

A Ilusória Amorfia do Processo Administrativo Sancionador: o Princípio da Instrumentalidade das Formas vs. as Finalidades do Processo, sob o Amparo da Ética, da Moral e da Complexidade

The Illusory Formlessness Administrative Proceedings Sanctioning: the Principle of Instrumentality of Ways vs. the Purposes of the Process, under the Auspices of Ethics, Morality and Complexity

Sandro Lúcio Dezan*
Centro Universitário de Brasília, Brasília-DF, Brasil

Paulo Afonso Cavichioli Carmona**
Centro Universitário de Brasília, Brasília-DF, Brasil

1. Introdução

O processo administrativo disciplinar, como modalidade de processo administrativo e derivado ainda da categoria “processo jurídico” – subespécie e espécie do gênero deste último¹ –, possui funções e finalidades que têm razão de ser dentro da ordem normativa e do sistema jurídico de direito

* Doutorando em Direitos e Políticas Públicas, pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) e Mestre em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais, pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). E-mail: sandro.dezan@gmail.com.

** Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Mestre e Doutor em Direito Urbanístico pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor de Direito Administrativo e Urbanístico da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (FESMPDFT). Professor de Direito Administrativo e Urbanístico do Doutorado, Mestrado e Pós-Graduação Lato Sensu do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). E-mail: paulo.carmona@uniceub.br.

1 Nesse sentido: MENEGALE, 1962a; e MENEGALE, 1962b. Em sentido contrário é a doutrina de direito espanhol, que identifica distintas características entre o direito disciplinar e o direito sancionador, assim como, entre o direito penal geral, a exemplo de: LLOBREGAT, 2012a; LLOBREGAT, 2012b; e NIETO, 2012.

sancionador e punitivo geral², como componente reflexivo do Estado de Direito a buscar a superação do Estado Social, a partir de necessidade de realização do ideal democrático³. Funções e finalidades são postas pela ordem normativa, para além da satisfação dos interesses da Administração Pública e da coletividade em ver concluídas as apurações, à concretização de direitos fundamentais da parte processual em litígio com o Estado e, desse viés corolário, a realização da justiça administrativa, não jurisdicional, para a experiência brasileira.

O presente estudo busca a análise dessa inter-relação entre funções e finalidades do processo administrativo a envolver a persecução de controle interno da disciplina no serviço público e os mecanismos pseudonormativos de gestão das “ilegalidades” processuais, mormente o princípio da instrumentalidade das formas ou do formalismo moderado, empregado pela jurisprudência – e, não obstante, assim defendido pela doutrina –, para a manutenção dos efeitos de atos administrativos processuais ilegais diante da consideração de ele ter alcançado a finalidade que será obtida com a produção do ato próprio, legalmente previsto. Assinalam que não há nulidade sem prejuízo – *pas de nullité sans grief*.

Os Tribunais brasileiros fazem desse adágio “lugar comum” processual, a prestar-se como categoria jurídica a eliminar todos os efeitos de qualquer teoria das nulidades administrativas processuais. Sob esse viés, obstam-se as possibilidades de concretizações de direitos fundamentais, mormente os direitos e garantias referentes à observância do devido processo e seus corolários, em que pese já podermos considerar uma profunda evolução da teoria das nulidades dos atos administrativos e da teoria geral do processo. O aplicador do Direito olvida da juridicidade, representada pelo arcabouço das ciências jurídicas e de suas possibilidades, para cultivar a fórmula única de somente se reconhecer nulidade à vista de patente demonstração dos danos à parte litigante. A forma dos atos processuais e do próprio processo, conquanto instrumental à busca da verdade e à materialização da justiça, não possui o condão de infirmar o dever ético-moral de a Administração Pública agir de modo a buscar a melhor eficiência e efetividade harmonizada com a melhor decisão do ponto de vista de realização de direitos fundamentais.

2 Conferir, por todos: ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 2013a; e ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 2013b.

3 Cf sobre a busca da superação do Estado Social pelo Estado Democrático de direito: HABERMAS, 1997.

O princípio da instrumentalidade das formas não se furta de ser empregado sob a regência harmônica da finalidade e função do processo, sob o amparo da ética, da moral e da complexidade que se afere entre esses conceitos e a concepção de ato e de processo jurídico.

2. Princípio da Instrumentalidade das Formas vs. Finalidades do Processo, sob o Amparo da Ética, da Moral e da Complexidade

As concepções de procedimento e de processo administrativo evoluíram da noção de ato administrativo complexo, distinguindo-se deste último instituto – fruto da insuficiência da noção de *contrato administrativo*, para explicar que o “curso de vontades não necessariamente gerava obrigações recíprocas entre as partes”⁴ – na medida em que o ato administrativo complexo envolve a vontade e a ação de mais de um ente ou órgão autônomo ou independente, vontades e ações essas inter-relacionadas e volvidas a um único ato final⁵. Bem sabido que o Direito é uma ciência dinâmica e não seria diferente para a disciplina do direito administrativo, em que o surgimento de interações subjetivas e relações novas comumente passam a não prescindir de reformas ou de novas construções jurídicas, tendentes à transmutação de institutos e adaptações diversas, inclusive internamente a um mesmo ramo do Direito. A evolução impõe (com manutenção ou extinção da categoria originária) e não a revolução, de modo gradual, as transformações necessárias⁶. A essência de cada vontade e atos praticados é, em especial, de mesma natureza, com a única finalidade de completar as etapas necessárias à produção do ato administrativo objetivado. Compreende “o acordo de várias vontades para dar vida a um ato com escopo comum a todos os participantes, ainda que colidentes, como contrato”⁷. O ato complexo, sob esse escopo, “pode ser definido como todo ato administrativo que só se concretiza com a manifestação de vontade, concomitante ou sucessiva, de mais de um órgão do Estado”⁸, cuja extinção, por força do paralelismo das formas, somente acontece, “pela

4 CRETELLA JÚNIOR, 1961, p. 77.

5 Conferir: MEDAUAR, 2003a; MEDAUAR, 2003b; MEDAUAR, 2013; CRETELLA JÚNIOR, 1962; e MELLO, 2015.

6 BERGEL, 2003, p. 22.

7 MIRANDA, 1998, pp. 45-46.

8 CRETELLA JÚNIOR, 1981, p. 245.

ação conjugada dos mesmos órgãos que lhe deram existência e validade”⁹.

No *ato administrativo complexo* há que se conciliarem a *vontade* e a *individualidade* de cada ente público ou órgão que se manifesta para a composição estrutural do ato final, o que não se confunde com a definição do conceito de *procedimento* e *processo*, posto que nestes últimos institutos, em que pese a possível participação de mais de um ente ou órgão, inclusive com atuações de particulares administrados, na prática de atos secundários à formação do ato final conclusivo do *iter* procedimental, envolve-se aqui a concepção de vontades envoltas à prática de atos com o fim, substancial e formal¹⁰, de encadeamento de fases procedimentais, em que os atos secundários não necessariamente visam à produção de um ato principal último, mas sim à conclusão, temporal, de uma “marcha cronológica” – na essencial acepção do termo processo proveniente de sua origem etimológica do latim “*procedere*”, que significa “prosseguir”, “seguir adiante”, “seguir o próprio curso”¹¹ – (novamente aqui a concepção de *substância* e *forma* complexamente correlacionadas), para a resolução de uma atividade administrativa, a exemplo dos processos licitatórios, de contratação efetiva de agentes públicos e, sem óbices, de apuração de infrações administrativas, nos casos, por meio de procedimentos e processos administrativos, fiscal-sancionador e disciplinar, no que se refere a ilícitos praticados por particulares ou por agentes públicos¹².

