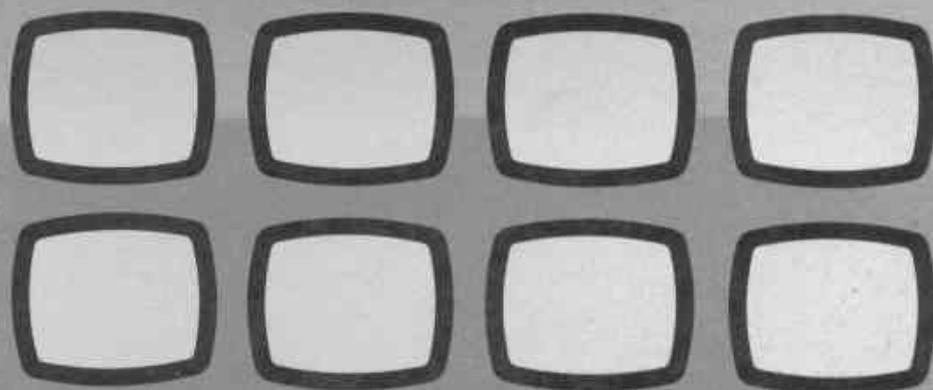
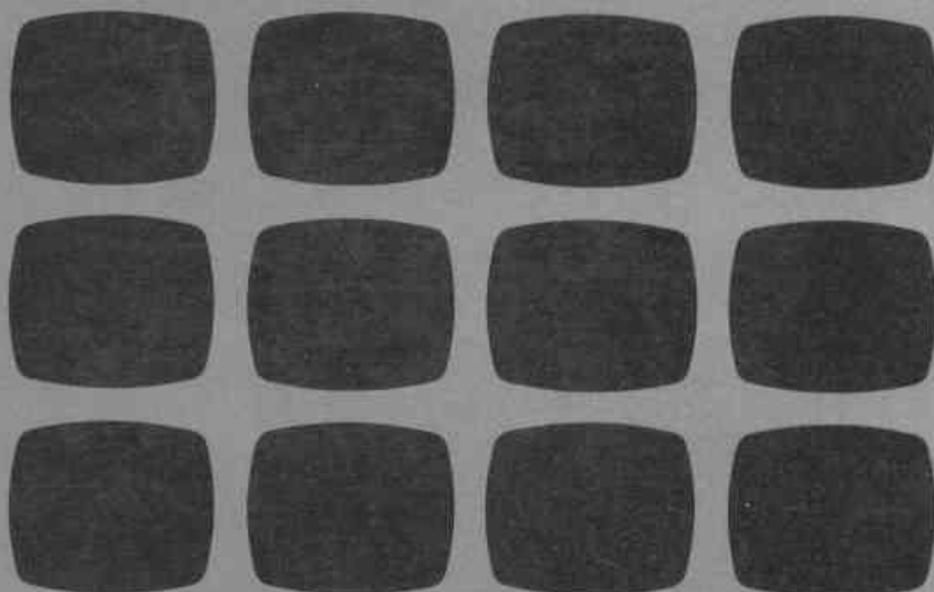


Edição Saraiva



A Prova Administrativa

MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO



A PROVA ADMINISTRATIVA

Manoel de Oliveira Franco Sob.º

Muito se tem escrito sobre a **prova penal** e a **prova civil**. Não há porém quase nada, ou mesmo nada, com respeito à **prova administrativa**. Poucos são os autores, nacionais ou estrangeiros, que com unidade versaram tão importante assunto. No entanto, uma vasta área de litígios está a exigir, nas relações do administrado com a Administração, os cuidados indispensáveis à garantia dos direitos consagrados. Essa garantia se fundamenta no processo e na obediência às regras processuais fundamentais e básicas.

Todos aqueles que lidam com o processo administrativo não vão dispensar, de agora em diante, este livro escrito com tanta sobriedade, clareza e precisa documentação bibliográfica. Um livro que abre clareiras novas no direito administrativo brasileiro, nascido, sobretudo de um esforço intelectual prático, realista e atual. Basta dizer que a literatura jurídica comparada só apresenta de relevante o ensaio de Ottorino Tentolini, publicado em Milão nos idos de 1950. De lá para cá nada mais se fez.

Administrativista dos mais notáveis, o Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho harmoniza os seus profundos conhecimentos científicos com a larga experiência na cátedra, na advocacia, na magistratura e nas lutas parlamentares. Por essa razão, **A Prova Administrativa**, como o seu recente **Desapropriação**, há de necessariamente alcançar êxito invulgar entre os que militam na difícil profissão de advogar. É, sem dúvida, um livro marcado de qualidades excepcionais no tocante à especialidade.

Para o Professor Geraldo Ataliba, MM. Reitor da PUC de São

**A PROVA
ADMINISTRATIVA**

Do mesmo autor:

Desapropriação — Na doutrina, no direito brasileiro, na legislação comparada, Edição Saraiva, 1973

FICHA CATALOGRÁFICA

(Preparada pelo Centro de Catalogação-na-fonte,
Câmara Brasileira do Livro, SP)

F897p	Franco Sobrinho, Manuel de Oliveira, 1916- A prova administrativa. São Paulo, Saraiva, 1973. p.
	Bibliografia.
	1. Provas (Direito) I. Título.
73-0476	CDU-347.941:35

Índice para catálogo sistemático:

1. Provas: Direito administrativo 347.941:35
2. Provas administrativas: Direito 347.941:35

Saraiva  **LIVREIROS EDITORES**

Rua Fortaleza, 53 — Fones: 32-1149, 32-2124, 34-9503, 34-9685 e 32-1627
Caixa Postal 2362 — End. Telegráfico: *Acadêmica*
SÃO PAULO — BRASIL

MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO

Professor Catedrático de Direito Administrativo na Faculdade
de Direito da Universidade Federal do Paraná.

A PROVA ADMINISTRATIVA

*“For the citizen it is vital that all power should
be used in a way conformable to his ideas of
liberty, fair dealing, and good administration” (H.
W. R. WADE, *Administrative law*).*



1973

À

MARIA HELENA DE OLIVEIRA FRANCO
carinhosamente,
mais um modesto esforço de trabalho, pesquisa e
definição intelectual.

Aos meus constantes amigos

MANOEL ANTÔNIO DE OLIVEIRA FRANCO
JOÃO MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO
MARIA OLÍMPIA e TOBIAS DE MACEDO
FILHO, para que busquem, através do estudo, o
caminho certo do futuro vocacional.

ÍNDICE ANALÍTICO

INTRODUÇÃO

A PROVA ADMINISTRATIVA NA CATEGORIA DOS VALORES JURÍDICOS

1. A regra universal	15
2. Os interesses correlativos	16
3. Relações materializadas	17
4. Caminhos e metas	17
5. O modelo do processo judicial	18
6. Descaracterização da prova	19
7. A impugnação jurisdicional	20
8. Processos ordinário e especiais	20
9. Conexão das práticas processuais	21
10. Os vícios jurídicos	22
11. Capacidade administrativa e civil	23
12. O interesse superior na ordem jurídica	24
13. A prática na aplicação das regras	25
14. O direito e o fato	26
15. O fato jurídico na administração	27
16. Irrealismo jurídico	28
17. A ação conceitualmente única	30
18. Os vínculos jurídicos	30
19. Os poderes jurídicos	32
20. À margem de uma tese	33

CAPÍTULO I

A PROVA ADMINISTRATIVA NA TEORIA GERAL DO PROCESSO

1. O valor da prova	35
2. A atividade normativa do Estado	36
3. A proteção dos direitos	37
4. O poder não-autoritário	37
5. A relação jurídico-administrativa	38
6. Processo e relação jurídica	39
7. Estrutura lógica e natural das normas	40
8. Conduta estatal e relação	41
9. A jurisdição na hierarquia	41
10. Atos executórios e procedimento	42
11. Valores hierarquizados	42
12. Funções diversificadas	43
13. Horizontalidade e verticalidade	44
14. Instrução e verdade jurídica	45
15. A impugnação jurisdicional	46
16. A proteção jurisdicional	47
17. A temática no Direito brasileiro	49
18. A prova como princípio de defesa	49
19. O Congresso de Varsóvia	50
20. A defesa e a prova	51

CAPÍTULO II

A PROVA ADMINISTRATIVA NO ENTENDIMENTO PROCESSUAL

1. O procedimento probatório	53
2. O limite traçado em lei	54
3. A analogia em matéria administrativa	55
4. Juridicidade da ação	56
5. Responsabilidade da Administração	56

6. O conceito da verdade na prova	57
7. A prova no sentido legal	58
8. A evidência da prova no processo	58
9. O justo caminho probante	59
10. No processo eleitoral e trabalhista	60
11. A apreciação da prova	61
12. A prova administrativa específica	62
13. Os meios de prova	63
14. O pressuposto da certeza	64
15. A prova na formação do convencimento	64
16. A finalidade da prova	65
17. O procedimento probatório administrativo	66
18. O pedido administrativo	67
19. A doutrina italiana	68
20. A doutrina na Espanha	69

