

A PRIMAZIA DO MÉRITO, A INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS E O PRINCÍPIO DO PREJUÍZO NO JULGAMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR: UMA VISÃO COMPARADA COM OUTROS RAMOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Karine Mendonça Ruschel

Auditora de Finanças e Controle do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União

Resumo: Este artigo busca contextualizar os princípios da primazia do mérito, da instrumentalidade das formas e do prejuízo nos ramos processuais civil, penal e administrativo e apresentar as possibilidades e as limitações do uso de tais princípios no momento do julgamento do processo administrativo disciplinar. Para atingir o propósito do estudo, foi realizada uma extensa pesquisa bibliográfica e, a partir de um esforço comparativo entre as diversas áreas jurídicas processuais, ilustrou-se de que forma os princípios podem ser aplicados por ocasião da análise formal que precede a decisão meritória de um processo administrativo disciplinar pela autoridade competente.

Palavras-chave: Primazia do mérito. Instrumentalidade das formas. Prejuízo. Visão comparada. Processo civil. Processo Penal. Processo Administrativo. Processo Administrativo Disciplinar. Julgamento. Análise Formal.

Introdução

Em todos os ramos do direito de natureza processual, é prestigiada a premissa de que, embora as formas sejam de importância fundamental para garantir segurança jurídica e respeito aos direitos dos envolvidos, elas não podem prevalecer sobre a substância do processo, especialmente quando a eventual inobservância das formas deixe de trazer prejuízo às partes.

Esse entendimento encontra espaço de aplicação no processo civil, no processo penal e no processo administrativo, conforme veremos.

Como espécie do gênero processo administrativo, o processo administrativo disciplinar - PAD, embora se sujeite a formas legalmente pré-determinadas por normativos específicos, pode ser orientado pelos princípios da primazia do mérito, da instrumentalidade das formas e do prejuízo, especialmente quando do momento da análise formal do procedimento pela autoridade julgadora que exarará a decisão de mérito do PAD.

Desta feita, será brevemente examinada a maneira como a doutrina vislumbra o emprego desses princípios em cada ramo processual, para, posteriormente, adentrarmos no tema específico referente à sua aplicação ao julgamento do processo administrativo disciplinar.

1. A primazia do mérito, a instrumentalidade das formas e o princípio do prejuízo na processualística civil brasileira atual

A Lei 13.105/2015, que entrou em vigor em 2016 trazendo o novo CPC, alçou o princípio da primazia do mérito à norma fundamental processual, encampando expressamente um modelo constitucional de processo civil brasileiro, que busca na satisfação prática da demanda a consecução do direito fundamental de acesso à justiça, previsto na Constituição Federal de 1988. (CÂMARA, 2007).

A alusão ao princípio é feita no artigo 4º do novo CPC, que assim dispõe:

Art. 4o As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Por esse dispositivo, é forçoso entender que se deve sempre priorizar a apreciação da questão meritória frente ao eventual reconhecimento de nulidades que possam obstaculizar a produção do resultado útil do processo.

É nessa premissa de se fazer prevalecer a substância do processo sobre o rito procedimental que também se insere o princípio da instrumentalidade das formas.

O processo é composto pelo encadeamento de atos processuais que devem ser executados segundo certas formalidades previstas na norma legal. Essas formalidades refletem uma verdadeira submissão ao império da lei num Estado Democrático de Direito, servindo para conferir isonomia de tratamento, estabilidade, segurança jurídica e previsibilidade às partes processuais, que já de antemão tem ciência do caminho a ser traçado no âmbito do processo.

No entanto, o processo não pode ser visto como um fim em si mesmo, mas um instrumento para a consecução do direito material. Assim, caso um ato processual tenha sido praticado sem a formalidade legal, mas tenha atingido sua finalidade e não tenha causado prejuízo às partes, não deve ser anulado, mas sim aproveitado.

O princípio da instrumentalidade das formas não é uma novidade do CPC/2015. Ele está expresso atualmente nos art. 188 e 277, que enunciam o seguinte:

Art. 188. Os atos e os termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.

Art. 277. Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.

Assim, a decretação da invalidade de um ato processual nem sempre deve ocorrer. Segundo lecionam Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini (2016, Pg. 280):

É necessário que se distingam dois passos logicamente subsequentes e distintos um do outro: o primeiro deles é a identificação do vício e o segundo é a sua decretação – o que deve ocorrer somente quando o ato defeituoso não puder ser aproveitado e estiver gerando concreto prejuízo para alguma das partes ou para o próprio desempenho da função jurisdicional. Só nessa hipótese é que a invalidação será a solução. A incidência de uma série de princípios cujo objetivo é o de ‘salvar’ o processo e seus atos (e, portanto, decretar os vícios apenas quando, de fato eles não tenham como ser considerados irrelevantes ou já superados) é uma característica marcante do sistema processual civil brasileiro.

Assim, no âmbito do processo civil, como enfatiza Fredie Didier Jr. (2018, Pg. 473), a invalidade processual é “sanção que somente pode ser aplicada se houver a conjugação de defeito do ato processual (pouco importa a gravidade do defeito) com a existência de prejuízo. Não há nulidade processual sem prejuízo (pas de nullité sans grief).” “Sempre – mesmo quando se trate de nulidade cominada em lei, ou as chamadas nulidades absolutas”.

Há outros artigos do CPC que vão nesse mesmo sentido apontado pelos autores. Assim é que o art. 282, § 1º e o artigo 283 trazem o necessário prejuízo à parte como forma de impedimento de aproveitamento de atos processuais viciados:

Art. 282. (...)

§ 1o O ato não será repetido nem sua falta será suprida quando não prejudicar a parte.

Art. 283. O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo ser praticados os que forem necessários a fim de se observarem as prescrições legais.

Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados desde que não resulte prejuízo à defesa de qualquer parte.

Fredie Didier Jr. continua sua explanação esclarecendo que “há prejuízo sempre que o defeito impedir que o ato atinja a sua finalidade. Mas não basta afirmar a violação a uma norma constitucional para que o prejuízo se presuma. O prejuízo decorrente do desrespeito a uma norma, deverá ser demonstrado caso a caso.”

Embora a instrumentalidade do processo (primazia do mérito) e instrumentalidade das formas não sejam necessariamente duas ideias idênticas, elas convergem para o mesmo propósito de garantir a efetividade da tutela jurisdicional.

Na lição de Humberto Theodoro Júnior (2018, Pg 23), “instrumentalismo e efetividade são ideias que se completam na formação do ideário do processualismo moderno. Para ser efetivo no alcance das metas de direito substancial, o processo tem que assumir plenamente sua função de instrumento.” “A técnica processual, por sua vez, reclama a observância das formas (procedimentos), mas estas se justificam apenas enquanto garantias do adequado debate em contraditório e com ampla defesa.”

Apesar dos dispositivos mencionados possuírem correspondentes no Código Buzaid, a nova construção do Código de Processo Civil a partir do postulado da prevalência da substância do objeto sobre o rito processual exige uma releitura dos artigos, de modo a fortalecer sua utilização pelo magistrado, que deve fazer uso da instrumentalidade das formas para se pronunciar definitivamente sobre a questão de mérito suscitada.

Por fim, sem a pretensão de detalhar todas as nuances que esse amplo tema envolve no âmbito processual civil, vale citar ainda outra regra geral que tem por finalidade concretizar o princípio da instrumentalidade das formas, aliado ao princípio da primazia da decisão de mérito, qual seja, o artigo 282, § 2º:

Art. 282. (...)

