

## ATOS ADMINISTRATIVOS. INVALIDAÇÕES. CLASSIFICAÇÃO

HERALDO GARCIA VITTA\*

*1 — Introdução. 2 — Conceito de Ato Administrativo. 3 — Perfeição, Validade e Eficácia do Ato. 4 — Extinção dos Atos Administrativos. 5 — Invalidade dos Atos Administrativos. 5.1 — Conceito de Invalidação. 5.2 — Classificação das invalidades. 5-2.1 — Atos Inexistentes. 5.2.2 — Atos Nulos e Anuláveis. 5.2.3 — Atos Irregulares. 5-3 — Os Efeitos dos Atos Inválidos. 6 — Os Elementos ou Requisitos do Ato Administrativo e a Invalidação. 7 — Conclusões. 8 — Bibliografia*

### 1. Introdução

O tema *invalidade dos atos administrativos* é um dos que são estudados com afincos por doutrinadores de escol, todos almejando dar sustentação científica, de forma a garantir o mínimo de coerência lógica a tão difícil assunto. Estudos vêm sendo feitos sistematicamente para possibilitar melhor compreensão das conseqüências jurídicas advindas da nulidade, anulabilidade ou convalidação dos atos administrativos. Tentaremos, em breve trecho, traçar algumas linhas acerca do tema, embora reconheçamos que muito há que se fazer para, ao menos coerentemente, termos um resultado satisfatório.

Utilizaremos a expressão *invalidação*, para abarcarmos tanto a hipótese de nulidade quanto a de anulabilidade, ou outras distinções que se fizerem necessárias, para não comprometermos o termo 'anulação', pois esta é manejada para uma das espécies de invalidade do ato administrativo.

Deixaremos de fora de nosso estudo a revogação dos atos administrativos.

### 2. Conceito de Ato Administrativo

Ato administrativo é toda declaração unilateral do Estado, ou de quem lhe faça as vezes, em complemento da lei, editada no exercício da função administrativa, podendo

\* Ex-Promotor de Justiça no Estado de São Paulo, Juiz Federal da 2ª Vara em Bauru-SP, Mestrando na PUC-SP, Professor de Direito Administrativo na Unip.

ter efeitos jurídicos diretos ou indiretos, concretos ou abstratos, gerais ou individuais, excetuados os atos regidos pelo Direito Privado e os atos políticos ou de governo.

Com essa definição, estamos (a) excluindo os atos materiais da Administração e os contratos administrativos; (b) respeitando o entendimento segundo o qual além do Estado, outras pessoas jurídicas, públicas ou privadas, quando realizem serviços públicos, editam atos administrativos; (c) acatando o princípio da legalidade, no qual a Administração Pública deverá pautar-se para agir; (d) excluindo os atos editados pelos Poderes Legislativo e Judiciário, quando estiveram na sua função precípua, isto é, a de editar leis e decisões, respectivamente. (e) Indistintamente, os efeitos jurídicos do ato em relação ao administrado podem ter efeitos diretos ou indiretos; concretos (licenças, autorizações) ou abstratos (regulamentos), gerais ou individuais.; (f) estão de fora da definição os atos regidos sob a égide do Código Civil e do Código Comercial, bem como outras disposições do Direito Privado; e (g) também não estão referidos o atos de governo, ou seja, os editados diretamente do Texto Constitucional, com grande dose de discricionariedade.

### *3. Perfeição, Validade e Eficácia do ato*

Devemos ter em vista a distinção importante entre a eficácia e a perfeição do ato. São planos diferentes, podendo o ato ser perfeito, isto é, ter todos os requisitos ou elementos necessários para sua existência (ser), e não possuir eficácia, não produzir efeitos jurídicos, como na hipótese de depender de uma condição suspensiva. Logo, são inconfundíveis os planos de perfeição e eficácia, conforme explica, com precisão, o ilustre Professor da Universidade de Milão, Francesco Carnelutti :

“Quando todos os requisitos previstos direta ou indiretamente pela norma se reúnam no ato, produzir-se-ão os seus efeitos jurídicos, ou seja, à situação final a que temos chamado evento, juntar-se-ão os efeitos jurídicos, o que tornará jurídica essa situação final e encerrará o ciclo do fato jurídico.

A esta idoneidade do fato, por virtude dos seus requisitos, para produzir os efeitos jurídicos, e, conseqüentemente, do evento para converter-se na situação jurídica final, chama-se eficácia do fato ou, em especial, eficácia do ato...

(...)

Por seu turno, o modo de ser do fato que consiste na presença de todos seus requisitos designa-se como perfeição do fato ou, particularmente, do ato. Vício do fato ou ato será tudo aquilo que impeça a perfeição e, conseqüentemente, a eficácia do ato, o que evidentemente consistirá na falta de um ou de vários dos seus requisitos.”<sup>1</sup>

Além do *discrímén* “perfeição e eficácia do ato”, há o da validade: o plano desta reporta-se à edição do ato nos termos do ordenamento jurídico, inclusive das normas hierarquicamente superiores. O ato administrativo será válido, assim, se editado com a observância da Constituição Federal, da lei que lhe deu suporte e, eventualmente, de alguma outra norma infra-legal (por exemplo, regulamento de execução de lei).

<sup>1</sup> Teoria Geral do Direito, p.478.

O insigne Professor Celso Antônio Bandeira de Mello também enfatiza a distinção referida:

“12.O ato administrativo é *perfeito* quando esgotadas as fases necessárias à sua produção. Portanto, o ato perfeito é o que completou o ciclo necessário à sua formação. Perfeição, pois, é a situação do ato cujo processo está concluído.

13.O ato administrativo é *válido* quando foi expedido em absoluta conformidade com as exigências do sistema normativo. Vale dizer, quando se encontra adequado aos requisitos estabelecidos pela ordem jurídica. Validade, por isto, é a adequação do ato às exigências normativas.

