Instituto Brasileiro de Direito Público

Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

REDE Revista Eletrônica de Direito do Estado

Número 9 – janeiro/fevereiro/março de 2007 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X -

VALIDADE E INVALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO

Prof. Antônio Carlos Cintra do Amaral

Advogado em São Paulo. Consultor e Parecerista em Direito Administrativo. Ex-Professor de Direito Econômico na Faculdade de Direito da PUC/SP.

1. O ato administrativo como norma jurídica. 2. Validade e eficácia da norma jurídica. 3. Norma e texto. 4. Invalidade e anulação do ato administrativo. 5. Síntese.

1. O ATO ADMINISTRATIVO COMO NORMA JURÍDICA

Ao produzir normas legais, o legislador aplica a Constituição. Ao produzir decisões judiciais e atos administrativos, o juiz e o agente administrativo, respectivamente, aplicam a lei. Em regra, os atos de **aplicação** são, também, de **criação** do Direito. Excetuam-se a criação da Constituição (primeira Constituição histórica), que não aplica Direito anterior, e os atos de execução coercitiva da sanção, que não criam Direito, simplesmente o aplicam (**KELSEN**, 1984/ 324 e ss.).

Essa noção está ligada à de funções normativas, que para **KELSEN** (1986/120 e ss.) são a **imposição,** a **proibição**, a **permissão** (positiva), a **revogação** (de outra norma) e a **autorização**. Escreve ele sobre a autorização (1986/ 129):

> *"A função normativa da autorização significa: conferir a uma pessoa o poder de estabelecer e aplicar normas".*

E mais, à mesma página:

> *"Visto que o Direito regula sua própria produção e aplicação, a função normativa da autorização desempenha, particularmente, um importante papel no Direito. Apenas pessoas às quais o ordenamento jurídico confere este poder podem produzir ou aplicar normas de Direito."*

A doutrina tradicional não reconhece a existência de normas jurídicas de terceiro escalão. Para ela, as normas jurídicas são apenas as constitucionais e as legais. As decisões judiciais, os atos administrativos e os negócios jurídicos não são atos de **criação** do Direito. É muito comum encontrarmos, na literatura jurídica, a afirmação de que os juízes e agentes administrativos são "escravos da lei", verdadeiros autômatos, que nenhuma margem de discricionariedade possuem na interpretação e aplicação das normas legais.

Essa concepção está ligada à teoria da tripartição dos poderes. É célebre a definição de **MONTESQUIEU**, no "Espírito das Leis", de que o juiz é apenas "a boca que pronuncia as palavras da lei" (1951/ 209). **VOLTAIRE**, por sua vez, citado por **LUÍS PRIETO SANCHÍS** (1993/ 26 e 29), escrevia que os juízes são escravos da lei, e não seus árbitros, e que interpretar a lei equivalia a corrompê-la. Contra o arbítrio dos monarcas, cunhou-se, com a Revolução Francesa, a expressão "governo das leis", em contraposição a "governo dos homens".

CHAÏM PERELMAN (1996/ 516 e ss.) recorda que a Revolução Francesa instituiu, por decreto de 24/08/1790, o "référé législatif". Quando o juiz tinha dúvidas quanto à interpretação da lei, recorria ao legislador. Escreve ele (1996/ 520):

> *"Queria-se, graças a esse sistema, impedir que o juiz interviesse como legislador; mesmo para melhorar o direito, o juiz não deve completar a lei nem interpretá-la. Mas então, muito depressa, por causa do atravancamento, essa solução mostrou-se impossível e teve-se de abandonar a idéia do 'référé législatif' e substituí-lo por outra solução. O 'référé législatif', além dos inconvenientes práticos, recriava outra confusão dos poderes, porquanto, interpretando a lei e interpretando-a necessariamente de uma forma retroativa – porque todas as leis interpretativas são leis retroativas – devia-se ao mesmo tempo dirimir um litígio, uma vez que se ia dar a regra de decisão de um processo. Os legisladores se tornavam por conseguinte juízes, o que é contrário ao princípio da separação dos poderes."*

A doutrina jurídica foi evoluindo no sentido do abandono dessa concepção legalista, que **PRIETO SANCHÍS** considera, com razão, ingênua. Como diz **LUÍS RECASÉNS-SICHES** (1971/ 35):

> *"Se debe sepultar definitivamente la errónea idea, hoy ya descartada, pero que prevaleció durante más de dos siglos, de la mal llamada 'aplicación del Derecho'. El Derecho positivo no es el contenido en la constitución, las reglas legisladas, los reglamentos, etc., ya preconfigurados, ya conclusos, ya listos para ser 'aplicados'. El proceso de creación o producción del Derecho va desde el acto constituyente, através de la constitución, de las reglas legisladas, de los reglamentos, etc., hasta la norma individualizada en la sentencia judicial o en la decisión administrativa* ***sin solución de continuidad****."*

Na doutrina brasileira, encontramos com freqüência a citação da clássica definição de **MIGUEL SEABRA FAGUNDES** (1979/ 4-5) de que administrar é "aplicar a lei de ofício". Com isso, quer-se sustentar que, para **SEABRA FAGUNDES**, ao administrador cabe cumprir automaticamente a lei, e nada mais. Que a atividade administrativa está submetida à lei, ninguém discute. Mas que o administrador seja "escravo da lei", ou "a boca que pronuncia as palavras da lei", quase ninguém mais sustenta. Penso que quando o ilustre jurista brasileiro formulou essa definição teve por objetivo distinguir a função administrativa da função jurisdicional. O administrador age "de ofício". O juiz, por provocação das partes. Isso é o que me parece resultar da leitura de todo o trecho em que a definição está contida:

> "A função legislativa liga-se aos fenômenos de formação do Direito, enquanto as outras duas, administrativa e jurisdicional, se prendem à fase de sua realização. **Legislar** (editar o Direito Positivo), **administrar** (aplicar a lei de oficío) e **julgar** (aplicar a lei contenciosamente) são três fases da atividade estatal, que se completam e que a esgotam em extensão."