Galdino Siqueira já acrescentava no âmbito do direito penal, citando passagens de Lizst e Mezger, ao apontar a necessidade de a sanção ser precedida de lei prescritora tanto da conduta proibida quanto da pena a ser imposta, o aspecto de reserva legal, sendo o princípio da legalidade, em um sentido de patentes direitos fundamentais, uma *Magna Charta* do delinquente, protegendo-lhe da pena que não lhe cabe (Lizst) ou mesmo uma *Magna Charta* do não delinquente, como forma de garantia da não intervenção arbitrária do Estado (Mezger)¹³. Para nós, essa concepção também facilmente se aplica ao direito administrativo disciplinar, ao apresentar-se o princípio da legalidade como uma *Magna Charta* do agente público

9 CRETELLA JÚNIOR, 1981, p. 245.

10 Direito material e direito processual se intercalam de um modo especial, em cada ato administrativo, com o fim de produção do procedimento processual e de sua manutenção nas balizas da ordem jurídica.

11 PEDRA, 2007.

12 Conferir: MIRANDA, 1998; CRETELLA JÚNIOR, 1981.

13 SIQUEIRA, 1947, p. 101.

não infrator, do agente público probo e honesto, na medida em que lhe afasta de eventual intervenção arbitrária do Estado-administração. Esse é o aspecto material de garantia. Entretanto, da mesma forma, pelo aspecto formal, o processo e a eficiência, eficácia e efetividade de suas convenções de nulidades, à luz (i) da *instrumentalidade constitucional do processo*¹⁴ para além da forma como mero adorno à legitimação da pena e (ii) do princípio do *devido* processo legal, apresentam carga categorial de *Magna Charta* dos agentes públicos submetidos ao processo sancionador. Não somente a figurar como caminho necessário à validade da aplicação da sanção disciplinar e do exercício de poder pelo Estado, mas sim, em um Estado verdadeiramente Democrático de Direito, aprestar-se como intransponível fórmula e fonte de direitos e garantias ao acusado, a não se admitir, *e.g.*, qualquer convalidação de nulidades processuais que tenda a agravar a situação jurídica, relacional processual, do acusado.

Nesse arcabouço, contrapõem-se a necessidade de preservação de garantias dos administrados frente ao tendente excesso e arbítrio de poder por quem o exerce, no caso o Estado-administração¹⁵. Nesse sentido, majoritária doutrina é assente em esclarecer que “el poder estatal se coloca frente a los individuos en forma drástica e peligrosa. Todo manejo del poder envuelve la posibilidad de abusos”¹⁶. Há de se sobressair, como faceta do *devido processo legal constitucionalmente qualificado*¹⁷, o princípio do processo justo à vista do respeito ao dever de invalidação frente a atos nulos, provenientes de normas de qualquer hierarquia e implícitos ou explícitos nessas normas, atentando-se para o fato de que “en tema de principios procesales, universalmente no se distingue entre los que emergen de la ley fundamental (Constitucion politica) y los que tienen su origen em la legislacion comum”¹⁸.

14 GLOECKNER, 2010.

15 BINDER, 2005.

16 EBERHARD, 2006, p. 26.

17 O que ora se afirma encontra amparo, por tratar-se de teoria aplicada não somente à *comomm law*, mas a todas as teorias de respeito aos direitos fundamentais, na “doutrina da posição preferencial” da Suprema Corte americana, em que, constatadas relações jurídicas processuais envolvendo direitos fundamentais, ao se empregar pelo Tribunal a técnica do *balancing* e a razoabilidade, deferem inicialmente, de plano, mais peso, ao direito litigioso que contenha valores fundamentais da pessoa humana, ou seja, encontre-se permeado por direitos fundamentais e “isso ocorrerá quando estiver em questão uma privação de um Direito Fundamental que ocupe posição preferencial”. Cf MARTEL, 2005, p. 348.

18 EBERHARD, 2006, p. 239.

Sob essa óptica, as formas e formalizações das fases procedimentais – assim como os elementos e pressupostos materiais dos atos administrativos que formam o procedimento – prestam-se à contenção, ao limite e ao controle, da correta aplicação da lei processual ao caso concreto, com o caráter de preservação da higidez do *devido processo legal*, como direito fundamental estampado na Constituição Federal brasileira de 1988, e, do mesmo modo, a ofertar todas as faces dos direitos e das garantias materiais e processuais aos acusados, assinalando o princípio da “*nulla poena sine processu praevio*”¹⁹ e alinhado à noção de instrumentalidade constitucional²⁰.

O princípio do formalismo moderado, faceta do princípio da instrumentalidade das formas procedimentais, apesar de ampla difusão não somente na doutrina e na jurisprudência pátria, mas também entre os aplicadores do Direito nos países de tradição jurídico-ocidental²¹, ²², deve aqui ser investigado com parcimônia e cautela, uma vez que, por se tratar de conceito jurídico plurissignificativo, pode levar à completa aniquilação das teorias das

19 “Por ello se ha sostenido que la reaccion penal no es inmediata a la perpetracion de un delito, sino mediata a ella, a traves y despues de un procedimiento regular que verifique el fundamento de una sentencia de condena; ello ha sido traducido afirmando la *mediaez de la conminacion penal*, en el sentido de que el poder penal del Estado no habilita, en nuestro sistema, a la *coaccion directa*, sino que la pena instituida por el Derecho penal representa una prevision abstracta, amenazada al infractor eventual, **cuya** concrecion solo puede ser el resultado de un procedimiento regulado por la ley, que culmine en una decision formalizada autorizando al Estado a aplicarla” (EBERHARD, 2006, p. 249.).

20 GLOECKNER, 2010.

21 MAGRA, 2006. No mesmo sentido de manutenção do procedimento sob o amparo do princípio da instrumentalidade das formas processuais, conferir também a Decisão do Tribunal Administrativo de Vêneto: “Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, Sezione Prima, Sentenza del 16 settembre 2014 n. 1209 in tema di acquiescenza, sul legittimo impedimento di cui all’art. 9, co. 5 del D.P.R. n. 487/1994 e sul quando debba operare il principio di collegialità perfetta”. “Tribunal Administrativo Regional de Veneto, Seção Um, acórdão de 16 de setembro de 2014 n. 1209 em termos de cumprimento, por tal falha no art. 9, c/c art. 5º do Decreto Presidencial n. 487/1994 e quando ele precisa para operar o princípio da colegialidade perfeita” (tradução livre).

