

Atos administrativos absolutamente sanáveis

Sheilla de Lara Marçal

O processo de estudo do ato administrativo leva a um universo de concepções, idéias, conceitos e propostas elaboradas criteriosamente pela autoridade que só o conhecimento autoriza e, neste percurso pela Doutrina nacional, de forma gratificante excelentes trabalhos vêm em auxílio daqueles que recalcitrantes, apenas engatinham por essa vereda.

Assim, chama a atenção no capítulo da Invalidação frente ao Direito Positivo Brasileiro em “Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos” de Weida Zancaner, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 19, p. 87, 1990, problema abordado acerca da hipótese de ato administrativo expedido após regular processo e devida motivação mas que traz em seu bojo equívoco capaz de levar, não raro, a Administração Pública a invalidá-lo após a provocação do interessado em processo disciplinar que culmina por punir servidor público.

No processo expositivo da matéria, a autora parte, inicialmente, da noção de ato administrativo lançada por um dos expoentes da velha escola, Hely Lopes Meirelles, de que em se tratando de atuar administrativo não existiriam meias palavras porque o ato se apresenta como legal ou ilegal, válido ou inválido, discordando do mestre apenas quanto ao fato de que a admissão da figura da anulabilidade levaria na seara do Direito Público a outro instituto, o da semi-invalididez., eis que, “ab initio” a previsibilidade de que os atos anuláveis se tornam “semi-inválidos” e que a assertiva inicial não deve perder de vista o acuidado exame “das conseqüências jurídicas imputadas aos atos inválidos em um dado sistema jurídico positivo para verificar a intensidade da reação repulsiva ou o nível de tolerância que a ordem jurídica dispensa aos atos que lhe são desconformes”.

Segundo a autora é em face destas conseqüências jurídicas que o ordenamento jurídico imputa os atos que lhe são desconformes e, portanto, faz-se necessário proceder a uma classificação quadricotômica dos atos administrativos em atos absolutamente sanáveis, absolutamente insanáveis, relativamente sanáveis e relativamente insanáveis conforme se extrai da página 86:

“Os absolutamente sanáveis são aqueles que, apesar de produzidos em desacordo com o Direito, este, pela irrelevância do defeito os recebe como se fossem regulares.

Seu reverso, os absolutamente insanáveis, são aqueles que o ordenamento jurídico repele com radicalismo total, pois nem o tempo, nem a boa-fé, nem ato algum lhes poderá conferir estabilização em razão da gravidade do vício.

Os relativamente sanáveis são aqueles que devem ser convalidados pela Administração Pública ou sanados por ato de particular interessado. O tempo, contudo, os estabiliza em cinco anos, ainda que não hajam sido convalidados ou saneados. Os relativamente insanáveis são os que não podem ser convalidados, nem sanados por ato do particular afetado. Entretanto, podem ser estabilizados “longi temporis” ou, quando concessivos de benefícios, “brevis temporis”, se existir boa-fé do beneficiado e norma ou princípio que lhes serviria de apoio se houvessem sido regularmente expedidos.”

Tendo em vista essas conseqüências jurídicas a autora acaba por formular essa classificação, enquadrando na primeira espécie os atos absolutamente sanáveis e conceituando-os, como aqueles que muito embora tenham sido produzidos em desconformidade com o Direito, acabam por ele sendo acolhidos ante a absoluta irrelevância do defeito o qual por apresentar-se como de pequena monta não tem o condão de comprometer a sua compreensão, nem tampouco se constituem em erro de direito ou erro de fato, portanto não causam repulsa à ordem jurídica.

Celso Antonio Bandeira de Mello no capítulo dos Atos Administrativos em seu “Curso de Direito Administrativo” 20a. ed., Malheiros Editores, 2006, nos ensina sobre o grau de intolerância em relação à categoria de atos inválidos que deve ser compassado com o tipo de legitimidade.

