

TRABALHO DO CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO.

Ato Administrativo Inexistente.

Eduardo Lobo Botelho Gualazzi

Mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Procurador do Estado de São Paulo.

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

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

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

* Síntese da dissertação de Mestrado homônima, do mesmo autor, aprovada aos 18 de outubro de 1976, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, por Comissão Examinadora composta pelos Professores JOSÉ CRETELLA JÚNIOR (Presidente e orientador da monografia), MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO e IRINEU STRENGER.

de administração. O fato administrativo é exteriorização material da administração.

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

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

A estruturação da teoria jurídica inexistencial ocorreu, primordialmente, no Direito Privado, havendo alguns autores vislumbrado traços da noção de inexistência no Direito Romano. Foi KARL SALOMO ZACHARIAE o primeiro autor a construir uma sistematização sobre a teoria da inexistência, em sua obra *Handbuch der französischen Zivilrechts* (três volumes), editada em Heidelberg, em 1827/29. A concepção foi disseminada para a doutrina francesa por AUBRY et RAU, *in Cours de droit civil* (ed. de 1839/46), tendo sido cultivada por DEMOLOMBE, PLANIOL et RIPERT e outros. Repercutiu a teoria da inexistência na doutrina privatística italiana (FIORE, VENZI, CONSO e outros), assim como na argentina e na brasileira (EDUARDO ESPÍNOLA, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO e outros).

No âmbito do Direito Público, deve-se atribuir a LAFERRIÈRE a primeira exposição científica sobre a doutrina administrativa da inexistência, na obra *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* (1.^a ed., 1887/88; 2.^a ed., 1896). Todavia, o primeiro vestígio da teoria administrativa inexistencial ocorreu em França, aos 4 de fevereiro de 1804:

“uma idéia verdadeira e simples é a de que somente se pode confirmar e ratificar aquilo que realmente tenha existido, ainda que despido de força por qualquer vício” (JAUBERT, *Explicação ao tribunal de 14 pluvioso, a. XII (4.2. 1804)*, in LOCRÉ, *Legislation civile, commerciale, criminelle*, Bruxelas, 1836, VI, p. 231).

A teoria da inexistência administrativa floresceu incessantemente no Direito Público, desenvolvida, *verbi gratia*, pelos seguintes autores estrangeiros: ALCINDOR, DARESTE, JÈZE, TEYTAUD, DESGRANGES, ROLLAND, WALINE, LAUBADÈRE, WEIL, DUGUIT, KELLERSHOHN, DE SOTO, LAMPUÉ e JEAN-MARIE AUBY (França); RAGGI, FERRARIS, LANDI e POTENZA (Itália); VELASCO (Espanha); GABINO FRAGA (México); MANUEL MARIA DIEZ, IMAZ, RODRIGUES CASTRO (Argentina e Uruguai); MARCELLO CAETANO (Portugal). Menção especial deve ser consignada no tocante à notável obra *La théorie de l'inexistence des actes administratifs*, de JEAN-MARIE AUBY, publicada em Paris, em 1951: a nosso ver, esta tese foi a contribuição mais alentada que, no exterior, recebeu o tema da inexistência administrativa.

No Brasil, a teoria da inexistência administrativa foi referida por TITO PRATES DA FONSECA (1939), THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, FRANCISCO CAMPOS, MÁRIO MASAGÃO e HELY LOPES MEIRELLES, colateralmente à teoria das nulidades dos atos administrativos.

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

No Direito Positivo romano-germânico, ocorrências pretéritas ou atuais de inexistência jurídica, sobretudo administrativa, explícitas ou implícitas, são encontradas no Direito Francês (Artigos Orgânicos de 18 Germinal do Ano X, Lei Constitucional de 16 de julho de 1875, artigo 73 da Lei de 21 de março de 1905, artigo 141 da Lei de Finanças de 13 de julho de 1911), Direito Português (artigo 4.º, parágrafo único, do Decreto-lei n. 16.563, de 2 de março de 1929, artigos 357.º, 363.º

somente a manifesta, flagrante e irrecusável ausência de legalidade, moralidade, possibilidade ou certeza pode gerar deficiência objetiva, resultante em ato administrativo inexistente por defeito de objeto.

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

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

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

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