§ 2o Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

O tema é de suma importância, não apenas pela contemporaneidade do assunto, mas também pela possibilidade de desdobramentos em outras esferas do direito. Tanto no âmbito da persecução penal como na esfera da persecução administrativa disciplinar, “se demonstra a necessidade de o processo servir à concreção do direito material, no caso do direito de defesa do acusado à vista do direito de punir do Estado, em que a instrumentalidade do processo e de seus procedimentos aclara-se, para leva-lo a um patamar de busca da efetividade, como instrumento de ética e de justiça.”(DEZAN, 2017)

A associação principiológica entre primazia do mérito, instrumentalidade das formas e princípio do prejuízo gera clara repercussão no âmbito do processo administrativo disciplinar, por força do artigo 15 do novo CPC, como veremos.

2. A previsão legal de aplicação subsidiária e supletiva das normas do CPC ao processo administrativo disciplinar

O processo administrativo disciplinar – PAD dirigido aos servidores públicos federais é atualmente regido por lei especial – Lei 8.112/90. Não se pode esquecer, porém, que se aplicam subsidiariamente ao PAD as regras elencadas na Lei Federal nº 9.784/99, vale dizer, a lei geral incidirá nas partes omissas e sempre que não houver disposição especial no Estatuto dos Servidores Públicos Federais.

A Lei 13.105/2015, por sua vez, consiste em norma superveniente que veio influenciar a disciplina do microsistema normativo que rege os processos administrativos disciplinares (MOREIRA, 2016). Isso porque o artigo 15 do CPC/2015 prescreve que: “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.”

Merece atenção o fato do legislador abarcar a forma mais ampla possível de aplicação, servindo-se das designações “subsidiária” e “supletiva”. Assim, o sentido conferido ao enunciado não é somente de aplicar as normas do CPC aos processos administrativos quando houver lacunas normativas para resolver a situação concreta, mas também como forma de possibilitar uma nova compreensão de um dispositivo da lei administrativa à luz das normas do processo civil.

A previsão do CPC/2015 certamente veio reforçar a atual sistemática de efetivação do direito administrativo disciplinar brasileiro, visto que a legislação sucinta desse ramo jurídico já gerava a necessidade natural de aplicação supletiva e subsidiária das estruturas codificadas do CC, no CPC, no CP e no CPP.

Nesse ponto, a compatibilidade entre as previsões do CPC e a racionalidade da Lei 8.112/90 é primordial para a incidência das normas processuais civis ao processo administrativo disciplinar. Na lição de José Armando da Costa (2010, Pg. 45), “no silêncio da lei, a complementação de um regime por outra norma há de ser feita de modo a resguardar certos limites e determinadas restrições, sob pena de o procedimento disciplinar ser contaminado por vício insanável”.¹

E é mister reconhecer que algumas das normas do processo civil, como as mencionadas acima, que homenageiam a primazia da decisão de mérito, a instrumentalidade das formas e o princípio do prejuízo podem se compatibilizar, dentro de certos limites, com a disciplina do PAD, gerando repercussão no julgamento dos processos disciplinares.

3. Aplicação dos princípios no processo penal e no processo administrativo

O princípio do *pas de nullité sans grief* é adotado como preceito fundamental do regramento das nulidades no Código de Processo Penal. Conforme se extrai da Exposição de Motivos do referido Código:

O projeto não deixa respiradouro para o frívolo curialismo, que se compraz em espiolhar nulidades. É consagrado o princípio geral de que nenhuma nulidade ocorre se não há prejuízo para a acusação ou a defesa.

Não será declarada a nulidade de nenhum ato processual, quando este não haja influído concretamente na decisão da causa ou na apuração da verdade substancial. Somente em casos excepcionais é declarada insanável a nulidade.

Fora desses casos, ninguém pode invocar direito à irredutível subsistência da nulidade.

¹ COSTA. José Armando da. Processo Administrativo Disciplinar. 2011. Pg. 45.

Seguindo esse pressuposto, os arts. 563 e 566 do Código de Processo Penal estabelecem que:

Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

(...)

Art. 566. Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.

Sobre o tema, Renato Brasileiro (2016, pg. 1328) ensina que “eventual desobediência às formas prescritas em lei só deve acarretar a invalidação do ato processual quando a finalidade para a qual foi instituída a forma restar comprometida pelo vício. Em síntese, somente a atipicidade relevante, capaz de produzir prejuízo às partes autoriza o reconhecimento da nulidade”. O autor ainda afirma que em se tratando de nulidade absoluta, grande parte da doutrina processualista penal entende que o prejuízo é presumido, mas que tal presunção é relativa. E continua sua explanação esclarecendo que (LIMA, 2016, pg. 1319):

Sem embargo desse entendimento doutrinário de que o prejuízo é presumido, o Supremo Tribunal Federal tem diversos precedentes no sentido de que o prejuízo deve ser comprovado pela parte interessada inclusive nas hipóteses de nulidade absoluta. Logo, se acaso a defesa pleitear a declaração de nulidade absoluta, incumbe a ela demonstrar o prejuízo decorrente da inobservância da forma prescrita em lei, sob pena de não lograr êxito na invalidação do ato processual impugnado. Nesse sentido, a 2ª Turma do Supremo já teve a oportunidade de asseverar que a demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades pas de nullité sans grief também compreende as nulidades absolutas.

No que tange ao processo administrativo no âmbito federal, seu regramento toma por base as normas previstas na Lei nº 9.784/99.

Segundo o artigo 2º da referida lei, o processo administrativo deve observar alguns princípios, tais como: legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Embora seja apenas exemplificativo, o dispositivo deixa de incluir expressamente o princípio do formalismo moderado (instrumentalidade das formas).

Apesar disso, o parágrafo único do artigo 2º estabelece a obrigatoriedade de observância de certos critérios na condução do processo administrativo, que permitem de forma clara o abrandamento do formalismo e do rigor das normas processuais. Ademais, o artigo 22 da mesma norma prevê que “os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir”.

Sobre o tema, Odete Medauar (2004, Pg. 203) tece as seguintes observações:

Há ritos e formas inerentes a todo procedimento. Na verdade, o princípio do formalismo moderado consiste, em primeiro lugar, na previsão de ritos e formas simples, suficientes para propiciar um grau de certeza, segurança, respeito aos direitos dos sujeitos, o contraditório e a ampla defesa. Em segundo lugar, se traduz na exigência de interpretação flexível e razoável quanto a formas, para evitar que estas sejam vistas como fim em si mesmas, desligadas das verdadeiras finalidades do processo.

Assim, é indubitável que o processo administrativo é informado pelo princípio do formalismo moderado, que tem como consectário o princípio do prejuízo.

Sabe-se que a Administração atua sob a orientação do princípio da legalidade, de maneira que, se o ato é considerado ilegal, o administrador deve proceder à sua anulação, conforme entendimento consolidado na Súmula 473 do STF, que consagra o princípio da autotutela.

No entanto, a doutrina defende atualmente que a anulação não deve ser automática, uma vez que, por vezes, a eliminação do ato poderá ser mais prejudicial ao interesse público do que a sua manutenção. Sobre o assunto, temos o entendimento de Danielle Felix (TEIXEIRA, 2014), que analisa o artigo de Shirlei Mello e Ana Paula Borges (MELLO, BORGES apud TEIXEIRA, 2014):

De acordo com o postulado, apenas será expurgado o ato processual administrativo que causar lesão ao interesse público ou aos direitos e garantias individuais (liberdades individuais), em atenção ao princípio da segurança jurídica.

Analisando o tema, Shirlei Silmara de Freitas Mello e Ana Paula Dutra Borges salientam que:

O princípio do prejuízo consiste na representação, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, de tal instituto francês, determinando que, mesmo nas nulidades relativas, quanto nas absolutas, o ato processual deve ser considerado, desde que não acarrete dano para qualquer das partes. Permite, assim, que o direito seja materializado, através do aproveitamento máximo dos atos processuais.

(...)