CAPÍTULO III

A PROVA COMO REGRA OBRIGATÓRIA NA AÇÃO ADMINISTRATIVA

1. A superação do dualismo	71
2. A função da prova	72
3. A pretensão no Direito Administrativo	73
4. As obrigações não são unilaterais	75
5. Definição pelo objeto	75
6. Equivalência relativa	76
7. A prova como regra na ação	77
8. O que é a prova	78
9. Os critérios probantes	79
10. A realidade no Direito Processual	80
11. Oposição e controvérsia	80
12. O princípio da legalidade	81
13. Função conciliatória do Direito	82

14. O primado da lei	83
15. Exteriorização da Administração	84
16. As falhas no procedimento administrativo	85
17. Os novos códigos	86
18. Racionalização do processo administrativo	86
19. Verificação dos motivos e controvérsia	87
20. A impugnação legitimando a contestação	88

CAPÍTULO IV

A PROVA COMO ATO PROCESSUAL NA RELAÇÃO ADMINISTRATIVA

1. A motivação processual	89
2. A prova como ato processual	90
3. A doutrina comparada	90
4. As garantias do administrado	91
5. No processo disciplinar	92
6. A defesa na acusação	93
7. O despacho saneador administrativo	94
8. O processo administrativo no Brasil	95
9. A expressão “processo administrativo”	96
10. O processo administrativo na prática brasileira ...	97
11. A importância do processo administrativo	98
12. O poder disciplinar	98
13. A Administração na relação processual	99
14. Involução do pensamento jurídico	100
15. As vias administrativas	101
16. A prova na lição de BIELSA	102
17. O regime probatório	102
18. A proteção dos administrados	103
19. Tutela jurídica comum	104
20. A legalidade assegurada	104

CAPÍTULO V

A PROVA E O DIREITO NA ORDEM ADMINISTRATIVA

1. Determinação do fenômeno processual	107
2. Tipicidade elementar	108
3. A figura do administrado	108
4. O fato processual	109
5. O Direito na ordem administrativa	109
6. O Direito jurídico	110
7. A prova instrumental	110
8. A prova pericial	111
9. A prova testemunhal	111
10. Administração e Estado de Direito	112
11. Insuficiência da garantia política	112
12. URUGUAI antes de BIELSA	113
13. Responsabilidade do Estado	114
14. Jurisdição competente	114
15. As estratégias administrativas	115
16. Direito, interesse, ato	116
17. Definição pelas normas	117
18. O problema administrativo	117
19. Vontade da Administração	118
20. O Estado de Direito	119

CAPÍTULO VI

OS DIREITOS PROCESSUAIS E OS DIREITOS ADMINISTRATIVOS

1. Responsabilidade do agente administrador	121
2. As fronteiras da discricção	123
3. Na ordem interna administrativa	124
4. As situações jurídico-administrativas	125
5. As falhas no procedimento	126
6. Restrições à prova	127

7. O ato administrativo positivo	128
8. A Administração como parte	129
9. A admissibilidade da prova	130
10. Administração e Estado de Direito	131
11. O problema nacional brasileiro	132
12. Jurisdição e competência	133
13. Tutela sobre o Estado	134
14. O poder e o dever	135
15. Os caracteres singulares	136
16. O objeto da relação administrativa	137
17. O conflito administrativo	138
18. Os direitos administrativos	139
19. Os direitos processuais	139
20. A verdade na prova	141

CAPÍTULO VII

O PROCESSO ADMINISTRATIVO E A PROVA NA BASE DAS GARANTIAS JURÍDICAS

1. Atividades não formalizadas	143
2. As praxes remanescentes e costumeiras	144
3. O processo de interesse público	145
4. A vontade funcional	146
5. O esquema de BIELSA	147
6. Privilégios e prerrogativas	148
7. Os privilégios	149
8. As prerrogativas	150
9. Competência e processo	152
10. A medida da jurisdição	153
11. História e contexto social	154
12. Atividade processual	155
13. Constituição do processo	156
14. O princípio do contraditório	157

15. Resistências da tradição	158
16. As soluções racionalizantes	159
17. A hipertrofia do Executivo	161
18. O papel do Executivo	162
19. O papel da Administração	164
20. Administração e Direito	165

CAPÍTULO VIII

A PROVA ADMINISTRATIVA NA TEORIA GERAL DO PROCESSO

1. A vontade e a prova	167
2. O processo como instituição	169
3. O problema da verdade	170
4. A estrutura unitária do processo	171
5. Legitimidade e mérito	172
6. Força e mecanismo	172
7. Destinação diversa	173
8. O momento da prova	174
9. A iniciativa da prova	176
10. Personalidade e capacidade	177
11. Da prova e das nulidades	178
12. A forma do processo e da prova	180
13. Os atos preparatórios	181
14. A prova na impugnação do ato	182
15. Faculdade, poder e Direito Subjetivo	183
16. A prova no desvio de poder	184
17. A certeza do direito na prova	186
18. A função política do ato administrativo	187
19. A prova e a defesa administrativa	189
20. Fim e função da prova administrativa	190

NOTA DO AUTOR

Pretende este trabalho, que não possui maiores ambições, ser fiel à evolução do direito público. Escrito com simplicidade de linguagem, sem maiores preocupações intelectuais, reflete na sua exegese uma posição doutrinária diferente da costumeira e da praxista.

Todos sabemos, o Direito Público, como o Direito Administrativo, caminha para novos rumos conceituais. A herança muito valiosa recebida do Direito Civil aí está para demonstrar que, na esfera das atividades estatais, são também indispensáveis as garantias jurídicas.

A Administração, como fenômeno natural, por exemplo, jamais poderá se afastar do contexto social. Nem divorciar-se dos valores humanos. O que o Estado moderno representa como força física constitui algo de extraordinariamente impressionante.

Não é que se queira, por quase impossível, conter as atividades livres estatais ou daquele Estado político a cujos fins submete o indivíduo e esmaga a pessoa humana. Para o Direito, na constante procura do justo, tudo deve ser respeito, equilíbrio e harmonia.

Na verdade, os chamados direitos individuais estão ameaçados por uma série de teorias novas e criativas que tudo justificam em nome do desenvolvimento, da economia e da supremacia dos interesses coletivos. Com isso desaparece o homem na sua figuração jurídica.

A técnica, como valor, sem dúvida, e aliada à ciência, aumenta a capacidade administrativa do Estado. Como a primeira forma do pensamento é o conceito, os únicos dados reais na luta da pessoa pelos seus direitos fundamentais são precisamente dar defesa a esses direitos.

Por outro lado, não há quem não saiba que os valores subjetivos não podem abstrair-se dos fatos objetivos. A Cibernética e a Informática, passando a auxiliar o poder político, reformulam o comportamento administrativo em termos de regras absolutas. Regras que, muitas vezes, contrastam com os valores jurídicos, dando ao progresso tecnológico uma tônica que ameaça a liberdade humana e a conduta legal do homem na sociedade. Com isso desaparecem as inter-relações e se enfraquecem as relações de direito.

No entanto, a explicação do fenômeno administrativo, ontológica como é, não quer a Administração, ou o Estado, fora da harmonia entre os direitos humanos e sociais. O que se pretende é o Estado não como uma formação técnica, e sim como organização.

Entre o Direito Público e o Direito Privado, como veremos neste modesto trabalho de pesquisa eventual, não existem barreiras intransponíveis. Nascem ambos de uma mesma fonte, a natureza social do homem. Natureza essa, portanto, que tem no indivíduo o motivo de ser.

Foi por motivo desse justificado temor que a carta encíclica *Populorum Progressio* lembrou que o que vale é o homem, cada homem, cada grupo de homens, até que se atinja a Humanidade inteira, não permitindo, assim, a separação do que é econômico e do que é humano.

Permanece ainda hoje, apesar das inúmeras cartas constitucionais atuais, uma tendência para os Executivos fortes. Não estamos contra. E isso mesmo não traz qualquer inovação histórica. O que se quer é que não se esqueça o papel superior da Administração, do Estado.

Em virtude do considerável desenvolvimento dos instrumentais administrativos, numa amplitude dimensional de imprevisíveis conseqüências, a ação administrativa também aumenta e cresce de igual forma, irresponsabilizando o Estado e não dando alternativa ao homem administrado.

Sem dúvida, a engrenagem dos mecanismos políticos e administrativos está fora de qualquer consideração social ou humana, pois o eixo dos sistemas governamentais modernos se inclina para a concepção de um Estado burocrático e não representativo.

Espero, assim, poder explicar, numa área bastante peculiar, a da ação administrativa estatal, a importância do

processo administrativo num sistema comum de garantias jurídicas. O grau de liberdade de manobra da Administração merece acertos e reparos.

Há, nas organizações políticas, não obstante os ditames das melhores cartas constitucionais, uma vasta fronteira desguarnecida, juridicamente falando. É a fronteira entre o indivíduo e o Estado, entre a Administração e o administrado.

Normatizar, destarte, o processo administrativo, tornando-o válido como expressão relacional jurídica, é a obrigação dos juristas deste século. Não o processo administrativo com aquele alcance limitado e sem igualdade entre as partes e nem pessoas.

Em nosso livro *Introdução ao Direito Processual Administrativo*, publicado em 1971, lançamos a primeira semente de posição doutrinária, apontando a necessidade da prática da justiça administrativa, inclusive com a análise de legislações avançadas.

