

O PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS APLICADO AO DIREITO ADMINISTRATIVO CASTRENSE

Wagner Sobreira Schuvitzki¹

RESUMO

Este trabalho visa demonstrar a importância do princípio da instrumentalidade das formas durante a realização de processos administrativos junto à administração pública militar e sua adequação com outros princípios constitucionais.

Palavras-chave: Princípios da instrumentalidade das formas. Direito Administrativo Castrense.

¹ Bacharelado em Direito. UNIMONTES – Universidade Estadual de Montes Claros. Bacharel em Ciências Militares – Área de Defesa Social. Oficial da Polícia Militar de Minas Gerais.

1 INTRODUÇÃO

No âmbito do direito administrativo militar, alguns processos administrativos são extintos ou postergados por pedidos da defesa, de cunho meramente protelatórios, com a finalidade de se alcançar a prescrição da pretensão punitiva castrense, fazendo com que militares transgressores não sejam punidos disciplinarmente por infrações funcionais cometidas.

Este trabalho vai verificar até que ponto alguns princípios constitucionais, como por exemplo, a ampla defesa e o contraditório, podem ser utilizados de forma abusiva, para protelar processos administrativos, contrariando outros princípios constitucionais, de são menos importância, como a supremacia do interesse público sobre o privado e o informalismo moderado.

Será que o imperativo da sacralidade das formas pode ser utilizado como subterfúgio para corromper o regular andamento da administração da justiça e disciplina? Ou precisamos preservar a instrumentalidade delas, de sorte que os atos processuais produzem efeitos jurídicos regulares se, apesar de não observada certa procedimentalidade, a finalidade a que destinados tenha sido alcançada?

Com base nessas perguntas, faremos uma análise doutrinária, da legislação institucional da Polícia Militar de Minas Gerais (PMMG), das decisões dos Tribunais Superiores, do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais (TJM) e de alguns princípios importantíssimos, dentre eles, o princípio do "*pas de nullité sans grief*", para responder as indagações elencadas acima.

2 EXTINÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO

Os atos administrativos são produzidos com a finalidade de desencadear efeitos na ordem jurídica, criando, resguardando, transferindo, modificando, extinguindo e declarando direitos, ou impondo obrigação aos administrados ou a si própria. Ademais, há casos em que o ato sequer chega a desencadear seus efeitos típicos, seja porque antes do seu nascimento a Administração ou o Judiciário os fulmina, seja porque particulares beneficiários destes atos os recusam. (MELLO, 2004, p. 412).

A extinção do ato administrativo se dá por diversas formas, dentre elas: revogação, anulação e convalidação. Na revogação a Administração, por razões de oportunidade e conveniência, estingue um ato válido, produzindo efeitos “*ex nunc*” (não retroativos), pois foi produzido em conformidade com a lei, conforme ensina (DI PIETRO, 2004, p. 238). Esta forma de extinção é privativa da Administração Pública, não podendo o Judiciário revogar qualquer ato administrativo, sendo que os atos exauridos que já produziram seus efeitos (direito adquirido) não mais poderão ser revogados e que os atos vinculados também não podem ser revogados.

Na anulação, também chamado de invalidação, é a extinção do ato administrativo por razões de ilegalidade (contrariedade à lei). Para Meirelles (1997, p. 123) “...anulação é a declaração de invalidação de um ato administrativo ilegítimo ou ilegal, feita pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário (desde que provocado). Baseia-se, portanto, em razões de legitimidade ou legalidade, diversamente da revogação, que se funda em motivos de conveniência ou de oportunidade.”. O autor ainda assevera que por ilegalidade não se deve entender somente a clara infringência do texto legal, mas também, o abuso, por excesso ou desvio de poder, ou por relegação dos princípios gerais do direito, conforme veremos mais a frente.

Ao contrário da revogação, a anulação produz efeitos “*ex tunc*”, retroagindo ao surgimento do ato no mundo jurídico e gera a produção de um ato vinculado, devido à imposição legal de anulação do ato ilegítimo, fazendo assim um controle de

legalidade sobre a Administração Pública. A lei estadual nº 14184/02, que dispõe sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual, prevê expressamente que: “Art. 64 A Administração deve anular seus próprios atos quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.”.