O prejuízo, que invalida o ato processual, é aquele que impossibilita a este alcançar a sua finalidade. Cabe à Administração invalidar o ato danoso, tendo em vista que se submete ao princípio da legalidade, no entanto, a este princípio deve ser agregado o da razoabilidade, que permite reconhecer, em certas circunstâncias especiais, a convalidação do ato administrativo.

(...)

É possível deduzir que no âmbito administrativo há a prevalência do princípio do interesse público sobre o da legalidade estrita.

Embora não exista regramento semelhante ao do artigo 15 do CPC para o Código de Processo Penal, é assente na doutrina a possibilidade de aplicação subsidiária do normativo ao processo administrativo disciplinar. Não são raras as vezes em que as Comissões Disciplinares, face à ausência de previsão de determinada forma de proceder na Lei 8.112/90, recorre ao regramento processual penal.

Já no que se refere à Lei 9.784/99, seu artigo 69 prevê expressamente que “os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.”

Constatamos, assim, que os mesmos postulados aqui defendidos como de utilização possível nos processos civis, penais e administrativos (gerais) – primazia do mérito, instrumentalidade das formas e prejuízo –, por força da aplicação subsidiária e/ou supletiva desses modelos ao microsistema da Lei 8.112/90, podem ser empregados especificamente, sob certas limitações, aos processos administrativos disciplinares.

4. A disciplina das nulidades no processo administrativo disciplinar

Para aprofundar o tema aqui proposto, a respeito da aplicação da primazia do mérito, da instrumentalidade das formas e do princípio do prejuízo aos processos administrativos disciplinares, é claramente necessário adentrar o conteúdo atinente ao sistema de nulidades no PAD.

Ocorre que, à exceção do disciplina trazida de forma isolada pelo artigo 169 da Lei 8.112/90, o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União não faz qualquer outra menção ao tema da nulidade em processo disciplinar. Na oportunidade, convém registrar o teor do referido dispositivo, cujo caput assim preceitua:

Art. 169. Verificada a ocorrência de vício insanável, a autoridade que determinou a instauração do processo ou outra de hierarquia superior declarará a sua nulidade, total ou parcial, e ordenará, no mesmo ato, a constituição de outra comissão para instauração de novo processo.

Assim, embora haja referência no dispositivo legal aos termos vício insanável e nulidade total e parcial, a conceituação de cada uma dessas expressões fica atualmente a cargo da doutrina.

No entanto, atualmente, existe uma grande divergência doutrinária na hora de tratar das consequências dos vícios dos atos administrativos. Segundo Alexandre Mazza (2016), “poucos temas despertam tanta controvérsia doutrinária e jurisprudencial quanto o atinente aos tipos de nulidade do ato administrativo”. O autor aponta a existência de quatro teorias sobre a nulidade do ato administrativo: teoria unitária (qualquer ilegalidade no ato administrativo é causa de nulidade); teoria binária (divide os atos administrativos ilegais em nulos – insuscetíveis de convalidação – e anuláveis – passíveis de convalidação), teoria ternária (segundo a qual haveria atos nulos, anuláveis e irregulares); e, por fim, teoria quaternária, sustentada por Celso Antônio Bandeira de Mello (MELLO apud MAZZA, 2016), que reconhece quatro tipos de atos ilegais: inexistentes, nulos, anuláveis e irregulares.

Já na doutrina que trata a questão do ato administrativo disciplinar de forma mais especializada, temos que José Armando da Costa (2010, Pg. 395) conceitua nulidade processual disciplinar como sendo “vício de forma que, provocando prejuízo em detrimento da verdade substancial dos fatos imputados ao servidor acusado, contamina a validade do ato e do respectivo processo”.

O renomado autor diferencia as nulidades de acordo com a natureza e a profundidade dos vícios que venham configurá-las, classificando-as em absolutas, relativas e de mera irregularidade.

As nulidades absolutas revelam de forma patente o prejuízo causado à defesa, dispensando avaliação e demonstração. Segundo explanação do próprio sítio eletrônico da CGU, tais nulidades não precluem, não são sanáveis, não podem ser objeto de convalidação e podem ser oponíveis em qualquer fase do processo e mesmo após a sua conclusão, e até por quem não tenha legítimo interesse ou por parte de quem lhes tenha dado causa. (MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, 2014)

Já as nulidades relativas seriam aquelas que embora apresentem defeitos de forma, não demonstram, de imediato, prejuízo para as partes. Assim, requerem alegação e demonstração do prejuízo causado, mas só podem ser suscitadas por quem tenha interesse legítimo e no prazo devido. São sanáveis e podem ser objeto de convalidação, mediante aceitação expressa ou tácita (pela não-arguição no momento oportuno). (MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, 2014)

Por fim, os defeitos caracterizadores de meras irregularidades são capazes de revelar que não houve o menor prejuízo, tanto à defesa do acusado, como à apuração da

veracidade dos fatos, não tendo o condão de invalidar o ato processual. (COSTA, 2010, Pg. 398)

Ainda sobre o tema das nulidades, Sandro Lucio Dezan (2017) analisa o assunto sob outro viés, ao reconhecer que a atividade jurídica sancionadora, como da do processo administrativo disciplinar, acontece por meio de uma relação jurídica processual, nos mesmos termos do que ocorre em sede jurisdicional. Segundo a lição do autor:

(...) essa conotação reflete a inserção de possibilidade de aplicação da teoria dos pressupostos e condições da ação pela óptica da nova processualidade civilística, porém temperada pela também incidência da teoria geral dos atos administrativos. Os elementos da ação, condições da ação e pressupostos do processo são, ao menos implicitamente, subsidiados pela teoria geral do processo que se encontram no novo Código de Processo Civil brasileiro, Lei 13.105/2015.”

(...)

A teoria das condições da ação (pressupostos de admissibilidade da ação) e a teoria dos pressupostos de existência, de validade e de regularidade do processo sancionador, para a formação e manutenção da relação jurídica processual (por normatividade do novo Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015) aplicam-se, guardadas as devidas distinções epistemológicas moldadas pela teoria das nulidades do ato administrativo, ao processo administrativo disciplinar, para a inferência de nulidades no processo interna corporis;

Embora discorde frontalmente do posicionamento dos Tribunais Superiores, Dezan informa que os atuais julgados, sob o propósito de garantir economia e celeridade processual, têm entendido imperioso para a admissibilidade das nulidades – tanto relativas como absolutas – a demonstração do prejuízo à defesa.

5. Aplicação da primazia do mérito, da instrumentalidade das formas e do princípio do prejuízo no momento do julgamento do PAD

A persecução disciplinar é realizada pela própria Administração Pública por meio de um processo administrativo, consistente numa sucessão encadeada de atos, conduzidos com certa ordem e cronologia por uma comissão especialmente designada, com a finalidade de atingimento de um interesse público, que seria a máxima tentativa de elucidação da verdade dos fatos investigados e obtenção de uma decisão final que finalize uma controvérsia entre servidor e Administração, objetivando, em último caso, o controle disciplinar interno.

Essa atuação deve ser pautada pelo arcabouço normativo da Lei 8.112/90, bem como da aplicação subsidiária e supletiva da Lei 9.784/99, do Código Civil, do Código de Processo Civil, do Código Penal e do Código de Processo Penal.

A tipificação dos atos nessas normas garantem que o ato processual disciplinar seja praticado em consonância com o devido processo legal, de forma a assegurar a condução de um processo disciplinar justo. A preocupação quanto às formas processuais tem por objetivo garantir a máxima eficiência na aplicação da penalidade disciplinar.

É de bastante clareza à Administração Pública a necessidade de observância da tipicidade dos atos processuais disciplinares previstos na legislação pertinente, para se garantir, de um lado, os direitos constitucionais do acusado, e de outro, se evitar a decretação de nulidade de atos praticados, o que poderia gerar elevado custo econômico advindo da repetição do ato invalidado, bem como o risco da prescrição administrativa e, em última análise, o sentimento de impunidade decorrente da morosidade do processo.