Com brilhantismo, nada mais fez Weida Zancaner do que abandonar o velho modelo burocrático elaborado por Max Weber e mostrar o norte ao administrador público quando, a passos largos, avançou para o modelo gerencial de Administração Pública ao afirmar, em outras palavras, que erro material de pequena relevância causado por falha humana quando atinge sua finalidade sem prejudicar o interessado e sem ferir o Direito deve ser convalidado, revelando-se como eficiente o atuar da Administração Pública, senão vejamos:

“Os atos absolutamente sanáveis, embora devam ser expressamente convalidados, tem como característica primacial o fato de que a impugnação do interessado, quer expressamente, quer por resistência, não cria uma barreira ao dever de convalidar, pois o atuar da Administração Pública não é coartado pela ação do particular.

Esse tipo de ato inválido é portador de vício que não causa repugnância à ordem jurídica e o princípio da segurança jurídica exige sua recepção dentro do sistema”.

Exemplificando-os como sendo aqueles que contém erro de grafia, referência inexata do ano de publicação de uma lei, erro de capitulação de um parágrafo, quando da indicação do motivo legal que autoriza ou exige a prática do ato culmina por enfatizar à página 87 que essa espécie de ato não se equipara “àqueles capitulados de

forma totalmente errônea, geradora de vício de causa, onde a enunciação do motivo legal propiciador, por exemplo, de uma punição não guarda coerência lógica com o conteúdo do ato tendo em vista sua finalidade.

Estamos, sim, nos referindo a um tipo de irregularidade que ocorre normalmente em razão da falibilidade humana, mas não deixa margem à dúvida razoável sobre o conteúdo emanado, nem cerceia o direito de defesa, em se tratando de ato punitivo”.

Seguindo o exemplo da brilhante autora, fazemos um paralelo com a hipótese ventilada por ela à página 88, para afirmar que seria o caso de funcionário suspenso, em razão do artigo 127, inciso II, da Lei n. 8.112/90 de 11 de dezembro de 1990, em ato exarado após o devido procedimento e corretamente motivado e que, por falha humana consistente em erro de digitação, na parte dispositiva da decisão administrativa ao invés de constar como capitulado no supracitado artigo, consigna que a punição teve por base o art. 127, inciso III, da mesma Lei.

Disto advém discussão acirrada por se tratar de ato administrativo que, em processo disciplinar pune o servidor público que durante todo o encadeamento de atos defendeu-se dos fatos e não da capitulação mas que, ao final, vê-se condenado em outro inciso da capitulação e frente à sua edição, socorre-se da faculdade de impugná-lo na busca de torná-lo obrigatoriamente inconvaleável.

Diante desse quadro, não raro a Administração cede a força argumentativa da impugnação e quedando-se aos apelos, vê-se na contingência de invalidá-lo e o faz sem antes observar, de forma acuidada, a natureza do alegado vício e das suas conseqüências e, muito especialmente, de levar em conta o fato de que sua decisão não se desvinculou da portaria e olvida-se até de enfatizar o resultado do contraditório e os fatos debatidos pelos sujeitos processuais e, ainda, que do refazimento do ato não haverá prejuízo para o servidor, como alerta o professor Romeu Felipe Bacellar em seu “Processo Administrativo Disciplinar”, para o fato de que, a fase do julgamento deve ser encarada com redobrada atenção pois, é nesta etapa, que se verifica “o atingimento do método processual contraditório assim como a motivação, comunicação do ato decisório com as mesmas garantias da citação” e, ainda, o vínculo estreito que deve guardar a Administração Pública com a portaria, eis que, o motivo pelo qual será punido o servidor deve guardar identidade com o motivo expresso no processo porque este sim, foi debatido amplamente pelos sujeitos processuais.

Ademais, é no exercício do poder disciplinar que a Administração Pública se utiliza da prerrogativa que faz parte do núcleo mínimo processual previsto na Constituição Federal e no seu exercício, incumbe ao administrador público apurar a responsabilidade do servidor público quando ciente de fato a exigir averiguação através de processo administrativo disciplinar que, nada mais é do que garantia fundamental assegurada constitucionalmente, apresentando-se como condição de validade a sua conjugação com dois outros princípios: o do contraditório e o da ampla defesa.