Existe também a convalidação, também chamada de saneamento, no qual é suprido o vício existente em um ato ilegal, ou seja, trata-se da existência de um vício sanável, com efeitos retroativos à data em que este foi praticado. A convalidação é efetivada pela própria Administração, sendo vedado ao Poder Judiciário convalidar os atos emitidos pela Administração Pública. Diante da possibilidade de convalidar um ato administrativo o administrador deverá ponderar acerca do que será melhor para a coletividade: a permanência do ato regularizado ou a sua invalidação, gerando, portanto, um ato discricionário.

Caso a administração pública, constate que houve alguma irregularidade durante o trâmite do processo administrativo castrense, deve-se convalidar o ato administrativo, recorrendo-se a Súmula 473 do STF, e a lei estadual nº 14184/02 que estabelecem:

SÚMULA Nº 473

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Lei Estadual nº 14184/02

CAPÍTULO XVI

Da Anulação, da Revogação e da Convalidação

Art. 66 Na hipótese de a decisão não acarretar lesão do interesse público nem prejuízo para terceiros, os atos que apresentarem defeito sanável serão convalidados pela Administração.

Entretanto, no informativo nº641, mais especificamente no julgamento do RE nº594296, a Ministra Carmen Lúcia do Supremo Tribunal Federal (STF) propôs a revisão do Verbete 473 da Súmula do STF, conforme parte retirada:

[...] “A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”), com eventual alteração do seu enunciado ou com a concessão de força vinculante, **para que seja acrescentada a seguinte expressão “garantidos, em todos os casos, o devido processo legal administrativo e a apreciação judicial”**. Advertiu que, assim, evitar-se-ia que essa súmula fosse invocada em decisões administrativas eivadas de vícios. [...] (grifo nosso)

Portanto, caso a Administração Militar constate que houve a existência de um vício sanável, deve ela convalidar o ato, respeitando interesse público, produzindo efeitos retroativos até à data em que este foi praticado, procurando dessa forma não prejudicar em demasia todo um processo administrativo em curso.

Para a anulação do ato ilegal não se exigem formalidades especiais, nem há prazo determinado para a invalidação, salvo quando norma legal o fixar expressamente. O essencial é que a autoridade que o invalidar demonstre, respeitando o devido processo legal, a nulidade que foi praticada. Evidenciada a infração à lei, fica justificada a anulação administrativa. É interessante rememorar que os atos administrativos nulos ficam sujeitos à invalidação não só pela própria Administração como, também, pelo Poder Judiciário, desde que levados à sua apreciação pelos meios processuais cabíveis que possibilitem o pronunciamento anulatório, em face do que está preceituado no art. 5, inciso XXXV da Constituição Federal (CF), que estabelece que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder judiciário lesão ou ameaça a direito. A justiça somente anula atos ilegais, não podendo revogar atos inconvenientes ou inoportunos, mas formal e substancialmente legítimos, porque isto é atribuição exclusiva da Administração.

Desde que a Administração reconheça que praticou um ato contrário ao Direito vigente, cumpre-lhe anulá-lo, e quanto antes, para restabelecer a legalidade administrativa. Se não fizer, poderá o interessado pedir ao judiciário que verifique a ilegalidade do ato e declare sua invalidade, através da anulação. A doutrina tem sustentado que não há prazo para anulação do ato administrativo, mas a jurisprudência vem atenuando o rigor dessa afirmativa, para manter atos ilegítimos

praticados e operantes há longo tempo e que já produziram efeitos perante terceiros de boa-fé. Esse entendimento jurisprudencial arrima-se na necessidade de segurança e estabilidade jurídica na atuação da administração. Também não se justifica a anulação de atos defeituosos na sua tramitação interna, pois ao particular não se impõe a obrigação de fiscalizar a conduta do Poder Público. Aplicam-se, em tais casos, a presunção de legitimidade e a doutrina da aparência, que leva o administrado a confiar na legalidade dos atos da Administração.

O poder disciplinar incide sobre a responsabilidade administrativa do servidor e é correlato ao poder hierárquico, mas com ele não se confunde. Representa a faculdade de punir internamente as infrações funcionais dos servidores, podendo ter um aspecto vinculado e outro discricionário, sendo que o primeiro se refere à obrigação que o Estado tem de punir e o segundo na prudência do administrador em aplicar a sanção cabível ao caso concreto.