Tanto o juiz quanto o agente administrativo criam Direito. A diferença entre a decisão judicial e o ato administrativo está no fato de que a primeira pode transitar em julgado, tornando-se definitiva e irrecorrível, enquanto o segundo é sempre suscetível de controle judicial.

Ao aplicar a norma legal ao caso concreto, o juiz tem uma razoável margem de discricionaridade. Raramente ele se depara com uma norma que contenha uma única solução de aplicação possível. Mas isso não quer dizer que ele tem a liberdade de ultrapassar a "moldura" legal. Sua escolha está limitada por essa "moldura". Assim também ocorre com o agente administrativo. Se o agente administrativo escolhe uma solução que não esteja contida na "moldura" legal, o ato por ele praticado pode ser anulado. Ou seja: pode ter sua validade desconstituída por via judicial. Se o juiz escolhe uma solução não contida na "moldura" legal, pode ter sua decisão reformada pelos tribunais.

Transitada em julgado, porém, a decisão judicial passa a ser o Direito para o caso concreto. A questão de saber se, nesse caso, o juiz, ou o tribunal, ultrapassou a "moldura" legal é juridicamente irrelevante. **Toda decisão judicial transitada em julgado é legal.** Nesse sentido é que se pode falar em **interpretação autêntica**, do juiz, tal como faz **KELSEN**. **Não como a única, mas como aquela que termina por prevalecer sobre as demais.**

KELSEN refere-se a essa questão em mais de uma passagem. Em um artigo sob o título "O Direito como técnica social específica", ele deixa clara sua posição (1997/ 246):

"É um princípio fundamental da técnica jurídica, embora frequentemente esquecido, que não existem no domínio do Direito fatos absolutos, diretamente evidentes, 'fatos em si', mas apenas fatos estabelecidos pela autoridade competente em um processo prescrito pela ordem jurídica. Não é ao roubo como um fato em si

que a ordem jurídica vincula certa punição. Apenas um leigo formula a regra de Direito dessa maneira. O jurista sabe que a ordem jurídica vincula certa punição apenas a um roubo assim estabelecido pela autoridade competente, seguindo um processo prescrito. Dizer que A cometeu um roubo só pode expressar uma opinião subjetiva. No domínio do Direito, apenas a opinião autêntica, isto é, a opinião da autoridade instituída pela ordem jurídica para estabelecer um fato, é decisiva. Qualquer outra opinião quanto à existência de um fato, tal como determinado pela ordem jurídica, é irrelevante do ponto de vista jurídico."

Isso não quer dizer que as interpretações dos cientistas e operadores do Direito sejam irrelevantes. Como o Direito é o conjunto das normas postas, abrangendo não apenas as normas constitucionais e legais, mas também os atos administrativos, negócios jurídicos e decisões judiciais, a **interpretação** do jurista (cientista ou operador do Direito), ao influenciar a produção de normas jurídicas, pode influir na **transformação** do Direito. O processo de criação do Direito é dinâmico. O Direito é permanentemente transformado pela produção de normas concretas de terceiro escalão. A Constituição e as leis podem permanecer inalteradas, mas o Direito se está transformando todos os dias. Como o jurista, ao interpretar e expor, **argumentativamente**, a Constituição e as leis, participa, indiretamente, da produção de Direito (atos administrativos, negócios jurídicos e decisões judiciais), pode dizer-se que, no exercício de sua função, participa do processo de transformação do Direito.

Exemplifico com o art. 1.245 do Código Civil brasileiro:

> *"Art. 1.245. Nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante 5 (cinco) anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo, exceto, quanto a este, se , não o achando firme, preveniu em tempo o dono da obra."*

Embora esse dispositivo mantenha sua redação original, a norma de que o empreiteiro se exime de responsabilidade se, não achando firme o solo, prevenir em tempo o dono da obra, **não vale mais**. Isso porque os tribunais têm decidido, em casos concretos, que o empreiteiro já não é mais, como era em 1917, um leigo (o mestre de obras), mas um técnico (engenheiro ou empresa de engenharia), que deve recusar-se a construir em solo que não considere firme.

Para essa específica transformação do Direito certamente contribuíram os cientistas e operadores do Direito, embora ela se tenha verificado mediante constantes e consecutivas decisões judiciais. Esse exemplo, aliás, serve também para ilustrar a tese, desenvolvida acima, de que o juiz – **assim como o agente administrativo -** cria Direito, não sendo apenas "a boca que pronuncia as palavras da lei".

Isso também não quer dizer que o Direito se resume à predição do que o juiz irá decidir, como querem os realistas. Em primeiro lugar, porque as normas legais existem independentemente de ser aplicadas pelo juiz. Elas são **observadas** pelos indivíduos a que se dirigem e **aplicadas** pelos agentes administrativos e pelos indivíduos em geral, na produção de atos

administrativos e negócios jurídicos, respectivamente. Em segundo lugar, porque, como acabei de acentuar, as interpretações das normas legais, efetuadas pelo jurista, quer na qualidade de cientista, quer na de técnico ou operador do Direito, influenciam as decisões judiciais.

Ressalte-se que o juiz - **assim como o agente administrativo** - não atua como cientista ou técnico do Direito. Ele faz **política jurídica**. Ele não **descreve** normas, nem simplesmente as **aplica**. Ele **cria** novas normas, em um processo de concretização do Direito.