14.O ato administrativo é *eficaz* quando está disponível para a produção de seus efeitos próprios; ou seja, quando o desencadear de seus efeitos típicos não se encontra dependente de qualquer evento posterior, como uma condição suspensiva, termos inicial ou ato controlador a cargo de outra autoridade.”<sup>2</sup>

Hugo Olguin, doutrinador chileno, igualmente assevera a distinção dos conceitos de validez e eficácia:

“Em outros termos, a validez se apresenta como a conformidade entre o ato emitido e o ordenamento jurídico, é dizer, a coincidência entre a estrutura do ato e as normas jurídicas que precisam a conformação de dita estrutura.

A eficácia, ao contrário, não é a conformidade entre ato e lei, senão a aptidão de um ato para produzir efeitos, isto é, a capacidade para realizar no mundo exterior os cometimentos que lhe são próprios...”<sup>3</sup>

Logo, nosso plano de estudo está localizado na validez dos atos administrativos, e não na sua eficácia, apesar de ser possível um ato inválido ser eficaz e um ato válido não sê-lo.<sup>4</sup> Poderia citar o caso de o ato inválido não ter sido reconhecido pela Administração ou pelo Poder Judiciário — enquanto isso não ocorrer, o ato produzirá seus efeitos. Ou, ainda, na hipótese de ser reconhecida a invalidação, o ato poderá produzir efeitos, como quando atinge terceiros de boa fé, a denominada teoria da aparência (funcionário de fato) etc. Identicamente, o ato válido, portanto produzido de acordo com as normas jurídicas, pode não ter eficácia. Isso ocorre no caso de ato administrativo emitido com condição suspensiva, termo inicial, ou dependente de ato da autoridade controladora.

#### 4. *Extinção dos Atos Administrativos*

Diversas são as causas de extinção do ato administrativo, entre as quais podemos ressaltar, seguindo, no ponto, o ensinamento do citado Professor Celso Antônio Bandeira de Mello:<sup>5</sup>

##### 1. Um ato Eficaz extingue-se por:

2 Curso de Direito Administrativo, p.272-3. O Professor da PUC-SP distingue, no seu livro, os efeitos típicos dos efeitos atípicos do ato administrativo.

3 Extinção dos Atos Administrativos, Revogação, Invalidação e Decaimento, p.21.

4 Hugo Olguin, idem.

5 Idem,p.319.

**A. CUMPRIMENTO DE SEUS EFEITOS, NOS SEGUINTE CASOS:**

- A.1. Esgotamento do conteúdo (gozo de férias de um funcionário);
- A. 2. execução material do ato, a ordem executada;
- A.3. Implemento de condição resolutive ou termo final;

**B. DESAPARECIMENTO DO SUJEITO OU OBJETO DA RELAÇÃO JURÍDICA** (atos *intuitu personae* — a morte de um funcionário extingue os efeitos da nomeação). O mesmo se dá quando desaparece o objeto da relação: a tomada pelo mar de um terreno de marinha dado em aforamento extingue a enfiteuse;

**C. RETIRADA DO ATO** — o poder público emite ato concreto com efeito extintivo sobre o anterior:

- C.1. **REVOGAÇÃO** — razões de conveniência ou oportunidade;
- C.2. **INVALIDAÇÃO** — ato praticado em desconformidade com a ordem jurídica;
- C.3. **CASSAÇÃO** — o destinatário do ato descumpriu condições que deveriam permanecer para continuar desfrutando da situação jurídica (retirada de licença para funcionamento de hotel por haver se convertido em casa de tolerância);
- C.4. **CADUCIDADE** — sobrevem norma jurídica que tornou inadmissível a situação dantes permitida pelo Direito (retirada de permissão para explorar parque de diversões em local que, em face da nova lei de zoneamento, tornou-se incompatível com aquele tipo de uso);
- C.5. **CONTRAPOSIÇÃO OU DERRUBADA** — emissão de ato, com fundamento em competência diversa da que gerou o ato anterior, cujos efeitos são contrapostos aos daquele (exoneração de funcionário, que aniquila os efeitos da nomeação);

**D. RENÚNCIA** — extinção do efeitos do ato ante a rejeição pelo beneficiário (renúncia ao cargo de secretário do Estado).

2. Um ato não eficaz extingue-se por:

- 2.1. Revogação (razões de mérito); invalidação (razões de legitimidade);
- 2.2. Inutilização do ato ante a recusa do beneficiário, a qual era necessária para produção de seus efeitos.

## **5. Invalidez dos Atos Administrativos**

### **5.1 — Conceito de Invalidação**

Invalidação é a eliminação, com efeitos retroativos, de um ato administrativo ou da relação jurídica por ele gerada, ou de ambos, por terem sido produzidos em desconformidade com a ordem jurídica.<sup>6</sup>

6 Cf. Weida Zancaner, “Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos”, p.45.

Tanto a Administração Pública quanto o Poder Judiciário podem decretá-la; fulmina-se: (a) — ato ineficaz (o próprio ato, a própria fonte da qual depende o surgimento dos efeitos); (b) ato eficaz, abstrato (o ato e os efeitos, inclusive os já ocorridos); concreto (a relação jurídica produzida).

A invalidação do ato administrativo tem por fundamento o dever de obediência à legalidade. Isso porque o Poder Público deve obedecer à lei; uma vez editado o ato sem a observância do texto legal, ele será fulminado pela própria Administração (autotutela), ou pelo Poder Judiciário.

Conforme ressaltamos, uma vez reconhecida a invalidação, seus efeitos retroagem, no sentido de não reconhecer, no presente, os efeitos jurídicos do passado.<sup>7</sup>

## 5.2 — Classificação das invalidades

Feitas essas rápidas considerações, passaremos a expor, de forma sucinta, nosso pensamento acerca da classificação da invalidade dos atos administrativos. Para tanto, é necessário verificarmos as conseqüências jurídicas, isto é, os distintos tratamentos jurídicos para reconhecermos os tipos de invalidade em face de nosso sistema jurídico. Assim, vamos verificar a invalidade em face da prescrição, dos efeitos, da resistência do administrado, da decretação de ofício ou a requerimento e da convalidação.