22 Exceção à aceitação pacífica do princípio da instrumentalidade das formas e do formalismo moderado é apresentada nos estudos de Luís Filipe Colaço Antunes, que assinala, mormente para os casos do contencioso administrativo português, “o problema da neutralização dos vícios formais e procedimentais tem-se colocado entre nós ao abrigo da teoria do aproveitamento do ato administrativo, nos seguintes termos: a violação de normas de natureza adjetiva ou procedimental, se implicarem apenas a anulabilidade do ato administrativo, não deve conduzir à sua anulação contenciosa quando o seu conteúdo, visto à luz da legalidade substantiva que o conforma, não possa ser outro senão o que ele expressa e contém”. (ANTUNES, 2013, p. 250). “Por que então esta *invalidade não pronunciada*? Em primeiro lugar, de invalidade se trata, uma vez que estamos perante um ato ilegal com refrações ao nível da responsabilidade administrativa e disciplinar. Já quanto à não pronúncia (da ilegalidade) pelo juiz, o problema é mais fundo. A nosso ver, baseia-se numa visão dicotômica que não valora devidamente os aspectos formais como lugar do axiológico-normativo e do conteúdo do ato”. (ANTUNES, 2013, p. 252).

nulidades processuais, relegando ao processo a função de mero “chancelador” formal de um mérito pré-concebido à vista da inicial notícia do ilícito. 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. Por mais contraditório que se pareça à primeira vista, há de se aferir um aspecto substancial, material, do processo. 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. As normas processuais – independentemente daquelas afetas à cronologia e à regularidade do procedimento, que também nos importam – hauridas da Constituição Federal e de toda a ordem jurídica adjacente, como substancialmente de garantias dos jurisdicionados, dos administrados e dos acusados em geral, impõem-se como de observância precedentemente obrigatória ao enfrentamento e resolução do mérito do processo.

A ordem jurídica correlaciona – ou assim busca concatenar – a lei e a justiça, – como aventado alhures, com o aprimoramento das relações sociais, a reiteradamente evoluir e apresentar à ordem jurídica regras justas, a serem aplicadas de modo equitativo²³, e, nas palavras de Caio Tácito, “a chave de abertura do Direito Administrativo se identifica, em suma, com a vigência do *princípio de legalidade* que serve de limite ao arbítrio do poder e identifica a fronteira da competência da Administração Pública”²⁴. Sob esse olhar, as legais fases procedimentais, assim como os elementos e os pressupostos afetos aos atos administrativos que a compõem são de essenciais observâncias, para a garantia de uma atuação administrativa conciliada com o Estado de Direito e Democrático. Esse “conceito externo de legalidade se aprofunda no reconhecimento de que a norma de competência do administrador não é um cheque em branco, mas deve ser ajustada em função do fim específico a que se destina a atividade administrativa”²⁵. A “legalidade procedimental e processual” administrativa há de ser reforçada e não

23 BERGEL, 2003, p. 22.

24 TÁCITO, 1998, p. 28.

25 TÁCITO, 1998, p. 28.

relegada a um segundo plano de normatividade, subjugada ao resultado material pretendido pelo Estado. Sem embargo de se tratar de instrumento de garantia do particular, o procedimento e o processo administrativo compreendem a sede própria, legítima e adequada de atuação da Administração, como único meio de ação administrativa de resolução de conflitos, que mescle e coloque em “paridade de armas” “poderes” administrativos e direitos e garantias dos administrados, para o reconhecimento dessa função administrativa, a função sancionadora, pelo Estado Democrático de Direito – forma de legitimação do exercício do dever-poder disciplinar e de sua atividade punitiva *interna corporis* e sancionadora geral²⁶.

O (i) *formalismo moderado* e as (ii) *finalidades dos processos* se encontram em posições de forças contrapostas, de inicial tendência antagônica, todavia, conciliáveis e, diante disso, a formar um substrato vetorial sempre a buscar a refutação desarrazoada, infundada, desproporcional e não devidamente fundamentada e demonstrada, por exemplo, do brocado do “não reconhecimento de nulidade sem que seja demonstrado o prejuízo ao acusado”, ou da “manutenção do ato administrativo nulo, em proveito da continuidade e conclusão do processo”. O princípio do prejuízo (*pas de nullité sans grief*) não pode ser empregado para reduzir toda a teoria das nulidades dos processos jurídicos à necessidade de o interessado demonstrar que foi desfavorecido com a ofensa à lei ou a alguma forma ou formalidade processual. Não se pode aceitar, nessa seara, a inversão do ônus de provar o prejuízo ocasionado à defesa, pela própria defesa, em um processo sancionador, punitivo. Há de haver a identificação pela doutrina, assim como pelos Tribunais, e, sem embargo, pela ordem jurídica, de nulidades processuais *juris et de jure*, absolutas e de pleno direito, e, de toda sorte, também de outras diversas e convalidáveis, *juris tantum*, como realidade de um direito processual substancializado a concretizar o direito material de modo realmente justo. “O processo é o instrumento que garante ao homem que a justiça pelas próprias mãos não precisa ser feita, porque ela será aperfeiçoada pelo Estado em forma processada segundo paradigmas jurídicos bem definidos e previamente estabelecidos e conhecidos”²⁷. Essa noção de segurança jurídica depende do adequado reconhecimento das formas hígdas do processo e de seus procedimentos, com efeitos coercitivos eficientes

26 ANTUNES, 2013; Antunes, 2015.

27 ROCHA, 1997, p. 190.

e eficazes, a cercear os arbítrios, *exempli gratia*, da máquina administrativa e, assim, a fornecer os contornos da Democracia e do Estado de Direito, tornando-o verdadeiro Estado Democrático de Direito. Sem essas garantias firmadas em normas jurídicas impositivas, com sanções procedimentais e processuais concretas, e, destarte, “sem confiança nas instituições jurídicas, não há base para a garantia das instituições políticas. O processo é, pois, uma garantia da Democracia realizável pelo Direito, segundo o Direito e para uma efetiva justiciabilidade”²⁸.

A norma processual não é acessória. Não é *adjetiva*, a servir de mera qualificadora de um direito substantivo de fato importante e válido, como o fundamental Direito do Estado de Direito. Assim também ocorre (ou deveria ocorrer) para as normas processuais administrativas. O mito da *simplificação administrativa* e da Administração Pública como um todo em prol de uma maior eficiência e efetividade de suas ações concretistas de leis portadoras de direitos materiais (influenciado pela noção de *iter* evolutivo da máquina estatal, pervagante pelas teorias da Administração burocrática, da Administração Gerencial e da Administração dialógica²⁹) é, em parte, responsável pela “queda crescente de densidade da legalidade procedimental-formal”³⁰, a produzir um efeito paradoxal e a curto prazo de ineficiência e inefetividade do *procedimento processual* – que se transmuda para algo meramente simbólico – e, assim, das próprias ações concretas administrativas, em face das incertezas jurídicas e das injustiças, decorrentes desse fenômeno.

Por tudo, todavia, cumpre esclarecer que não estamos aqui a defender um *formalismo exacerbado*, ou “a forma como um fim em si mesma”, como culto a teorias desarraigadas das necessidades de tutelas de direitos fundamentais, mas, no âmbito do processo disciplinar, sem a coerente deferência às formalidades de essência das teorias das nulidades dos atos administrativos e das nulidades processuais, em um sentido lato, o processo “pode ser a certeza do governante antidemocrático da insegurança constituída sob formas que deveriam conduzir ao objetivo contrário, qual seja, a segurança que somente o direito democrático pode oferecer”³¹. O processo administrativo é dotado de uma característica peculiar, qual seja a possibi-

28 ROCHA, 1997, p. 190.

29 LIMA, 2013.

30 ANTUNES, 2013, p. 250.

31 ROCHA, 1997, p. 191.

lidade de o ato administrativo processual apresentar *vícios intrínsecos* e *vícios extrínsecos* (*vícios materiais* e *vícios formais*). Os primeiros a comprometer o ato de dentro para fora. A partir de sua essência como ato jurídico ou como ato administrativo aos efeitos exarados no encadeamento procedimental de atos administrativos no processo. A segunda espécie de vício do ato, os extrínsecos e formais, partem, no geral, de atos administrativos desprovidos de vícios intrínsecos, porém funcionalmente irregulares, ilegítimos, ilegais em seus propósitos de efeitos no bojo do procedimento processual. Os atos administrativos processuais podem apresentar essas duas espécies de vícios isoladamente ou conjugados, compondo o gênero que a doutrina portuguesa denomina de *vícios orgânicos* do procedimento administrativo³².

