 18-26, abr./jun. 1960.

_____. *A eficácia do ato administrativo*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, vol. 61: 15-41, jul./set. 1960.