Não bastam, para nós, as relações de controle da Administração. A figura do administrado também existe e bem viva no centro dos conflitos funcionais administrativos. Não se discute no Direito Privado a prova civil ou comercial, o que é evidente.

Mas, se polemiza ainda sobre a prova administrativa. A contradição não é aparente, porque é real. Esperamos, no entanto, em razão da maneira simples pela qual abordamos o problema, que o nosso esforço seja bem entendido no plano das instituições jurídicas.

O leitor, sempre generoso e tolerante, compreenderá, por certo, as dificuldades que enfrentamos em iniciar e concluir um trabalho original, inexistente na bibliografia especializada, mas útil para os novos rumos a serem tomados pela ciência administrativa.

São Paulo, Setembro, 1973

O Autor

APRESENTAÇÃO

Pode o Paraná orgulhar-se de sua destinação econômica e demográfica, crescentemente próspera e evolutiva, no concerto das demais unidades da Federação ou, mesmo, no confronto com países estrangeiros, de idêntica densidade populacional. Somos gente dinâmica, empreendedora, construtiva: agricultura, indústria, transportes, comércio, expandidos, com ascensão veloz, nas curvas estatísticas.

Deve orgulhar-se o Paraná de seu passado histórico e cultural, lembrando, sua pequena capital, de 1912, de sessenta mil almas, apenas, que teve a audácia de erigir, em granito eterno, com firmeza espiritual, as sete colunas de seu templo de ciências, letras e técnicas, e que é esta velha universidade curitibana, a primeira instalada em solo brasileiro. Foi a gente e a terra paranista que primeiro materializou o sonho e o projeto constitucional de José Bonifácio, na alvorada da Pátria independente, pedindo a existência de uma universidade em cada província do novo Império.

Duas convicções, portanto, assomam ao espírito regionalista: o lastro de uma vocação cultural irresistível, que fez de Curitiba, desde as primeiras décadas do século, a “Coimbra brasileira”; e o roteiro aberto para um futuro rico, economicamente sólido, mercê de todas as possibilidades telúricas, com que Deus dotou o rincão em que vivemos.

Resta balancear, entre passado e porvir, a imagem do presente. Não basta a ufania de vermos brotar do solo as imensuráveis florestas de café, as maiores do Brasil e do mundo. Não basta contemplarmos a distensão quilométrica de trilhos e asfaltos, rasgando a paisagem virgem e verde das araucárias nativas. Não basta aplaudirmos a sinfonia estridente e metálica dos guindastes portuários, intercambiando mercancias e despejando divisas, no erário público.

Necessário é, também, exportar idéias. Rasgar mais amplamente os horizontes da inteligência. Plantar sementes do pensamento científico, literário e artístico, que definam, numa floresta de palmas ou de louros, a fisionomia cultural da gente nativa, como os próprios pinheiros, eretos e compactos, fotografam e definem a pujança e fartura da terra.

A Humanidade já está vivendo a era da Informática. Mais importante do que a própria atmosfera, que circunda continentes, oceanos e alimenta de oxigênio, e biosfera, animais e plantas, tornou-se, hoje, a “psicosfera” ou “noosfera”, na expressão de Chardin. Ela, também, alimenta de notícias imediatas, de imagens instantâneas, de conhecimentos novos e renovados, de idéias nascentes e frutuosas, todas as latitudes planetárias. Os antigos veículos de comunicação do pensamento — correio, telégrafo, telefone, livro, jornal, cinema — e os modernos meios de percussão das palavras e gestos — rádio, televisão, radar, telefoto — fazem as fronteiras convizinharem, de pólo a pólo, ou melhor, de astro a astro. Foi a experiência dos selenautas.

O livro, porém, pela sua permanência no tempo, pela sua tangibilidade no espaço, ainda continua a ser a viga originária e ostensiva do saber humano, das construções universitárias. A universidade nada mais é, em suprema síntese, do que uma grande biblioteca, capacitada de gerar muitas bibliotecas.

É, sem dúvida, honra muito alta, por todos os títulos, gizar um prefácio a Franco Sobrinho. Mas ela é acrescida, ainda, por uma particularidade, a qual deve ser recordada: esse convite provém, exatamente, do preclaro mestre paranaense que foi, há anos transcorridos, em 1953, o Catedrático-Presidente e Examinador da Banca de Concurso da Cadeira de “Teoria Geral do Estado”, quando, então, como examinando, tive a oportunidade de disputar ingresso no magistério e na douta Congregação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

É, também, prazer indizível, comparecer, com palavras de proêmio, às lições jurídicas de Franco Sobrinho, porque, verifico e testemunho, como admirador e amigo, sua inexcelsável tarefa de semeador de idéias e de livros. Incansável,

persistente, laborioso, leva o jurisconsulto pátrio, ao prelo, cadenciadamente, ano por ano, mês por mês, e até mesmo dia por dia, o fruto sazonado de uma vasta erudição histórica, sociológica, política, econômica, literária e jurídica. Os livros se sucedem, anualmente, os ensaios se multiplicam, em revistas nacionais e estrangeiras, as crônicas e artigos doutrinários ilustram os jornais de cada dia. Franco Sobrinho tem sido o mais incansável joalheiro de idéias, o mais hábil arquiteto do pensamento e o mais pródigo disseminador de cultura, de quem o Paraná e sua universidade podem se envaidecer, em qualquer época.

Não lhe bastam os editores brasílicos. Suas monografias, não raras vezes, têm impressão originária em países sul-americanos e as lemos, pela primeira vez, em publicação castelhana. O mesmo se afirme de grande soma de seus ensaios jurídicos, ilustrando revistas universitárias internacionais. Não seria possível memorar, aqui, todas as obras publicadas, porque constituiriam rosário interminável. Mas alguns exemplos são elucidativos da seriação geográfica e cronológica: *Concessão de Serviços Públicos* (Curitiba, 1937); *Direito Internacional Político* (Curitiba, 1963); *Da Desapropriação* (São Paulo, 1940); *Direito Processual Administrativo* (São Paulo, 1971); *Autarquias Administrativas*, prefácio de Clóvis Beviláqua (São Paulo, 1939); *Prática do Direito Internacional* (Ed. DASP, Rio, 1960); *Município e Municipalização* (Ed. DASP, Rio, 1964); *Estudos de Direito Público* (Rio, 1966); *A Função Pública* (La Plata, Argentina, 1968); *O Poder Político e o Poder Administrativo* (La Plata, Argentina, 1968).

São estes, da estante paranaense, os trabalhos colhidos da farta produção literária do mestre universitário. Suas lições se disseminam, ininterruptamente, desde 1937, às horas que soam, pelos maiores centros editoriais do Brasil e da América. Foi, mais além, Franco Sobrinho. Como conferencista e parlamentar levou, também, de viva voz, a doutrina jurídica brasileira para diversos congressos internacionais: Representante-Suplente do Brasil na IV Reunião Interamericana de Jurisconsultos, em Santiago do Chile, 1959; Observador Parlamentar na XI Assembléia Mundial de Saúde, em Genebra, 1960; Observador Parlamentar na

XIII Conferência Geral da UNESCO, em Paris, 1960; Delegado do Brasil na XVI Assembléia Geral das Nações Unidas, em Nova Iorque, 1961; Negociador do Brasil na ALALC, em Montevidéu, 1964.

Ninguém mais autorizado, para interpretar o contexto normativo e doutrinário do Direito Administrativo brasileiro, que o próprio catedrático dessa disciplina, na Faculdade de Direito do Paraná. Além de professor, hábil e erudito, na didática universitária, Oliveira Franco Sobrinho teve o mérito pessoal de haver contribuído, em épocas diferentes, para modelar a ciência e a arte jurídica pátria, em sua tríplice esfera de atividade: a legislativa, a administrativa e a judiciária.

Teve oportunidade o Autor de legislar o Direito, como deputado federal, em duas legislaturas. Teve ensejo de executar o Direito, em altas funções administrativas, como Secretário da Justiça do Estado do Paraná, como Presidente do Instituto Nacional do Mate, e, ainda, na Presidência da Caixa Econômica Federal do Paraná. Teve, e continua a ter, a mesma ocasião, de aplicar, judicialmente, o Direito, como ex-Procurador Regional da Justiça Eleitoral, ex-Procurador-Geral da Justiça do Paraná e, também, como emérito juiz federal.

Nenhum assunto jurídico enfoca maior importância e oportunidade, do que este que o Autor titula *A Prova Administrativa*. Todo o processo administrativo ainda é uma legislação increada. Permanece amorfo, imoldado pela lei; conseqüentemente, difícil em sua interpretação e aplicabilidade. Ainda não fundamentou praxes homogêneas, como as que caracterizam fórmulas e ritos no processo judiciário, tanto civil como criminal; ritos e fórmulas úteis e indispensáveis, para balizar o caminho da mais perfeita objetivação do direito e da justiça. Uma de suas falhas mais sensíveis revela-se na disjunção entre o Direito Administrativo e o Direito Probatório.

De antemão, Franco Sobrinho, a quem sobra autoridade e mestria, para tal empresa, deliberou incidir, com sua doutrina, sobre esta lacuna preexistente, no contexto legal administrativo. É o próprio Autor quem justifica:

“Não há propriamente um critério justo e informativo quanto à matéria de *prova* no Direito Administrativo

para as controvérsias surgidas na instância competente, tornando assim inócuas as contribuições valiosas trazidas pelo Direito Processual”.