Assim, desenvolve-se o processo disciplinar em três fases iniciando-se com a sua instauração pela autoridade administrativa, sua instrução e, finalmente, com a decisão administrativa, desde que observados todos aqueles princípios que informam a Administração Pública e, ainda, os supracitados corolários, adicionando-se o formalismo numa forma de limitação do atuar público e como garantia do cidadão.

A lição de Weida Zancaner às p. 87-88, quando chama a atenção para a necessidade de se apresentar como insignificante a irregularidade do ato quando da indicação do motivo legal que autoriza ou exige a prática do ato, eis que, devem se mostrar despidos de qualquer traço que comprometa a sua compreensão ou vicie a causa ou se constitua em erro de direito ou de fato, ou seja, não macule os elementos que constituem-no como o seu objeto, seu motivo e sua finalidade, como bem lembra o professor Marcus Vinicius Correa Bittencourt em seu Manual de Direito Administrativo à página 114-117, Belo Horizonte, Fórum, 2005, iniciando pela finalidade que:

“...é a conseqüência a que o Poder Público visa com a expedição do ato administrativo. Conseqüentemente, a finalidade é posterior à prática do ato, por ser o objetivo buscado pelo Estado. Como é determinada previamente pelo legislador, também é considerado um requisito vinculado do ato administrativo pois o agente não possui liberdade para sua escolha”.

Quanto ao motivo este corresponde às razões que levaram o agente a editar o ato administrativo. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, motivo “...é o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo.” Pode estar previamente fixado em lei (elemento vinculado) ou ficar à livre escolha do agente público, nos termos da lei (elemento discricionário).

O pressuposto de fato é a circunstância fática que determinou a realização do ato. Essa situação ocorrida no mundo dos fatos deve corresponder à hipótese prevista na lei (pressuposto de direito) para dar ensejo à expedição do ato administrativo.

A falta de motivo ou a menção a motivo falso viciam o ato administrativo.”

Finalmente, o objeto que vem a ser a “própria declaração do ato. São os efeitos jurídicos imediatos decorrentes do ato administrativo. Pode ser fixado em lei, ou seja, ser um requisito vinculado, ou deixado à livre escolha do sujeito, nos termos da lei, isto é discricionário.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro para identificar esse requisito, “basta verificar o que o ato enuncia, prescreve, dispõe.

O objeto deve ser conforme o ordenamento jurídico (lícito), possível de realização fática e jurídica, definido com relação aos destinatários e seus efeitos, e moralmente correto, sob pena de invalidação”.

No caso em exame, a irregularidade na digitação do inciso de capitulação não deixa margem a dúvida razoável sobre o conteúdo do ato emanado, nem cerceia o direito de defesa em se tratando de ato punitivo, eis que não leva à ilação lógica da inovação na capitulação e, tampouco, acerca da finalidade, motivação e objeto do ato impugnado que não tem o condão, no caso, de obstar o dever da Administração Pública em convalidá-lo expressamente pois segundo Weida Zancaner à página 87 da obra já mencionada o atuar da Administração Pública não é coartada pela ação do particular.

Nesse sentido, cabe consignar lição de Juarez de Freitas em seu “O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais, 3a. ed, São Paulo, Malheiros, 2004, à página 264:

“O diploma federal adotou solução louvável, sob vários ângulos, inclusive o da economicidade, ao garantir, no art. 55, que, uma vez clara a inexistência de lesão ao poder público ou prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela Administração Pública. Trata-se de expressivo avanço para imprimir efetividade ao somatório dos princípios. Contudo, melhor teria sido se o legislador ordinário houvesse considerado que situações há em que o dever de convalidar apresenta-se superior ao de anular. Na eventual colisão de deveres correlatos, vezes há em que se verifica, de maneira irrefutável, o dever maior de convalidar. Com efeito, presentes os pressupostos, como reconhece parte da doutrina, a convalidação mostra-se imperativa e inescapável. Dito melhor, deveria resultar”.