A apuração regular da falta disciplinar é indispensável para a legalidade da punição interna da Administração; primeiramente deve-se apurar a falta, pelos meios legais compatíveis com a gravidade da pena a ser imposta, dando-se oportunidade de defesa ao acusado, sendo tais requisitos fundamentais, sem o qual se torna ilegítima e invalidável a punição. A motivação da punição disciplinar é sempre imprescindível para a validade da pena; não se pode admitir como legal a punição desacompanhada de justificativa da autoridade que a impõe. Destina-se a evidenciar a conformação da pena com a falta e permitir que se confira a todo tempo a realidade e a legitimidade dos atos ou fatos ensejadores da sanção administrativa.

Por ser uma decisão administrativa, a mesma precisa ser motivada formalmente, vale dizer que a parte dispositiva deve vir precedida de uma explicação ou exposição dos fundamentos de fato, que ensejam o ato, e de direito, os preceitos jurídicos que autorizam sua prática. No direito administrativo a motivação deverá constituir norma, não só por razões de boa administração, como porque toda autoridade ou Poder, em um Estado Democrático de Direito, deve explicar legalmente, ou juridicamente, suas decisões.

Alguns atos administrativos oriundos do poder discricionário, a justificação será dispensável, bastando apenas evidenciar a competência para o exercício desse poder e a conformação do ato com o interesse público, que é pressuposto de toda atividade administrativa. Em outros atos administrativos, porém, que afetam o interesse individual do administrado, a motivação é obrigatória, para o exame de sua legalidade, finalidade e moralidade administrativa.

Mesmo nascendo com uma presunção de legitimidade, decorrente do princípio da legalidade da Administração, os atos administrativos responde a exigências de celeridade e segurança das atividades do Poder Público, que não poderiam ficar na dependência da solução de impugnação dos administrados, quanto à legitimidade de seus atos, para só após dar-lhes execução.

Outra consequência desta é a transferência do ônus da prova de invalidade do ato administrativo para quem a invoca. Cuide-se de arguição de nulidade do ato, por vício formal ou ideológico, a prova do defeito apontado ficará sempre a cargo do impugnante, e até sua anulação o ato terá plena eficácia. Portanto cabe a transgressor demonstrar que determinado ato administrativo, como por exemplo, um despacho de um Encarregado indeferindo um requerimento, seja inválido.

Concluimos, portanto, que a própria seção responsável ou o Encarregado podem, com o devido respeito ao devido processo legal administrativo, convalidar seus atos com vícios sanáveis, anulando os ilegais e revogando aqueles inconvenientes e inoportunos, respeitando os direitos adquiridos. Caso o prejudicado entenda que aquele ato revalidado não tem amparo legal e jurisprudencial, é necessário que ele recorra ao Poder Judiciário, que fará um controle de legalidade e constitucionalidade das decisões tomadas.

3 LEGISLAÇÃO INSTITUCIONAL DA POLÍCIA MILITAR DE MINAS GERAIS

No âmbito da PMMG, há normas internas que estabelecem os procedimentos a serem observados durante a realização de processos administrativos, desde Relatórios de Investigações Preliminares que visam buscar informações ou provas preliminares, até Processos Administrativos Disciplinares que decidem sobre a incapacidade do militar permanecer na situação de atividade ou inatividade.

Dentre as legislações institucionais previstas, nós podemos citar algumas que aplicam o princípio da instrumentalidade das formas, principalmente no que diz respeito a pedidos abusivos da defesa, com relação à juntada de provas, que podem ser indeferidos pelo Encarregado do processo. A própria Instrução de Corregedoria nº01 / 05, estabelece:

CAPÍTULO I Da Sindicância Regular

Art. 5º A defesa prévia, nas sindicâncias em que houver a necessidade da etapa acusatória, é o momento oportuno para que o sindicato apresente suas testemunhas de defesa e indique os meios de prova que pretende usar para demonstrar sua inocência. Referida circunstância deverá ser esclarecida ao sindicato, formalmente, quando da notificação para defesa prévia (vide Instrução de Recursos Humanos nº. 310/04-DRH).

