

I Seminário de Direito Administrativo – TCMSP

“Processo Administrativo”

De 29 de setembro a 3 de outubro de 2003



30/09 – PRESSUPOSTOS DO ATO ADMINISTRATIVO – VÍCIOS, ANULAÇÃO, REVOGAÇÃO E CONVALIDAÇÃO EM FACE DAS LEIS DE PROCESSO ADMINISTRATIVO

Dra. Maria Silvia Zanella Di Pietro (Mestre e Doutora em Direito Administrativo pela USP)

(...)

Esse vício é chamado **desvio de poder** ou **desvio de finalidade** e está definido na lei de ação popular; ocorre quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

Vocês sabem que hoje o desvio de poder é um ato de improbidade administrativa. O artigo 12 da lei de improbidade, quando fala dos atos que atentam contra os princípios da administração, sem usar a palavra desvio de poder, dá um conceito que equivale ao de desvio de poder. Uma autoridade que pratica um ato com uma finalidade diversa, está praticando um ato de improbidade administrativa.

Todos sabem que a grande dificuldade do desvio de poder é a prova, pois é evidente que a autoridade que pratica um ato com desvio de poder, procura simular, procura mascarar; ela pode até fazer uma justificção dizendo que está praticando o ato porque quer beneficiar tal interesse público, está removendo funcionário para atender à necessidade do serviço; ela não vai dizer que é por uma razão ilegal. Então, o desvio de poder é uma simulação, porque mascara a real intenção da autoridade.

Existem casos de desvio de poder confessos, mas são meio raros. Eu sempre conto a esse propósito o caso de um Governador, que, perguntado porque construiu um teatro tão grande e tão oneroso numa cidade tão pequena, respondeu: pedido de sogra não se rejeita. Ele quis construir porque a sogra era daquele município e sonhava em ter um teatro. Isto é um caso de desvio de poder, em que o seu autor confessou o ato e sua declaração saiu em todos os jornais; mas é evidente que isto é uma coisa difícil de acontecer.

Bom, vistos os cinco elementos, vamos falar um pouco sobre as ilegalidades, quer dizer, as nulidades do ato administrativo.

No Direito Civil, nós temos as nulidades absolutas e as relativas que estão previstas nos artigos 166 e 171 do Código Civil. Sabemos que no Direito Privado, quando a nulidade é absoluta, o vício não pode ser sanado e o juiz pode decretá-la de ofício, não dependendo de provocação do interessado.

E na nulidade relativa, o vício é sanável e o juiz só vai decretá-la se houver provocação do Ministério Público ou de algum interessado.

No Direito Administrativo, alguns negam a possibilidade de se aplicar a mesma distinção; e quando eu falo em alguns, eu estou incluindo aquele que foi o papa do Direito

Administrativo durante muito tempo, Helly Lopes Meirelles; ele dizia em seu livro que não existe no Direito Administrativo aquela distinção; ele achava que qualquer tipo de ilegalidade no Direito Administrativo caracteriza uma nulidade absoluta, porque a Administração Pública tem sempre o poder de anular, de invalidar os próprios atos, nunca dependendo de provocação do interessado.

Agora não é, evidentemente, o pensamento que prevalece e nem aquele que se aplica na prática, porque na prática da Administração Pública é muito comum a convalidação dos atos administrativos. Mas a distinção que fica no Direito Administrativo é a seguinte: a nulidade é relativa quando o ato pode ser convalidado e a nulidade é absoluta quando o ato não pode ser convalidado. E é aí que vem a pergunta: quando ele pode e quando não pode ser convalidado? A resposta é: depende do vício do ato, ou seja, depende do elemento do ato administrativo que está afetado de vício.

Eu diria que dois tipos de vícios admitem convalidação: o vício relativo ao sujeito e o vício relativo à forma, só. Os outros elementos, se estiverem viciados, geram nulidade absoluta e não permitem a convalidação do ato.