Nesta toada, de que os atos absolutamente sanáveis devem ser convalidados por conterem vícios de pequena significância, apresentando-se como erro material na decisão administrativa, porquanto toda sua motivação voltou-se exclusivamente para a capitulação prevista no artigo 127 inciso II da Lei no 8.112/90 e da qual amplamente defendeu-se o servidor, levando-se em conta ainda o fato de que a convalidação do ato não o prejudicará, ao contrário, revelando-se como medida que se impõe.

A respeito, bem explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro em seu Direito Administrativo, 10a ed., 1998, Atlas, p. 203-204:

“Convalidação ou saneamento é o ato administrativo pelo qual é suprido o vício existente em um ato ilegal, com efeitos retroativos à data em que este foi praticado.

Ela é feita em regra, pela Administração, mas eventualmente poderá se pelo administrado, quando a edição do ato dependia da manifestação da sua vontade e a exigência não foi observada. Este pode emití-la posteriormente, convalidando o ato.

A convalidação é ato discricionário, porque cabe à Administração diante do caso concreto, verificar o que atende melhor ao interesse público: a convalidação, para assegurar a validade aos efeitos já produzidos, ou a decretação de sua nulidade, quando os efeitos produzidos sejam contrários ao interesse público.

No entanto, ela não poderá convalidar um ato que cause prejuízo a terceiros ou que tenha sido produzido de má-fé.”

Assim, nenhum óbice se retira do exposto acima para que a Administração Pública, mesmo em havendo impugnação pelo servidor público, convalide o ato administrativo consistente em decisão proferida em regular processo disciplinar, desde que, em conformidade com a lição do Professor Romeu Felipe Bacellar Filho em Concurso Público e o Processo Administrativo na obra Concurso Público e Constituição, coordenado por Fabrício Motta, à página 87:

“A decisão, a exemplo do prescrito no art. 458 do Código de Processo Civil, até como garantia do direito ao recurso, deve conter um resumo de todo o processo (relatório), a fundamentação e a parte dispositiva. O julgador deve fixar as razões de técnica jurídica que constituirão as premissas da decisão, devendo esta harmonizar-se com a fundamentação e revelar-se apta ao convencimento de terceiros. A parte dispositiva encerra a decisão em sentido estrito.

A decisão de mérito irrecorrível ou irrecorrida põe fim ao processo, mas se recorrível e desfavorável ao interessado tem este, por força dos incs. LIV e LV do art. 5º, da Constituição Federal, o direito ao duplo grau de jurisdição, aqui entendido como o direito de recorrer à instância superior. Este direito fundamental é também reconhecido pelo Pacto de São José da Costa Rica.

Assim com a falta de fundamentação invalida a decisão judicial, a ausência de motivo contamina o ato administrativo de ilegalidade. Ney Jose de Freitas, na excelente obra que escreveu, lembra o voto proferido pelo Ministro Néri da Silveira em feito onde se examinou a legalidade de dispensa sem motivação, pelo Ministério do Trabalho, de inspetor admitido pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho após concurso público e estágio previsto na disciplina do serviço. Na oportunidade, foi deferido o Mandado de Segurança por entender que a dispensa do servidor público regido pela CLT não pode se dar da mesma forma que a dispensa de empregado pelo empregador privado.”

Finalmente, vale a pena reproduzir lição de Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández em seu CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1991, à página 577-578:

“No mesmo capítulo dedicado à revisão de ofício dos atos administrativos a LPA inclui um preceito que não se refere à revogação propriamente dita, mas a um problema distinto, que, apesar de tudo, guarda uma estreita relação com ela. Trata-se do art. 111, segundo o qual: “Em qualquer momento poderá a Administração retificar os erros materiais ou de fato e os aritméticos”.