A *substância* do Direito deve ser regrada à *forma* do Direito – e a *forma* à *substância*, em uma inter-relação verdadeiramente complexa –, se o que não se há de sustentar a democracia e o Estado de Direito, frente ao arbítrio que se pode instalar com a aplicação normativa desprovida de sua essência formal a garantir segurança jurídica ao sistema regulatório. Contudo, o formalismo do Direito, por si só, também não é sinônimo de garantia de justiça e já se demonstrou na história, a exemplo de seu emprego pelo nazismo, com a sua utilização mecânica, por um viés autômato, prestar-se a mascarar e a legitimamente validar as mais diversas expressões de injustiça, de todas as ordens, em nome da pseudo-aplicação de um direito legal, positivo e textual, votado e aprovado pelo Estado em nome de seus representados.

Nesse contexto se insere a importância das teorias das nulidades, quer sejam de características *materiais*, quer de características *processuais*, a iterrarem entre si e ainda em espectros *substancial* e *formal*³³, fundadas não

32 ANTUNES, 2013; e ANTUNES, 2015.

33 Reparemos que os vocábulos “substancial” e “formal”, podem se referir, o primeiro, ao direito natural e valorativamente moralizado, e o segundo, ao direito positivo, em interação entre a filosofia idealista do direito e a filosofia positivista do direito; e, sem embargo, ambos como espécies do gênero direito positivo, em que o vocábulo “substancial” se referiria ao direito material, ao passo que o segundo se referiria ao direito processual. Gustavo Zagrebelsky emprega os termos nesses dois conceitos (ZAGREBELSKY, 2008), ao passo que Jean-Louis Bergel, apenas se vale da primeira noção, referindo-se à percepção substancial do Direito e à percepção formal do direito. A primeira, aferindo a justiça do Direito, sob um viés valorativo do ordenamento jurídico. A segunda, à forma, como necessidade de segurança jurídica, pelas mãos das regras de direito positivo. (BERGEL, 2003). Jürgen Habermas assinala a inter-relação entre as “normas morais e jurídica, sobre a relação de complementariedade entre moral racional e direito positivo”, afastando-se sensivelmente das concepções de prescrições substanciais do Direito e prescrições formais do Direito, formuladas por Zagrebelsky (*Ibidem*) e Bergel (BERGEL, 2003), na medida em que estes dois últimos ainda mantêm a moral valorativa como inserida dentro do próprio Direito, ainda como norma jurídica, ao passo que Habermas distingue duas espécies de norma, a norma moral e a norma jurídica, em que pese assentir na interação fundamental entre elas (HABERMAS, 2012, pp. 139-142).

somente no direito-texto, formalizado pelo Estado, como sim e essencialmente matizadas nos estudos científicos doutrinários, a exemplo da *teoria geral das nulidades dos atos administrativos* e na *teoria geral do processo*, a identificarem, a par de princípios e de regras expostos pelos textos regulatórios em geral, *princípios e valores normativos implícitos* na ordem jurídica, hauridos de conceitos *qualitativos* e *quantitativos* pré-fundantes dos sistemas e regimes jurídicos.

Não há que se conceber a substância do Direito, o direito material, sob a roupagem formalista do Direito, o direito-texto, sem que sobre esse objeto se faça incidir um olhar de ordem valorativa, ética e moral, oriundo do contexto sociocultural que forma, em que pese mutável e flexível no tempo, a noção de justiça da ordem jurídica. Há de se afastar o Direito de uma hermenêutica “cega” aos substanciais princípios e valores constitucionais e legais, “como pura força formalizada, como mera legalidade”³⁴. Aqui se faz um raciocínio inverso aos defensores de *substancialismo puro do Direito*, que se referem às arbitrariedades que podem ser levadas a efeito em nome da aplicação da lei, do direito-texto, pois defendemos o direito positivo regrado por teorias que revelem suas nulidades no *iter* de aplicação do direito material, no evoluir racional e dialético dos atos das partes da relação jurídica, para a justa solução do litígio. Por meio do processo é possível moldar o direito material e extrair desse aporte substancial os conceitos valorativos ético-jurídicos e moral-jurídicos. O *substancialismo* e o *formalismo* devem-se inter-relacionar de modo equitativo, harmonicamente funcional e interdependente, para a operacionalização do Direito, material e processual, como expressão de justiça³⁵.

34 “Ya que el positivismo jurídico se convirtió en el enemigo principal de los juristas del régimen, se han dado por obvias estas equivalencias: sustancialismo, expresión jurídica del pensamiento totalitario; formalismo, expresión jurídica del pensamiento democrático. Pero esta historia nos muestra precisamente la otra cara de la moneda. Tras ser abatida la democracia parlamentaria e instaurarse el totalitarismo nazi, estos elementos se invietieron porque la idea de la valiez de lderecho con independencia de su sustancia como un mero revestimiento formal de la fuerza, mostraba ser el *vademecum* del poder arbitrario ávido de rendir todo límite a su propia omnipotencia.” (ZAGREBELSKY, 2008, p. 19).

35 “(...) la polaridad de los dos campos jurídicos – sustancial y formal – non es una complicación que deba ser simplificada, un inconveniente que haya que ignorar o un defecto que deba ser corregido para una concepción más ‘pura’, ‘lineal’ y ‘rigurosa’, sino un dato constitutivo del que hay que ser consciente y un valor que hay que preservar. Cuando este dualismo falta por adoptar el derecho solamene una de sus dos caras, la forma o la sustancia, o bien cunado se pierd la teinsión porque ambos lados se confunden y son indistintos, la sociedad está en peligro y, como se há dicho, el sistema jurídico-político puede transformarse en una máquina letal. En efecto, el derecho con una sola dimensión escapa a cualquier examen, pudiendo convertirse en un instrumento de dominio ciego e acritico”. (ZAGREBELSKY, 2008, p. 22.).

O equilíbrio entre direito material e direito processual e estes regradados pelas teorias das nulidades materiais e processuais provenientes da teoria geral do Direito não deve ser sumariamente afastado sob o argumento do formalismo moderado dos procedimentos e processo e da instrumentalidade das formas, haja vista que o alcance instrumental das formas equivocadas e alijadas das prescrições normativas deve ser cabalmente aferido a ponto de aclarar a ausência de todo e qualquer prejuízo ao jurisdicionado e, no caso do processo disciplinar, ao administrado, sob pena de patenteamento da aplicação do direito material, por meio de um devido processo legal apenas fictício, simulado, irreal.