Nos termos do Código Civil Brasileiro, há nulidade absoluta e relativa, vale dizer, nulidade e anulabilidade. As nulidades, elencadas no art. 145, podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público; e o magistrado deve pronunciá-las, não lhe sendo permitido supri-las (art. 146). O ato jurídico anulável, cujos casos estão no art. 147, comporta ratificação pelas partes, a qual retroage à data do ato, não se pronuncia de ofício; só os interessados a podem alegar.

Isso porque no ato nulo haveria defeito grave, violação de disposição de ordem pública ou dos bons costumes, enquanto o ato anulável, ao prender-se ao interesse das partes, teria uma validade relativa.

A primeira indagação que devemos fazer concerne à aplicabilidade ou não do discrímem estabelecido na norma civil, nos atos administrativos. Para Seabra Fagundes, a similitude é inadmissível. Acentua o mestre:

“Não há dúvida de que os princípios do Código Civil se podem aplicar, em parte, aos atos administrativos com efeito jurídico, pois que regem, de modo geral, os atos jurídicos. O Código mesmo regula a responsabilidade civil decorrente de procedimento da Administração Pública, e ela terá lugar, exatamente, em conseqüência de atos (ou fatos) administrativos viciosos. Atenta, porém, a particular natureza dos atos administrativos, não pode ser acolhida, sem reserva, a sistematização da legislação civil, que é, em muitos casos, evidentemente inadaptable àqueles atos. A nulidade, como sanção com que se pune o ato defeituosa por infringente das normas

7 Acentua Celso Antônio Bandeira de Mello: “... Vale dizer: a anulação opera *ex tunc*, desde então. Ela fulmina o que já ocorreu, no sentido de que se negam hoje os efeitos do passado.” (ob.cit.,p.333)

legais, tem no direito privado, principalmente, uma finalidade restauradora do equilíbrio individual perturbado. No direito público já se apresenta com feição muito diversa. O ato administrativo, em regra, envolve múltiplos interesses. Ainda quando especial, é raro que se cinja a interessar um só indivíduo. Há quase sempre terceiros cujos direitos afeta. Ao contrário, o ato jurídico privado se restringe, normalmente, a repercutir entre os seus participantes diretos, e, quando interessa a terceiros, o faz de modo bem mais restrito do que em se tratando de ato jurídico público..."<sup>8</sup>

Segundo o ilustre Professor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, "a adoção no Direito Administrativo da mesma posição do Direito Civil quanto aos atos nulos e anuláveis não acarreta qualquer dificuldade de aplicação, desde que se considerem as peculiaridades próprias desses dois ramos jurídicos."<sup>9</sup> Para o autor, "a aplicação da teoria da nulidade e anulabilidade dos atos em um ou outro ramo jurídico se adota pela semelhança de situação e identidade de razão. Jamais pela identidade de situação. Consiste em aplicação analógica."<sup>10</sup>

É forçoso citarmos as diferenças essenciais entre os dois ramos do Direito, para concluirmos com o autor: a necessidade de considerarmos, na invalidação dos atos administrativos, as peculiaridades dos dois ramos jurídicos. Para isso, vamos nos valer do ensinamento da doutrina francesa. Assevera Alibert:

"I — Esta separação é a essência da concepção franco-alemã, que rege hoje quase todos os povos do continente europeu.

1°. Ela se manifesta em primeiro lugar pela diferença de objetos: o direito privado compreende o estatuto das pessoas e o regime de bens em geral, isto é o regime das propriedades no sentido civil da palavra, as relações comerciais entre particulares, e os litígios privados; o direito público rege, de outra parte, não somente a organização dos poderes e dos serviços públicos, mas ainda os direitos especiais creditados às autoridades públicas para o exercício de seus poderes e a gestão desses serviços, assim os litígios que nascem dessa ação.

2°. A distinção é tão nítida que ela assegura a independência do direito público, e forma um monumento jurídico que se basta nela mesma. Existe sem dúvida, limite às duas zonas, pontos de contato imprecisos, tais os prejuízos à propriedade privada num interesse público, a responsabilidade de funcionários e os atos cumpridos pela administração nas condições do direito comum; mas, essas raras exceções sendo feitas, podemos dizer que não há ato ao mesmo tempo civil e administrativo, e que a independência do direito público se manifesta até nas matérias onde a autoridade se encontra numa situação jurídica análoga àquela que rege os particulares.

(...)

3° A separação dos dois ramos do direito se traduz ainda dentro do poder de agir conferido a suas competências. No direito privado, ninguém pode fazer justiça por si mesmo; quando os particulares não estão de acordo sobre os efeitos de direito, eles não podem exercer qualquer coação unilateral; eles devem solicitar à autoridade judiciária, que intervenha toda vez para avaliar e obrigar. Em direito público, ao contrário, a

8 *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, p.39.

9 *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, p.585.

10 *Idem*, p.583.

administração cria seu título; ela constringe os cidadãos sem recorrer a qualquer intermediário; são devidas suas ordens, obrigatórias como os julgamentos (...).”<sup>11</sup>

Logo, a separação entre o Direito Público e o Direito Privado permite-nos concluir serem ambos os ramos alicerçados por princípios e regras próprios, nos quais todos os intérpretes devem munir-se para análise jurídica do objeto específico de estudo. Porém, as normas do Direito Civil podem servir de suporte para a invalidação dos atos administrativos, desde que haja compatibilidade com o interesse público. Por exemplo, o ato jurídico praticado mediante coação é anulável, nos termos do Código Civil<sup>12</sup>; o mesmo ocorre no Direito Administrativo, mediante aplicação analógica da norma de direito privado, ante a possibilidade de compatibilização. Mas, se o ato for editado com idêntico vício, atingindo, porém, norma legal de natureza cogente, ele será nulo. É a lição trazida pelo Professor Osvaldo Aranha Bandeira de Mello, assim exemplificada:

“Se alguém consegue despacho ilegal por coação moral levada a efeito contra agente público, o ato é não só anulável por vício de vontade, como nulo por ilegal, em razão da ilicitude do objeto. Mas, se o agente público mediante coação moral faz funcionário pedir aposentadoria, e, posteriormente, ele verifica a vantagem que lhe advém desse pedido, em consequência de lei que atribui, desde a data daquele ato, acréscimo de 25% nos seus vencimentos, é admissível a sua convalidação a esse ato de aposentadoria.”<sup>13</sup>