Ora, se considerarmos, com o velho e sempre sábio Gusmão, que “o Direito Probatório é o ponto culminante de toda a Processualística”; se considerarmos, com o não menos sábio Teixeira de Freitas, que “a prova é a alma do Processo”; se considerarmos, ainda, com o velhíssimo Bentham, escrevendo há dois séculos, que “a arte do Processo nada mais é do que a arte de ministrar as provas” — conclui-se, inevitavelmente, que o eminente mestre universitário paranaense está ofertando à ciência jurídica administrativa, quer pátria, quer internacional, a mais valiosa e oportuna contribuição doutrinária, que se pode desejar. Seu novo livro não enriquece, somente, nossas estantes nacionais, mas todas as bibliotecas especializadas, no saber jurídico, em qualquer continente onde se situem.

A melhor e a mais sábia lição que ensina o Autor a seus discípulos, amigos e leitores, não está escrita, contudo, em seus livros, nem na dissertação verbal de suas aulas e conferências. Reside em si mesmo. É refletida em suas atitudes morais e em seu trabalho mental. Franco Sobrinho é um homem de fé. Confia no poder intelectual da gente brasileira. Acredita no Paraná e sua universidade. Dá-nos, a todos, alunos e professores, exemplo continuado, infatigável, irresistível de labor didático. Sabe que uma universidade — não há outro símbolo, nem outra finalidade para ela — é uma imensa biblioteca, com o direito e a vontade de crescer mais. De crescer e multiplicar-se. De gerar mais livros. De conquistar novos conhecimentos. De expandir sabedoria. De erigir mais pilares de ciência, técnica, filosofia.

Por tudo isso, tem sido Franco Sobrinho esse incansável semeador de livros, fazendo jus àquela formosa benção do poeta da brasilidade. Já plantou ele, para o Brasil e o Paraná, e muito além das fronteiras pátrias, uma sementeira de páginas doutrinárias, de ensinamentos sadios e frutuosos, como são frutuosos e sadios os verdes pinheirais de nossa terra natal. Em todos os tempos, no Paraná, ninguém o ultrapassou na faina ingente de germinar idéias e de ampliar as searas da inteligência conterrânea.

Deve o Paraná e sua histórica universidade ser muito grata ao Prof. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, por este volume, que vem somar, ao patrimônio cultural de nossa gente. Quanto a mim — o examinado de ontem, o apresentador de hoje — sinto-me, ainda, mais particularmente grato e envaidecido, ao crescer, também, algumas pálidas páginas de preâmbulo, àquelas que foram cinzeladas pela mão de um mestre da ciência jurídica brasileira.

JOSÉ NICOLAU DOS SANTOS

Ex-Reitor da Universidade Federal do Paraná

APRECIÇÃO CRÍTICA

A uma bibliografia — iniciada em 1939 com o já clássico *Autarquias Administrativas* — que se aproxima da centena de obras, acrescenta agora o ilustre Catedrático de Direito Administrativo da Universidade Federal do Paraná este excelente e minucioso estudo sobre *A Prova Administrativa*.

Oliveira Franco Sobrinho é um dos autores mais prolíficos do nosso Direito. Dos ramos de Direito — embora de crescente importância — o administrativo é aquele que conta com menor número de cultores, no Brasil, a despeito da qualidade das obras e originalidade de conceitos dos precursores Veiga Cabral, Furtado Mendonça, Ribas, Uruguay, Pereira do Rego, no Império, e dos grandes nomes que na 1ª República o cultivaram, como Viveiros de Castro, Alcidez Cruz, Oliveira Santos e Porto Carrero.

Contam-se nos dedos os autores brasileiros posteriores, persistindo a situação que levou o insigne Cirne Lima a salientar o contraste entre a opulência do nosso Direito Administrativo Positivo e a parcimônia doutrinária.

Nossa literatura administrativista é escassa, talvez em razão mesmo das dificuldades que uma matéria ainda nova e aparentemente inorgânica oferece, a serem vencidas pelos estudiosos.

Daí a importância de cada nova contribuição que surja, principalmente quando oriunda da autorizada pena de alguém que, há mais de três décadas na cátedra, vem liderando as pesquisas e meditações em torno de temas capitulares, sempre tratados com oportunidade e originalidade, como é o caso do autor, que ao lado dos contemporâneos Cirne Lima, Seabra Fagundes, Oswaldo Aranha Bandeira

de Mello, Themístocles Cavalcanti, Vítor Nunes, Lafayette Pondé, Caio Tácito, Celso Antonio Bandeira de Mello — e outros administrativistas de não menor valor — vem sustentando a qualidade de nossa produção literária no setor.

À sua extraordinária experiência didática e longa atividade científica, Oliveira Franco Sobrinho alia fecunda vivência em todos os setores de Governo, tendo vivido, com intensidade, atividades diplomáticas, administrativistas, parlamentares e judiciárias.

Fruto de maduro aproveitamento de toda esta experiência e de laboriosos estudos, seus trabalhos espelham visão universal e superior dos problemas publicísticos, que sua fulgurante carreira ensejou não só conhecer como experimentar vivamente, em trato diuturno e omnímodo.

Invocando Wade, no pórtico de seu livro, justifica-o com a frase do famoso professor de Oxford, segundo o qual, “para o cidadão é vital que todo poder seja usado ou exercitado de forma adequada às idéias de liberdade, boa administração e senso político superior”.

Na “Coimbra brasileira”, cognome atribuído a Curitiba, pela irresistível vocação cultural que a caracterizou desde o começo do século, sobressai a figura de Oliveira Franco Sobrinho, não só como político, administrador, parlamentar, magistrado e diplomata, mas principalmente como homem de cultura e sobretudo como mestre do Direito.

Seus trabalhos, muitos dos quais publicados no estrangeiro, divulgaram seu nome pelo mundo hispânico, elevando, com isto, o conceito dos juristas brasileiros, especialmente no setor do Direito Público, perante o mundo de língua castelhana.

O problema da prova administrativa não tem sido cuidado, pelos nossos administrativistas, em consonância com a importância que esta matéria assume, no contexto do Direito Administrativo, especialmente moderno. Esta observação já a fizera o ínclito Marcello Caetano, em artigo publicado na *Revista de Direito Público* (vol. 1, pág. 25), há algum tempo.

Assinala, aqui, o Autor e Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, a pertinência da observação, que persiste irrefutada pelos fatos.

Inicia o Autor o tratamento do tema, assinalando que se não tem dado valor às valiosas contribuições trazidas, pelo Direito Processual, para o Direito Administrativo, as quais são empregadas acriteriosamente e nem sempre com adequado senso, no estudo do processo administrativo (ou procedimento, como querem outros).

A aplicação de normas processuais civis, ou processuais penais, ao processo administrativo é feita um tanto quanto arbitrariamente, de maneira a comprometer o valor do próprio instrumento em que se erige — que é este processo — e a prejudicar assim a tutela dos direitos individuais, como a eficiência do funcionamento da administração pública.

Daí a extrema oportunidade do estudo da relação jurídico-administrativa — que faz Oliveira Franco invocando o ínclito Cirne Lima e recordando as lições do excelente Agustin Gordillo, já famigerado administrativista portenho.

Ao lado do grande valor científico que as meditações do Autor — traduzidas nesta obra — revelam, seu cunho didático ressalta da simples leitura do índice da matéria, que se desdobra em tópicos, de certa forma correspondendo ao próprio número de páginas do livro.

Em contraste com os trabalhos maciços e pesados da doutrina estrangeira, encontra-se aqui um tratamento não menos profundo, mas extremamente leve e agradável — de significativo alcance didático — de todos os aspectos que o estudo do assunto sugere.

Prestigiando os escritores mais salientes do nosso Direito Administrativo, não olvida as melhores lições dos clássicos do Direito Comparado, especialmente os italianos e autores de língua castelhana.

Só pelas notas de rodapé — que revelam ingente, minucioso, escrupuloso e criterioso trabalho de pesquisa —, este livro já se recomenda como produto mais puro e lídimo de exercício de laboratório. Este, por sua vez, é fecundado por uma meditação que se revela nas contribuições decorrentes do pensamento pessoal do Autor, que imprime às suas premissas e, especialmente, às suas conclusões, o cunho da sua personalidade marcante e da robustez de suas convicções fundamentais.

Nosso Direito Público recebe mais este excelente contributo de Oliveira Franco Sobrinho que, de maneira singular, tem sabido aliar a qualidade de sua produção literária a uma fecundidade invejável, tão benéfica à nossa cultura, em geral, bem como ao Direito, em especial.

GERALDO ATALIBA

Professor da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo e Reitor
da PUC de São Paulo

INTRODUÇÃO

A PROVA ADMINISTRATIVA NA CATEGORIA DOS VALORES JURÍDICOS

SUMÁRIO: 1. A regra universal. 2. Os interesses correlativos. 3. Relações materializadas. 4. Caminhos e metas. 5. O modelo do processo judicial. 6. Descaracterização da prova. 7. A impugnação jurisdicional. 8. Processos ordinário e especiais. 9. Conexão das práticas processuais. 10. Os vícios jurídicos. 11. Capacidade administrativa e civil. 12. O interesse superior na ordem jurídica. 13. A prática na aplicação das regras. 14. O direito e o fato. 15. O fato jurídico na Administração. 16. Irrealismo jurídico. 17. A ação conceitualmente única. 18. Os vínculos jurídicos. 19. Os poderes jurídicos. 20. A margem de uma tese.