Como visto, há de haver um dualismo equilibrado entre os dois polos do Direito e, acaso, apresentando-se o campo normativo em apenas uma de suas duas concepções, ou sobressaindo normatividade de um núcleo sobre o outro, ou ainda, por outro lado, essas concepções venham a perder a tensão de estabilidade e concordância, “porque ambos lados se confunden y son indistintos, la sociedad está en peligro y, como se há dicho, el sistema jurídico-político puede transformarse en una máquina letal”³⁶. Nisso, imprescindível se afiguram as teorias das nulidades materiais e processuais do Direito, como instrumentais à estabilidade da ordem normativa como um todo. “En efecto, el derecho con una sola dimensión escapa a cualquier examen, pudiendo convertirse en un instrumento de dominio ciego e acrítico”³⁷.

A instituição desregrada do princípio do formalismo moderado no processo administrativo disciplinar suplanta a essência de justiça do direito formal em sua função de limitador do direito substancial, para fazer valer este último a todo custo, como se o processo e o devido processo legal apenas se apresentassem no contexto jurídico como meros institutos “figurantes”, da forma pela forma, sem essência de fato, e somente para deferirem o “ar” de legalidade ao direito material aplicado.

À vista do exposto, sem sombra de dúvidas se assimila que o processo é dotado de um aspecto substancial, provido de eficiência e de efetividade, como complexamente sistematizado ao amparo do direito material, e reciprocamente. À vista do *paradigma da complexidade*³⁸, o fenômeno cor-

36 ZAGREBELSKY, 2008, p. 22.

37 ZAGREBELSKY, 2008, p. 22.

38 MORIN, 2015.

responde a um caráter visivelmente constituído pela diversidade dentro da unidade. Essa diversidade necessariamente a compor o uno, corresponde à teoria sistêmica da complexidade³⁹.

Destarte, o formalismo moderado e a instrumentalidade das formas tendem a suplantar a eficiência e a efetividade dos aspectos materiais das normas processuais, como se o Direito fosse somente um silogismo do conceito do fato ao conceito da norma de direito material, a dar azo, imediatamente, ao resultado previsto na ordem normativa. Trata-se, em linguagem comumente conhecida em direito disciplinar, de aplicação pela “verdade sabida”, sem processo, ou sem que suas normas procedimentais e de existência e validade sejam devidamente respeitadas. Nisso se constata a importância do equilíbrio entre a substância jurídica e a formalidade jurídica, em que ambas se encontram complexamente a serviço umas das outras e, não obstante, imbricadas aos propósitos da justiça como escopo do Direito.

Os fatos da vida submetidos aos contextos do Direito, como litígios ou pretensão de os serem, assim como os institutos e as categorias de direito material e de direito processual, interconectam-se de modo bem mais complexo que a simplista análise isolada e temporal de cada elemento de forma estanque, como se o excluísse do contexto litigioso sociocultural e o laborasse em ambiente fictício e artificial, para, após, novamente o reinserir no plexo de coisas do Direito, dando a ele os efeitos sugestionados. Os fatos da vida submetidos aos contextos do Direito são correlacionados de modo complexo, como as inter-relações intersubjetivas do mundo real de fato o são. Assim também ocorre com a instrumentalidade das formas, ora, como afirmar categoricamente que determinada ilegalidade processual não gerou danos processuais e mesmo materiais ou prejuízos a uma das partes se, pelo contrário, acaso reconhecida a nulidade que aproveitasse à parte acusada, o benefício seria patente, ao menos em ver a expectativa de direito a prescrição poder se materializar.

Diante do Estado como parte autora no processo sancionador – no caso em que nos detemos, o processo administrativo disciplinar –, sem embargo dos demais processos punitivos estatais a exemplo do processo penal, do processo fiscal ou do processo tributário, nitidamente se há de aferir que o formalismo moderado e a instrumentalidade das formas são, deveras, me-

39 MORIN, 2011, p. 61.

didadas que beneficiam o órgão punitivo responsável pela persecução, uma vez que a lei comumente se encarrega de estipular as formalidades e o conteúdo, elementos e pressupostos dos atos processuais, cujas prescrições se tornam inúteis e ‘letras mortas’ ao olhar do julgador ou do administrador, que busca o fim do processo – e a punição do suposto agente infrator –, sem a aplicação dos direitos e garantias processuais a que faz *jus* o acusado. Malferir-se, destarte, o devido processo legal, em seu aspecto substantivo, uma vez que a Constituição Federal de 1988 não o elegeu a direito fundamental desprovido de normatividade, em que a norma processual, essência do princípio em comento, encontra-se, justamente, no dever de reconhecimento das condições de admissibilidade da ação disciplinar e dos pressupostos de existência e de validade do processo, como pressupostos gerais de validade do enfrentamento e da resolução do mérito do processo administrativo disciplinar.

O *processo e a justiça por meio do processo* são aplicações concretas da ética⁴⁰, em que, na visão de filósofos contemporâneos⁴¹, nos contornos da expressão de ética, hão de se identificar dois princípios destacados: o *princípio da inclusão* e o *princípio da exclusão*⁴². A *inclusão* compreende a inserção do “eu” no “nós” – “o todo está na parte e a parte está no todo”⁴³ – e, conseqüentemente, apreender o todo no centro de si próprio. Trata-se instintivamente da vital necessidade do outro, como, em Aristóteles, a partir da premissa de ser o “homem um animal político [social]”⁴⁴, decorrente da interação entre *logos e polis*, entre a razão e a vida em sociedade⁴⁵. Por outro giro, pela óptica do princípio da exclusão, há uma tendenciosa busca de preservação do individualismo, do “eu”, em que o outro é um “estranho” e isso, talvez, como vértice aporético [sem um caminho definido, *hódos*, e

40 “La sujeción de la acción administrativa a determinadas formalidades, la necesidad de que la acción administrativa se realice a través de los cauces formales de un procedimiento ha sido siempre – y sigue siéndolo – una de las más firmes garantías del interés público. El procedimiento administrativo podrá cumplir otras finalidades – como la garantía de los derechos de los ciudadanos –. Pero es, ante todo, garantía de que la actuación de los administradores va a dirigirse hacia el interés público, y, por tanto, garantía de un comportamiento ético”. (PÉREZ, 2014, pp. 207-208.).

41 Apesar de não trata das categorias processo e justiça processual, mister conferir exclusão e inclusão por meio da ética na teoria de Edigar Morin. Cf, por todos, MORIN, 2011.

42 MORIN, 2011, pp. 19-20.

43 MORIN, 2015, p. 75.

44 ARISTÓTELES, 2002.

45 Cf KROHLING, 2010; e KROHLING, 2011.

decorrente da junção dos vocábulos *metá* e *hódos* (método)], representativo de resquícios de visões do modelo jurídico liberal a influenciar o formato neoliberal de Estado. Tal princípio leva à concorrência e à exclusão⁴⁶ entre indivíduos, pondo-se o fenômeno, entretanto, a transpassar a esfera individual, de modo a abarcar as relações intersubjetivas e a permear as instituições jurídicas subjetivas e objetivas, as pessoas jurídicas e o Direito, e, sem embargo, impondo a modulação da forma de *fundamentação* (legislação normativa) e *aplicação*⁴⁷ (interpretação e concreção normativa) de suas categorias jurídicas. À vista desses argumentos, identificamos a tendente imposição do direito material, substancial, sobre o direito processual, por vezes compreendido como mero adjetivo instrumental e simplesmente direcionado à concretização do direito substantivo positivado. Identifica-se, destarte, a imperatividade do princípio da exclusão em toda e qualquer tentativa de menoscabo de princípios e de regras de nulidades processuais, que poderiam favorecer direitos dos acusados. O pensamento do *processo como instituto complexo* há de se harmonizar com o primeiro *princípio da inclusão*, uma vez que intercala, em ações de interdependência, o direito substancial e o direito formal, em que, inclusivamente, um depende do outro, para a busca das possíveis – conquanto realmente inatingíveis dentro de uma concepção ideal – certeza, verdade e justiça do Direito.