11 “I.- Cette séparation est de l’essence de la conception franco-allemande, qui régné aujourd’hui chez presque tous les peuples du continent européen. 1° Elle se manifeste en premier lieu par la différence des objets: le droit privé comprend le statut des personnes et le régime des biens en général, c’est-à-dire le régime des propriétés au sens civil du mot, les relations d’affaires entre les particuliers, et les litiges privés; le droit public régit, d’autre part, non seulement l’organisation des pouvoirs et des services publics, mais encore les droits spéciaux dévolus aux autorités publiques pour l’exercice de ces pouvoirs et la gestion de ces services, ainsi que les litiges qui naissent de cette action. 2° La distinction est si nette qu’elle assure l’indépendance complète du droit public, et qu’elle en fait un monument juridique qui se suffit à lui-même. Il existe sans doute, à limite des deux zones, des points de contact imprécis, tels que les atteintes à la propriété privée dans un intérêt public, la responsabilité des fonctionnaires ou les actes accomplis par l’administration dans les conditions du droit commun; mais, ces rares exceptions étant faites, on peut dire qu’il n’y a pas d’acte à la fois civil et administratif, et que l’indépendance du droit public se manifeste même dans les matières où l’autorité publique se trouve dans une situation juridique analogue à celle qui régit les particuliers. (...) 3° La séparation des deux branches du droit se traduit encore dans le pouvoir d’agir conféré à leurs ressortissants. En droit privé, nul ne peut se faire justice à soi-même; lorsque les particuliers ne sont pas d’accord sur les effets du droit, ils ne peuvent exercer aucune contrainte unilatérale; ils doivent saisir l’autorité judiciaire, qui intervient tout à la fois pour arbitrer et contraindre. En droit public, au contraire, l’administration se crée son titre à elle-même; elle contraint les citoyens sans recourir à aucune intermédiaire; provision est due à ses ordres, qui sont obligatoires comme des jugements (...). (“Le Contrôle Jurisdictionnel de L’Administration”, “page 12” — tradução do autor).

12 Artigo 147, II.

13 Ob.cit., p.580. Advertimos o pensamento de Seabra Fagundes, para quem a coação leva, sempre, à nulidade do ato (ato nulo).. São suas palavras: “(...) O ato administrativo que emanasse de autoridade coata jamais poderia convaler pela ratificação, que supõe a retroatividade à data do

O entrelaçamento das normas de Direito Civil e Direito Administrativo, a nosso ver, apenas poderia ocorrer na falta das últimas, além da necessária compatibilidade das primeiras na sua aplicação diante do caso concreto. É que, conforme ressalta o conspícuo Prof. Osvaldo Aranha Bandeira de Mello, “restará ao juiz certa discrição ao apreciar, por exemplo, se a incompetência é absoluta ou relativa, e se o vício de vontade, a que se junta violação de lei, deve acarretar nulidade ou anulabilidade de ato, ao reconhecer caráter cogente absoluto ou relativo ao texto legal violado...”<sup>14</sup>

### 5.2.1 — *Atos Inexistentes*

Preferimos adotar a divisão tricotômica de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>15</sup>, pois entendemos ocorrer a inexistência de atos jurídicos, praticados em ofensa frontal ao texto de lei, ao constituir crime. Para nós, atos inexistentes seriam aqueles nos quais igualmente fossem crimes. Realmente, se o legislador elencou determinados fatos como crimes, portanto qualificou-os como infrações penais, sua prática não pode ser reconhecida pela ordem jurídica, exceto para a punição do infrator.

(1) Logo, os atos inexistentes seriam aqueles tipificados como crimes; portanto, comportamentos absurdamente praticados pela administração, que se encartariam no tipo penal. Por exemplo, a determinação de uma autoridade policial para que seu subalterno torture um preso é radicalmente inexistente. O mesmo se pode dizer de ato administrativo praticado contra a ordem judicial (crime de desobediência).

Para a inexistência do ato, não há necessidade do reconhecimento, judicial ou administrativo, da prática do crime. Basta a configuração teórica do tipo penal. É que a inexistência refere-se à situações nas quais o ordenamento repudia de forma acintosa, considerando-as absurdas, incoerentes, imorais; logo, destacam-se das nulidades, ao merecerem tratamento jurídico diferenciado.<sup>16</sup>

ato...A moralidade administrativa impediria qualquer sobrevivência dos efeitos desse ato...” (ob.cit., p.46).

14 Ob.cit., p.580.

15 Ob.cit.,p.335.

16 Roberto Dromi inclui a inexistência na categoria de atos viciados. Mas, caracteriza casos que, para nós, seriam de nulidade ou anulabilidade (como a incompetência em razão da matéria; incompetência em razão do território). A inexistência corresponderia a vícios muito graves no ato administrativo.(El Acto Administrativo, p.130). Na França, informa Rivero, o Conselho de Estado declara determinados atos nulos e de nenhum efeito (inexistentes). Aplica-se à decisões materialmente inexistentes (falta de assinatura da autoridade) ou insuscetíveis de se ligar a qualquer poder da administração.(Droit Administratif, p.99).Entre nós, Osvaldo Aranha B.de Mello entende a distinção sutil, sem qualquer interesse prático.(ob.cit.p,590). Seabra Fagundes reconhece os atos nulos e anuláveis, além dos irregulares.(ob.cit.,p.46 e ss). Brandão Cavalcanti menciona atos nulos (nulidade de pleno direito, ao atingir à própria substância material do ato, os elementos que o integram) e anuláveis (Tratado de Direito Administrativo, V.I, p.281). Tito Prates da Fonseca alude a ato nulo, se faltar requisito necessário à sua existência, dizendo ser juridicamente inexistente; e ato anulável (Direito Administrativo, V I, p.388).Antônio Carlos Cintra do Amaral esclarece textualmente que a expressão vício do ato administrativo utilizada no texto não se refere ao vício



Tais atos não comportam prazo prescricional, e nem convalidação<sup>17</sup>. Quanto à resistência do particular, pode ser ativa, consistente no fato da utilização de meios inclusive físicos para impedir o comportamento determinado. Por evidência, não possuem os atributos de presunção de legitimidade, de imperatividade, de exigibilidade e de executividade.