1. *A REGRA UNIVERSAL* — Procurar a consolidação das regras estáveis que marcam no Direito Administrativo moderno a *relação de administração*, é tarefa de sistematização a ser realizada:

- a) dentro da unidade filosófica da Ciência do Direito;
- b) em atenção ao Direito Positivo naquilo que ele exige de programático ou de relacional.

A *forma da norma jurídica* constitui uma preocupação constante na evolução dos fatos jurídicos. Toda *norma*, por assim dizer, tem uma *forma* e um conteúdo próprio. Reveste-

se, ademais, de uma condição imperativa de regra universal de conduta e de ação¹.

Não é somente, portanto, na área do Direito Privado, que toda norma jurídica de conduta leva à obrigatoriedade, impondo além de direitos também deveres. A razão e o fundamento da obrigação nascem de conseqüências de formação histórica e de realidade prática.

2. *OS INTERESSES CORRELATIVOS* — O velho provérbio *forma dat esse rei*, no dizer de COGLIOLO, tem uma alta significação filosófica, porque as normas jurídicas têm necessidade “de ser expressas em uma certa forma verbal ou escrita”, de vez que as regras se tornam precisas “quando são revestidas de palavras”².

Não, porém, de palavras abstratas, ou expressões inadequadas, mas de uma *força superior* que proteja uma obrigação e uma vontade, não obstante a diferença entre o Direito Privado e o Público, os quais, juridicamente, derivam de uma mesma fonte natural.

O interesse público e o privado são *correlativos*. Toda lei útil ao Estado é, por conseqüência, útil às pessoas. Toda lei útil às pessoas é, por conseqüência, útil ao Estado. Como o Direito não pode ser concebido sem a idéia de uma co-ação *possível*, a existência da norma transcende necessariamente ao *jus privatum*³.

Com a norma administrativa, dados os propósitos do Estado moderno, e considerando-se as transformações havidas no Direito Público, o problema alcança hoje maior nível de importância, porque não poucas vezes os *direitos administrativos* se tornam processuais e de ação.

Assim é que, o direito de exigir não se limita à Administração no interesse público. Mas se estende, em projeção, até a figura do administrado na ordem das garantias jurídicas substanciais. Regular, portanto, o modo de questionar, é o mesmo que dar formas jurídicas ao Direito.

¹ PIETRO COGLIOLO, *Philosophia do Direito Privado*, trad. Eduardo Espínola, Bahia, 1898, pág. 114; ICILIO VANNI, *Filosofía del Derecho*, trad. Rafael Urbano, Madri, 1941, pág. 68.

² PIETRO COGLIOLO, ob. cit., pág. 114.

³ *Id.*, *ibid.*, págs. 128/131.

3. *RELAÇÕES MATERIALIZADAS* — Vale a verdade observada para afirmar que, inclusive para o Direito Administrativo, a função específica da norma jurídica é a *garantia* que insepara os fatos objetivos e jurídicos subjetivos.

Tudo reside num elemento real de natureza histórica, ou melhor, no direito que tem o homem de ser pessoa. No conceito de personalidade, assim, está a vontade na sua autonomia, o *querer* como manifestação concreta do administrado na relação jurídica.

A idéia fundamental em todos os sistemas é aquela que permite ao indivíduo não concordar com a violação dos seus interesses ou divergir para esclarecer o contraditório. Na denúncia dos fatos originários assenta um princípio de licitude que permite a livre ação jurídica.

Exercitar o Direito, face a uma atuação de fim obrigatório, buscar a norma na sua forma peculiar, em razão da regra permitida, pressupõe conduta relacional preexistente, de relações singulares, ou melhor, de relações que se materializam através do fato⁴.

Não será, no entanto, por falta de forma para a norma administrativa, que os direitos ou os interesses não possam estar garantidos. A Administração, pelo Estado, como poder estatal, administrativo, responde pelas privações de direito ou de interesses ofendidos.

4. *CAMINHOS E METAS* — Todas as funções estatais, sem exceção, e particularmente todos os atos administrativos, adotando-se a lição de MERKL, são *metas* que não se podem alcançar senão por determinados *caminhos*⁵.

Considerando, assim, portanto, a lei como a meta imposta pela via legislativa, os atos judiciais e administrativos passam também a ser metas que conduzem ao procedimento judicial e administrativo⁶.

Num sentido rigoroso e técnico, os atos administrativos são resultantes do procedimento administrativo, ou do procedimento administrativo como procedimento jurídico. Nada

⁴ ICILIO VANNI, "A força obrigatória e a sanção da norma jurídica", in ob. cit., pág. 71.

⁵ ADOLFO MERKL, *Teoría General del Derecho Administrativo*, trad. esp., Madri, 1936, pág. 278.

⁶ *Id.*, *ibid.*, pág. 278.

mais razoável, sem dúvida, que a variante “processo” imponha medidas afeitas à teoria processual.

Os três grandes tipos de procedimento consubstanciam não só o Direito Processual no seu todo unitário, mas dão ao processo tipificação capaz de manifestações jurídicas diferenciadas, como:

- a) o Direito Processual Legislativo;
- b) o Direito Processual Judicial;
- c) o Direito Processual Administrativo⁷.

Quem sabe, das três tipificações, não aparentes porque reais nos ditames informais, seja o *Legislativo* o mais qualificador de uma situação jurídica. Tanto mais ou igual ao *Administrativo*, cuja amplitude excede limitações de atuação e circunstâncias.

5. O MODELO DO PROCESSO JUDICIAL — São esferas, todas elas, as processuais, que giram num mesmo sentido, mas com fins e círculos diferentes dentro da atividade jurídica estatal, aparecendo a *administrativa* como comum na ação de gestão, de produção de atos impositivos da vontade pública.

A necessidade de regular o procedimento, tendo em conta o Direito Administrativo formal e material, surgiu no Direito Privado e no Penal devido a fatos que buscam definições apropriadas ou as circunstâncias que bem consideradas particularizam o fenômeno jurídico na maior amplitude.

O modelo do processo judicial, no entanto, pode servir para o processo administrativo. Sempre tem sido assim no melhor entendimento doutrinário⁸. Mas *servir* sob dois aspectos de indiscutível viabilidade:

- a) quanto à sistematização na ordenação das regras obrigatórias e formais;

⁷ *Id.*, *ibid.*, pág. 282.

⁸ Cf.: VILLAR Y ROMERO, *Derecho Procesal Administrativo*, Madri, 1944; ORESTE RANELLETTI, *Le Guarentigie della Giustizia nella Pubblica Amministrazione*, Milão, 1946; GEREMIA BROCCOLLI, *La Codificazione del Diritto Amministrativo*, Nápoles, 1936; CARMONA ROMAY, *Derecho Procesal Administrativo*, Havana, 1946; JESUS GONZALEZ PEREZ, *Derecho Procesal Administrativo*, Madri, 1966; ALFONSO NAVA NEGRETE, *Derecho Procesal Administrativo*, México, 1959.

b) no tocante aos elementos intrínsecos que asseguram a participação igual das partes no processo.

Com essa orientação já firmamos o nosso pensamento em trabalho indagativo, no qual procurou-se para o processo administrativo não uma correlação com o sistema principal, mas uma tendência que equipara num mesmo plano o indivíduo com respeito aos direitos processuais⁹.

Não é só o processo, como regra de conduta na ação ou na controvérsia, que deve interessar. O importante, para o administrado, como pessoa, está precisamente em lhe serem facultados elementos figurados de defesa e prova indispensáveis à impugnação do ato administrativo.

6. *DESCARACTERIZAÇÃO DA PROVA* — É sabido que para o processualista de hoje, o processo civil é matéria mais trabalhada, ao passo que o processo administrativo ainda resulta de normas confusas ou princípios desordenados¹⁰.

O esforço que se pretende, apesar de não original, inclina-se em favor de uma técnica, método e sistemática que, no campo do Direito Processual, possa adequar meios a certos fins.

Não se trata, segundo GUAITA, de se continuar adotando uma terminologia imprecisa, inexata, como aquela que doutrinarmente desnatura o processo para dar valia ao “recurso contencioso”¹¹.

Quanto à *prova* no processo administrativo, por exemplo, não fossem as regras civis, regras que como princípios são, no caso, apenas permissivas ou indicativas, não aparece ela no contexto processual administrativo como elemento de significação ou de categoria essencial.

Nisso vai muito de atraso, pois os conflitos jurisdicionais são uma realidade da via administrativa recursal. E realidade, onde o Estado e a Administração aparecem como partes litigantes. Por isso, não bastam as simples faculdades concedidas pelas chamadas leis administrativas.

⁹ MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, *A Prova no Processo Administrativo*, Curitiba, 1971.

¹⁰ AURELIO GUAITA, *El Proceso Administrativo de Lesividad*, Barcelona, 1953, pág. 6.

¹¹ *Id.*, *ibid.*, pág. 11.