Assim, o processo administrativo disciplinar perfeitamente conduzido segundo os parâmetros das regras e princípios referentes à observância do processo legal, com todas as garantias individuais de nível constitucional, é prioritariamente o objetivo a ser alcançado pela Administração Pública para a concretização de sua pretensão punitiva administrativa, sendo objeto de defesa de autorizada doutrina majoritária administrativista brasileira.

No entanto, a prática rotineira da condução dos PADs pelas comissões processantes retrata uma realidade um pouco diferente, permeada por falhas e vícios, que embora não devam ser comuns à atuação disciplinar, acontecem.

Isso porque, não raras as vezes, os sujeitos que conduzem os processos disciplinares são servidores públicos de diversas áreas, incumbidos temporariamente de tal função, não possuindo grande especialidade na área jurídica, podendo, assim, cometer equívocos.

Ademais, há casos ainda em que, ante a falibilidade humana, mesmo os procedimentos disciplinares conduzidos por comissões capacitadas apresentam defeitos, alguns capazes de ensejar até mesmo posterior reintegração do acusado por decisão judicial.

Assim, a questão aqui é saber o que a autoridade julgadora deve realizar, na prática corriqueira dos casos concretos, quando se deparar com vícios no processo disciplinar cujo mérito lhe caiba decidir.

A fase de julgamento do PAD corresponde ao momento em que a autoridade competente exara um juízo de valor acerca da imputação direcionada ao acusado, decidindo pela condenação do servidor ou pelo arquivamento dos autos.

Assim, após uma condução pautada pelos normativos acima mencionados e a conclusão do processo disciplinar, os autos são remetidos, com o relatório da comissão, à autoridade instauradora para julgamento, conforme disciplina do artigo 166 da Lei 8.112/90.

Ocorre que, se a penalidade a ser aplicada exceder a alçada da autoridade instauradora do processo, este será encaminhado à autoridade competente para julgamento, consoante preceitua o artigo 167, §1º do Estatuto dos Funcionários Civis da União.

No entanto, de acordo com o artigo 169 da mesma lei, verificada a ocorrência de vício insanável, a autoridade que determinou a instauração do processo ou outra de hierarquia superior declarará a sua nulidade, total ou parcial, e ordenará, no mesmo ato, a constituição de outra comissão para instauração de novo processo.

Pode-se concluir, portanto, que após a conclusão do processo e antes do enfrentamento do mérito do processo disciplinar, é dever da Administração Pública, seja pela autoridade instauradora ou pela autoridade julgadora de hierarquia superior, embasados pelos eventuais pareceres exarados pelas seus respectivos órgãos de assessoramento jurídico, verificar se a comissão disciplinar, na condução do PAD, preencheu todos os requisitos necessários ao cumprimento do devido processo legal, analisando, assim, a regularidade formal do feito.

Esse exame prévio tem por objetivo averiguar se o colegiado obedeceu as normas regimentais referentes à competência, ao rito procedimental previsto na Lei 8.112/90, aos princípios e às regras subsidiárias e supletivas da Lei 9.784/99 e demais normativos aplicáveis (CPC, CPP, CP e CC), garantindo ao acusado o direito constitucional de ampla

defesa e contraditório durante todo o processo, de forma a não ensejar nenhuma nulidade que impeça a pronta decisão meritória.

Embora a existência de falhas na condução do processo disciplinar seja uma possibilidade real, conforme discorremos anteriormente, ela não deve sempre ser vista como causa de nulidade necessária do PAD.

No âmbito do julgamento do processo administrativo disciplinar, a primazia da decisão de mérito, conjugada com a instrumentalidade das formas e com o princípio do prejuízo, também encontra seu espaço de inserção. Ousamos dizer que, nesta situação, tais postulados geram direcionamentos distintos a depender do teor da decisão meritória a ser proferida pela autoridade competente.

Dessa forma, caso a autoridade julgadora tenha verificado a existência de vícios no processo disciplinar, mas o julgamento do mérito seja no sentido de absolver o acusado das imputações a ele direcionadas, se mostraria incongruente declarar a nulidade total ou parcial do PAD para que os vícios encontrados fossem corrigidos e, ao final, redundar no arquivamento dos autos.

Embora a regularidade do PAD seja importante para legitimar tanto uma decisão condenatória, quanto uma absolutória, os vícios processuais não deveriam importar necessariamente na nulidade de uma decisão que absolvesse o acusado, como ocorreria no caso de uma que o condenasse.

Nessa hipótese, a ideia seria evitar desperdiçar um processo com instrução finalizada e relatório final já produzido, cujo resultado substancial não seria alterado com o refazimento de atos processuais e que poderia, desde já, se concretizar, trazendo uma resolução final benéfica à situação do servidor acusado.

Proceder de forma contrária iria frontalmente de encontro ao princípio constitucional da eficiência albergado pelo artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, como uma das diretrizes de atuação da Administração Pública, bem como da economia processual, que, no âmbito do processo disciplinar, recomenda resultados efetivos e justos com o mínimo de emprego possível de atividade processual.

Isso porque é notório que o processo disciplinar traz altos custos para a Administração Pública, sejam eles diretos (custos financeiros com deslocamentos, estadias, papéis, impressões, sistema de videoconferência, estrutura de salas, energia elétrica, dentre outros) ou indiretos (direcionamento de pessoal para atuação exclusiva nos trabalhos e treinamentos constantes).

Ademais, constitui direito do acusado – que certamente já teve sua vida impactada pela gravidade e pela repercussão da instauração do processo disciplinar – uma atuação célere da Administração Pública, sem prolongar o PAD por demasiado no tempo, principalmente quando a imputação inicialmente conferida ao servidor não se mostrou configurada.

Nesse caso, na oportunidade do julgamento do PAD, os atos processuais da Comissão Disciplinar, mesmo viciados, podem ser aproveitados, para coadunar o processo disciplinar com o princípio da razoável duração dos processos previsto no art. 5º, LXXIX, da Constituição Federal.

Desta feita, conforme extraído do artigo 282, § 2º do novel CPC, quando a autoridade julgadora for decidir o mérito a favor do acusado a quem aproveite eventual declaração de nulidade no PAD, mostrar-se-ia mais justo, econômico, efetivo e eficiente que a autoridade deixasse de recomendar o refazimento dos atos inquinados de nulidade para, desde já, julgar o aspecto meritório do feito. Isso porque não haveria que se falar em prejuízo ao acusado cujo processo disciplinar redundou em arquivamento.

Seria o caso, por exemplo, de processo disciplinar cuja comissão tenha negado diligências relevantes à ampla defesa do acusado, cuja peça de defesa escrita não tenha sido apresentada ou cujo termo de indicição não tenha especificado com precisão os fatos imputados ao servidor e apontado as respectivas provas da autoria e materialidade da infração. Nessa circunstância, ainda que tais vícios, no caso concreto, venham a ser considerados insanáveis, eles poderiam ser relevados se a decisão final, com o robusto suporte probatório colhido nos autos, já vá redundar em absolvição do acusado.

No entanto, caso o suporte probatório colhido seja deficitário, a autoridade julgadora tem por dever a reabertura da instrução para que comissão disciplinar proceda à colheita de todas as provas necessárias à busca da verdade e à materialização da justiça, porque nessa circunstância específica, a falta de lastro probatório suficiente teria se dado, na verdade, por um trabalho ineficiente do colegiado.

De outro lado, temos também a hipótese da autoridade julgadora decidir não pela absolvição, mas pela condenação do acusado em processo com prova eivada de vício. Nesse contexto, o arcabouço probatório utilizado para imputar responsabilidade disciplinar ao servidor pode ou não se valer de eventual prova viciada.