(2) Embora muitas vezes não constituam crimes, os atos administrativos editados com objeto ilícito são igualmente inexistentes. Não teria sentido a edição de ato administrativo com conteúdo ilícito. São situações imorais, absurdas, as quais ferem a ordem jurídica de maneira flagrante, aviltante. A licença para um hotel funcionar como casa de prostituição é um ato que ofende a ordem jurídica de maneira eloqüente e, como tal, configura inexistência. O mesmo se pode dizer da autorização de porte de arma a particular, vedada sua comercialização no país.

(3) Do mesmo modo, o ato administrativo sem objeto (conteúdo) é inexistente; falta-lhe pressuposto de existência. O decreto de desapropriação de um imóvel inexistente ou já pertencente à Administração expropriante, a nomeação de uma pessoa morta etc. são exemplos de atos inexistentes, com os reflexos acima referidos. Aliás, podemos dizer serem casos de conteúdos impossíveis.

(4) Também seriam atos inexistentes os elaborados com usurpação de função, a ponto de atingir a ordem jurídica de forma afrontosa. Se um governador edita ato administrativo da alçada de um prefeito; se a administração federal elabora ato da alçada do Estado ou do Município etc.

Assim, para nós, os atos inexistentes seriam aqueles determinados pela gravidade do vício, em atenção à ordem jurídica violada. Aliás, no ponto, assevera Laubadère ser “igualmente admitida inexistência jurídica [além da material], determinada por um grau de gravidade da irregularidade...”<sup>18</sup>. Importa dizer, ato inexistente é o materialmente nessa condição, aquele que apresenta uma aparência de ato e nunca, na verdade, foi realizado; e também o juridicamente inexistente, tendo em vista os vícios apresentados nele.

### 5.2.2 — *Atos Nulos/Anuláveis*

A distinção entre atos nulos e anuláveis, aceita pela maior parte da doutrina, é realmente necessária; algumas conseqüências jurídicas são distintas e isso faz com que tenhamos categorias diversas de atos. O prazo prescricional nos atos nulos é longo, o mesmo não ocorrendo com os anuláveis; os atos nulos comportam a decretação de ofício da invalidação, ao contrário dos anuláveis os quais devem ser

da estrutura do ato, mas sim de um defeito na relação entre o ato e a ordem legal (Extinção do Ato Administrativo, p.59).

17 Convalidação é a edição de novo ato, expungindo o vício que caracterizava o ato anterior. Tem efeitos retroativos.

18 “*Mais est également admise l’inexistence juridique, déterminée par un degré de gravité de l’irrégularité...*” “*Traité de Droit Administratif*”, Tome I, p.639.

declarados apenas a requerimento do interessado<sup>19</sup>; os atos nulos não podem ser convalidados e os anuláveis sim.

Apesar dessa conseqüências jurídicas diferentes, os atos nulos e anuláveis têm efeitos iguais: ambos, uma vez reconhecida a invalidação retroagem à data do ato (neste ponto, seguimos a lição de Osvaldo Aranha Bandeira de Mello<sup>20</sup>) e nos dois casos a resistência do particular acobertada pelo Direito é a mera resistência passiva, isto é, o não-cumprimento do dever legal.

Tanto a nulidade quanto a anulabilidade, uma vez reconhecidas e não sendo possível a restituição das partes ao estado anterior, serão indenizadas com o equivalente. Isso porque, conforme ressaltamos, o efeitos da invalidação são *ex tunc*.

Assim, entendemos perfeitamente plausível a classificação tricotômica da invalidação dos atos administrativos: nulos, anuláveis e inexistentes.

Se a lei não estabelecer a graduação da sanção ao ato editado de forma ilegal (nulo ou anulável), deve-se considerar a sua gravidade em face do interesse público e das partes envolvidas. Se o ato editado interessar mais ao administrado do que ao interesse público, será havido como anulável; caso contrário, nulo. Assim, o procedimento administrativo de outorga de marcas e patentes, não desenvolvido validamente pelo interessado, dependerá do grau de gravidade do vício para ser considerado nulo ou anulável. De outro lado, o procedimento licitatório realizado pela Administração Pública requer rigor na sua apreciação, por conta de sua finalidade pública, a de atribuir ao Poder Público a proposta mais vantajosa. Logo, os vícios que porventura ocorram nele deverão ser considerados, a princípio, nulos e não anuláveis.

### 5.2.3 — *Atos Irregulares*

Além dessas diferentes categorias de atos, atingindo a ordem jurídica com maior ou menor gravidade — inexistência, nulidade e anulabilidade, há os atos irregulares, os que não afetam o interesse público, em que o conteúdo do ato não é prejudicado e ocorrem meros erros leves de forma. Se, por equívoco, a administração edita autorização, ao invés de licença, ou vice-versa, nenhum prejuízo advirá desse ato, se o interessado preencheu os requisitos legais para sua outorga.

Na verdade, os erros de forma, sobretudo quando adotada apenas para metodizar o serviço público, tornam-se irrelevantes perante a ordem jurídica. De outro lado, em havendo prejuízo aos administrados, tais como atingimento dos prazos de impugnação, evidentemente o ato padeceria não de mera irregularidade, mas de efetiva invalidação.

19 Há atos praticados mais no interesse do particular do que da administração. O processo administrativo de outorga de marca e patente, por exemplo, apesar do controle do Estado, inclusive por razões de interesse público, têm mais de perto a proteção de interesses individuais. São atos, basicamente, anuláveis.