2. VALIDADE E EFICÁCIA DA NORMA JURÍDICA

Ensina **KELSEN** que a **eficácia**, ou seja, a realização fática da conduta humana contida na norma, distingue-se de sua **validade**. A norma pode **existir**, isto é, ser **válida**, embora permaneça **ineficaz**, se bem que uma norma sem o mínimo de eficácia não seja válida, já que esse mínimo de eficácia é **condição** de sua validade.

Para ele, **validade** é o mesmo que **vigência**. A validade ou vigência de uma norma distingue-se de sua **eficácia**. Se alguém objetar que uma lei pode ser **válida**, isto é, **existir**, sem que ainda seja **vigente**, poder-se-á afirmar, a partir de uma estrita concepção kelseniana, que se a lei não vige não existe, e que ela somente passa a existir com sua vigência, quando, portanto, passa a ser válida.

Essa questão fica clara com o exemplo de uma lei que crie um tributo. Por força do princípio constitucional da anualidade, esse tributo somente pode ser cobrado a partir do início do exercício financeiro subseqüente ao da publicação da lei que o criou (art. 150, III, **"b**", da Constituição Federal). A rigor, poder-se-ia dizer que essa lei somente passa a **existir** – ou seja, **ter validade** – quando o tributo passa a poder ser cobrado. Penso, porém, que nesse caso a lei já existe, tanto é que se não for revogada ou anulada – ou seja, **se não tiver desconstituída sua validade** -, passa a vigorar no primeiro dia do exercício subseqüente ao de sua publicação.

Nesse sentido, parece-me mais acertado distinguir **validade** e **vigência**. **Válida** é a norma legal que existe no mundo jurídico. **Vigente** é a norma legal juridicamente eficaz. Assim, introduz-se um terceiro conceito, além dos de **validade** e **eficácia fática**, qual seja, o de **eficácia jurídica**, que é a aptidão para produzir efeitos jurídicos. Em outras palavras: a aptidão para produzir relações jurídicas concretas.

A lei – pelo menos em regra – é geral e abstrata. Não produz relações jurídicas concretas. Tais relações são produzidas por atos administrativos, decisões judiciais e negócios jurídicos. Isto é: por normas jurídicas concretas – em regra individuais -, que **aplicam** os comandos abstratamente contidos nas normas legais. Daí poder dizer-se que a lei tem **aptidão para produzir efeitos jurídicos**, e não que **produz efeitos jurídicos**.

Essa aptidão para produzir efeitos jurídicos pode coincidir ou não com o momento em que a norma legal é posta. Se desde logo a lei tem essa aptidão, pode dizer-se que ela é **válida** e **juridicamente eficaz** (ou, tanto faz, **válida** e **vigente**). Pode ela, porém, estar com sua **eficácia jurídica** suspensa. Nesse caso, ela é **válida**, mas temporariamente **ineficaz**. Vale dizer: temporariamente, está suspensa sua aptidão para produzir efeitos jurídicos.1

Uma norma pode ser válida e temporariamente ineficaz. É inadmissível, porém, uma norma jurídica perder a validade e continuar juridicamente eficaz.

Tome-se, por exemplo, um contrato **por prazo**, como o de prestação de serviços pelo prazo de doze meses. Ao fim desse prazo, ele se extingue. Perde a validade e deixa, portanto, de ser eficaz. A situação é diferente de um contrato **por objeto**. Se se celebra um contrato de execução de obra, a ser realizada no prazo de doze meses, a extinção do contrato somente se opera ao final da obra, que pode ser concluída, até, antes do término do prazo contratual. Se, expirado o prazo, a obra não estiver concluída, o construtor incorrerá em mora. Assim, o prazo contratual não é, nesse caso, **extintivo**, e sim **moratório**. O que não impede que o contrato seja, a qualquer momento, extinto mediante rescisão ou anulação.

3. NORMA E TEXTO

Quando leio um diário oficial, freqüentemente encontro leis, nele publicadas. Essas leis contêm normas jurídicas. Mas eu não vejo normas jurídicas. A norma jurídica é uma abstração. Eu vejo **textos**, através dos quais as normas são formuladas. A **norma** não é empiricamente verificável.

Em meu "Extinção do Ato Administrativo" (1978), distingui o ato administrativo (norma jurídica) e a "declaração socialmente reconhecível como tal". Admito que poderia ter deixado mais claro o que pretendia dizer. Foi **EROS GRAU** (1996/ 59 e ss.) quem me chamou a atenção para a distinção entre **norma** e **texto**, a partir de uma noção exposta por **J.J. GOMES CANOTILHO**.2 Escreve o constitucionalista português (1995/ 219):

> *"O recurso ao 'texto' para se averiguar o conteúdo semântico da norma constitucional não significa a identificação entre **texto** e **norma**. Isto é assim mesmo em termos lingüísticos: o texto da norma é o 'sinal lingüístico'; a norma é o que se 'revela' ou 'designa'."*

---

1 Em meu "Extinção do Ato Administrativo" (1978/ 32), distingui **eficácia jurídica** e **eficácia fática**. Quase no mesmo sentido, posiciona-se **EURICO DE SANTI** (1996/ 56), ao distinguir **eficácia legal**, **eficácia jurídica** e **efetividade.**

2 A confusão entre texto e norma leva a afirmações curiosas como, por exemplo, a de **SCHLOSSMANN**, para quem, segundo **FRANCESCO FERRARA** (1921/ 205), a lei é uma folha de papel impresso, uma combinação de papel com sinais negros (evidentemente, **SCHLOSSMANN** escreveu isso quando ainda não havia impressão em cores, e muito menos Internet). Diz **FERRARA** que **SCHLOSSMANN** "non si avverte che questi segni di scrittura sono l'espressione d'un pensiero e d'una volontà."