Se a autoridade julgadora não utilizá-la para fundamentar sua convicção pela condenação do servidor, não se deve declarar a nulidade do ato instrutório e mandar refazê-lo. Também não seria o caso de se alegar cerceamento de defesa do acusado, em razão da inexistência de comprovação de que aquele vício na produção da prova tenha causado prejuízo à defesa.

Nesses termos, já se pronunciou Alencar de Carvalho (2016, Pg. 1058), entendendo que “se for possível julgar o processo sem a invocação da prova produzida com defeito, não será obrigatório proceder à declaração de nulidade pertinente”, uma vez consolidado o entendimento de que “não se decreta nulidade se não ocorre prejuízo para a defesa”. “A nulidade parcial de um meio de prova, desde que o julgamento não se embase no ato probatório viciado, nem haja prejuízo para a defesa quanto aos fins pretendidos por ela quanto à realização do ato processual, pode autorizar a pronta decisão do feito, fundamentada em outros elementos dos autos.” (CARVALHO, 2016, Pg. 1625).

Nesse cenário, em razão do princípio da (ir)relevância, deve a autoridade julgadora primar pela decisão meritória e relevar o vício cuja efetividade do prejuízo não foi comprovada no caso concreto, uma vez que o ato viciado não contribuiu para o julgamento. Tal entendimento nada mais faria que fazer prevalecer a verdade material sobre o formalismo.

Nessa linha de entendimento, os Tribunais Superiores possuem alguns posicionamentos:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. FISCAL FEDERAL AGROPECUÁRIO. OITIVA DAS TESTEMUNHAS. NÃO REALIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE

COMPARECIMENTO. REITERAÇÃO DAS INTIMAÇÕES. NÃO COMPARECIMENTO. PROVA CONSIDERADA DESNECESSÁRIA PELA COMISSÃO PROCESSANTE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. LEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A Comissão Processante tem o poder de indeferir a produção de provas impertinentes à apuração dos fatos, com supedâneo no art. 156, § 1º, da Lei 8.112/1990. 2. O indeferimento de diligência probatória no âmbito do processo administrativo disciplinar, motivado pelo satisfatório conjunto probatório para a elucidação dos fatos ou nas hipóteses em que, a despeito de sucessivas diligências, a testemunha não tenha sido encontrada ou, ainda que intimada, tenha deixado de comparecer à audiência, não constitui cerceamento de defesa. Precedentes do STF. 3. No caso concreto, a comissão processante, além de ter indicado a adoção dos procedimentos para a produção da prova requerida pelo recorrente, fundamentou a desnecessidade da pretendida oitiva. 4. Agravo regimental a que se NEGA PROVIMENTO. (RMS 33421 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 16/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-184 DIVULG 30-08-2016 PUBLIC 31-08-2016)

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. NULIDADE. DIREITO NÃO DEMONSTRADO. ACUSADOS. DEPOIMENTO EM CONJUNTO. TESTEMUNHA. OITIVA INFORMAL. I - Não demonstrada, de plano, a alegada falta de citação do relatório final, não há como se reconhecer, nesse ponto, a violação ao direito do impetrante, por ausência de provas. II - O fato de a comissão processante ter ouvido informalmente determinada testemunha não acarreta nulidade, se na conclusão do processo disciplinar foram consideradas apenas as provas contidas nos autos, sem qualquer referência àqueles contatos. III - A tomada de depoimentos dos diversos acusados em conjunto - e não separadamente, como preconiza o art. 159, § 1º, da Lei 8.112/90 - não implica, por si só, em nulidade do processo, se não trouxe prejuízo à defesa. Segurança denegada. (STJ - MS: 7059 DF 2000/0061283-9, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 14/02/2001, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 12.03.2001 p. 86)

Processual civil. Administrativo. Servidor público federal. Inquérito disciplinar. Efeito suspensivo. Inversão de procedimento administrativo. Prejuízo. Inocorrência. Portaria de instauração. Nulidade. Inexistência. - Em tema de nulidade no processo civil, o princípio fundamental que norteia o sistema preconiza que para o reconhecimento da nulidade do ato processual é necessário que se demonstre, de modo objetivo, os prejuízos conseqüentes, com influência no direito material e reflexo na decisão da causa. - Eventual irregularidade no curso do procedimento administrativo disciplinar, sem a prova de influência no indiciamento do servidor público, não tem relevância jurídica. - A instauração do processo disciplinar é efetuada mediante ato da autoridade administrativa em face de irregularidades funcionais praticadas pelo servidor público, o qual deve conter a descrição e qualificação dos fatos, a acusação imputada e seu enquadramento legal, além da indicação dos integrantes da Comissão de Inquérito. - O inquérito administrativo disciplinar instaurado para apuração da prática de ilícito administrativo mediante Portaria que contém a descrição dos fatos imputados ao servidor público não contém vício de nulidade. - Recurso especial não conhecido. (STJ - REsp: 182564 PR 1998/0053557-8, Relator: Ministro VICENTE LEAL, Data de Julgamento: 13/06/2000, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 26.06.2000 p. 207)

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR INSTAURADO COM BASE EM INVESTIGAÇÃO PROVOCADA POR DENÚNCIA ANÔNIMA. ADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. 1. Ainda que com reservas, a denúncia anônima

é admitida em nosso ordenamento jurídico, sendo considerada apta a deflagrar procedimentos de averiguação, como o processo administrativo disciplinar, conforme contenham ou não elementos informativos idôneos suficientes, e desde que observadas as devidas cautelas no que diz respeito à identidade do investigado. Precedentes desta Corte. 2. As acusações que resultaram da apreensão de documentos feita pela Comissão de Sindicância, sem a presença do indiciado, não foram consideradas para a condenação acerca da responsabilização do servidor, pois restaram afastados os enquadramentos das condutas resultantes das provas produzidas na mencionada diligência. 3. Eventual nulidade no Processo Administrativo exige a respectiva comprovação do prejuízo sofrido, o que não restou configurado na espécie, sendo, pois, aplicável o princípio pas de nullité sans grief. Precedentes. 4. Em sede de ação mandamental, a prova do direito líquido e certo deve ser pré-constituída, não se admitindo a dilação probatória. Precedentes. 5. Segurança denegada. (STJ MS 200800293874 MS - MANDADO DE SEGURANÇA – 13348. Terceira seção. Relatora: Laurita Vaz. DJE DATA:16/09/2009)

No entanto, se a decisão da autoridade julgadora direcionar-se à condenação do servidor, e tal juízo de valor tiver sido construído a partir de prova ou ato instrutório eivado de vício insanável, não poderia tal autoridade, na análise formal do PAD, deixar de considerar tal circunstância. Nesse caso, ela deve declarar a nulidade parcial ou total do procedimento e determinar a reinstauração do PAD para que comissão disciplinar refaça os atos instrutórios viciados e todos os demais a cujo vício tenha se estendido.

Nesse contexto, “é dever de ofício da autoridade administrativa, inclusive em razão do princípio constitucional da eficiência dos atos da Administração Pública, decretar a nulidade parcial, ou total dos efeitos disciplinares, desde que inevitável (nulidade insanável) o reconhecimento dos vícios processuais, especialmente porque melhor é que, antes de proferir o julgamento, sejam sanados os defeitos procedimentais do que se praticar um ato sancionador embasado num processo viciado, haja vista a possibilidade de, na sede do controle interno, pela via hierárquica, ou do controle jurisdicional, ser anulado o processo apenador(...)” (CARVALHO, 2016, Pg.1623).

Nesse ponto, a declaração de nulidade total do PAD pela Administração Pública deve ser medida excepcional tomada pela autoridade julgadora, sempre que se puder preservar os atos já executados pela Comissão Disciplinar e não afetados pelo vício isolado. É imprescindível que a autoridade competente verifique, com critério e prudência, quais os atos que devem ser anulados por estarem viciados e quais aqueles que serão anulados por serem necessariamente dependentes dos viciados, em homenagem ao princípio da extensão e da eficiência na Administração Pública, não se impondo o refazimento de todo o processo.