Em tudo existe uma organização, ou melhor, uma forma ora mais ora menos detalhada de conformação, em que “a separação, dispensação e aniquilação, desencadeiam-se constantemente e simultaneamente (...) e nessa agitação surgem forças de religação”⁴⁸, pelo acontecimento de uma *dialógica indissociável* (*tetragrama dialógico*: ordem, desordem, interações organização e reorganização, em ciclos antagonísticos, concorrentes e complementares)⁴⁹, para a retomada da ordem natural das coisas. Assim também é o processo e o processo disciplinar, com suas previsões de nulidades, úteis, e mesmo essenciais, notadamente como “força de religação” e correção dos rumos do processo, em busca seus escopos – certeza, verdade e justiça, possíveis.

46 MORIN, 2011, pp. 19-20.

47 Vocábulos sobre os juízos de *fundamentação* e de *aplicação* empregados apenas para utilizar o inicial sentido dos conceitos postos por Klaus Günther, sem, contudo, adentrar à teoria da argumentação jurídica. Cf. GÜNTHER, 2004. Nesse mesmo sentido os vocábulos são empregados por Habermas (2003a; 2003b).

48 MORIN, 2011, p. 31.

49 MORIN, 2011, p. 32.

É no ato, no agir, que a intenção corre o risco de fracassar ou desviar-se de suas finalidades. No Direito, o legislador manifesta a sua vontade inicial, a sua intenção, o que compreendemos como *mens legislatoris*, que, nada obstante, entrega-se, ao se tornar direito-texto, nas mãos e evolutivamente dos intérpretes e aplicadores do Direito. Nesse ponto, o ato de “interpretar” e de “aplicar” a norma ao caso concreto corresponde diretamente ao “agir”, que hermeneuticamente mal compreendido pode viciar todo o propósito inicial da norma. Essa é uma faceta da incerteza da ética, por obra da moral, a influenciar a ético no “jogo das *inter-retro-ações*”⁵⁰. “Daí a insuficiência de uma moral que ignora o problema dos efeitos e consequência dos seus atos”⁵¹.

O processo administrativo, assim como qualquer processo jurídico, compreende um complexo aberto ao exercício dialético da razão⁵², em franco confronto com a aplicação direta e objetiva do direito material e nisso há de se repensar o modo como as autoridades administrativas e, sem embargo, as autoridades judiciais, têm encarado os fins, funções e finalidades do processo não só como uma mera forma de ritos, mas sim como, nomeadamente, dotado de substância à concreção de direitos fundamentais.

Todavia, em que pese a todos os argumentos até aqui experimentados, a conclusão a que se chega, mormente ao observarmos as decisões dos Tribunais Superiores brasileiros a chancelarem toda espécie de decisionismo administrativo-processual, é a de que não há deferência alguma à “processualidade jurídica ampla” a contemplar a senda da Administração Pública. Por tudo, queda-se o Estado-administração, em seus processos e procedimentos, a um plano subjurídico – quiçá, com um pouco de boa vontade, aos efeitos jurídicos dos atos administrativos isolados em si –, em que sequer de nulidades processuais e de efeitos jurídicos de atos processuais, e fases processuais válidas ou inválidas, permitem-se falar; tudo isso ao abrigo dos propósitos patologicamente direcionados a que buscam de modo pré-concebido os administradores e os órgãos jurisdicionais, pelas vias do “processo” administrativo, de sua “sindicabilidade jurisdicional” e do controle judicial de seus atos.

Sem qualquer propósito de desqualificar as nossas instituições e a par de eventual má-fé nas fundamentações das decisões administrativas (“o

50 MORIN, 2011, p. 41.

51 MORIN, 2011, p. 41.

52 BRAGA, 2012.

problema das falsas justificações”⁵³), o que tem transparecido até o momento são autoridades administrativas alheias a qualquer noção da importância jurídica das funções que desempenham no processo administrativo, sem a mínima qualificação ou pré-qualificação, para o exercício desse *múnus público*, e, por outro lado, a inafastável jurisdição, os órgãos jurisdicionais⁵⁴, retroalimentados pela doutrina e reciprocamente, a não reconhecerem, de fato, substancialmente, a processualidade administrativa e a consequente *juridicidade* (atuação conforme a *lei* e o *direito* – Ciências Jurídicas aplicadas) do processo administrativo e, por corolário, do processo disciplinar.

Esse é o “estado da arte” do processo administrativo: uma *pseudoprocessualidade*, entendida apenas como algum encadear de atos administrativos, sem qualquer estudo ou pragmatismo dedicado ao reconhecimento e aprofundamento da juridicidade e, assim, das categorias de existência, de validade e nulidades dos atos administrativos, das fases processuais e do próprio processo administrativo, como relação jurídica em contraditória, concretista de princípio e valores constitucionais do Estado Democrático de Direito⁵⁵.

3. O Propósito Teleológico do Processo Disciplinar

O vocábulo “fim” pode ser definido como aquilo que foge ao infinito⁵⁶, no sentido de “termos ou conclusões de episódios temporais”⁵⁷. A cronologia de ações leva à conclusão, ao termo, em um sentido de termo inicial e termo final, em que algo tem um marco de começo e um marco de encerramento.

Sob essa acepção, o processo, mormente o processo administrativo disciplinar, como já nos expressamos, perfaz um encadear de atos administrativos e atos da Administração (atos administrativos em sentido estrito e em sentido lato), direcionados à concreção do interesse público. Sem embargo dessa vinculação de atos administrativos, o processo disciplinar também se compreende – por meio desses mesmos atos – como um conjunto de posições jurídicas da Administração e do agente público, ou seja, da parte

53 RODRIGUEZ, 2013, p. 22.

54 FACCINI NETO, 2011. Conferir também: LUIZ, 2013.

55 O que, no caso brasileiro, patologicamente, porém em proporções menores, estende-se aos processos jurisdicionais, mormente o processo penal, consoante assinala Ricardo Jacobsen Gloeckner (2010).

56 ABBAGNANO, 2012, p. 531.

57 ABBAGNANO, 2012, p. 531.

ativa e da parte passiva, a experimentarem poderes, faculdades, deveres, sujeições e ônus, ao amparo de uma legalidade e, assim, de um regime jurídico representativo do devido processo legal.

Com efeito, apresenta-se como “fim”, propósito teleológico, a obtenção de um resultado derradeiro frente a uma demanda da Administração Pública, para casos que envolvem o controle da disciplina interna do serviço público.

4. Função e Finalidade do Processo Disciplinar

A função de algo “é a operação *própria* da coisa, no sentido de ser aquilo que a coisa faz melhor do que as outras coisas”⁵⁸, a considerar-se, “do ponto de vista teleológico, a unidade sintética (...) de operação para um fim, ou capaz de realizar um fim”⁵⁹ – “ação dirigida a um fim”⁶⁰.

Com efeito, o processo compreende a materialização da relação jurídica formal, a colocar “frente à frente” as partes envolvidas no litígio, que, no caso do processo administrativo disciplinar, emprega-se a propiciar a dialética processual em contraditório.