Na primeira versão do presente trabalho, publicada na revista "Interesse Público" nº 5, de janeiro/março de 2000, afirmei que o conceito de "recognoscibilidade social" podia ser substituído pelo de "texto". Pensando melhor, parece-me que não é bem assim. Há uma **declaração estatal**. Esta é expressa em um **texto**, que contém uma **norma**. Para que esse texto seja tido como correspondente a uma declaração estatal, é necessário que seja socialmente reconhecível como um **texto normativo** (publicado no Diário Oficial, por exemplo).

EROS GRAU não apenas distingue **texto** e **norma**. Acrescenta que as normas **derivam** da interpretação. Não me parece aceitável essa tese. O resultado da interpretação é outro texto, qual seja, a **proposição jurídica**, descritiva da norma.

PRIETO SANCHÍS (1993/ 83-84) cita **TARELLO**, para quem a norma jurídica não é o pressuposto, mas sim o resultado do processo interpretativo. Essa tese, diz o autor espanhol, pode indicar duas coisas distintas. A primeira, que a norma não adquire verdadeira existência até que se complete a interpretação. A segunda, que a norma "constituye un presupuesto más de la tarea de comprensión, como puede serlo la tradición o la cultura jurídica en la que opera el intérprete". Acrescenta ele:

> *"Ambas posiciones resultan de difícil defensa para quienes opinan que el sistema normativo presenta una realidad propia y distinta de lo que constituye el proceso de interpretación y aplicación."*

Sugere **PRIETO SANCHÍS**, para superar a divergência, que se distingam as "normas-dato", que de modo algum são criadas pelo intérprete, das "normas-producto", que resultam da interpretação. Não vejo, porém, em que essa distinção difere da efetuada por **KELSEN** entre "norma jurídica" e "proposição jurídica".

A norma não deriva ou resulta da interpretação. A norma é uma abstração e pré-existe à interpretação. O raciocínio jurídico desdobra-se, a meu ver, em quatro momentos lógicos distintos. Há a compreensão do texto normativo, quando se apreende seu significado lingüístico. A partir dessa compreensão, interpreta-se a norma, utilizando-se as técnicas jurídicas adequadas, ou, em outras palavras, conjugando-se os métodos filológico, lógico, teleológico e sistemático. Interpretada a norma, o intérprete descreve-a, mediante a formulação de uma proposição em que se contêm as várias soluções de aplicação possíveis. Por último, sustenta-se, mediante argumentação, a solução que parece ser a mais razoável. Esses quatro momentos lógicos nem sempre obedecem a uma ordem cronológica. Com freqüência, um jurista experiente chega, no campo de sua especialidade, à argumentação antes de ter, pelo menos conscientemente, percorrido as etapas anteriores.

Neste ponto, valho-me, em parte, da teoria da argumentação, desenvolvida por **PERELMAN** em inúmeros trabalhos. Não posso aceitar, porém, sua noção de razoabilidade, fundada no **consenso**, pois, como adverte

PRIETO SANCHÍS (1993/ 66), em uma sociedade aberta e pluralista "resulta sumamente difícil, por no decir imposible, hallar valores o principios de justicia material capaces de producir un consenso general". O conceito do que é razoável, ou o mais razoável, é necessariamente individual, na medida em que todo conhecimento humano é individual. **PERELMAN** chega a escrever (1996/ 537) que o juiz visa ao "estabelecimento da paz judiciária graças ao consenso da opinião pública esclarecida". Sinceramente não sei – nem conseguirei saber jamais – o que é "consenso da opinião pública esclarecida". 3

PRIETO SANCHÍS (1993/ 66) diz que "la fórmula del consenso de los valores generalmente aceptados sólo podría cumplir la misión que se propone en una sociedad no democrática". Curiosamente, **PERELMAN** sustenta praticamente o contrário quando diz (1996/ 404) que "um consenso suficiente sobre o que é razoável ou desarrazoado" somente pode existir em uma "comunidade suficientemente homogênea", em que possa "funcionar de modo satisfatório um sistema de direito democrático". Se a comunidade é homogênea ou não, democrática ou autocrática, o fato é que não existe – nem pode existir – um "consenso social". O Direito é força. É famosa a afirmação de **BOBBIO** (1960/ 64), de que o Direito "tal como é, é expressão dos mais fortes, não dos mais justos. Tanto melhor, depois, que os mais fortes sejam também os mais justos".

4. INVALIDADE E ANULAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO

Vimos que a lei quase sempre contém, em sua "moldura", mais de uma solução de aplicação possível e que nem o agente administrativo, nem o juiz, são "escravos da lei". Tanto o agente administrativo, quanto o juiz, criam Direito, ao produzirem, respectivamente, atos administrativos e decisões judiciais, normas jurídicas de terceiro escalão, com fundamento de validade nas normas legais.

As funções administrativa e jurisdicional são idênticas no que se referem ao escalão em que se situam as normas jurídicas produzidas no seu exercício. Diferem, porém, basicamente, em dois aspectos: **(a)** a função administrativa é exercida de ofício, enquanto o exercício da função jurisdicional depende de provocação das partes; e **(b)** as normas produzidas no exercício da função administrativa (atos administrativos) são passíveis de controle jurisdicional.

O agente administrativo, diante de um texto legal, busca interpretá-lo, para efeito de aplicação da norma ao caso concreto. Interpretado o texto, o agente administrativo escolhe uma das soluções de aplicação possíveis, contidas na "moldura" legal. Se há mais de uma solução possível, somente uma pode ser por ele adotada. Em tese, adota a que lhe parece ser "a mais razoável".

