

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 32 • nº 127

julho/setembro – 1995

Editor:
João Batista Soares de Sousa, Diretor

Invalidação "ex officio" dos atos administrativos pelo juiz

JOSÉ AMÉRICO A. COSTA

SUMÁRIO

1. Aspectos gerais. 2. Postulados clássicos da invalidação dos atos civis. 3. Analogia no Direito Administrativo. 4. Ampla defesa constitucional, uma questão obstativa? 5. Princípios gerais do Direito: a legalidade e o interesse público. 6. Conclusão.

1. Aspectos gerais

No exercício de suas atividades, a Administração Pública manifesta-se mediante atos administrativos, que na lição de Cretella Júnior¹, "(...) é a manifestação da vontade do Estado, por seus representantes, no exercício regular de suas funções, ou por qualquer pessoa que detenha, nas mãos, fração de poder reconhecido pelo Estado, que tem por finalidade criar, reconhecer, modificar, resguardar ou extinguir situações jurídicas subjetivas, em matéria administrativa".

O ato administrativo é, pois, um ato jurídico, irmão do ato civil genérico, dele diferindo apenas pelo interesse público, não podendo afastar-se do princípio da legalidade, ainda que na sua modalidade discricionária.

Intactos devem estar, dessorante, os requisitos dos atos administrativos, a saber, competência, finalidade, forma, motivação e objeto, esferas nucleares para validade dos atos estatais.

Em relação a tais requisitos, Régis Fernandes de Oliveira² leciona que "o conteúdo é o próprio ato, motivo por que trará ele, em seu bojo, a discricionariedade. É a condição atra-

José Americo A. Costa é Juiz de Direito no Estado do Maranhão. Associado ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA)

¹ CRETELLA JUNIOR, José, *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1992, pp. 123/124.

² FERNANDES DE OLIVEIRA, Régis, *Ato Administrativo*, São Paulo, RT, 1980, p. 76.

vés da qual o ato se revela, se exterioriza. A finalidade é sempre vinculada. Os fins podem ser discricionários. A formalidade é sempre vinculada. A forma poderá ser discricionária”.

O ato vinculado permanece em prisão perpétua no recinto da positividade, ao contrário do ato discricionário, que em prisão domiciliar, movimenta-se no estreito espaço da conveniência administrativa, sem ausentar-se de sua residência normativa.

Fora desses parâmetros, surge o espectro sinistro da invalidade, que pode ser exorcizada através do controle interno (anulação ou revogação) ou mediante controle externo (anulação somente). Até aqui, “Nada de novo sob o Sol”, como consta no *Eclesiastes*. A questão agita-se frente à possibilidade do Juiz, de ofício, invalidar o ato, sem contraditório, haja vista a falta de previsão legal sobre o caso.

No Direito Administrativo brasileiro, duas vertentes formam-se em relação ao tema. Seabra Fagundes nega a invalidação automática face à presunção de legitimidade dos atos administrativos. Osvaldo Aranha Bandeira de Mello, por sua vez, entende que nenhum obstáculo existe, independente dos atributos do ato. O maniqueísmo permanece, restando ao intérprete duas opções de mapeamento nessa travessia doutrinária: a) recorrer à teoria geral do direito, buscando a integração analógica; b) invocar os princípios gerais do direito, especialmente os relativos ao Direito Administrativo.

2. Postulados clássicos da invalidação dos atos civis

Dispõe o Código Civil, no art. 146, parágrafo único, que em se tratando de nulidades absolutas, pode o magistrado, no universo de uma lide, manifestar-se de ofício, sem audiência das partes. Ora, é conhecido que no âmbito dos atos civis é injuntiva a existência de agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (arts. 129, 130 e 145 do CC).

Opinio doctorum, Eduardo Espinola³ pontifica que a invalidade apresenta as seguintes formas: “a) absoluta e relativa; b) total e parcial; c) originária e subsequente; d) sanável e insanável; e) de inexistência e de anulabilidade”

Nesses casos, a invalidação é medida de tutela pública e de proteção ao equilíbrio social, justificando o pronunciamento judicial, dentro da lide, *inaudita altera parte*.

³ ESPÍNOLA, Eduardo, *Sistema do Direito Civil*, Rio de Janeiro, Ed. Rio-Sociedade Cultural Ltda., 1977, p. 599.