À vista desses argumentos, a função do processo jurídico e, sem embargo, do processo administrativo disciplinar, é a formação, manutenção e conclusão da relação jurídica processual⁶¹.

A *finalidade* de algo que pode ser compreendida como “a correspondência entre um conjunto de coisas ou de acontecimentos [envolvendo o sentido de função, como operação própria da coisa] e um fim”⁶², que abarca a concepção de *finalismo*, como elementos e ou eventos organizados à concreção de um fim.

Sob esse aspecto, considerando o *fim* e a *função* do processo administrativo disciplinar a perflharem a apuração de infrações administrativas no seio da Administração Pública, a *finalidade* desse instrumento administrativo, em um Estado Democrático de Direito e como veículo de realização da democracia, por vias de um Direito justo, em notada concepção

58 ABBAGNANO, 2012, p. 548.

59 ABBAGNANO, 2012, p. 548.

60 ABBAGNANO, 2012, p. 548.

61 Anote-se que entendemos o processo administrativo disciplinar como *relação jurídica* em contraditório (BÜLOW, 1964) e não como *situação jurídica* (GOLDSCHMIDT, 1935; 1936; 1950).

62 ABBAGNANO, 2012, p. 532.

de Justiça do Direito, há de ser permeada pelas concreções fáticas de (i) garantias jurídicas gerais, da Administração, dos administrados e, sem embargo, de todo o coletivo social, destinatário dos serviços públicos; assim como (ii) garantias associadas aos direitos fundamentais; (iii) otimização do conteúdo das decisões; (iv) eficácia das decisões; (v) legitimação do poder disciplinar; (vi) correto desempenho da função; (vii) realização da justiça pela Administração Pública; (viii) aproximação entre Administração e administrado; (ix) sistematização da atuação administrativa; (x) facilitação do controle administrativo; (xi) aplicação dos princípios e regras da atividade administrativa⁶³.

(i) As garantias jurídicas gerais, da Administração, dos administrados e, sem embargo, de todo o coletivo social, destinatário dos serviços públicos, converte-se em propósito do Estado garantidor, Estado Democrático de Direito, como ente responsável por propiciar a observância das normas jurídicas, assim como também a elas se submeter e a Administração Pública, na realização do processo disciplinar, encontra-se balizada em seu poder sancionador aos limites estipulados pela lei e pela ordem jurídica como um todo. Possui a Administração o poder de punir, o poder disciplinar ou o dever-poder disciplinar de aplicar sanções administrativas a seus agentes públicos infratores estatutários, todavia, com escopo na proibição da arbitrariedade, com aspecto negativo, e na proativa deferência a direitos e garantias constitucionais e legais dos agentes públicos processados, como aspecto ativo de garantia. Nesse viés, perfaz eficiente e eficazmente a busca e a realização do interesse público que, em linhas gerais, intersecciona-se com o interesse coletivo, de todo o grupo social. As garantias gerais de observância da ordem jurídica pela Administração por meio do processo, ou seja, do devido processo legal e de seus corolários princípios e regras, realiza, direta e imediatamente, todas (ii) as garantias associadas aos direitos fundamentais, conglobando o exercício do contraditório e da ampla defesa, o direito de informação e manifestação nos autos e fora dele, o direito de resposta, de refutação e de petição, sem embargo de tantos outros associados à busca da verdade e da justiça do Direito, por meio do processo como instrumento constitucional de ação estatal ética e moral⁶⁴.

63 MEDAUAR, 2003, pp. 65-74.

64 MORIN, 2011.

(iii) A otimização do conteúdo das decisões também compreende função do processo e do processo disciplinar e isso se dá do mesmo modo que se afere o fenômeno em ambiente jurisdicional, na medida em que a discussão dialética entre as partes processuais, malgrado tratar-se de processo de relação linear e dual (Administração-autora e agente público-réu), é levada à exaustão, em cada fase do procedimento processual, a propiciar ampla definição dos conceitos fáticos de interesse do litígio, fundamental à prolação do ato decisório. A conclusão do processo firmada em amplo debate entre as partes, com oportunidades gerais de diligências e provas variadas, aproxima-se da verdade dos fatos a lastrear a (iv) eficácia das decisões. O processo, como instrumento constitucional de garantias dos acusados defere eficácia às decisões administrativas e, não obstante, (v) legitima o exercício do dever-poder disciplinar. Não se permite falar em sanção de qualquer espécie em um Estado Democrático de Direito, sem que a ela se preceda a realização do devido processo legal, substancialmente levado a efeito com escopo não na necessidade de punição e exemplificação de modo de ação estatal de repressão ao ilícito, mas sim exercício exaustivo dos direitos fundamentais do acusado⁶⁵, em prol de sua defesa, contraditório e correlatos valores.

Como meio de sindicabilidade, de fiscalização do atuar administrativo e análise dos resultados da busca do interesse público, meio de (x) facilitação do controle administrativo, o processo, concretizado consoante a ordem jurídica, propicia o (vi) correto desempenho da função, eximindo de responsabilidades os agentes públicos encarregados de suas fases e atos administrativos.

Considerando a pretensão de correção e busca da verdade pelo Direito, assim como de pretensão de justiça por meio das normas jurídicas e de sua correta interpretação e aplicação por meio das ciências jurídicas, em forma de objeto e metalinguagem – direito positivo e ciências jurídicas a ele aplicadas –, o devido processo legal disciplinar leva à (vii) realização, pela Administração Pública, de uma aceitável justiça, aplicável ao caso concreto a ela submetida para a decisão. Não se afasta a apreciação do

65 Se nas próprias relações privadas já se admite a incidência das normatividades dos direitos e garantias constitucionais fundamentais (*eficácia erga omnes horizontal*, ou *eficácia nas relações privadas*), mormente se deve aplicar ao serviço público, diante da formação de uma relação processual acusatória e punitiva. Sobre a “vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”, cf. SARLET, 2011; e ROTHENBURG, 1999a; 2000; 1999b.

Poder Judiciário, como reconhecimento do princípio da ubiquidade ou da inafastabilidade da jurisdição, mas provoca a tendência de conformação e satisfação do administrado com o resultado do processo estatal e com o ato administrativo final, descartando o eventual interesse de se buscar o Poder Judiciário, posto não se verificar qualquer arbitrariedade do Estado-administração. Esse fenômeno de satisfação e conformação, mesmo diante de um resultado mais gravoso para o administrado, *e.g.* um ato punitivo disciplinar, provoca, ao menos indiretamente, a (viii) aproximação entre Administração e administrado, que passa a ter a possibilidade de moldar e mesmo mudar os resultados dos atos administrativos, por meio de um processo não jurisdicional, realizado no seio da própria Administração Pública. Na qualidade de parte processual, encontra-se, de fato, inserido na relação processual, de modo igualitário e com “poderes” processuais equânimes aos da Administração, em “paridade de armas jurídicas”, como, também, responsável pelo resultado do curso da relação jurídica.

O referido controle dos atos da Administração e a sindicabilidade do seu agir, alinhados à correta aplicação da ordem jurídica sob o amparo das teorias propostas pelas Ciências Jurídicas e, com efeito, à correta aplicação do devido processo legal administrativo disciplinar leva à (ix) sistematização da atuação administrativa, faceta do princípio da segurança jurídica, a dar ao administrado a projeção de futuros resultados à vista de determinados fatos procedimentalizados, sem o risco de contradições entre resultados incidentes sobre fatos semelhantes, em casos distintos, consoante a *teoria dos atos próprios*⁶⁶.