---

3 Confira-se o texto em francês (1984/ 96): "l'établissement de la paix judiciaire grâce au consensus de l'opinion publique éclairée".

A partir do momento em que o texto do ato administrativo é publicado - e, em certos casos, notificado ao interessado - a norma jurídica nele formulada (o ato administrativo) **vale**. Não se pode falar em ato administrativo **perfeito**, porque se o processo de produção do ato administrativo se interrompe e o ato, como diz a maioria da doutrina administrativista, "não se aperfeiçoa", não chega a existir ato administrativo (norma jurídica de terceiro escalão). Ato administrativo inexistente é uma contradição em termos. Ato administrativo existente é pleonasmo.

A questão não é semântica. Se o ato administrativo é norma – como entendo que seja – a noção de **perfeição** diz respeito ao processo de produção da norma, e não à norma. **EURICO DE SANTI** (1996) distingue o "ato-fato" e o "ato-norma". A distinção serve para deixar clara a noção, desde que se ressalve que o ato administrativo não é o "ato-fato", e sim o "ato-norma".4

Tome-se um exemplo. O art. 38 da Lei 8.666/93 dispõe que o procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, ao qual serão juntados oportunamente o edital ou convite e respectivos anexos. Com base nesse dispositivo, a doutrina distingue a fase **interna** e a fase **externa** da licitação. Mas a licitação somente se inicia com a publicação do edital resumido (na concorrência e tomada de preço) ou a entrega da carta-convite, momento em que se constitui uma relação jurídica entre a Administração e os eventuais interessados. Tanto é que se a Administração decidir, na chamada fase **interna** da licitação, desistir da contratação, pura e simplesmente determina o arquivamento do processo interno já iniciado. Na chamada fase **externa**, se a Administração desiste da contratação deve **revogar** a licitação, ou **anulá-la** se constatar ilegalidade. Isso porque só existe procedimento licitatório na chamada fase **externa** da licitação.

Por outro lado, dizer-se que, no momento do início do procedimento licitatório (publicação do edital resumido ou entrega da carta-convite), temos um ato administrativo **perfeito**, é o mesmo que se dizer que nesse momento passa a existir um ato administrativo que inicia o procedimento licitatório. Perfeição e existência são a mesma coisa. Um ato administrativo imperfeito é um ato administrativo inexistente. E um ato administrativo inexistente não é um ato administrativo.

JOSÉ PAULO CAVALCANTI, criticando a noção de negócio jurídico inexistente, escreveu (1984/14-15):

> *"Ninguém negará que o negócio que não foi concluído não existe; mas para declarar essa evidência não seria necessário construir nenhuma teoria.*

---

4 Note-se que o autor, posteriormente, adotou a distinção, mais elucidativa, entre **processo** ("fatos singulares ou conjunto de fatos jurídicos inter-relacionados") e **produto** ("norma jurídica ou feixe de normas veiculadas num suporte físico") (2000/ 55-52). O ato administrativo (norma concreta de terceiro escalão) é o **produto**, que não se confunde com o **processo** de sua produção.

Como observou Domenico Barbero:

> *"Será, então, inexistente o negócio não concluído: o que é lapaliciano, como também é inexistente a casa não construída, a pessoa não concebida, a cambial não subscrita' (cit. 'Sistema Istituzionale', vol., I, nº 295, pág. 455 Grifos de Barbero)." 5*

Seguindo **KELSEN** (1986/216), posso dizer que é pleonástica a expressão ato administrativo (norma jurídica) válido. O ato administrativo existe ou não existe: ou há ato administrativo, ou não há ato administrativo. Ato administrativo que não se "aperfeiçoa", ou seja, cujo processo de produção não se completou, não existe. Logo, não se pode falar em ato administrativo imperfeito, assim como não se pode falar em ato administrativo inexistente. Ao **existir**, o ato administrativo **vale**. Só deixa de valer quando tem sua validade desconstituída, quer por outro ato administrativo, quer por uma decisão judicial. A desconstituição de sua validade por outro ato administrativo distingue-se da desconstituição de sua validade por uma decisão judicial porque o ato administrativo que desconstitui a validade de um outro ato administrativo pode, por sua vez, ser anulado por uma decisão judicial.6

Não existe, no direito administrativo, a figura da nulidade de pleno direito. Dizer que um ato é nulo de pleno direito não expressa a realidade jurídica. Enquanto o ato não é anulado, por um órgão especialmente qualificado para tal, ele vale. A distinção, efetuada pela doutrina administrativista, entre atos nulos e anuláveis, tomada de empréstimo ao direito privado, não tem sentido em direito administrativo. **JUAN ALFONSO SANTAMARIA PASTOR** (1975/ 169) escreve que a nulidade e a anulabilidade não são "modos de ser" do ato. Acrescenta: "sólo forzando el sentido de las palabras puede hablarse de actos nulos o anulables". Diz, ainda (1975/ 93):

---

5 Esclareceu o saudoso jurista pernambucano, em nota de pé de página:

"'La Palice (Jacques de Chabannes, senhor de), nobre francês, nascido cerca de 1470, morto na batalha de Pavia em 1525. Seus soldados compuseram em sua honra uma canção em que se encontram esses versos:

Um quarto de hora antes de sua morte

Ele ainda vivia...

O que queria dizer que La Palice até o derradeiro instante se batera corajosamente; pouco a pouco, porém, o sentido desses dois versos perdeu-se, e não ficou senão sua ingenuidade. Daí a expressão **uma verdade de La Palice**, para designar uma verdade evidente, que salta aos olhos de todos' ("Petit Larousse", 12ª tiragem, 1962, pág. 1482)."