§ 1º O sindicato ou sindicatos poderão, logicamente, apresentar outras testemunhas ao longo da elaboração da sindicância. É inadmissível; entretanto, a apresentação não justificada de testemunhas no momento ou após a apresentação das Razões Escritas de Defesa (RED). **As RED destinam-se a possibilitar que o sindicato exerça sua última oportunidade de defesa, e o sindicante somente poderá aceitar apresentação de novas testemunhas ou provas neste momento, em caráter excepcional, caso o interessado ou interessados motivem e fundamentem o pedido, demonstrando que não foi possível produzir as provas testemunhais, documentais ou periciais solicitadas em momento anterior. Havendo justificativa relevante o pedido deverá ser acatado.** (grifo nosso)

É consabido, portanto, que as pretensões da defesa devem ser analisadas com cuidado, devendo ser verificado se os pedidos estão fundamentados e, caso não esteja, devem ser indeferidos, com a devida motivação, e a parte que agiu de má-fé

deve ser responsabilizada administrativamente por isso, conforme preceitua a própria Instrução de Corregedoria supracitada e Memorando Circular nº 015 /03 da DRH:

Instrução de Corregedoria nº01 / 05

CAPÍTULO III Da Comunicação Disciplinar

Art. 46. O militar, em suas RED, poderá usar em sua plenitude o direito irrestrito da ampla defesa e do contraditório, desde que não atente contra os princípios da hierarquia e disciplina, pois poderá ser responsabilizado pelos excessos que cometer. (grifo nosso)

Memorando Circular nº 015 /03 – DRH

[...] O exercício irrestrito da ampla defesa e do contraditório, assegurado pelo art. 5^a, inciso LV, da Constituição Federal, garante ao militar, acusado de prática de transgressão disciplinar, a possibilidade de apresentar, por si próprio ou através de defensor constituído, provas capazes de justificar ou comprovar sua inocência, ante ao que fora imputado em seu desfavor.

Ressalta-se, entretanto, que **a amplitude deste direito limita-se à defesa da acusação formulada ao infrator, não devendo este aventurar-se por outros caminhos que, além de não alcançar o objetivo almejado, pode acarretar-lhe responsabilidades decorrentes de declarações inverídicas**, sejam elas proferidas pelo próprio militar ou pelo defensor constituído. [...] (grifo nosso)

Diante do exposto, é necessário que o militar, ao exercer em sua plenitude o direito à ampla defesa e ao contraditório, deve ele se restringir aos aspectos técnicos da defesa, sem olvidar dos preceitos éticos, legais e disciplinares que o circundam. Se constatado que o recorrente se extrapolou na defesa, deve ser punido disciplinarmente por isso.

A lei estadual nº14184/02, no seu art. 23 esclarece que: “Os atos de instrução do processo se realizam de ofício, por iniciativa da Administração, sem prejuízo do direito do interessado de produzir prova.”. Por conseguinte, os atos praticados dentro de um processo administrativo realizam-se de ofício, por iniciativa da Administração, ou seja, são atos de ofício, pois se compreendem nas atribuições próprias do cargo ou função, ou em sua competência, correspondendo assim a um ato administrativo.

Sendo assim, o militar que utiliza de defesas com a finalidade de protelar processos administrativos deve responder disciplinarmente pela transgressão disciplinar grave capitulada no art. 13, inciso XVI do Código de Ética e Disciplina Militar:

Código de Ética e Disciplina Militar

Transgressões Disciplinares CAPÍTULO I Definições, Classificações e Especificações

Art. 13 – São **transgressões** disciplinares de natureza **GRAVE**:

(...)

XVI – **retardar**² ou deixar de praticar, **indevidamente, ato de ofício**; (grifo nosso)

Além das legislações mencionadas, notamos em outras normas internas que a intenção é demonstrar que os pedidos realizados devem ser devidamente fundamentados e, caso seja desprovidos de plausibilidade, o próprio encarregado do processo deve indeferir essa pretensão inviável. Basta analisar os próximos preceitos normativos:

Decisão Administrativa nº 36/2002

[...] A defesa prévia, embora de caráter facultativo, caracteriza-se pelas primeiras alegações do sindicado em relação ao fato disciplinar de que é acusado, momento que poderá solicitar diligências e apresentar rol de testemunhas (vide Art. 31, XI e XII, do MAPPAD). **O sindicante, após análise do(s) pedido(s), poderá deferir ou indeferir a pretensão do sindicado, motivando sua decisão através de despacho que será juntado aos autos da sindicância.** [...] (grifo nosso)

Código de Ética e Disciplina Militar - Lei nº 14.310/02

CAPÍTULO III Execução

Art. 35 – No PADS, as razões escritas de defesa deverão ser apresentadas pelo acusado ou seu procurador legalmente constituído, no prazo de cinco dias úteis do final da instrução.