Impressiona, sobremaneira, o analista, como a prova, como fator de convencimento no litígio, pode tanto se descaracterizar, contrariando nos seus pressupostos o próprio Direito na sua expressão processual e de força coativa de conduta na ordem jurídica constituída.

7. *A IMPUGNAÇÃO JURISDICIONAL* — Aponta GUAITA, com apoio em GUASP, para o efeito de impugnação jurisdicional de um ato administrativo, as várias maneiras como um ato pode ser atacado e quais os instrumentos adequados a fazer valer a lei em virtude de um conflito afirmado na esfera da Administração¹².

Sim, a própria doutrina conhece, porque a prática a isto leva, que o processo administrativo não sistematizado constitui-se num dos óbices ao reconhecimento de direitos incontestáveis, pois da imprecisão dos requisitos resulta a inaplicabilidade de normas legais.

A prova administrativa, outro tanto, como ato processual ou como categoria de valor jurídico, se desmerece na sua importância que é fundamental, deixa de existir na exatidão do que pretende, afasta o direito do fato e, o que se torna grave, desigual as partes no feito.

Não se pode, como não se quer, que o fato administrativo na jurisdição não corresponda à relação de direitos. Os atos administrativos, qualquer que seja a procedência e a matéria, assinalam a existência de uma situação jurídica material e concreta na sua exteriorização.

É essa *situação jurídica*, ligando o ato ao fato, ou o fato ao ato, que cria a relação substancial, objetiva ou subjetiva. Desconhecer tal *relação* não condiz com o Estado de Direito. Acreditar num *processo* não instruído será o mesmo que contrariar a norma legal generalizante.

8. *PROCESSOS ORDINÁRIO E ESPECIAIS* — Não é preciso maior acuidade na investigação para se atentar para a variedade dos procedimentos públicos que se transformam forçadamente em processos ou procedimentos administrativos.

¹² *Id., ibid.*

Estão aí como exemplos flagrantes os processos fiscais, financeiros e tributários. Os processos especiais adotados pela Administração no sentido de condenar ou punir, com a finalidade de cumprimento de medidas administrativas legais, mas possivelmente unilaterais.

Não basta, assim, simplesmente se negar os processos administrativos ordinário ou especiais, quando eles existem e se executam como instrumentos da Administração, como também se torna irrelevante face ao fim procurar distinguir processo do simples procedimento administrativo.

Como se compreende, o objeto e fim da atividade administrativa não se contrapõe ao princípio do Estado *jurídico*. Não há outra maneira de ser para essa *atividade* senão aquela legal, formal e escrita, como regra de garantia de autenticidade e de responsabilidade.

Daí a dificuldade da prova na variedade dos processos e todos eles não normatizados instrumentalmente, não obstante a prova poder não ser essencial em virtude da conformidade entre o fato e o ato, mas apenas necessária para esclarecer uma interpretação distinta.

De qualquer maneira, no entanto, em se tratando de lesão de um direito ou de um interesse legítimo, lesão ocasionada por ato de autoridade administrativa, no processo e na capacidade probante estão os elementos que favorecem o esclarecimento da verdade no litígio.

9. CONEXÃO DAS PRÁTICAS PROCESSUAIS —
As práticas administrativas ou judiciais inspiram-se através da ordem jurídica. A conexão entre ambas as *práticas* é matéria que interessa ao Direito e à organização estatal. Não pressupõem, no entanto, formulações que baralhem os conceitos jurídicos tradicionais.

As diferenças são visíveis a olho nu, onde chegue a pesquisa ou a investigação dos fatos. Todavia, há um campo comum e determinado, que confunde pelos instrumentos permitidos de atuação jurídica. Um desses instrumentos é o *processo* na sua variada expressão motivante.

Entre o Direito Administrativo *objetivo* e o arbítrio *subjetivo* da Administração, há espaços vazios que se preenchem com o valor real e jurídico da lei aplicável a cada caso. Eis

que o conceito de arbítrio não é um conceito que se identifique com a discricção administrativa.

É nesse campo ou vazio, quando houver, que entra o direito de provar ou a prova quando se faz necessária. Não são poucos os graus de condicionamento jurídico que envolvem a Administração e o administrado. É saudável, portanto, que as regras civis inspirem a conduta estatal.

A preocupação nossa neste trabalho, no tocante à realidade jurídico-positiva do Direito Administrativo, tende para o entendimento mais consentâneo do Estado atuando vinculado juridicamente às expressões legais-formais ou exercitando atividade não desligada da lei.

Não é mister que a ação administrativa isolada apele expressamente para a lei que lhe serve de fundamento, mas que se apóie em alguma lei para cumprir assim o requisito moral da legalidade. A reserva legal surpreende quando não qualifica o ato administrativo.

10. *OS VÍCIOS JURÍDICOS* — A gravidade reside precisamente naqueles atos que apesar de viciados juridicamente ou eivados de vícios jurídicos possam ter eficácia sem que a intervenção revocatória se faça de imediato e por intervenção de força funcional competente.

A simples possibilidade de atos administrativos viciados, ou simplesmente defeituosos como define MERKL, leva a uma contradição jurídica que afeta o direito em si mesmo¹³, ou que afasta o direito do regime que lhe é peculiar às denominadas garantias jurídicas.

O problema, na doutrina pode ser entendido, mas na legislação não tem equacionamento. Haja vista as codificações primárias, sobretudo inócuas, que vingaram na América Latina¹⁴; legislações desordenadas, ou desconexas, feitas para uso e gozo da pública Administração.

A reparação do agravo ao administrado, originado de um ato administrativo lesivo porque defeituoso, teve em ALCALÁ ZAMORA um pioneiro à altura da problemática, desde o momento que tornou evidente a existência de recurso *en regimen de jurisdicción*¹⁵.

¹³ ADOLFO MERKL, ob. cit., pág. 253.

¹⁴ BRISEÑO SIERRA, *Proceso Administrativo en Iberoamerica*, México, 1968.

¹⁵ V. ALCALÁ ZAMORA, *Estudios de Derecho Procesal*, Madri, 1935.

Entre os franceses, o ato viciado não apresenta sequer a importância temática com que é discutível inclusive no Brasil, pois o *regime de direito administrativo jurisprudencial*, como se apresenta, oferece aos administrados opções de defesa e de prova para a solução de anulamento¹⁶.

Com os italianos quase o mesmo se passa. A justiça administrativa na Itália, pelo que tem de bom, dá ao administrado além de opções maiores oportunidades recursais¹⁷. Mas, não é só uma questão de regime. É, também, uma questão de respeito à ordem jurídica e às garantias legais.

Mesmo distinto do direito que rege as relações entre particulares, a norma pública no Estado jurídico, incontestavelmente, subordina-se a uma ordem organizacional estatal que no fundo não difere nem na esfera pública e nem na órbita de ação privada.

11. *CAPACIDADE ADMINISTRATIVA E CIVIL* — Lembrando, com justeza, que a capacidade para atuar administrativamente é maior que a própria capacidade civil, AGUSTIN A. GORDILLO não faz mais que situar o problema da controvérsia administrativa num plano de alcance não só complexo como quase ilimitado¹⁸.

Aliás, é o professor argentino, com sensibilidade, quem com maior exatidão estudou ultimamente a natureza jurídica dos instrumentos recursais, não obstante ainda se manter numa orientação tímida quanto à verdadeira e real autonomia do direito processual administrativo¹⁹.

Os espanhóis, ou a literatura de língua castelhana, vêm avançando realisticamente. Fatos e jurisdição preocupam os

¹⁶ Cf., em tese: ROGER BONNARD, *Les Droits Publics Subjetifs des Administrés*, Paris, 1956; LOUIS DUBOIS, *La Théorie de l'Abus de Droit et la Jurisprudence Administrative*, Paris, 1969; JACQUES PUISOYE, *Le Contentieux Administratif*, Paris, 1969; BENOIT JEANNEAU, *Les Principes Généraux du Droit dans la Jurisprudence Administrative*, Paris, 1954.

¹⁷ Cf., também: RENATO ALESSI, *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, Milão, 1953; PIETRO VIRGA, *Il Procedimento Amministrativo*, Palermo, 1964; PIETRO BODDA, *Giustizia Amministrativa*, Turim, 1963; MASSIMO SEVERO GIANNINI, *La Giustizia Amministrativa*, Roma, 1966; ALDO M. SANDULLI, *Il Procedimento Amministrativo*, Milão, 1959.

¹⁸ AGUSTIN A. GORDILLO, *Procedimiento y Recursos Administrativos*, Buenos Aires, 1971, pág. 125.

¹⁹ A orientação é naturalmente a mesma nos demais trabalhos do Prof. GORDILLO: *Introducción al Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1962; *El Acto Administrativo*, Buenos Aires, 1969; e *Estudios de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1963.

juristas a ponto de evitarem tergiversações inúteis, eis que na relação jurídica concreta está todo o segredo desfeito da livre atuação não jurídica da Administração²⁰.

A posição de GORDILLO, por exemplo, e que passamos a lembrar pela sua importância com respeito à matéria de prova, não deixa dúvidas quanto à imprecisão de inúmeros textos administrativos falhos de normatividade, de ordenamento e de virtual expressão jurídica²¹.

