

Invalidade e Anulação do Ato Administrativo *

Antônio Carlos Cintra do Amaral

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*”.

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 pleonasma.

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 ao **produto** (a norma).

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, tomada de preço e pregão) 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.

Seguindo **KELSEN**, 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.

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.

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 diante do caso concreto. A discricionariedade judicial consiste em poder o juiz ou tribunal considerar desarrazoada a escolha efetuada pelo agente administrativo e, em consequência, 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 pleonasma, como também pleonástica é a expressão norma jurídica existente. E que a “*interpretação autêntica*” é a efetuada pelo órgão judicial, que diz, em última instância, o que é razoável ou não.

* Para maior aprofundamento do assunto, ver meu “*Comentando as Licitações Públicas*” (Rio de Janeiro, Temas & Idéias Editora, 2002, pp. 17/34).

(Comentário CELC nº 124 – 01.10.2005, divulgado no site www.celc.com.br)
Esta página é renovada quinzenalmente, nos dias 1 e 15 de cada mês.