6 Não há contradição em dizer-se que uma norma deve ter seu fundamento de validade em outra de escalão superior e, ao mesmo tempo, que **validade** é igual a **existência**. Quando um cientista do Direito descreve uma norma como **inválida**, está formulando uma **proposição jurídica**. Como essa proposição não tem o condão de expulsar a norma do sistema, esta continua a **existir** (a **valer**). Ela **existe** (**vale**) na medida em que não é expulsa do sistema, ou seja, não tem sua validade desconstituída por um órgão produtor/ aplicador do Direito. Assim, **existência** e **validade** se identificam. **Norma válida** é, como diz **KELSEN**, pleonasmo. **Norma existente** também é. O que não impede que o cientista do Direito descreva uma norma (existente e objetivamente válida) como inválida, **a seu juízo**. Mas somente um **ato de vontade** (mais apropriadamente: uma declaração estatal) - e não um **ato de conhecimento** - retira a **validade** (e a **existência**) de uma norma.

"En la realidad jurídica, la nulidad no se produce nunca de modo automático, porque la nulidad no es un hecho, una realidad, sino una calificación que debe hacerse valer en el procedimiento correspondiente para que sea efectiva."

Em meu "Extinção do Ato Administrativo" (1978/ 61), tive oportunidade de escrever:

"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 judicial com força de coisa julgada), são válidos. Se dela resulta sua eliminação, são inválidos.

Antes da anulação, afirmar-se que há ato administrativo inválido é mera questão de opinião. Isso não quer dizer, porém, que à ciência do direito não caiba indagar sobre a validade de um ato administrativo. Se o intérprete constata que: a) foi ele produzido por um órgão competente; b) existiu o pressuposto de fato correspondente à hipótese legal e houve correta subsunção daquele a esta; c) foram cumpridas as formalidades legais e d) o conteúdo corresponde a solução de aplicação contida na ***moldura*** *legal, descreve-o como ato válido. Caso contrário, descreve-o como inválido. Emite, assim, uma opinião científica. De um ponto de vista jurídico, porém, não há atos inválidos, senão os assim qualificados por decisão judicial passada em julgado.*

Há dois momentos distintos: o momento do conhecimento e o da produção normativa. O cientista do direito, conhecendo a realidade jurídica, pode descrever o ato como válido ou inválido, conforme ou desconforme com a ordem legal. Essa é exatamente sua função. Mas o ordenamento jurídico confere a um órgão especialmente qualificado a competência para decidir se um ato é válido ou não. Essa decisão tem força normativa."

Acrescentei (1978/ 62):

"Por outro lado, ao descrever a realidade jurídica, o cientista do direito pode dizer que o ato é inválido. Isso significa dizer que existe, no ordenamento jurídico, uma norma que manda anulá-lo. Porque, como vimos, a anulação é uma sanção, aplicável à hipótese de ato produzido em desconformidade com a ordem legal. Essa norma - que pode, em certos casos, ser expressa - é descrita pela seguinte proposição:

'Se um ato administrativo é produzido em desconformidade com a ordem legal, deve ser anulado'.

Não quer dizer que o seja. Mas que ***deva ser****. A invalidade não é, pois, como diz Santamaria Pastor (****op. cit****., p. 163) um 'modo de ser' dos atos jurídicos, mas 'un puro presupuesto catalizador de la reacción sancionadora del ordenamiento contra los efectos potenciales o reales del acto no ajustado a la norma'.*

Podemos dizer, portanto, utilizando-nos mais uma vez de noções da teoria pura do direito, que a produção de um ato administrativo em conformidade com a ordem legal é uma conduta que evita a atuação da sanção (anulação). Anular

> *um ato administrativo produzido em desconformidade com a ordem legal é a conduta devida de um órgão estatal para isso qualificado pelo ordenamento jurídico. Evita-se, assim, a atuação da sanção não apenas quando se* ***observa*** *o direito, mas também quando se* ***cria*** *ou* ***aplica*** *o direito."*

A partir desse raciocínio, neguei a distinção entre atos nulos e anuláveis. Todos os atos administrativos são válidos, podendo, quando praticados em desconformidade com a ordem legal, vir a ser anulados.

Reconheço que não fui suficientemente preciso quando escrevi (1978/ 66-67):

> *"A invalidade pode ser* ***remediável ou irremediável.*** *Pode dizer-se que ela é* ***relativa****, no primeiro caso, ou* ***absoluta****, no segundo. Mas a distinção entre remediabilidade e irremediabilidade nos parece mais esclarecedora. O ato caracterizado por invalidade remediável é convalidável. O ato caracterizado por invalidade irremediável não é convalidável."*

E, sobretudo, quando afirmei (1978/ 66):

> *"Adotamos, assim, posição dicotômica. Não utilizamos a terminologia usual (****nulos e anuláveis****) preferindo a de* ***convalidáveis*** *e* ***não convalidáveis,*** *porque expressa melhor a concepção ora exposta."*

Relendo hoje esses trechos, admito que de certa maneira transmiti a idéia de que estava propondo uma mera mudança de rótulos. Mas esse não era - e continua não sendo - meu entendimento. Tanto é que mais adiante escrevi (1978/ 70):