O que acontece, frente à realidade jurisdicional, é que o *direito de dizer* se restringe no Direito Administrativo, isto é, não acompanha a capacidade das partes na contenda ou no conflito, não importando que essa capacidade seja reflexo de uma amplitude maior que a da capacidade civil.

12. *O INTERESSE SUPERIOR NA ORDEM JURÍDICA* — Processo — estamos longe dessa falsa verdade — não é sucessão de atos improvisados, mas responsabilidade pública estatal que se relaciona com a lei e a ordem jurídica. O fundamento político do processo não assenta na supremacia do interesse coletivo sobre o individual, quando incompatíveis se mostram a Administração e o administrado.

O fundamento jurídico teórico ou científico, contudo, e aqui também o fundamento político, esse consiste no ordenamento normativo dos princípios jurídicos básicos, dentro por assim dizer de uma hierarquia de conceitos, *numa idéia de igualdade*, e da qual decorrem conseqüências geradoras por força própria do direito que se incorpora ao patrimônio pessoal.

Sabemos que os direitos obrigacionais ou pessoais só podem ser atendidos através de processo. A regra vale para as relações jurídico-administrativas. Os requisitos ou con-

²⁰ Para citar os mais importantes administrativistas em virtude de obras verdadeiramente conceituais: SABINO ALVAREZ-GENDIN, MANUEL ANDREOZZI, MANUEL FRANCISCO CLAVERO ARÉVALO, MANUEL MARIA DIEZ, GARCIA DE ENTERRIA, FERNANDO GARRIDO FALLA, JESUS GONZALEZ PEREZ, HORACIO H. HEREDIA, JUAN FRANCISCO LINARES, CIRILO MARTIN-RETORTILLO, ALFONSO NAVA NEGRETE, RODRIGUEZ MORO, ENRIQUE SAYAGUES LASO, JOSÉ MARIA VILLAR Y ROMERO, EDUARDO VIVANCOS, GARCIA TREVILJANO-FOS, GONZALEZ NAVARRO OU ARMANDO EMILIO GRAU.

²¹ V. AGUSTIN A. GORDILLO, *Procedimiento y Recursos Administrativos*, págs. 338, 339, 343, 344, 359 e 440.

dições que autorizam a ação processual são os previstos ou definidos em lei, com exceção quanto às hipóteses da inexistência de normas próprias para certos tipos de procedimento regular.

Com respeito, porém, à inexistência de normas próprias, o correto juridicamente é entender a contribuição do processo civil para a formação do procedimento administrativo. Outrossim, consoante a prática, aceitar que os atos concretos numa ordem de conceitos, tempestivamente, dão ao processo administrativo valor equivalente ao da regra normativa civil.

Convém ressaltar, todavia, que salvo uma específica finalidade, os tipos de processo não se definem por si próprios, mas em virtude de um superior interesse da ordem jurídica, como seja o de proteger os direitos individuais assistidos num sistema de garantias jurídicas. Como se vê, a noção de processo, além de natural, é histórica e humana.

Como noção, passa ao Direito, ou passou ao Direito como instituição; como necessidade corrente e usual, compulsiva quando se refere às lesões individuais, preordenando-se naturalmente para reconhecimento de pressupostos transformados depois em regras positivas. É uma necessidade permanente do indivíduo e da própria Administração.

13. *A PRÁTICA NA APLICAÇÃO DAS REGRAS*
— No conhecimento jurídico básico (aquele que vai até a procura filosófica do fato) estão os elementos que melhor favorecem a fenomenologia jurídica, tal e qual ela se apresenta na realidade, ou como expressão de diferentes manifestações relacionais.

Como *expressão* é que surge o *processo* na sua teoria, ou então, o processo como forma de manifestação material do Direito Positivo. Mas quando quer que surja, ou se faça necessário, há para considerar a sua unidade originária em consonância com os diversos *modos* de se fazer valer nas práticas de procedimento.

Como conceito, ordem de conceitos vamos dizer, os *modos processuais* não são dissemelhantes, pois o Direito trabalha através de um sistema de normas que são civis, penais,

comerciais e, sobretudo, administrativas. Sistema esse, sem dúvida, assentado num ordenamento lógico e coerente²².

Mas, com respeito à prática na aplicação das regras jurídicas, há um fator que resulta no problema da prova diante do complexo dos fatos, *fatos* que devem estar na base de uma disposição legal definida em sua concepção normativa²³.

Difícil, portanto, na estrutura de um sistema, pois quase todos os sistemas são rígidos, procurar desconhecer que algumas regras existem esperando por se tornarem positivas, não obstante já se apresentarem em sentido concreto, exterior e material.

É o que se passa com as normas administrativas, a maioria delas de iniludível conteúdo processual, ou com algumas regras que validam normas permanentes, sobretudo estáveis, e que fazendo relação de direito apresentam fisionomia própria nos sistemas de garantias jurídicas.

14. *O DIREITO E O FATO* — Naturalmente que todas as questões submetidas à superior decisão podem ser *de direito* ou então *de fato*. As primeiras versam sobre a inteligência na aplicação das leis. Quanto às segundas, não podem resolver-se senão em virtude da capacidade probante²⁴.

Não se diga que a assertiva de FERNANDEZ CONCHA valha para o Direito Privado e não valha para o Direito Público, atendendo que o maior número de conflitos se reduzem a questões de fato, tornando assim a prova o momento mais transcendental do processo²⁵, principalmente na esfera ou na via contenciosa administrativa.

Quando GARRIDO FALLA anota as três crises do Direito Público Subjetivo, em trabalho cuja oportunidade ainda é atual, não lembrou que entre *situação* jurídica e *relação* jurídica não prevalecem fatores antagônicos, mas simples

²² VICENTE O. CUTOLO e PEDRO I. BENVENUTO, *Introducción al Estudio del Derecho*, Buenos Aires, 1962, pág. 80.

²³ JEAN DABIN, "La aptitud para la prueba de los hechos sometidos a regla", in *Teoría General del Derecho*, trad. esp., Madri, 1955, págs. 281 e segs.

²⁴ RAFAEL FERNANDEZ CONCHA, *Filosofía del Derecho o Derecho Natural*, Santiago do Chile, 1966, pág. 364.

²⁵ *Id.*, *ibid.*

fatores que identificados pela *forma* expressam um mesmo fenômeno só compreensível através do processo²⁶.

Na harmonia, entre o fato e o direito, entre o direito e o fato, firma-se a norma e a forma da norma, pois se considerarmos situação e relação como categorias, outra coisa não estamos fazendo que dar ao problema sentido de paralelismo contrastante com o ordenamento jurídico.

A importância do processo administrativo e de tudo quanto nele se deve conter desde a inicial, a instrução ou a prova, reside na executoriedade operacional do próprio ato de governo capaz de produzir um efeito de direito, uma modificação de situação jurídica ou quebra de relação. Em razão disto, na opinião certa de GASCÓN Y MARIN, o Direito Administrativo há de ter incontestavelmente um “acentuado caráter jurídico”²⁷, e com regras que podem extravasar dos limites do Direito Civil.

Trata-se, apenas, como estamos vendo, de um possível regime jurídico diferente, não alheio porém a um sistema jurídico geral. Um regime diferente, mas virtualmente vinculado, sem dúvida, à organização, meios e formas de atividade da Administração no que diz com o administrado e os outros sujeitos de direitos.

15. O FATO JURÍDICO NA ADMINISTRAÇÃO — Não há melhor definição para o *fato jurídico* do que a completada com real clareza por ORLANDO GOMES: “No sentido lato, o fato jurídico é um dos elementos integrantes da relação jurídica, ao lado do sujeito, do objeto e da garantia”²⁸.

Na operação administrativa, onde há a responsabilidade do Estado na ordem jurídica, o *fato administrativo* é ato quando se transforma em função, formando, assim, materialmente, a relação jurídica.

²⁶ GARRIDO FALLA, “Estudios dedicados al profesor García Oviedo”, in *Las Tres Crisis del Derecho Público Subjetivo (Derecho Administrativo, vol. I)* Sevilla, 1954, vol. I, págs. 4 e segs.

²⁷ JOSE GASCÓN Y MARIN, “En torno de la noción del Derecho Administrativo”, in *Estudios a García Oviedo*, ob. cit., pág. 11.

²⁸ ORLANDO GOMES, *Introdução ao Direito Civil*, Rio de Janeiro, 1957, pág. 248.

Sem o fato, também a relação jurídica administrativa não se efetiva concretamente. O fato aqui, pelo ato, faz vínculo que condiciona o sujeito do direito.

Só que os fatos administrativos não se confundem com os fatos jurídicos na sua acepção de acontecimentos que independem da vontade humana, e isto porque na Administração o Estado, como força de propulsão, cria ou altera situações; é quase livre para extinguir ou modificar situações jurídicas.

Já SAYAGUES LASO, coloca o problema em termos corretos, falando em operações materiais, e dizendo que “interesan también al derecho administrativo ciertos hechos naturales cuya realización o consumación proyecta consecuencias sobre las relaciones jurídicas administrativas”²⁹.

Para LASO, na agudeza da sua crítica científica, valem as conseqüências no campo do Direito³⁰, em virtude, principalmente, de os fatos serem em geral voluntários, provocados com o propósito de lograr determinados resultados ou com a intenção voltada para um efeito jurídico.