Com relação ao sujeito, se o ato é praticado por uma autoridade incompetente, é perfeitamente possível que a autoridade competente venha convalidar o ato. Na Lei Estadual sobre processo administrativo, o artigo 11 diz: a Administração poderá convalidar seus atos inválidos quando a invalidade decorrer de vício de competência ou de ordem formal. Está repetindo, está falando aquilo que eu disse e que já era entendimento de doutrina, desde que, na hipótese de vício de competência, a convalidação seja feita pela autoridade titulada para a prática do ato e não se trata de competência indelegável. E na hipótese de vício formal, este possa ser suprido de modo eficaz.

É evidente que se tratar de competência, a minha idéia é a seguinte: se o vício de incompetência for relativo à pessoa jurídica, eu acho que ele gera nulidade absoluta e não admite convalidação. Por exemplo, a competência era da União e o Município praticou o ato, não há como convalidar.

Agora, se for um vício dentro da mesma pessoa jurídica, como a hipótese em que a competência era de um órgão e foi outro que praticou o ato, ou se era uma autoridade e foi a outra que praticou, eu acho que é perfeitamente possível a convalidação.

No caso relativo à forma, vocês sabem que existem algumas formas essenciais e algumas formas acessórias. A grande dificuldade é a gente saber quando a forma é essencial e quando é acessória.

Em alguns casos, é fácil. Por exemplo, se uma formalidade é exigida pela própria Constituição, é evidente que ela é essencial. Você vai aplicar uma penalidade sem assegurar o direito de defesa, você está gerando uma nulidade absoluta, você tem que invalidar o processo pelo menos até o ponto em que seja necessário assegurar o direito de defesa, você volta e repete todos os atos.

Na licitação, que é um procedimento formalista rígido, você pode ter feito a convocação dos interessados por todos os meios admitidos em direito, pela internet, fax, telefone, ofício, porém, se você não publicou o edital, que é um ato essencial, você não tem como convalidar.

Se for uma forma acessória é mais fácil, mas continua aquela idéia, às vezes ficam dúvidas se é acessória ou não.

A Lei Estadual deu algumas indicações que podem servir de orientação.

Agora, hipóteses em que não cabe convalidação são aquelas em que o vício seja relativo ao

motivo, ao objeto e à finalidade.

No caso do motivo e da finalidade, eu diria que há uma impossibilidade até de fato, porque a lei não precisa dizer; imaginem que a Administração Pública praticou um ato e o motivo, quer dizer, o fato não existiu ou o fato foi diferente daquele que a administração declarou; como é que você vai corrigir o fato? É impossível corrigir o fato.

A administração aplicou uma pena porque diz que o servidor praticou uma infração, mas ele não praticou a infração; como é que você vai corrigir? É uma nulidade absoluta.

É a mesma coisa com relação à **finalidade**. Se a autoridade praticou o ato com uma finalidade que não era aquela própria do ato, você também não tem como corrigir o desvio de poder, que é alguma coisa que está na intenção da pessoa; não há como corrigir a intenção.

Vejam que o desvio de poder, eu acho que já falei no começo, era originariamente um vício de moralidade, por isso ele escapava ao controle do Poder Judiciário, justamente porque ele diz respeito à intenção da pessoa. Ele passou a ser considerado um vício de ilegalidade para permitir o controle pelo Poder Judiciário, mas nem por isso se admite a convalidação.

E com relação ao objeto, o que é possível é a figura da conversão que é muito pouco aplicada na Administração Pública, porque no caso da conversão, aquele mesmo ato que seria ilegal para um determinado fim, pode ser legal de uma outra forma. Por exemplo, a concessão de uso de bem público exige autorização legislativa e a permissão de uso não exige.

A administração fez uma concessão de uso sem autorização legislativa. Aquele ato, como permissão precária, seria válido, porém, como concessão, é inválido. Então, o que a Administração Pública pode fazer é converter a concessão numa permissão, porque como permissão vai ser válida e vai dar efeito retroativo.

A utilidade da convalidação e da conversão é aproveitar os efeitos já produzidos, porque se você for anular, você vai ter que apagar todos os efeitos, se você convalidar ou se você converter o ato, você está dizendo que aqueles efeitos já produzidos são válidos, são legais.

(...)

Fonte: http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/29a03_10_03/4Maria_Silvia1.htm