20 Ob.cit.,p.586.

### 5.3 — Os efeitos dos atos inválidos

Conforme o ensinamento do profícuo Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, os atos inválidos produzem efeitos jurídicos, quer sejam inexistentes, nulos ou anuláveis. Dizer-se que os atos inexistentes e/ou nulos não têm efeitos jurídicos não encontra supedâneo na realidade empírica. Tanto isso é verdade que os *atos nulos e os anuláveis*, mesmo depois de invalidados, podem produzir efeitos jurídicos, como acontece no chamado funcionário de fato, ou seja, aquele que foi irregularmente preposto em cargo público<sup>21</sup>. Neste exemplo, os atos realizados pelo funcionário de fato são válidos, apesar da nulidade material do ato administrativo, que investiu o agente no cargo.

Conseqüência da possibilidade de produção de efeitos jurídicos de atos reconhecidos inválidos pela Administração Pública ou pelo Judiciário é o respeito aos efeitos patrimoniais passados atinentes à relação jurídica atingida, se o administrado estava de boa fé e não concorreu para o vício do ato fulminado<sup>22</sup>. Por exemplo, se o Poder Público realiza concurso público sem que, contudo, tenha sido de acordo com a lei, ou as normas da própria administração, e estando os concorrentes de boa fé, isto é, não sabiam e nem havia condições de saber da ilegalidade, em face do vício apresentado, e não concorreram para ele, devem ser ressarcidos pelos prejuízos que lhes fora causado. O mesmo se pode dizer do procedimento licitatório e demais atos realizados pelo Poder Público. A realização de um contrato de direito privado (CLT) entre o Poder Público e o particular, sem a realização de concurso público, condição (requisito procedimental) para a referida contratação, apesar de tornar nulo o contrato firmado entre as partes, não impede a Administração de efetuar o pagamento ao particular pelos serviços prestados a ela, se o contratado estava de boa fé; antes, o Poder Público tem a obrigação de pagar o contratado.

O *princípio da intangibilidade dos efeitos individuais* dos atos administrativos impede a conduta desarrazoada da administração, no sentido de nulificar seus próprios atos, sem que o particular tenha dado causa ao vício e esteja de boa fé; o particular que participou da relação jurídica com o Poder Público deverá ser indenizado, assim como terceiros eventualmente prejudicados com o ato inválido.

Não estamos negando a possibilidade de o Poder Público anular seus próprios atos — isto é uma garantia sua, aliás um dever: o de anulá-los ou de convalidá-los —; porém, como seus atos têm presunção de legitimidade, uma vez anulados, podem levar ao ressarcimento dos administrados.

Os atos inexistentes, os nulos e os anuláveis, enquanto não reconhecidos os vícios, pela Administração ou pelo Poder Judiciário, geram efeitos. Ensina Antônio Carlos Cintra do Amaral, apesar de exigir decisão judicial com força de coisa julgada:

“Tanto os atos administrativos válidos quanto os inválidos podem produzir efeitos. A distinção entre eles somente se põe quando suscetíveis de apreciação, por um órgão estatal competente, no que respeita a sua legalidade. Se dessa apreciação resulta sua manutenção no mundo jurídico (admitimos aqui a hipótese de decisão

21 Ob.cit., p.342.

22 Idem, p.343.

judicial com força de coisa julgada), são válidos. Se dela resulta eliminação, são inválidos.”<sup>23</sup>

Para nós, os atos inválidos (inexistentes, nulos e anuláveis), enquanto não reconhecidos por quem os emanou ou pelo superior hierárquico (Poder Público); ou pelo Poder Judiciário, têm efeitos. Compete a quem de direito reconhecer-lhes os vícios e decretar a sua invalidação. Isso não ocorrendo, a eficácia do ato permanece. Reconhecendo-se o vícios (a) nos atos inexistentes, temos a consideração de nunca ter existido e, a princípio, ele não produz efeito algum; (b) nos atos nulos e anuláveis, produziram efeitos, apesar de considerar nunca tê-los produzido (a invalidação fulmina o que já ocorreu, no sentido de que se negam hoje os efeitos de ontem), excetuado, como dissemos, o ressarcimento aos terceiros de boa fé.<sup>24</sup>

O ato inexistente, ainda não reconhecido como tal pela Administração Pública ou pelo juiz, pode gerar efeitos, consoante acima afirmamos. Se, num determinado concurso público o quarto colocado for nomeado quando já estava morto, cuidar-se-á de ato administrativo sem conteúdo, inexistente. O colocado seguinte (quinto), não tendo conhecimento do fato, estará prejudicado (impedido de ingressar nos quadros do Estado); a qualquer momento, porém, uma vez sabendo da morte de seu antecessor, poderá pedir seu ingresso nos quadros do Poder Público, reconhecida a inexistência do ato, pela administração ou pelo juiz.

## 6 — Os Elementos ou Requisitos do Ato Administrativo e a Invalidação

O objeto, após ter sido separado dos demais seres para estudo pelo cientista do Direito, necessita de análise de suas partes; estas, embora estejam ligadas ao todo e o caracterizem, merecem ser conhecidos separadamente. Por isso, vamos analisar, de forma rápida, a invalidação nos elementos ou requisitos dos atos administrativos, seguindo a classificação mais conhecida pela doutrina, sem contudo, termos em mente qualquer comprometimento científico, e sem a pretensão de esgotarmos as soluções possíveis.

1. Sujeito. Pode ocorrer a incompetência absoluta do agente, por exemplo, edita ato de competência de outro poder do Estado, o que geraria inexistência; ou edita ato de competência de outro órgão, ainda que da mesma pessoa jurídica, e o ato seria anulável, convalidável<sup>25</sup>. Aliás, pode resultar da qualidade pessoal do agente, como loucura e embriaguez, também inexistência no primeiro caso, e nulidade absoluta no segundo. Outra hipótese de nulidade relativa, quando o ato é praticado por agente incompetente, dentro do mesmo órgão, uma vez o ato caiba, na hierarquia, ao superior hierárquico<sup>26</sup>.

23 Ob.cit., p.61.

24 “Podem ocorrer casos, em nome do princípio da boa fé e da vedação do enriquecimento sem causa, em que se ressalvam da eliminação alguns efeitos pretéritos de atos nulos e anuláveis”. (Celso Antônio Bandeira de Mello, ob.cit., p.333).