A pura retificação material de erros de fato ou aritméticos não implica uma revogação do ato em termos jurídicos. O ato materialmente retificado segue tendo o

mesmo conteúdo depois da retificação, cuja única finalidade é eliminar os erros de transcrição ou de simples conta com o fim de evitar qualquer equívoco possível.

Este caráter estritamente material e absolutamente jurídico da retificação justifica que para efetua-lo não requer sujeitar-se à solenidade nem limite temporal algum. A retificação de erros materiais pode fazer-se em qualquer momento e está ao alcance também das autoridades locais, nos termos do art. 369, LRL, antes citado.

A liberdade de retificação material suscita, entretanto, certas dificuldades na medida em que a Administração pode tentar invoca-la para, através dela, chegar a realizar verdadeiras retificações de conceito, sem ater-se aos tramites rigorosos que estabelecem os arts. 109 e 110 da própria LPA. O problema radica, pois, em determinar as fronteiras entre o erro de fato e o erro de direito, ponto este no qual a doutrina, tanto do Superior Tribunal como do Conselho de Estado, se mostra especialmente rigorosa para evitar o possível *fraus legis*. Assim, nega-se o caráter de erro de fato sempre que sua avaliação implica num julgamento valorativo (Sentença de 8.4.65 e Ditame de 23.1.53; também a Sentença de 18.4.75), ou exige uma operação de qualificação jurídica (Ditame de 18.12.58) e, por certo, sempre que a retificação representa realmente uma alteração fundamental do sentido do ato (Sentença de 8.4.67 e 19.4.67).

Igualmente, nega-se a liberdade de retificação em caso de dúvida ou quando a comprovação do erro acorrer a dados os quais não constam em expediente, por entender que o erro material ou aritmético ao que se refere o art. 111, LPA, é somente o erro evidente, que consiste em meras equivocações aritméticas permanecendo fixas as parcelas de soma ou fatores (Sentença de 24.1.66), isto é, “aqueles que não transformam nem perturbam a eficácia substancial do ato em que existem”(Sentença de 18.3.67)”.

CONCLUSÃO

O ato, em exame, revela-se como absolutamente sanável por apresentar-se com erro de digitação ou grafia na parte dispositiva da decisão administrativa e que nenhum prejuízo trouxe ao servidor porquanto, no desencadeamento de atos do processo disciplinar exerceu o direito de contraditório e ampla defesa em relação à pena prevista de suspensão e, ao final viu-se punido apenas na parte dispositiva, frise-se mais uma vez, por demissão que é de grau bem mais grave.

Entretanto, como a pena a que foi condenado efetivamente foi a de suspensão, resta na parte dispositiva da decisão o prazo que deve cumprir a este título, o que já não ocorre com a pena de demissão prevista no inciso III do artigo 126. da Lei nº 8.112/90.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ZANCANER, WEIDA. DA CONVALIDAÇÃO E DA INVALIDAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS, REVISTA DOS TRIBUNAIS, SÃO PAULO, 1990, V. 19.

BITTENCOURT, MARCUS VINICIUS CORREA. MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO, BELO HORIZONTE, FORUM, 2005.

FREITAS, JUAREZ. O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS, 3ª ED., 2004, SÃO PAULO, MALHEIROS.

PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA DI. DIREITO ADMINISTRATIVO, 10ª ED., 1998, ATLAS.

BACELLAR FILHO, ROMEU FELIPE. CONCURSO PÚBLICO E PROCESSO ADMINISTRATIVO EM CONCURSO PÚBLICO E CONSTITUIÇÃO, COORDENADO POR FABRÍCIO DA MOTTA.

ENTERRIA, EDUARDO GARCIA DE; FERNANDEZ, TOMÁS-RAMÓN. CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, REVISTA DOS TRIBUNAIS, SÃO PAULO, 1991.

Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2845/Atos-administrativos-absolutamente-sanaveis>

Acesso em: 30 jun. 2009.