

Das nulidades dos atos administrativos

THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI
Procurador da República no Distrito Federal

(do "Tratado de Direito Administrativo" 2.º volume, que se encontra no prelo)

Os vícios que atingem a essência dos atos administrativos, bem como os contratos (espécie do gênero ato), refletem-se, naturalmente, sobre as suas próprias condições de existência.

Daí a teoria das nulidades. Esta se pode reduzir às seguintes indagações: quando deve subsistir o ato administrativo ferido por qualquer dos vícios que podem atingir o ato em sua essência? Quando será absoluta a nulidade? Quando será relativa? Pode-se ter como inexistente o ato viado?

Em torno deste assunto tem sido travado largo debate doutrinário, especialmente entre os autores italianos, cuja importância não deve ser desprezada. Deve-se, entretanto, observar que a doutrina moderna caminha no sentido de só admitir a nulidade do ato e, por conseguinte, a sua inexistência, quando o vício que o atingir for de tal ordem que prejudique o ato em suas próprias condições de vida, em seus próprios elementos.

O ato inexistente será aquele que não pode produzir efeitos, porque, faltando alguns dos seus elementos essenciais, nunca existiu.

O ato anulável, entretanto, produziu efeitos, os vícios que o atingiram não impediram a sua eficácia relativa, declarada, depois de sua vigência, pela autoridade competente. Um contrato não aprovado pelo Tribunal de Contas, quando imposto pela lei esta aprovação, não pode produzir efeitos jurídicos, porque este contrato nunca existiu de fato, nem de direito.

Raggi (1), estudando o assunto, ensina:

"Cossi l'atto è inesistente, se fu emesso da persona che non poteva più godere nell'epoca in cui lo emise la qualità di funzionante da organo dello stato.

(1) — L. Roggi — "Dottrine delle renuncie nel diritto pubblico", pág. 117.

Così, l'inesistenza può essere data dalla mancanza della forma, prescritta *ad substantiam* per darci un atto amministrativo: o in caso della necessità di tal forma, dalla mancanza degli estremi d'esistenza dell'atto non rivestiti da quella data forma: ad es., one un atto scritto sia prescritto *ad substantiam*, è inesistente anche un atto non firmato".

É preciso, entretanto, bem firmar se na técnica empregada, ato inexistente, ato nulo, ato anulável, são expressões nem sempre bem definidas, mesmo no campo do direito civil, quanto mais nos estudos de direito administrativo ainda em plena formação.

Há mesmo quem, com inegável autoridade, conteste o fundamento jurídico dos chamados atos inexistentes. Mas existem evidentemente certas nulidades que, pela sua intensidade, merecem uma sanção mais rigorosa, porque, conforme ensina Trentin, o ato inexistente é aquele que não preencheu todas as formalidades necessárias para a sua formação, foram praticados, na expressão de Bielsa (2) com violação grosseira da lei ou manifesta incompetência da autoridade de quem emanou o ato.

Por isso é que, no dizer de Zanobini (3), "é como non mai formato; la nullità opera di diritto; nessuno è tenuto a prestare obbedienza all'ato que ne è effetto..."

Em um estudo completo do assunto, entende Carvalho de Mendonça (M.I.) (4) que o ato inexistente é aquele nulo de pleno direito, o que transgredir disposição expressa e proibitiva de lei (isto é, aquelas nulidades que, segundo o mesmo autor:

(2) — "Derecho Administrativo", I, pág. 229.

(3) — "Corso di Diritto Am.", I, págs. 334 e segs.

(4) — "Direito das Alegações", I, pág. 299.

a) a lei formalmente pronuncia em razão da manifesta preterição de solenidades internas ou externas, gerais ou especiais, visível pelo mesmo instrumento ou por prova literal;

b) posto não expressas na lei, se subentendem por ser a solenidade que se preteriu substancial para a existência do ato e fim da lei, como o instrumento é feito por oficial público incompetente, sem data e designação do lugar, sem subscrição das partes e testemunhas ou não foi lido às partes e testemunhas antes de assinado.

Ato nulo, conclue, é aquele que não tem existência legal, um puro fato, que por isso não se revalida com a cessação da causa de nulidade nem com o decurso do tempo, nem com o fato aprobativo.

Se os atos anuláveis forem de vício menos profundo que não atingem a substância do ato, por isso mesmo só podem ser anulados por provocação do interessado, salvo o direito da administração de revogá-lo, *ex-officio*, quando verificado o vício que ofende a integridade do ato (5).

São geralmente causas de anulação do ato administrativo :

a) incapacidade relativa do agente ou incompetência relativa da autoridade;

b) qualquer dos vícios que tornam o ato administrativo suscetível de anulação, porque, provado o vício, fica afetado o seu próprio vigor, como o erro, o dolo, a simulação, a fraude.

Como veremos adiante, pode a autoridade administrativa, *ex-officio*, revogar o ato depois de verificada a sua nulidade, o vício substancial que o atinge, negando-se a aplicar aqueles atos que incidem em qualquer caso de nulidade.

E isto se verifica, não obstante a presunção sempre favorável à validade dos atos administrativos, tão bem salientada por Seabra Fagundes *in verbis* (6).

“Os atos da Administração são abonados por uma presunção de legalidade, de modo que só muito excepcionalmente poderão ser fulminados de ofício com a declaração de nulidade.

(5) — Ver Ruy Cirne Lima, “Princípios de Direito Administrativo Brasileiro”, pág. 96.

(6) — “Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário”, pág. 49.

Não é que nos pareça admissível dar validade ao ato inquinado de vício capital, só porque emane da Administração Pública. Mas se em relação aos atos privados, não protegidos *a priori* com essa presunção de legalidade, é raríssimo ter lugar o pronunciamento *ex-officio* da invalidez, com maior razão há de ser em se tratando de ato público, amparado por tal presunção. Somente casos muito excepcionais encaminharão essa consequência”.

Mas a presunção de legitimidade não pode impedir que a própria administração, verificado o vício ou a falta de cumprimento de exigências indispensáveis, deixe de dar cumprimento ao ato ou declare a sua nulidade por vício substancial.

É que a nulidade tem de se operar de pleno direito, pela própria força do vício que atinge o ato administrativo e que, por si só, dispensa a intervenção do poder judiciário para a sua declaração.

É a teoria sustentada por numerosos autores, como Borsi (7), Zanobini (8), Roger Bonnard (9), Waline (10) e a generalidade dos autores.

A nulidade de pleno direito, porem, deve atingir a própria substancial material do ato, os elementos que o integram.

Tratando especialmente dos contratos, escrevem Jerome Pise o seguinte, em uma preciosa monografia (11) :

“L'inefficacité originaire des contrats a pour nous deux degrés : l'inexistence et l'annulabilité.

Rien ne se justifie plus facilement, en raison pure, que la distinction de ces deux degrés d'inefficacité originale des contrats. Ce n'est que l'application à une matière particulièrement d'une loi natu-

(7) — “La Justitia Amministrativa”.

(8) — “Corso di Diritto Amministrativo”, vol. I.

(9) — “Précis de Droit Administratif”, pág. 195.

(10) — “Manuel elementaire de Droit Administratif”, pág. 444.

(11) — Essai d'une theorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats (1898). Ver, sobre a aplicação da tese, a sentença do juiz Ribas Carneiro no avulso “O Caso da Revista do Supremo Tribunal”, Imprensa Nacional, 1940.