> *"É importante a afirmação de Santamaria Pastor (****op. cit****., p. 182) de que a nulidade e a anulabilidade são técnicas de eliminação do ato inválido, 'técnicas que constituyen* ***el punto lógico opuesto a la convalidación, que tiende precisamente a impedir su actuación'*** *(grifos nossos). Essa distinção entre nulidade e anulabilidade, de um lado, e convalidação, do outro, ressalta a necessidade de, neste trabalho, fugirmos à classificação de atos inválidos em nulos e anuláveis, na medida em que, a nosso ver, a única distinção entre atos inválidos se põe na possibilidade ou não de convalidação, ponto lógico oposto, como diz Santamaria Pastor, às técnicas de nulidade e anulabilidade. O enfoque que damos neste trabalho dá ênfase à possibilidade de impedir a eliminação do ato inválido, enquanto a distinção entre atos nulos e anuláveis é construída sobre uma técnica voltada para a eliminação desse ato. Não se trata, portanto, de mera troca de rótulos, mas da constatação do que, em nosso direito, as técnicas do direito civil não se aplicam, nesse ponto, ao direito administrativo."*

Para deixar claro que sequer pretendi substituir uma classificação por outra - muito menos pretendi uma mera mudança de rótulos -, suponha-se que eu não tivesse proposto a distinção entre atos administrativos **convalidáveis** e **não convalidáveis.** Mesmo assim não poderia aceitar a distinção entre atos

nulos e **anuláveis,** já que a meu ver não há atos administrativos **nulos.**7

Submetido o ato administrativo a controle jurisdicional, o juiz segue o mesmo processo do agente administrativo. Interpreta a norma, a partir do texto normativo, identifica as soluções de aplicação possíveis e aprecia o caso concreto à luz da "moldura" legal. Não lhe cabe, porém, determinar qual a solução mais razoável, a ser aplicada ao caso. Decide, apenas, se a escolha do agente administrativo foi razoável ou não. Se razoável, o ato administrativo é legal. Se desarrazoada, é ilegal.

Se a decisão judicial é submetida aos tribunais, não cabe a estes apreciar sua razoabilidade (da decisão judicial). O que continua a ser objeto de julgamento é a razoabilidade do ato administrativo, ou seja, sua legalidade. Se o tribunal decide que o ato administrativo se conteve nos limites da razoabilidade, e, portanto, da legalidade, a decisão judicial que determinou a anulação é revista. Em nenhum momento se põe a questão da razoabilidade da decisão judicial.

A este passo, pode-se ver, com clareza, pelo menos em meu entender, a distinção entre discricionariedade administrativa e discricionariedade judicial. A discricionariedade administrativa reside na escolha, pelo agente administrativo, de uma solução de aplicação possível, dentre as contidas na "moldura" legal, que pareça, ao órgão produtor do Direito, a mais razoável

---

7 No Direito Civil brasileiro, os atos jurídicos são classificados em **nulos** e **anuláveis**. Trata-se de uma **classificação jurídico-positiva**, contida em normas do Código Civil, que não pode, a meu ver, ser transplantada, **como classificação lógico-jurídica**, para o Direito Administrativo. A distinção baseia-se sobretudo em dois pontos (v. **CLÓVIS BEVILAQUA,** 1940/ 414): **(a)** a **anulabilidade** é decretada em atenção a algum interesse individual, enquanto a **nulidade** funda-se em interesse geral, é de ordem pública; **(b)** só os interessados (pessoas em favor de quem a lei atribui a rescindibilidade do ato) podem alegar a **anulabilidade**, enquanto a **nulidade** pode ser alegada pelo Ministério Público e por quem tenha qualquer interesse na anulação do ato.

Essa classificação expressa uma peculiar **técnica de eliminação do ato**, que não tem correspondência no Direito Administrativo. De acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, o ato administrativo ilegal pode ser atacado pelo Ministério Público, pelos Tribunais de Contas e, sobretudo, por qualquer cidadão, este por via da ação popular. Isso porque a ilegalidade do ato administrativo viola a ordem jurídica e, por conseqüência, o interesse público, social, ou, como quer a doutrina italiana, o "interesse coletivo primário". Assim, sob a ótica da teoria geral do Direito todos os atos administrativos considerados inválidos devem ser **anulados**, não se podendo falar em atos **nulos**. Sob a ótica da ciência jurídica administrativista, todos os atos administrativos podem ter sua validade jurídica questionada por qualquer um, pelo que não se pode falar em atos administrativos "anuláveis", no sentido dado ao termo pelo Direito Civil. Não posso, portanto, falar em atos administrativos **nulos** porque enquanto não anulados eles continuam a integrar o ordenamento jurídico, nem em atos administrativos **"anuláveis"**, pelo menos no sentido dado a esse termo pelo Direito Civil. Posso, isso sim, descrever um ato administrativo como **inválido** (ilegal), pelo que, **em minha opinião** (científica), **deve ser** anulado. Não significa que ele **será** anulado. Em certos casos, poderá ser **convalidado**, com isso evitando-se a anulação, que constitui uma sanção. Em outros casos, mesmo não convalidado, o ato poderá jamais ser anulado, na medida em que minha opinião (científica) não coincida com a dos órgãos de controle jurisdicional qualificados pelo ordenamento jurídico para **aplicar/ criar** o Direito, e não simplesmente **descrevê-lo**.

Isso não impede que, a partir de uma **técnica de aproveitamento do ato**, ponto de vista lógico oposto ao da **técnica de eliminação do ato**, como diz **SANTAMARIA PASTOR**, possa descrever um ato como inválido, mas **convalidável**, em contraposição a um ato inválido e **não convalidável**. Ao descrever um ato inválido, mas convalidável, enunciarei este juízo dizendo: "O ato 'x' **deve ser** anulado, mas **pode ser** convalidado". Se o ato convalidável é anulado antes da convalidação, a descrição que fiz anteriormente perde qualquer significado. Tanto o ato convalidável quanto o não convalidável são igualmente expulsos do sistema jurídico com a anulação.

diante do caso concreto. A discricionariedade judicial consiste em poder o juiz ou tribunal considerar desarrazoada a escolha efetuada pelo agente administrativo e, em conseqüência, decidir pela ilegalidade do ato praticado. Se o juiz ou tribunal tivesse o poder de considerar a escolha do agente administrativo menos razoável que outra, estaria invadindo a esfera de atribuição conferida pelo ordenamento jurídico à Administração. Vale dizer: na atividade de controle, estaria exercendo função administrativa, e não jurisdicional.