Com o mesmo entendimento trazido no presente artigo, Sebastião José Lessa (2005, Pg. 61) defende o seguinte:

A decretação de nulidades no processo administrativo disciplinar implica desgaste da moralidade administrativa, prejuízo com os gastos suportados com as comissões de inquérito (diárias, passagens) cujos trabalhos foram considerados desfeitos e o possível advento da prescrição da pretensão punitiva no campo administrativo, o que justifica, portanto, critério para o reconhecimento de defeitos procedimentais.

Como bem exemplifica Alencar de Carvalho (2016, Pgs 1058, 1630):

Frequentemente, em virtude de uma simples falha ou de um ato processual determinado, decreta-se a nulidade de todo o processo, desde a instauração, medida desnecessária que causa danos irreversíveis ao interesse público(...)

A nulidade repercutirá sobre os atos posteriores, se dependentes do ato anulado (como a indicição e o relatório fundados no teor de prova testemunhal viciada), preservando-se a validade dos demais atos úteis, com a devida observância do contraditório e da ampla defesa, salvo os que cronologicamente, devam ser refeitos por força da ordem procedimental regular (como o interrogatório, o relatório, a defesa, a indicição), os quais são de realização posterior ao término dos atos da fase de instrução (ou dos outros atos instrutórios precedentes, no que se refere ao interrogatório, reservado para o final da coleta das demais provas), modo pelo qual devam ser repetidos, se um ato anterior tiver que ser refeito.

Um exemplo da desnecessidade de nulidade total do procedimento seria a existência de vício na produção de uma prova cujo conteúdo devesse ser invocado no julgamento. Nesse caso, ainda que se tenha que declarar a nulidade da prova produzida, do despacho de indicição e do relatório subsequente que tenham se valido de prova viciada, a reinstauração do processo pode aproveitar os atos instrutórios já concretizados de forma válida.

Esse mesmo posicionamento é seguido pelo Parecer nº GQ – 152, aprovado pelo Presidente da República em 20.05.1998:

EMENTA: Processo Administrativo Disciplinar nº 02024.000839/96-57. Declaração de nulidade parcial do processo administrativo disciplinar no qual se depara com a falta da citação por edital do indiciado no Diário Oficial da União (cf. o art. 163, da Lei nº 8.112/90). Convalidação dos atos praticados antes da fase citatória, desde que julgados válidos por nova Comissão Processante (cf. o art. 169, da Lei nº 8.112/90). Aceitação dos argumentos jurídicos esposados na Nota nº2137/97-SAJ/PR-JM, de 10.07.97.

Na mesma esteira de pensamento, é possível trazer o seguinte julgamento do STF:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. POLICIAL FEDERAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. ART. 43, VII, IX E XLVIII, DA LEI 4.878/1965. (...) NULIDADE PARCIAL DO PAD. REABERTURA DA INSTRUÇÃO. POSSIBILIDADE. ART. 169 DA LEI 8.112/1990. CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE A COMPROVAR A PRÁTICA DELITIVA. (...) SEGURANÇA DENEGADA. (...) 4. O reconhecimento do vício a que padecia o primeiro Despacho de Instrução e Indicição, relativo à ausência de fundamentação e especificação dos fatos e das respectivas provas, não se caracteriza como vício insanável apto a ensejar o reconhecimento da nulidade total do PAD desde o seu nascedouro, com a instauração de novo PAD, desprezando-se todos os atos anteriores, e a designação de nova Comissão, isto porque a declaração de nulidade do PAD pode ser parcial, hipótese em que a autoridade competente anulará o processo a partir de certo momento, determinando-se o refazimento dos atos anulados e o aproveitamento dos atos anteriores que não foram atingidos pelo vício insanável. 5. Não há que se falar, no caso concreto, de nulidade da repetição do membro da Comissão processante, tendo em vista não ter havido qualquer imputação ou mácula à conduta do referido servidor durante a primeira instrução, a qual foi anulada por falha no indiciamento e ausência de abertura de vista aos indiciados, deixando, desse modo, o impetrante de arguir qualquer nulidade em razão da repetição do referido membro da CPAD, conforme se observa das defesas administrativas acostadas aos autos. (...) 8. Segurança denegada. No recurso ordinário, o recorrente traz as seguintes alegações: (a) ante a anulação do processo administrativo disciplinar desde o termo de indiciamento, a comissão responsável deveria ter sido totalmente renovada para instaurar novo PAD (nos termos do art. 169 da Lei 8.112/1990), todavia, o processo apenas foi “reaberto” sob a presidência de quem havia composto a anterior comissão processante; (b) a nova comissão processante, ao invés de fazer novo relatório final conclusivo (nos termos do

art. 133, § 3º, da Lei 8.112/1990), fez apenas um relatório complementar; (c) após a anulação parcial, a nova comissão jamais poderia ter se valido da prova oral antiga sem repeti-la, limitando-se a ler os depoimentos anteriormente colhidos, daí a violação aos princípios do contraditório, da impessoalidade e da imparcialidade. Houve contrarrazões. A Procuradoria-Geral da República, em parecer, opina pelo desprovimento do recurso. 2. Sem razão o recorrente quanto às teses de que teria havido desrespeito ao art. 169 da Lei 8.112/1990, pois (a) houve reabertura do processo administrativo disciplinar após a sua parcial anulação (quando deveria ter ocorrido nova instauração do PAD); (b) a nova comissão processante foi presidida por quem havia participado da anterior. Primeiramente, é incontroverso nos autos que o PAD foi anulado apenas em parte. Nessas circunstâncias, seria um exagero promover a instauração de um outro processo quando é o bastante a simples ratificação dos atos não atingidos pela nulidade, prosseguindo-se o PAD a partir desse ponto. Nessa parte, o acórdão recorrido guarda consonância com antigo e sólido precedente do Plenário, assim ementado: Mandado de segurança. Servidor público. Penalidade de cassação da aposentadoria por improbidade administrativa e por aplicação irregular de dinheiros públicos. - Inexistência de nulidade do processo dirigido pela nova comissão processante, porquanto, além de não haver ofensa ao artigo 169 da Lei 8.112/90, não houve prejuízo para a impetrante. - Improcedência da alegação de ocorrência de prescrição. Interpretação da fluência do prazo de prescrição na hipótese de ser interrompido o seu curso (artigo 142, I e §§ 3º e 4º, da Lei 8.112/90). - Falta de demonstração da alegação vaga de cerceamento de defesa. - A alegação de que as imputações à impetrante são inconsistentes e não foram provadas, demanda reexame de elementos probatórios, o que não pode ser feito no âmbito estreito do mandado de segurança. - Inexistência do "bis in idem" pela circunstância de, pelos mesmos fatos, terem sido aplicadas a pena de multa pelo Tribunal de Contas da União e a pena de cassação da aposentadoria pela Administração. Independência das instâncias. Não aplicação ao caso da súmula 19 desta Corte. - Improcedência da alegação de que a pena de cassação da aposentadoria é inconstitucional por violar o ato jurídico perfeito. - Improcedência da alegação de incompetência do Ministro de Estado da Educação e do Desporto. Mandado de segurança denegado. (MS 22728, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, DJ 13-11-1998) Desse julgado, merece transcrição o seguinte trecho do voto condutor: (...) não há que se sustentar que, por se terem ratificados os atos válidos do processo primitivo e, apesar da nova instauração, mantido o seu número, sem os atos considerados nulos, o processo dirigido por essa nova comissão processante seja nulo, sob a alegação de ofensa ao artigo 169 da Lei 8.112/90 que, mesmo determinando que declarada a nulidade total ou parcial do processo se constitua nova comissão para a instauração de novo processo, não impede, evidentemente, no caso de nulidade parcial, que os atos válidos do primitivo sejam aproveitados por essa nova Comissão, nesse novo processo, porque, caso contrário, não teria sentido a distinção das hipóteses de declaração de nulidade parcial ou total do processo administrativo. Ademais, é de se considerar, ainda, que, depois de instaurado o novo processo, a ora impetrante – como acentuou o relatório final da Comissão (...) – foi intimada da decisão de ratificação dos atos válidos da Comissão anterior, inclusive dos seus motivos, e não fez qualquer protesto no sentido de que, com isso, sofreria prejuízo. Aliás, ainda quando da impetração, não alega ela ter sofrido qualquer prejuízo em sua defesa em razão dessa ratificação, sendo, pois, de aplicar-se o princípio, vigente no direito público, segundo o qual não há invalidade sem que haja prejuízo. Quanto ao outro ponto, relevantes a observações constantes do parecer do Subprocurador-Geral da República Paulo Gustavo Gonet Branco, que se adotam: (...) Conforme noticiado no acórdão recorrido, a defesa do impetrante não arguiu, em momento oportuno, impugnação à participação do referido servidor público na Comissão processante. De toda sorte, as Leis 8.112/90 e 9.784/99 não preveem como hipótese de impedimento ou suspeição o fato de o servidor ter participado de uma primeira comissão processante. Sendo taxativas em lei as hipóteses de impedimento, não há o alegado vício. O recurso ordinário, ademais, não trouxe argumentos novos, aptos para modificar o entendimento firmado na Corte Superior de Justiça sobre a não ocorrência de nulidade. O recorrente tampouco se