25 “Nada obsta, em nosso entender, que o ato de interdição de uma fábrica poluente, subscrito por um Secretário de Estado, a quem não está afeta a matéria, seja convalidado, posteriormente, pelo Secretário competente.” (Weida Zancaner, ob.cit., p.68).

Quanto aos vícios de manifestação de vontade propriamente ditos, coação, simulação etc., ao contrário de Seabra Fagundes, o qual entende não ser possível convalidação do ato, por força da moralidade administrativa<sup>27</sup>, entendemos, seguindo Osvaldo Aranha Bandeira de Mello, o ato ser meramente anulável, quando o vício de vontade não viole norma cogente ou dos bons costumes, ou o seu preceito se colocou em favor do administrado, sujeito à autonomia de sua vontade.<sup>28</sup> Além disso, se o vício alcançar a manifestação de vontade e a norma cogente, o ato não é nulo, mas inexistente, pois concebemos não existir o ato quando o seu conteúdo for ilícito, conforme veremos no item 3.

2. Motivo. Motivo é o pressuposto de fato, realidade do mundo empírico. A ausência do motivo ou a incorreta subsunção de um fato à hipótese normativa, torna o ato nulo, não podendo ser convalidado. Digamos que determinado servidor público tenha sido exonerado a pretexto de ter cometido infração administrativa de natureza grave; constatada a ausência do fato, o ato padece de nulidade.<sup>29</sup>

3. Objeto (conteúdo), é sobre o que ato dispõe. Se for ilícito ou impossível, o ato é inexistente. Se o conteúdo do ato for ininteligível, certamente teríamos sua inexistência, diante da impossibilidade de seu conteúdo ser verificável pela mente humana. A ilicitude do conteúdo pode concorrer com o vício da manifestação da vontade. Apesar de encartá-lo como ato nulo, o exemplo do Professor Osvaldo Aranha Bandeira de Mello serve-nos de rumo: “Assim, se alguém consegue despacho ilegal por coação moral levada a efeito contra agente público, o ato é não só anulável por vício de vontade, como nulo por ilegal, em razão da ilicitude do objeto...”<sup>30</sup>

4. Finalidade. O agente agindo com fim diverso daquele estabelecido na lei pratica ilegalidade; ocorre o desvio de poder. Por exemplo, o Poder Público edita ato administrativo visando à cobrança de multa por infração no trânsito; porém, em vez de ser estabelecido com finalidade repressiva (e até mesmo preventiva), no exercício do poder de polícia, teve efeito, inadvertidamente, apenas com o fim de arrecadar recursos ao erário. Trata-se de interpretação errônea da lei, caracterizando o vício de conteúdo ilegal, para nós encartado na categoria de ato inexistente. No ponto, esclarece Antônio Carlos Cintra do Amaral: “a finalidade da norma legal fornece ao intérprete o critério para estabelecer sua ‘moldura’ e, assim, as soluções de aplicação possíveis. O desvio de finalidade, de acordo com esta concepção, corresponde a uma interpretação errônea (falsa)...”<sup>31</sup> Para o autor, tal desconformidade

26 “...será simplesmente anulável, quanto à capacidade da pessoa, se praticado por agente incompetente, dentro do mesmo órgão especializado, uma vez o ato cabia, na hierarquia, ao superior...” (Osvaldo Aranha Bandeira de Mello, *ob.cit.*, p.579).

27 *ob.cit.*, p.45.

28 *ob.cit.*, p.579

29 Weida Zancaner acentua em sua obra não ser possível a convalidação do ato com vício no motivo, quer seja o editado no exercício da competência vinculada ou no da competência discricionária. (*ob.cit.*, p.74).

30 *Ob.cit.*, p.580. Osvaldo Aranha Bandeira de Mello não aceita a divisão tricotômica de invalidação dos atos administrativos.

31 *Ob. cit.*, p.60. Isso porque, segundo Queiró, o fim da lei é o “conjunto de interesses, exigências, relações, necessidades ou circunstâncias sociais em vista das quais a lei foi emanada, ou que a lei

não se caracteriza pelo desvio de finalidade, mas sim por um conteúdo ilegal.<sup>32</sup> Portanto, o denominado desvio de finalidade (objetiva) é ato administrativo inexistente, por consistir numa moldura ilícita, baseada na errônea interpretação da lei.

Do mesmo modo, o ato administrativo com fim de prejudicar ou ajudar alguém, isto é, não tendo por finalidade o interesse público, mas interesses subalternos, de particulares ou do próprio agente que o emitiu, é inexistente. A autorização para casa de jogos funcionar, visando à plena satisfação de interesses políticos é inexistente. Não se visou ao interesse público. Não se cuida de recurso de interpretação da lei (acima, finalidade legal, objetiva), mas de ilicitude em vista de um elemento da própria lei, que é sempre o interesse público, protegido genericamente pela norma. Se a lei manda que o agente aja com fim de atender apenas ao interesse público, isso não ocorrendo, certamente o conteúdo do ato estará viciado, ante sua ilicitude flagrante, eminente. Assim, tanto no caso da ilicitude decorrente do desvio de finalidade objetiva quanto a relacionada à intenção do agente são vícios que acarretam a inexistência do ato.

5. Formalidade. É a forma específica exigida por lei para a validade de um ato. O ato pode ser meramente anulável, convalidável<sup>33</sup>. De outro lado, a preterição de solenidade essencial para a validade do ato, torna-o nulo (a ausência de licitação no contrato de obra pública). Além disso, se a formalidade for para mera metodização ou uniformização dos atos da administração pública, seria mera irregularidade, exceto se atingir as garantias do administrado, quando então o ato é nulo.

6. Causa do ato. É a relação de adequação lógica entre o motivo e o conteúdo do ato. O vício na causa torna o ato nulo. Não é possível a convalidação, pois o descompasso se verificará todas às vezes em que o mesmo ato for repratado<sup>34</sup>.