§ 1º – **É assegurada a participação da defesa na instrução, por**

² causar adiamento, protelação; adiar, procrastinar (Dicionário Houaiss).

meio do requerimento da produção das provas que se fizerem necessárias, cujo deferimento ficará a critério da autoridade processante, e do arrolamento de até cinco testemunhas. (grifo nosso)

Resolução nº 3666/02

Aprova o Manual de Processos e Procedimentos Administrativos-Disciplinares da Polícia Militar de Minas Gerais (MAPPAD/PM), para primeira edição.

Capítulo XIV - DO PROCESSO ADMINISTRATIVO-DISCIPLINAR SUMÁRIO

Art. 192 - A defesa poderá requerer formalmente a produção de provas que se fizerem necessárias para instrução do PADS.

Parágrafo único - **A autoridade processante analisará o requerido e deferirá ou não o pedido, motivando sua decisão através de despacho que será juntado aos autos. (grifo nosso)**

Portanto, praticamente em todos os ritos procedimentais adotados pela PMMG, na apuração de transgressões disciplinares, é possível verificar que tanto o Encarregado do ato, quanto a Seção responsável, deve analisar os pedidos da defesa e, caso seja constatado que se passa de um artifício para postergar o processo, deve indeferi-los fundamentando seu despacho. Não podemos olvidar que caso seja constatado que o recurso utilizado, teve a finalidade de postergar o processo, deve ainda o recorrente responder disciplinarmente por isso.

4 O PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS E SUAS APLICAÇÕES

Não somente a legislação institucional da PMMG prevê a aplicabilidade do princípio, mas outras normas também, como a lei federal nº 9784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, assim como a lei estadual nº 14184/02, preveem expressamente o princípio da instrumentalidade das formas:

Lei Estadual nº 14184/02

CAPÍTULO I Disposições Preliminares

Art. 5º Em processo administrativo serão observados, dentre outros, os seguintes critérios:

(...)

VII adoção de forma que garanta o adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos das pessoas; (grifo nosso)

Lei federal nº 9784/99

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados; (grifo nosso)

A doutrina também se posiciona favoravelmente ao informalismo moderado, estabelecendo que os processos administrativos só podem ser declarados nulos, caso os vícios não afetem atos essenciais que possam causar prejuízo para a defesa. Paixão Júnior (2002, p.56), esclarece que o raciocínio que leva à aplicação do princípio é o seguinte: “...se ocorrer desrespeito a uma exigência formal e, ainda assim, o ato processual tiver atingido a finalidade para a qual a forma tiver sido estabelecida, ele será eficaz, pois o formalismo não é um fim em si próprio, ao contrário, a criação do procedimento visa à garantia da liberdade das partes”.

Carvalho (2007, p. 5) também diz que:

[...] Não se deve decretar, em virtude do princípio do informalismo moderado, a nulidade do processo administrativo disciplinar se os atos contaminados de defeitos procedimentais não alteram a valia de outros atos essenciais e desde que o julgamento não tenha sido afetado pelos vícios apontados. [...] As formas se prestam a assegurar segurança e previsibilidade aos administrados e ao processo administrativo. Pelo princípio do informalismo moderado, um processo deve privilegiar os fins, e não as formas. Não se pode sacrificar a verdade para, por exemplo, atender a um prazo cuja fatalidade não seja relevante. [...] (CARVALHO, 2007, p. 3)

O princípio do informalismo moderado não exclui, todavia, o dever de respeito àquelas formalidades consideradas essenciais para os direitos dos administrados, como a observância de prazos mínimos de antecedência nas notificações para a prática de atos processuais administrativos, salvo se não houver prejuízo para a defesa e o fim do ato for satisfeito, apesar do defeito procedimental.

Impende ressaltar, contudo, que o referido princípio não pode servir de escudo para que seja prejudicado, dolosa ou mesmo culposamente, o pleno exercício do direito de defesa pelo acusado, em virtude do princípio do devido processo legal, que enuncia o dever de observância das formas e solenidades legalmente estipuladas, tanto que são critérios fundamentais de atuação no processo administrativo, a observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados e a adoção de formas simples, mas suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos militares.

Nesse particular, se o servidor ou o próprio advogado deste, por exemplo, recebe uma notificação por telefone, com pouco mais de uma hora de antecedência da prática de um determinado administrativo, deve o causídico se recusar a comparecer ao ato processual, se entender que há prejuízo para a defesa, em face da falta de tempo para elaborar uma estratégia de defesa e uma preparação tática defensiva, para a coleta de elementos junto ao prejudicado ou acerca de quem seja o depoente e sua relação possível com os fatos objeto de apuração no processo administrativo disciplinar.