Acentue-se: um ato administrativo que, na minha opinião e na de muitos outros, seja flagrantemente desarrazoado e, portanto, ilegal, vale enquanto não seja anulado, ou seja, enquanto não tenha sua validade desconstituída por um órgão especialmente qualificado pelo ordenamento jurídico. Por sua vez, um ato administrativo que, na minha opinião e na de muitos outros, seja razoável e, portanto, legal, deixa de valer e, portanto, de existir, a partir do momento em que tenha sua validade desconstituída por um órgão especialmente qualificado pelo ordenamento jurídico. É nesse sentido, sem dúvida, que **KELSEN** diz que norma jurídica válida é pleonasmo, como também pleonástica é a expressão norma jurídica existente. E que a "interpretação autêntica" é a efetuada pelo órgão judicial.

5. SÍNTESE

Em síntese:

A) O Direito brasileiro está construído em três escalões. No primeiro, está a Constituição. No segundo, as normas legais. No terceiro, os atos administrativos, negócios jurídicos e decisões judiciais.

B) Tanto o juiz quanto o agente administrativo criam Direito. O juiz, assim como o agente administrativo, não é "a boca que pronuncia as palavras da lei" (**MONTESQUIEU**) ou "o escravo da lei" (**VOLTAIRE**). As decisões judiciais e os atos administrativos são normas jurídicas concretas - em regra individuais - que resultam da aplicação das normas legais, nas quais têm seu fundamento de validade.

C) A norma jurídica é uma abstração. Ela é formulada através de um texto. O intérprete busca o significado da norma mediante análise do texto.

D) É enganosa a afirmação de que existe uma interpretação que seja "a única justa", ou "a verdadeira". As normas legais comportam, quase sempre, duas ou mais soluções de aplicação possíveis. Somente uma delas, porém, pode ser adotada pelos órgãos produtores do Direito.

E) O resultado da interpretação de uma norma legal não é simplesmente uma proposição descritiva das várias soluções de aplicação contidas em sua "moldura". O intérprete escolhe a solução

que lhe parece a melhor e **argumenta** em favor de sua escolha. O advogado argumenta em suas petições e arrazoados. O consultor, em seus pareceres. O doutrinador, em seus comentários. O juiz e o agente administrativo, nas motivações das decisões e atos que produzem.

F) A concepção de **KELSEN**, de que a **interpretação autêntica** é a do juiz, deve ser entendida como sendo ela a única que leva a uma decisão (norma jurídica de terceiro escalão) que, transitada em julgado, exclui as demais. Vale dizer: **a interpretação judicial termina por prevalecer sobre as demais**.

G) A discricionariedade administrativa reside na escolha, pelo agente público, de uma das soluções possíveis de aplicação ao caso concreto, contidas na norma legal. Submetido a controle jurisdicional, o ato administrativo somente pode ter sua validade desconstituída pelo juiz ou tribunal se este demonstrar, fundamentadamente, que a escolha foi desarrazoada, não se contendo, assim, nos limites da legalidade.

H) Não existe ato administrativo nulo de pleno direito. Enquanto não anulado, todo ato administrativo é válido. A classificação dos atos administrativos em nulos e anuláveis não corresponde à realidade jurídica.

I) Enquanto não anulados - e desde que possam ser produzidos validamente – os atos administrativos podem ser convalidados, evitando-se, com isso, a atuação da sanção (anulação).

BIBLIOGRAFIA CITADA

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Extinção do ato administrativo, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1978.

BEVILAQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, Editora Rio, Rio de Janeiro, ed. histórica, 5ª tiragem, vol. 1, 1940.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional, 6ª. ed., Coimbra, Almedina, 1995.

CAVALCANTI, José Paulo. Tridimensionalidade e outros erros, Recife, edição do autor, 1984.

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

- Decadência e Prescrição no Direito Tributário, São Paulo, Max Limonad, 2000.

FAGUNDES, Miguel Seabra. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1979.

FERRARA, Francesco. Trattato di diritto civile italiano, vol. I, Roma, Athenaeum, 1921.

GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto, São Paulo, Malheiros Editores, 1996.

KELSEN, Hans. – O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência, trad. de Luís Carlos Borges e Vera Barkow, São Paulo, Martins Fontes, 1997.

- Teoria geral das normas, trad. de José Florentino Duarte, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

- Teoria pura do direito, 6ª ed., trad. de João Baptista Machado, Coimbra, Arménio Amado, 1984.

MONTESQUIEU. El Espíritu de las leyes, trad. de Nicolás Estevánez e Matilde Huici, Buenos Aires, El Ateneo, 1951.

PERELMAN, Chaïm. Ética e Direito, trad. de Maria Ermantina Galvão G. Pereira, São Paulo, Martins Fontes, 1996.

- Le raisonable et le déraisonable en droit, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1984.

PRIETO SANCHÍS, Luís. Ideología e interpretación jurídica, Madrid, Tecnos, 1993.

RECASÉNS-SICHES, Luís. La naturaleza del pensamiento jurídico, separata da Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, REUS, fevereiro de 1971.

SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos, 2ª ed., Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1975.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Validade e Invalidade do Ato Administrativo. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 9, janeiro/fevereiro/março, 2007. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

4) A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

Publicação Impressa:

Informação não disponível.