FUNCIONARIO PÚBLICO — PROVIMENTO — DEFEITO DE FORMA

— O ato administrativo, expedido com defeito de forma, pode ser convalescido desde que não haja ofensa a direito.

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DO SERVIÇO PÚBLICO

PROCESSOS P. R. Nº 7.264-65 e 9.799-64

PARECER

I

Os processos cuidam da regularização da situação funcional de servidor da Superintendência do Plano de Valorização Econômica da Amazônia (SPVEA), cuja nomeação para cargo dessa Superintendência, ocorrido em março de 1964, processou-se de modo irregular, por isso que não se atenderam a requisitos de forma e competência, relativamente ao ato de provimento.

2. A Divisão do Regime Jurídico do Pessoal, dêste Departamento (DRJP), após o exame da espécie, conclui por que se devam solucionar as irregularidades apontadas, propondo, então, fôsse baixado decreto homologatório, cujos têrmos sugere no item 15 do seu pronunciamento. Mas, em face das implicações jurídicas do caso, deseja-se a audiência desta Consultoria Jurídica.

II

3. O equívoco no provimento de que se cogita é de suma evidência. Sendo a SPVEA órgão da administração direta o preenchimento de cargos no seu Quadro de Pessoal só pode ocorrer por ato (decreto) do Presidente da República. Realizado mediante portaria do Superintendente, importou em dois vícios: *do de forma* (portaria ao invés de decreto) e o *de competência* (ato do Superintendente em lugar de ato do Presidente da República).

4. Está, todavia, bem justificada a boa-fé em que se houve a autoridade administrativa, pois que, havendo solicitado ao Presidente da República autorização para o provimento e tendo-a obtido, é curial que não agiu com intuito fraudulento, pois, que tanto fazia do ponto de vista da aquiescência presidencial, essa autorização em despacho, como a assinatura de decreto que consubstanciasse o provimento que pretendia. Se obteve autorização presidencial para, em seu próprio nome, baixar ato de provimento, teria, forçosamente, de conseguir a expedição de ato adequado, pela mesma autoridade.

III

5. O defeito de forma, quando expressamente estabelecido em lei, somado ao de competência, acarretam, via de regra na opinião quase unânime da doutrina, a nulidade, quando não a própria inexistência do ato administrativo. Assim se expressa, ao propósito, Gabino Fraga (*Derecho Administrativo*, México, 8a. ed., 1960, nº 244, págs. 324 e 325):

"A nuestro modo de ver, la inexistência puede producirse en los seguientes casos: a) cuando falta la voluntad; b) cuando falta el objeto; c) cuando falta la competencia para la realización del acto, y d) cuando hay omisión de las formas constitutivas del acto".

6. Também Garcia Oviedo (*Derecho Administrativo*, Madrid, 5a. ed., 1955, vol. I), após salientar que "as formas têm em direito público uma importância excepcional" (pág. 190), considera a falta de formalidade essencial, bem como a incompetência da autoridade que praticou o ato, como elementos capazes de fulminar a validade jurídica do ato administrativo.

7. Igualmente não discrepa dessa orientação o eminente André de Laubadère (*Traité Elémentaire de Droit Administratif*, Paris, 1953, nº 684, página 387), quando esclarece que ..." *le vice de forme est en conséquence une cause de nullité beaucoup plus absolue qu'en droit privé*".

8. Não é outra a lição de Renato Alessi (*Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, Milão, 1958), quando, depois de se referir à importância excepcional que tem a forma na esfera do direito público, *"ben maggiore che non nel campo del diritto privato"* (ob. cit., n. 172, págs. 284), conclui:

... *"ogniquavolta il provvedimento amministrativo difetti di qualcuna delle forme prescritto, esso deve essere ritenuto sempre si come* non conforme al diritto, *vale a dire* illegale (illegittimo *in censo lato*) *dal punto di vista formale, mancando esso, portanto, di uno di requisiti formale per la su avalidità"* (ob. cit., nº 172, pág. 286).

9. Seria, por demais, fastidioso continuar a enumeração de pronunciamentos doutrinários sôbre os efeitos da ocorrência de vícios de forma e competência, quando a *communis opinio* os assinala como determinantes da invalidade jurídica do ato administrativo.

IV

10. Na hipótese, porém, quando militam em favor do convalescimento do ato razões de comprovada boa-fé e a inexistência de nenhum direito a ser violado com essa regularização, ao contrário, representando ela atendimento da situação do funcionário irregularmente nomeado, que não concorreu para aquêle evento — parece-me que seria demasiado apêgo à formalidade, — o que se não compadece com o estado atual da evolução do Direito, — impedir-se tal regularização.

11. A impossibilidade do convalescimento do ato só se verificaria se daí resultasse dano ou alcance a direito subjetivo, quer da própria administração, quer de terceiros. Não se decreta nulidade, quando se pode convalidar o ato, a menos que êste, como esclarecido, tenha acarretado prejuízos.

12. Homologo, pois, a conclusão da DAJP cuja minuta de decreto, apresentada no item 15 do seu pronunciamento,

está, ao que entendo, em condições de merecer aprovação.

E' o meu parecer...

S. M. J.

Brasília, 10 de dezembro de 1965. — *Clenicio da Silva Duarte,* Consultor Jurídico.

De acôrdo: com os pareceres da DRJP e da douta Consultoria Jurídica, que aprovo.

Faça-se exposição de motivos submetendo a matéria ao Exmo. Senhor Presidente da República e propondo a expedição do ato destinado à regularização do assunto.

DASP, em 20.12.1965. — *Luis Vicente B. de Ouro Prêto,* Diretor-Geral.