4.1 O Princípio do "pas de nullité sans grief"

O princípio da instrumentalidade das formas abarca também o princípio do "pas de nullité sans grief" que significa: não haverá nulidade sem prejuízo; bem como ao informalismo, sendo que se o ato, mesmo praticado de outra forma, atendeu o objetivo, é válido. Para analisar a aplicabilidades desses princípios, precisamos conciliá-los com outros, e fazer uma análise de sua aplicabilidade na jurisprudência.

Mello (2004, p. 152) ensina que “a Administração não poderá ater-se a rigorismos formais ao considerar as manifestações do administrado” [...],” o procedimento administrativo atende a dois objetivos: a) resguardar os administrados, e b) concorre para uma atuação administrativa mais clarividente”. Mas é necessário analisar o caso em concreto, para que não possamos verificar um ato administrativo, proporcionando uma simbiose entre os princípios em conflito.

A lei estadual nº 14310/02, que traz o Código de ética e Disciplina Militar (CEDM), dita no art. 63 que “...A nulidade do processo ou de qualquer de seus atos verificar-se-á quando existir comprovado cerceamento de defesa ou prejuízo para o acusado, decorrente de ato, fato ou omissão que configure vício insanável.”. A própria norma da PMMG, que tem a função de definir, especificar e classificar as transgressões disciplinares e estabelecer normas relativas a sanções disciplinares da PMMG, já prevê o princípio em pauta.

Ao verificar algumas decisões dos nossos Tribunais Superiores, podemos observar na prática, como eles aplicam os referidos princípios. A própria Súmula 523 do STF estabelece que “**No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.**”. Destarte, o processo penal acaba homenageando o princípio da instrumentalidade das formas, mas podemos notar também que essa súmula não pode deixar de ser aplicada no processo administrativo, conforme o RMSnº32849/ES da Segunda Turma do STF, no qual o Ministro Herman Benjamin

faz alusão ao verbete supracitado, produzindo uma analogia entre o Direito Processual Penal e o Direito Processual Administrativo:

Processo **RMS 32849 / ES**

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA
2010/0160083-1 Relator(a) Ministro HERMAN BENJAMIN (1132)
Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento
26/04/2011 Data da Publicação/Fonte DJe 20/05/2011

Ementa

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. **PROCESSO ADMINISTRATIVO-DISCIPLINAR. VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NÃO VERIFICADA.** AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA.

1. Trata-se de demissão da recorrente, após regular processo administrativo, em função de afirmado desvio de numerários na Contadoria da Comarca de Fundão por meio de fraudes que acarretaram o não-recolhimento aos cofres públicos de importâncias derivadas do ITCD.

2. O processo administrativo disciplinar observou o contraditório e a ampla defesa. A parte foi intimada dos atos processuais e teve oportunidade de se manifestar sobre a fundamentação que conduziu à sua demissão.

3. **Inexiste nulidade sem prejuízo. Se é assim no processo penal, com maior razão no âmbito administrativo.** A recorrente teve acesso aos autos do processo administrativo disciplinar, amplo conhecimento dos fatos investigados, produziu as provas pertinentes e ofereceu defesa escrita, o que afasta qualquer alegação relativa à ofensa ao devido processo legal e à ampla defesa. **Eventual nulidade no processo administrativo exige a respectiva comprovação do prejuízo sofrido, hipótese não configurada na espécie, sendo, pois, aplicável o princípio pas de nullité sans grief.**

4. Nos termos da Súmula Vinculante 5/STF, a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo não ofende a Constituição Federal, desde que seja concedida a oportunidade de ser efetivado o contraditório e a ampla defesa, como no caso.

5. Ausência de argumentação que desabone os atos da Comissão Processante. Não houve indício de fato que conduzisse a decisão imparcial ou a técnica tomada contra a recorrente.

6. O Termo de Indiciamento e o Relatório Final da Comissão Processante foram suficientemente fundamentados, com base nas provas produzidas nos autos.

7. Recurso Ordinário não provido. (grifo nosso)

Podemos notar que os Tribunais Superiores e o TJM tem um entendimento inequívoco e pacífico de que somente pode ser alegada a violação do princípio da ampla defesa e do contraditório, quando é demonstrado o efetivo prejuízo que determinado ato administrativo venha a causar na parte recorrente, conforme os

outros precedentes elencados abaixo:

Informativo nº 0415

Período: 9 a 13 de novembro de 2009. Terceira Seção PROCESSO DISCIPLINAR. PROCEDIMENTO.