desincumbiu de demonstrar eventual prejuízo decorrente dos vícios arguidos. A circunstância impede, à luz do princípio “pas de nullité sans grief”, a declaração de nulidade pretendida (doc. 20, fl. 5). De fato, a nova participação de um Delegado de Polícia Federal como membro de comissão processante, por si só, não é suficiente para configurar a alegada nulidade, especialmente nas circunstâncias do caso, em que o PAD foi parcialmente anulado por vício de natureza formal que não tinha qualquer relação com a composição da comissão processante (o “termo de indiciamento” não estava adequadamente fundamentado, com especificação dos fatos e das respectivas provas). Com efeito, o que deu causa à parcial anulação do PAD foi o não atendimento das formalidades exigidas para a prática de um determinado ato, e não o comportamento da comissão processante, daí porque não tem relevância a nova participação do aludido servidor público como membro de comissão processante, mesmo na qualidade de presidente. 3. Não podem ser conhecidas as demais alegações ora trazidas (vícios na repetição de prova testemunhal e na elaboração do relatório final conclusivo), uma vez que se constituem indevida inovação recursal, com acréscimo de novas causas de pedir, o que não é cabível em sede de recurso ordinário. Nessa linha de consideração, citam-se: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INOVAÇÃO NAS RAZÕES RECURSAIS. IMPOSSIBILIDADE. (...). I. O recorrente não pode, nesse momento processual, deduzir matéria estranha aos argumentos arrolados na inicial do mandado de segurança. (...) V. Recurso ordinário em mandado de segurança a que se nega provimento. (RMS 32645, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe 07-05-2014) MANDADO DE SEGURANÇA - (...) INOVAÇÃO DO PEDIDO - IMPOSSIBILIDADE - (...) - RECURSO NÃO CONHECIDO. - Não é lícito ao impetrante, em sede recursal ordinária, inovar materialmente em sua postulação, para, nesta, incluir pedido formulado em bases mais amplas e com fundamento diverso daquele que foi originariamente deduzido quando do ajuizamento da ação de mandado de segurança. Precedente: RMS 21.045, Rel. Min. CELSO DE MELLO. (...) (RMS 22033, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, DJ 08-09-1995) 4. Com essas considerações, nego seguimento ao recurso (CPC, art. 557, caput). Publique-se. Intime-se. Brasília, 23 de fevereiro de 2016. Ministro Teori Zavascki Relator Documento assinado digitalmente (RMS 33965, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 23/02/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-036 DIVULG 25/02/2016 PUBLIC 26/02/2016).

Soma-se também o julgamento do STJ:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. AUDITOR FISCAL DA RECEITA FEDERAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. VARIAÇÃO PATRIMONIAL A DESCOBERTO. ARTS. 132, IV E 137, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8.112/1990. PRELIMINARES PROCESSUAIS REJEITADAS. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE VÍCIO INSANÁVEL A JUSTIFICAR A DESIGNAÇÃO DE NOVA COMISSÃO PROCESSANTE. ART. 169 DA LEI 8.112/1990. INOCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZOS À DEFESA. ALEGADA PARCIALIDADE DA COMISSÃO DE INQUÉRITO. NÃO COMPROVAÇÃO. SEGURANÇA DENEGADA.

1. Pretende o impetrante, ex-Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, a concessão da segurança para anular a portaria demissória, diante da existência de nulidades do PAD 10980.003262/2008- 59, posto que, a despeito da autoridade coatora ter reconhecido a existência de vícios insanáveis no referido PAD, decorrentes da juntada de documentos acobertados pelo sigilo bancário e a ocorrência de cerceamento do direito de defesa em razão do indevido desentranhamento dos autos de documentos apresentados pela defesa e essenciais para o julgamento da lide administrativa, deixou de determinar a designação de outra comissão processante, o que implicaria na violação dos princípios da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal, da imparcialidade, do art. 169 da Lei 8.112/1990 e dos arts. 18 e 19 da Lei 9.784/1999.

2. Preliminares processuais rejeitadas. O exame da controvérsia dispensa dilação probatória, estando o feito regularmente instruído com as cópias do PAD, o que é suficiente para exame das alegações de nulidade; não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que a causa de pedir invocada na inicial cinge-se unicamente a existência de vícios de regularidade do PAD, dispensando-se o exame dos fatos e das irregularidades apuradas; a inexistência de litispendência com o Mandado de Segurança 5002849-71.2011.404.7000/PR, diante da ausência do requisito da tríplice identidade.

3. Dispõe o art. 169 da Lei 8.112/1990 que "verificada a ocorrência de vício insanável, a autoridade que determinou a instauração do processo ou outra de hierarquia superior declarará a sua nulidade, total ou parcial, e ordenará, no mesmo ato, a constituição de outra comissão para instauração de novo processo".

4. "O art. 169 estipula que, na ocorrência de vício insanável, a autoridade que determinou a instauração do processo, ou outra de hierarquia superior, anulará o processo administrativo disciplinar, total ou parcialmente, além de determinar a constituição de outra comissão para instaurar de novo processo. [...] O vício insanável é aquele que macula todo o procedimento, gerando nulidade de todos os atos subsequentes, e que não poderão ser supridos de ofício ou a requerimento do interessado. No caso de nulidade parcial, as peças processuais não anuladas serão consideradas como novo processo, refazendo as demais a partir do momento da anulação. As nulidades absolutas, que são aquelas indicadas em lei, não podem ser sanadas ou convalidadas, devendo ser decretadas tão logo arguidas ou reconhecidas e até mesmo independentemente da vontade das partes. As nulidades absolutas são oponíveis em qualquer fase do processo e mesmo após a sua conclusão, e até por quem não tenha legítimo interesse ou por parte de quem lhes tenha dado causa" (MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Lei nº 8.112/90 interpretada e comentada. 5. ed. rev. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2010, p. 1151/1153).

5. Os vícios suscitados pela impetrante não são suficientes a ensejar o reconhecimento da nulidade do PAD pela autoridade coatora, com a designação de nova Comissão de Inquérito, na forma do art. 169 da Lei 8.112/1990, haja vista que os vícios apontados eram passíveis de supressão, com o desentranhamento dos documentos acobertados pelo sigilo bancário e a juntada aos autos daqueles documentos desentranhados indevidamente do PAD, com o seu exame pela Comissão processante, conforme aconteceu.