## 7 — Conclusões

Em face do exposto, podemos alinhar as seguintes conclusões:

a) A análise do ato administrativo pode ser feita tendo em vista os planos da perfeição, validade e eficácia. Trata-se de verificações diferentes, ângulos diversos do mesmo objeto. Apesar disso, têm ligações profundas, umas com as outras. Apesar de o ato ser perfeito, poderá ser inválido; se for válido, poderá ser ineficaz, embora seja perfeito; e assim por diante.

tem em vista, considerada objetivamente, e cujo conhecimento será porventura necessário para determinar o verdadeiro alcance da lei. É apenas um recurso da interpretação da lei, e de nenhum modo um elemento da própria lei” (*Reflexões sobre a Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo*, p.74, “apud” Antônio Carlos Cintra do Amaral, ob.cit., p.59).

32 Idem, p.60

33 O exemplo trazido pela ilustre professora Weida Zancanner é elucidativo: “Sabemos que a cessão de uso de bens de um órgão para outro da mesma entidade se faz por termo e anotação cadastral. Ora, pode ocorrer que haja cessão de uso verbal. Neste caso a convalidação se impõe e o administrador se verá obrigado a lavrar o termo e a proceder a anotação cadastral, que retroagirá à data da cessão de uso dada verbalmente e, portanto, sem a formalidade estabelecida.” (ob.cit, p.70).

34 Weida Zancanner, ob.cit., p.75.

b) O estudo da invalidação do ato administrativo encontra-se no plano da validade, isto é, no da verificação dele perante a ordem jurídica, na adequação do ato às exigências normativas;

c) Tanto o ato eficaz quanto o ineficaz podem ser invalidados pelo juiz ou pela Administração, e seus efeitos retroagem, no sentido de não reconhecer, no presente, os efeitos jurídicos do passado;

d) Há distinção e autonomia entre o Direito Privado e o Direito Público. Ambos os ramos jurídicos têm normas e princípios próprios; porém, isso não significa a impossibilidade de aplicar-se as normas do Direito Privado na invalidação dos atos administrativos. Isso torna-se possível desde (a) a falta de norma de Direito Público; (b) as normas de Direito Privado sirvam de suporte para o reconhecimento da invalidação; (c) e possam atuar de acordo com o interesse público protegido pela ordem jurídica;

e) Com isso, sempre existe para o juiz certa discricção na apreciação da nulidade ou anulabilidade do ato, no caso de falta de norma de Direito Público, regulando a hipótese;

f) A divisão dicotômica de invalidade dos atos administrativos (nulidade-anulabilidade) não encontra completo respaldo na ordem normativa. Atos administrativos podem ser editados de forma afrontosa à ordem jurídica, contribuindo para o desleixo do Poder Público pela obediência à lei. Atos administrativos que correspondam a crimes; com conteúdo impossível ou ilícito; ou editados com usurpação gravosa de função, são considerados inexistentes. Logo, atos inexistentes são assim classificados, considerando-se o grau de violação da ordem jurídica;

g) Os atos inexistentes comportam, por parte do administrado, resistência ativa, vale dizer, na utilização de meios físicos para impedir o comportamento da autoridade; não tem prazo prescricional e nunca podem ser convalidados; não têm os atributos próprios dos atos administrativos;

h) Os atos nulos diferem dos anuláveis em diversos aspectos, muitos dos quais previstos por normas de Direito Privado. Mas, reconhecida a invalidação pela autoridade competente, tanto os efeitos do ato nulo como os do anuláveis retroagem à data do ato; não sendo possível a restituição das partes ao estado anterior, serão indenizadas com o equivalente. A resistência do particular, nos dois casos, é a passiva;

i) Os atos meramente irregulares não atingem a ordem jurídica, não afetam o interesse público e, por isso, não havendo prejuízos aos particulares, devem ser mantidos;

j) Atos inexistentes, nulos ou anuláveis têm efeitos, enquanto não reconhecidos pela autoridade; os dois últimos, em alguns casos, mesmo depois de invalidados, podem continuar a tê-los, como na hipótese de funcionário de fato, ou de ressarcimento ao particular de boa fé;

k) Ao estudar-se os elementos ou requisitos dos atos administrativos, verificamos não haver perfeita compatibilidade entre as normas de Direito Civil e as de Direito Administrativo, no tocante à invalidação; aliás, a incompatibilidade não se verifica entre normas, pois, de regra, não há, no Brasil, lei de Direito Público regulando-a. Ela ocorre porque há impossibilidade de aplicação da lei civil na órbita

do Direito Administrativo, em algumas hipóteses, inclusive para salvaguardar o interesse público.

## 8 — Bibliografia

- ALIBERT, Rafael. *Le Controle Juridictionnel de L' Administration*. Paris: Payot, 1926.
- AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Extinção do Ato Administrativo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1978.
- CARNELUTTI, Francesco. *Tratado Geral do Direito*. Lejus, 1999.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de Direito Administrativo*. 5ª ed., Livraria Freitas Bastos S.A, 1964, VI.
- DROMI, Roberto. *El Acto Administrativo*. Buenos Aires, 3ª ed., Ediciones Ciudad Argentina, 1997.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. São Paulo: 6ª ed., Saraiva, 1984.
- FONSECA, Tito Prates da. *Direito Administrativo*. Ed. Freitas Bastos, 1939.
- JUAREZ, Hugo A. Olguin. *Extinción de Los Actos Administrativos Revocación, Invalidación Y Decaimiento*. Santiago do Chile: 8ª ed., Editorial Jurídica de Chile, 1961.
- LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean Claude; GAUDEMET, Yves. *Droit Administratif*. Paris: 14ª ed., L.G.D.J., 1996, VI.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: 11ª ed., Malheiros Editores, 1998.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. São Paulo: 1ª ed., Forense — Rio, 1969.
- RIVERO, Jean; WALINE, Jean. *Traité Droit Administratif*, Paris: 16ª ed., Dalloz, 1996.
- ZANCANER, Weida. *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*. São Paulo: 2ª ed., Malheiros Editores, 1996.
- Trabalho de mestrado apresentado ao ilustre Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, no curso de Pós-Graduação, 2º semestre de 99, na PUC-SP.