A Seção, ao prosseguir o julgamento, por maioria, entendeu que a notificação para a audiência de oitiva de testemunha no processo administrativo disciplinar deve ser realizada com antecedência mínima de três dias (art. 41 da Lei n. 9.784/1999, aplicada subsidiariamente a Lei n. 8.112/1990). Quanto à presença de advogado, aplicou a súmula vinculante n. 5 do STF, que dispõe: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”. Logo não há que se falar em prejuízo à amplitude da defesa e ofensa ao contraditório. Por fim, entendeu que **o excesso de prazo para a conclusão do processo administrativo disciplinar não é causa de sua nulidade quando não demonstrado prejuízo à defesa do servidor**. MS 12.895-DF, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 11/11/2009. (grifo nosso)

Processo RMS 22344 / AM

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2006/0156392-1 Relator(a) Ministro CESAR ASFOR ROCHA (1098) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 09/08/2011 Data da Publicação/Fonte DJe 06/09/2011

Ementa

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. ABANDONO DE CARGO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Os indícios de irregularidade procedimental apontados pelo recorrente não se traduziram em efetivo prejuízo à defesa, amoldando-se a hipótese ao princípio do pas de nullité sans grief.

2. Ao contrário do que alega o recorrente, o ato demissório apresenta-se adequadamente motivado, com indicação precisa dos fatos e dos fundamentos jurídicos, nos termos do art. 50, incisos I e II e § 1º, da Lei n. 9.784/1999.

Recurso ordinário a que se nega provimento. (grifo nosso)

APELAÇÃO CÍVEL Nº 067

Relator: Juiz Fernando Galvão da Rocha

Revisor: Juiz Décio de Carvalho Mitre

Origem: Processo nº 104/05 - AC - 2ª AJME

Data Julgamento: 13/07/2006

Data Publicação: 19/08/2006

Sumário: Apelação Cível - Anulação de ato que excluiu militar da corporação - Ausência de Provas - Aproveitamento de elementos

oriundos de auto de prisão em flagrante - Defesa administrativa patrocinada por oficial militar - Portaria que não indica a previsão legal da transgressão disciplinar - Fatos que caracterizam apenas crime militar - Ato administrativo sem motivação e razoabilidade - Competência exclusiva do Tribunal de Justiça Militar para decidir sobre a exclusão de militar da corporação - Nulidade não constatada - Improvimento do recurso.

Ementa: - Os elementos trazidos aos autos pelo próprio apelante evidenciam que o ato administrativo de exclusão baseou-se em provas que guardam compatibilidade com a motivação consignada expressamente para o ato de exclusão, cuja cópia encontra-se nos autos.- A avaliação que a administração fez sobre as provas existentes no processo disciplinar é matéria que o Poder Judiciário não pode adentrar.- A consideração de elementos de convicção preliminares que foram colhidos no Auto de Prisão em Flagrante não importa em qualquer nulidade para o processo administrativo disciplinar que foi instaurado posteriormente. Os princípios do contraditório e da ampla defesa devem ser observados somente quando da instauração do processo disciplinar e não na fase preliminar de investigação, que inclusive é prescindível. Na fase preliminar não há qualquer imputação que exija esforço defensivo ou matéria a ser contraditada.- **O princípio da instrumentalidade das formas afirma que o processo é meio para a obtenção de um provimento judicial adequado e não um fim em si mesmo. Portanto, não havendo concreto prejuízo para a defesa, não há que se falar em nulidade do processo administrativo disciplinar.**

[...]

Decisão: unânime. NEGARAM PROVIMENTO. (grifo nosso)

APELAÇÃO CÍVEL Nº 090

Relator: Juiz Fernando Galvão da Rocha

Revisor: Juiz Cel BM Osmar Duarte Marcelino

Origem: Ação Cível nº 278/06/3ª **AJME** (mandado de segurança)

Data Julgamento: 08/01/2007

Data Publicação: 26/01/2007

Sumário: Apelação Cível - Anulação de Processo Administrativo Disciplinar por inobservância de prazo estabelecido para a prática de ato processual - Inocorrência de prejuízo ao direito de defesa - Improvimento do recurso.