6. Os vícios em questão não foram aptos a causar prejuízo à defesa, posto que houve o regular desentranhamento dos documentos acobertados pelo sigilo bancário, além de ter ocorrido a juntada aos autos do PAD, antes da sua indicição e julgamento, daqueles documentos apresentados pela defesa do impetrante e que, segundo alega, seriam essenciais para o julgamento da lide administrativa, tudo a afastar a alegação de violação do direito ao contraditório e à ampla defesa.

7. O impetrante não logrou demonstrar a parcialidade da Comissão de Inquérito ao argumento de que teriam formado um juízo de valor antes do julgamento, especialmente quando restou evidenciado que os documentos acobertados pelo sigilo bancário foram desentranhados do PAD logo no seu início, hipótese esta que evidencia que a Comissão não teve oportunidade de formar o seu convencimento com base em tais documentos, bem como tendo em vista que o desentranhamento dos documentos apresentados pela defesa se deu por equívoco da Comissão, conforme bem consta das informações, sem nenhuma má-fé, o que também afasta qualquer alegação de imparcialidade da Comissão de inquérito, a ensejar o reconhecimento da ofensa ao contraditório e à ampla defesa, ao devido processo legal e ao princípio da imparcialidade.

8. Segurança denegada. (MS 18.508/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/04/2015, DJe 16/04/2015)

Na realidade, a extensão da declaração da nulidade dependerá do momento processual em que tenha ocorrido o vício dito insanável. Se tiver ocorrido já a partir dos atos iniciais do PAD (instauração por autoridade incompetente ou ausência de notificação inicial,

por exemplo), não haverá outra alternativa à autoridade julgadora que não declarar a nulidade total do processo, para refazimento de todos os atos.

No entanto, “em virtude do princípio constitucional da eficiência e também por força do informalismo moderado, não se decretam nulidades processuais senão quando inevitável, especialmente em face do cerceamento e prejuízo ocasionado ao direito de defesa, na linha de compreensão da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.” (CARVALHO, 2016, Pg. 1627).

Assim, se o vício for sanável, motivador de nulidade relativa, apesar de produzido em contrariedade ao ordenamento jurídico, pela irrelevância do defeito, é mister reconhecer que o dever de convalidar é superior ao de anular, de forma que a autoridade julgadora pode recebe-lo como se regular fosse.

Dessa forma, ainda que não conste dos autos notificação/intimação para a prática de atos no PAD, em razão da não juntada do documento produzido e entregue pela Comissão Processante, mas o acusado tenha comparecido ao processo e suprido a ausência da notificação/intimação, participando de toda a produção probatória e exercendo plenamente seu direito à ampla defesa e contraditório, não haveria que se falar em nulidade do processo disciplinar, podendo a autoridade julgadora considerar sanado o vício, uma vez que a finalidade do ato foi atingida (cientificar o servidor) sem que tenha havido prejuízo ao acusado, embora a formalidade da juntada da cópia da notificação/intimação não tenha sido cumprida.

É claro que não está aqui defendendo que a autoridade julgadora deva desconsiderar vícios insanáveis do processo para, a todo custo, prolatar uma decisão condenatória em desfavor do acusado. Pelo contrário, sempre que pairar dúvida acerca da sanabilidade ou não de um determinado vício, tratando-se de processo de cunho sancionador, é fundamental que a autoridade competente priorize a aplicação do *in dubio pro reo* para considerar o vício como insanável e determinar o refazimento do ato viciado, bem como daqueles que lhe sejam necessariamente dependentes.

Conforme entende Sandro Lúcio Dezan (2017):

(..) o fim do processo não pode ser compreendido como o alcance da suposta ‘verdade’ a qualquer custo, mormente porque sem o instrumento jurídico formal adequado, o que ocorre é, de fato, o afastamento desses propósitos de verdade e de justiça do Direito.” “O meio, o processo e o procedimento são os instrumentos concebidos pelo Estado Democrático de Direito para, exempli gratia, a solução aceitável da lide e, deveras, para o sentimento de conformismo do condenado com o resultado da atividade administrativa e com a qualidade e quantidade da sanção a ser cominada.

Nesse mesmo sentido, Antônio Carlos Alencar Carvalho (2007):

A aplicação dos princípios do formalismo moderado e da instrumentalidade das formas e a rápida e eficaz solução do processo administrativo, portanto, de um lado, não podem resultar na violação das garantias inerentes ao contraditório e à ampla defesa, como o dever de motivação, o respeito a prazos e o deferimento do direito de formular alegações e defesa, enquanto, de outro, o controle da regularidade formal do feito punitivo disciplinar não poderá imputar nulidades, como regra geral, sem prova de efetivo prejuízo para a defesa, evitando-se a sacralidade procedimental, mas sim a instrumentalidade como parâmetro de aferição em torno de apreciação de vícios processuais.

Considerações Finais

Assim, entendemos que a melhor decisão a ser tomada pela autoridade julgadora quando procede à análise da regularidade formal do processo administrativo disciplinar que tem em mãos é aquela que consiga realizar, no caso concreto, uma harmônica e racional ponderação entre os postulados aqui mencionados (primazia do mérito, instrumentalidade das formas e prejuízo), o devido processo legal e a eficiência administrativa, sem sacrificar as garantias fundamentais de ampla defesa e contraditório do servidor acusado, para obtenção de uma decisão meritória final justa e efetiva.

Referências Bibliográficas:

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 22 mai. 2018.

_____. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. BRASIL. In: *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 24. ed. São Paulo: Ed. Rideel, 2017. Pg. 409-410.

_____. LEI Nº 8.112, DE 11 DE DEZEMBRO DE 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm. Acesso em: 27 mai. 2018.

_____. LEI Nº 9.784 , DE 29 DE JANEIRO DE 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/19784.htm. Acesso em: 27 mai. 2018.

_____. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 17 mai. 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O princípio da primazia da resolução do mérito e o Novo Código de Processo Civil. Disponível em :<http://genjuridico.com.br/2015/10/07/o-principio-da-primazia-da-resolucao-do-merito-e-o-novo-codigo-de-processo-civil/>. Acesso em 15 de mai. 2018.

CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância. 5. ed. rev. Atual. e aum. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. O princípio do informalismo moderado no processo administrativo disciplinar. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10703/o-principio-do-informalismo-moderado-no-processo-administrativo-disciplinar>. Acesso em: 01 de jun. 2018.

COSTA. José Armando da. Processo administrativo disciplinar: teoria e prática. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

DEZAN. Sandro Lucio. Nulidades no Processo Administrativo Disciplinar – À Luz das Teorias Gerais do Processo e do Ato Administrativo – De acordo com o Novo CPC. Curitiba: Juruá, 2017.

DIDIER JR. Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 20. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.

LESSA, Sebastião José. Temas práticos de direito administrativo disciplinar. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 4. ed. rev. Ampl e atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016.

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 8 ed. rev e atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Nulidades. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/sobre/perguntas-frequentes/atividade-disciplinar/nulidades#3>. Acesso em: 26 de mai. 2018.

MOREIRA, Egon Bockmann. O impacto do CPC/2015 nos processos administrativos: uma nova racionalidade. In: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/o-impacto-do-cpc-2015-nos-processos-administrativos-uma-nova-racionalidade>. Acesso em 21 de mai. 2018.

TEIXEIRA, Danielle Felix. A aplicação do postulado do pas de nullité sans grief ao processo administrativo. In: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-aplicacao-do-postulado-do-pas-de-nullite-sans-grief-ao-processo-administrativo,48530.html>. Acesso em: 27 de mai. 2018.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Volume I. 59ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

WAMBIER, Luiz R. TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil. Vol. 1. 16ª Edição. Editora Revista dos Tribunais. 2016.