3. Analogia no Direito Administrativo

Não há previsão legal para esses casos no âmbito administrativo. Convém, portanto, ponderar o cabimento da integração analógica em tais hipóteses, a fim de posicionar-se o intérprete adequadamente numa situação dessa natureza, tendo que proceder ao provimento jurisdicional concreto.

Em regra, as normas de Direito Administrativo interpretam-se restritivamente, em razão do interesse público. Ocorre que a analogia não é fonte do Direito, mas tão-somente forma de integração, a ser utilizada quando inexistir batismo legal, nominação positiva. Pode ser autorizada pela lei (*analogia legis*) ou por princípios abstratos que embasam certo instituto (*analogia juris*). Encontra descabimento somente nas normas excepcionais, na legislação fiscal e nas normas criminais substantivas.

Não havendo previsão em lei para dada situação, visado está o passaporte da analogia, que não se confunde com exegese sistemática ou com interpretação extensiva, que fornecem solução com base na comparação e ampliação do conteúdo de uma norma já existente.

Ocorre que a obrigação ético-jurídica do magistrado tutelar o interesse público (imponderabilidade, a exemplo do Direito Tributário, do Direito do Trabalho e do Direito Penal), impõe a utilização da analogia frente a uma situação de invalidade, de acordo com o art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil, não podendo ficar atado o julgador à necessidade de uma lei que o legitime a decidir.

4. Ampla defesa constitucional, uma questão obstativa?

Aspecto suscitado pelo e. Prof. Carlos Ari Sunfeld diz respeito à necessidade do contraditório antecedente à decisão que invalidou o ato, aderindo à posição de Seabra Fagundes, contraditório este incidente ao conflito já estabelecido na lide a ser apreciada.

Data maxima venia não há que ser exigido o contraditório, ou seja, oitiva de terceiros alheios à lide, face ao prevalecimento do interesse público sobre o particular. Pontifica Weida Zancaner⁵ citando Almiro do Couto e Silva, que o “anulamento não é uma faculdade, mas algo que

⁴ SUNDFELD, Carlos Ari, *Ato Administrativo Inválido*, São Paulo, RT, 1990, pp. 78/81.

⁵ ZANCANER, Weida, *Da Convalidação dos Atos Administrativos*, São Paulo, RT, 1990, p. 61.

resulta imperatividade do ordenamento jurídico. Tanto isso é certo que, se do ato inválido resultou prejuízo para o patrimônio ou para os cofres públicos, como ordinariamente sucede, pode a autoridade que o praticou vir a ser responsabilizada pela via de ação popular. Se o ato de anulamento fosse facultativo, ou discricionário, essa conseqüência jamais poderia reproduzir-se”

5. *Princípios gerais do Direito: a legalidade e o interesse público*

Ainda que fosse barrada no recinto da invalidação *ex officio* a analogia, restaria ao aplicador os princípios gerais do Direito, expressamente autorizados pelo art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

É sabido, de sempre, que na dimensão administrativa, os princípios da legalidade, igualdade, moralidade, além dos relativos ao aspecto geral do direito, impõem a atuação estatal (*interna ou externa*), *sem nódoas à Magna Charta*.

Por isso os atos administrativos detêm executoriedade própria, coercibilidade, presunção

de legitimidade, imperatividade, impondo restrições inclusive no direito de propriedade, independente de processo judicial e/ou administrativo.

Se as autoridades administrativas podem assim proceder, não me parece lícito nem justo impedir o magistrado de pronunciar a invalidade de um ato, sem oitiva de terceiros, no intuito de proteger o interesse coletivo, sem risco, portanto, de dar vazão ao *judge made law*.

6. *Conclusão*

Às nulidades dos atos administrativos aplicam-se os postulados afetos aos atos civis em geral, por integração analógica e com base nos princípios gerais do Direito, especialmente os relativos ao Direito Administrativo.

Pode, dessa forma, o juiz invalidar de ofício, numa pretensão resistida, um ato manifestamente nulo, sem oitiva de terceiros interessados, em homenagem à legalidade e à moralidade administrativas, *sem que ocorra lesão à epiderme constitucional nem ao princípio do contraditório expresso no Texto Magno*.