Todo esse arcabouço de funções do processo jurídico aplicado ao processo disciplinar confirmam o princípio da juridicidade administrativa, com o dever-poder de sua atuação conforme a *lei e o direito (Ciências Jurídicas)*, propiciando concretização certa, segura e justa (xi) dos princípios e regras que envolvem a atividade administrativa e, no caso que ora nos detemos, o processo administrativo disciplinar.

5. Considerações Finais

Em conclusão, o princípio do formalismo moderado, ou da instrumentalidade formas, representado nos vários ramos epistemológicos do processo

66 DANTAS JÚNIOR, 2006; SOUZA, 2006; e ARAGÃO, 2010.

jurídico estatal pelo adágio *pas de nullité sans grief* é empregado de modo indistinto para a garantia de um direito material, dando-lhe estrutura rígida e, sobremaneira, superior ao instrumento processual. Este ficaria apenas como, de fato, “mero instrumento” serviente dos fins do direito material.

Todavia, processo e direito material devem-se encontrar em mesmo nível de importância e de funcionalidade dentro do sistema de normas e esse paradigma se afigura à luz da Constituição Federal e de seus princípios e valores regentes dos direitos fundamentais de todo e qualquer administrado e jurisdicionado.

Nesse viés, função, fins e finalidade do processo apresentam, ao amparo do princípio da juridicidade administrativa de atuação conforme a lei e o direito, o condão de reestruturação dessa ideal interação perdida entre direito material e direito processual.

Referências

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *A ciência jurídica administrativa*. Coimbra: Almedina, 2013.
- _____. *A teoria do acto e da justiça administrativa. O novo contrato natural*. Coimbra: Almedina, 2015.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, n. 35, abr. 2010.
- ARISTÓTELES. *A política*. Traduzido por Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- BERGEL, Jean-Louis. *Théorie générale du droit*. Paris: Dalloz, 2003.
- BINDER Aberto M. La fuerza de la Inquisición y la debilidad de la República” en Política Criminal Bonaerense. *Ciências Penales*, a. 17 n.23. São José da Costa Rica, 2005.
- BRAGA, Luiz Felipe Nobre. Primeiras linhas para os princípios da filosofia do direito processual civil. *Ciência Jurídica*, Belo Horizonte, v. 26, n. 168, pp. 253-293, nov./dez., 2012.
- BÜLOW, Oskar Von. *La teoría de las excepciones dilatorias y los resupuestos procesuales*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1964.

- CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo do Brasil*. Atos e contratos administrativos. Vol. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1961.
- _____. *Direito administrativo do Brasil*. Processo administrativo. Vol. V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962.
- _____. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1981.
- DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. *A teoria dos atos próprios*. Elementos de identificação e cotejo com institutos assemelhados. 2006, 463 fl. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica – PUC, São Paulo, 2006.
- EBERHARD, Schmidt. *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*. Córdoba: Lerner, 2006.
- ENTERRÍA, Eduardo García e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. Tomo I, 16. ed. Madrid: Civitas, 2013a.
- _____. *Curso de derecho administrativo*. Tomo II, 13. ed. Madrid: Civitas, 2013b.
- FACCINI NETO, Orlando. *Elementos de uma teoria da decisão judicial – hermenêutica, Constituição e resposta corretas em Direito*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2011.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Uma nova teoria das nulidades: processo penal e instrumentalidade constitucional*. 2010, 637 fl. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná – UFPR, Paraná, 2010.
- GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso: problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Buenos Aires: Europa-América, 1935.
- _____. *Derecho Procesal Civil*. Trad. de Leonardo Prieto Castro. Madrid: Labor, 1936.
- _____. *Teoría General del Proceso*. Barcelona: Labor, 1936;
- _____. *Problemi Generali del Diritto*. Padova: CEDAM, 1950.
- GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*. Tradução de Claudio Molz. Introdução à edição brasileira de Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004.
- HABERMAS Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- _____. *Direito e democracia*. Entre facticidade e validade. Vol. I, 2. ed. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 2012.

- _____. *Direito e democracia*. Entre facticidade e validade. Vol. II, Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- KROHLING, Aloísio (Org.). *Ética e a descoberta do outro*. Curitiba: Editora CRV, 2010;
- _____. *A ética da alteridade e da responsabilidade*. Curitiba: Juruá, 2011.
- LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. *Administração pública dialógica*. Curitiba: Juruá, 2013.
- LLOBREGAT, José Garberí. *Derecho administrativo sancionador práctico*. Vol. I, Barcelona: Editorial Boch, 2012a.
- LLOBREGAT, José Garberí. *Derecho administrativo sancionador práctico*. Vol. II, Barcelona: Editorial Boch, 2012b.
- _____. *Derecho administrativo sancionador práctico*. Vol. II, Barcelona: Editorial Boch, 2012.
- MAGRA, Salvatore. *Principio di conservazione del provvedimento amministrativo fra nullità, annullabilità e inesistenza*. Roma: Overlex, 2006.
- MARTEL, Leticia de Campos Velho. Hierarquização de direitos fundamentais: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da suprema corte norte-americana. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 51, p. 346-361, abr. 2005.
- MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003a.
- _____. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003b.
- _____. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: revista dos Tribunais, 2013.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MENEGALE, J. Guimarães. *O Estatuto dos funcionários*. Vol. I.1. Ed. São Paulo: Forense, 1962a.
- _____. *O Estatuto dos funcionários*. Vol. II.1. Ed. São Paulo: Forense, 1962b.
- MIRANDA, Sandra Julien. *Do ato administrativo complexo*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MORIN, Edgar. *O método 6. Ética*. 4. ed. Tradução de Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Editora sulina, 2011.
- _____. *Introdução ao pensamento complexo*. 5. ed. Tradução de Eliane Lisboa. Porto Alegre: Editora sulina, 2015.
- NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 5. ed. Madrid: Tec-

- nos, 2012.
- PEDRA, Adriano Sant'Ana. Processo e Pressupostos Processuais. *Revista da Advocacia Geral da União*, AGU n. 68, Set/2007, p. 1-20, 2007.
- PÉREZ, Jesús González. *Corrupción ética y moral en las administraciones públicas*. 2. ed. Navarra: Civitas, 2014.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo FGV*, Rio de Janeiro, 209, pp. 189-222, jul./set. 1997.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 29, pp. 55-64, out. 1999a; *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 30, p. 146-155, jan. 2000; *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, vol. 1, pp. 1033-1042, ago. 2011 DTR, 1999b.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *Revista de Direito dos Tribunais, Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, vol. 1, pp. 383-326, Ago, 2011.
- SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de direito penal*. Parte Geral. Rio de Janeiro: José Confino Editor, 1947. t. I.
- SOUZA, Wagner Mota Alves de. *A teoria dos atos próprios: esboço de uma teoria do comportamento contraditório aplicada ao direito*. 2006, 178 fl. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia – UFBA, Bahia, 2006.
- TÁCITO, Caio. *Transformações do direito administrativo*. *Revista de Direito Administrativo FGV*, Rio de Janeiro, 214, pp. 27-34, out./dez. 1998.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *La ley y su justicia*. Tres capítulos de justicia constitucional. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

Recebido em 3 de agosto de 2016.

Aprovado em 10 de novembro de 2016.