Ementa: - O prazo de 40 dias, previsto no artigo 70, inciso II, da Lei Estadual nº 14.310/02 é estabelecido para que a Comissão de Processo Administrativo Disciplinar examine o processo e emita parecer, após a oportunidade para a apresentação das razões finais de defesa. A inobservância de tal prazo não gera nulidade.- **Se houver excesso de prazo para a prática de ato do Processo Administrativo Disciplinar, sem qualquer prejuízo concreto ao direito de defesa do recorrente, não se pode declarar a nulidade do ato administrativo.** Aplicação do art. 69 da Lei Estadual nº14.310/2002.- Recurso improvido.

Decisão: Unânime. NEGARAM PROVIMENTO. (grifo nosso)

Calha pontuar que por exemplo, se o transgressor com ou sem um defensor comparecem a um ato processual para o qual foi irregularmente notificado ou sem o

respeito ao prazo legal de antecedência de 48 horas, a presença da defesa suprirá os vícios e impedirá, posteriormente, arguição de nulidade ou cerceamento acerca da mesma irregularidade, motivo por que deve haver cautela sobre o comparecimento ou não.

Do ponto de vista da regularidade processual, é de bom alvitre que sejam respeitados os prazos processuais, a fim de facilitar o curso processual e de evitar notificações de último hora ou individuais, o que prevenirá impugnações defensórias a esse teor. Mas, em uma arguição de nulidade alegada pela defesa, cabe a ela o ônus da prova sobre a demonstração do efetivo prejuízo provocado nos fatos alegados. Caso não seja comprovado, que a conduta perpetrada pela Administração Pública foi imotivada e, eventual vício, não trouxe um efetivo prejuízo à parte recorrente, deve o ato ser considerado válido, em primazia ao princípio da segurança jurídica, da instrumentalidade das formas e do “pas de nullité sans grief”.

4 CONCLUSÃO

Nesse diapasão, é necessário esclarecer que o princípio da instrumentalidade das formas não pode servir de escudo, seja para o Encarregado do processo administrativo ou para a Administração castrense prejudicar, dolosa ou mesmo culposamente, o pleno exercício do direito de defesa pelo acusado, em virtude do princípio do devido processo legal, que enuncia o dever de observância das formas e solenidades legalmente estipuladas, tanto que são critérios fundamentais de atuação no processo administrativo.

Há a necessidade de compatibilizar a observância das formalidades à garantia dos direitos dos administrados e a adoção de formas simples, mas suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, observando àquelas formalidades consideradas essenciais, como a observância de prazos mínimos de antecedência nas notificações para a prática de atos processuais, salvo se não houver prejuízo para a defesa e o fim do ato for satisfeito, apesar do defeito procedimental.

A aplicação deste princípio não pode 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, visando assim regularizar a probidade administrativa militar na preservação da hierarquia e disciplina.

Conforme entendimento predominante na jurisprudência e na doutrina, já elencados nos tópicos acima, a arguição de nulidade deve ser alegada pela defesa, cabendo a ela o ônus da prova sobre a demonstração do efetivo prejuízo provocado nos fatos alegados. Caso não seja comprovado, que a conduta perpetrada pela Administração Pública foi imotivada e, eventual vício, não trouxe um efetivo prejuízo à parte recorrente, deve o ato ser considerado válido, em primazia ao princípio da

instrumentalidade das formas e do “pas de nullité sans grief”.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 9784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal.** Brasília, 1999.

BRASIL, **Constituição da República Federativa** do. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acessado em 04/11/2011.

CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. **O princípio do informalismo moderado no processo administrativo disciplinar.** Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1611, 29 nov. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10703>>. Acessado em: 19 out. 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 8 ed. São Paulo, Atlas, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 22.ed. São Paulo, RT, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 17ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MINAS GERAIS. **Lei estadual nº 14184/02: Dispõe sobre o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual.** Belo Horizonte, 2002.

_____. Polícia Militar. **Decisão Administrativa nº 36.** Belo Horizonte, 2002.

_____. Polícia Militar. **Instrução de Corregedoria nº 01.** Belo Horizonte, 2005.

_____. Polícia Militar. **Lei estadual nº 14310/02: Código de Ética e Disciplina Militar.** Belo Horizonte, 2002.

_____. Polícia Militar. **Manual de Processos e Procedimentos Administrativos-Disciplinares.** Belo Horizonte, 2002.

_____. Polícia Militar. **Memorando Circular nº 015 /03 - DRH: Exercício do Direito à Ampla Defesa e do Contraditório.** Belo Horizonte, 2003.

PAIXÃO JÚNIOR, Manuel Galdino da. **Teoria geral do processo.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.