De igual maneira RANELLETTI pontualiza a questão, em acordo com o pensamento da doutrina italiana, mostrando que o ato administrativo compreende tanto a declaração de vontade como os fatos que se executam, levando a uma equação onde o fundamental está na relação jurídica³¹.

E, ainda, autores existem que teimam em desmerecer as características e as complexidades da atividade administrativa, a responsabilidade da Administração nos seus aspectos mais salientes, condições exteriores essas que levam ao resultado lógico de um regime jurídico uniforme e marcado pelo Direito na sua tendência mais alta, a da ação como solução nos conflitos.

16. IRREALISMO JURÍDICO — Reflete profundo irrealismo jurídico qualquer posição dogmática que não traga a debate a posição de importância do processo admi-

²⁹ ENRIQUE SAYAGUES LASO, *Tratado de Derecho Administrativo*, Montevideu, 1953, vol. I, pág. 383.

³⁰ *Id.*, *ibid.*, pág. 382.

³¹ ORESTE RANELLETTI, *Teoria degli Atti Amministrativi Speciale*, Milão, 1945, pág. 8. Com idêntica posição conceitual: FORTI, *Diritto Amministrativo*, Nápoles, 1927, vol. II, pág. 61. Como também: ZANOBINI, VITTA e D'ALESSIO.

nistrativo e dos seus elementos componentes, tal é diante dos fatos a relevância da tutela processual em razão dos interesses colocados como opostos.

Está claro que se o processo depende, no seu conceito primário, da presença de um interesse público ao qual o Estado concede garantias especiais, também fica evidente que essas garantias não se limitam exclusivamente às regras penais ou civis, mas alcançam a área litigiosa administrativa.

Fora da realidade não há linha de conduta lógica, jurídica ou científica. Há aquele irrealismo que, no passado, transformou o direito em compartimentos estanques, ou melhor, que deu ao direito significados tão variados, tantas quantas foram as escolas filosóficas dominantes.

A própria atividade pública legal condiciona os poderes estatais. No que respeita à prova, a máxima *secundum allegata et probata* traduz-se em exigência de que “cada parte debe probar los hechos alegados y controvertidos según determinados criterios legales”³².

Como a lição de GUASP, os critérios legais, que na sua figuração jurídica constituem limitações de poder judicante³³, constituem no campo da atividade administrativa função de investigação e estímulo para o resguardamento de direitos ou de interesses lesionados.

Por conseguinte, não é de estranhar a preocupação do administrativista, observando o quadro das garantias jurídicas, que só num plano de concretos relacionamentos jurídicos esteja o administrado proibido de afirmar corretamente sua defesa por razão da desigualdade entre as partes.

O argumento, todavia, não encontra mais guarida nos sistemas jurídicos, pois a extensão do procedimento administrativo justifica plenamente posição em contrário, desde que os fatos naturalmente integrem uma relação jurídica, ainda que discutida.

³² JAIME GUASP, *Juez y Hechos en el Proceso Civil*, Barcelona, 1943, pág. 43. Diz o Autor: “Mas para se determinar a natureza jurídica da prova é preciso saber a que setor jurídico básico pertence com respeito à figura de direito” (*Derecho Procesal Civil*, Madri, 1962, pág. 333).

³³ JAIME GUASP, ob. cit., págs. 43 e segs. Cf., também, *Derecho Procesal...*, cit., págs. 309 e segs.

17. *A AÇÃO CONCEITUALMENTE ÚNICA* — Quando CARLO FURNO fala da ação *concettualmente unica*, dá a entender, salvo melhor juízo, uma identidade que está na essência da vontade, ou então, um conceito jurídico de exercício prático e de valor dogmático, e isso diante de uma realidade jurídica preexistente no processo³⁴.

Não vamos a tanto. Isto porque entendemos que da força da unidade sai o valor da diversidade. No entanto, considerando os fatores determinantes, prevalece o conceito único como fundamento cujas raízes são comuns em qualquer tipo de processo, não obstante a multiformidade dos propósitos.

Torna-se interessante assinalar que o reconhecimento unânime do fenômeno processual apenas diz com a presença do Direito no mundo social, ou comunitário. É preciso, portanto, antes de mais nada, em favor do processo administrativo e dos seus elementos, uma real consideração de conjunto, para depois chegar-se a uma análise individualizada.

Quanto às dificuldades, apresentam-se elas iguais às dificuldades que surgem no processo civil. Com a sua autoridade, GUASP denuncia “o complexo fenômeno” resultante da abundância de processos civis especiais³⁵. Só uma boa divisão metodológica pode trazer resultados jurídicos satisfatórios.

Compete ao jurista-legislador complementar a obra da natureza jurídica, aprofundando-se numa análise de estrutura, de função, classificatória, tarefa que envolve o conhecimento isolado de cada tipo de processo e o problema nas suas conexões polarizadoras.

18. *OS VÍNCULOS JURÍDICOS* — Os direitos subjetivos, disciplinados no Direito Civil, não são estranhos ao Direito Administrativo. Ao contrário, interessam a esse ramo jurídico em grau quem sabe maior e mais fundamen-

³⁴ Cf. *Contributo alla Teoria della Prova Legale*, Pádua, 1940, pág. 169.

³⁵ JAIME GUASP, *Reducción y Simplificación de los Procesos Civiles Especiales*, Madri, 1951, pág. 9; *Derecho Procesal...*, cit., págs. 1.017 e segs. Cf., em abono da tese: F. GONZALEZ NAVARRO, *Procedimientos Administrativos Especiales*, Madri, 1967.

tal, dadas a função específica e a natureza peculiar das relações jurídicas com a Administração.

Com respeito aos *vínculos jurídicos*, aparecem materializados com muito melhor evidência no relacionamento administrativo. De conteúdo não igual, revestindo outras características, *stricto sensu* correspondem a uma atividade destacada entre as inúmeras atividades obrigacionais.

Por outro lado, em se tratando da função de atividade da Administração, os vínculos jurídicos pressupõem relações obrigacionais. Não é só no Direito Civil, que as obrigações, num sentido próprio, atendem à essência do direito e à prestação do *dare* ou do *facere*.

Observada pela face material, a relação obrigacional extroverte-se como um direito, sejam quais forem os sujeitos ou a qualificação das pessoas. Nada aqui difere do Direito Administrativo. O vínculo, quando real, traz a sujeição processual e configura o direito discutido.

No processo administrativo, portanto, voltando-se ao debate em tese, a prova deve ser cabal, como o é no processo civil. Provado o vínculo, ou os vínculos, há de se dizer com a demonstração probante quais as exigências legais que tornaram viciado o ato administrativo.

No exercício do poder administrativo, o Estado não pode esquecer que é *jurídico* e está subordinado a uma situação de direito. Fosse apenas o Direito Administrativo regulador da estrutura e funcionamento da Administração, e não regulador do exercício da função pública, então o problema prático e doutrinário tomaria outras diretrizes mais simplistas.

Não é o estudo separado do Direito Administrativo que o afasta dos outros ramos da ciência jurídica. Para completar um exato conceito, aí está SAYAGUES LASO, afirmando a conveniência de se pontualizar esse *direito* dentro do sistema geral do direito, “destacando sus vinculaciones e interferencias con otras ramas que habitualmente se estudian separadamente”³⁶.

³⁶ SAYAGUES LASO, ob. cit., vol. I, pág. 22. E, também, para esclarecimentos na ordem normativa administrativa: LUIS FELIPE MEJIA LIZARZABURO, *Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos*, Lima, 1968.

No destaque, porém, vale como pesquisa a estruturação do Estado e dos seus órgãos, os organismos e pessoas que exercem funções administrativas, como as questões de maior interesse que no passado levaram o Direito Administrativo a ser considerado como um direito de exceção em razão dos princípios informadores do Direito Civil.

19. *OS PODERES JURÍDICOS* — De todo, perderia importância o processo administrativo, não existissem os atos jurídicos administrativos. Não fossem os *atos administrativos* categoria de atos jurídicos. Atos de gestão, de criação e organização de serviços, atos formais, materiais, unilaterais, plurilaterais, convencionais, contratuais, legislativos e de jurisdição.

Convenha-se que, quando as entidades estatais se ativam, realizam operações e atos “en virtud de los poderes jurídicos que el derecho objetivo establece”³⁷.

São, todavia, poderes jurídicos, e não outros poderes. E que o Direito Objetivo, regra social obrigatória imposta a qualquer um, quer venha como lei ou como costume, tenha obediência, defina-se concretamente, predomine nas suas origens tipicamente administrativas.

Da necessidade de ordem, de equilíbrio nas relações com a Administração, nascem as premissas do que é substancialmente jurídico no processo administrativo. Na escala das normas de conduta jurídica, integram-se as regras que asseguram o direito no litígio, na contenda ou na ação.

A convicção superior na análise jurídica do ato administrativo tem de resultar de fatos categóricos que no processo peculiar resultarem em matéria provada. Na fronteira dos dois processos, o civil e o administrativo, existem todavia pontos controversos e obscuros³⁸.

³⁷ SAYAGUES LASO, ob. cit., vol. I, pág. 34.

³⁸ Tão importante se tornou o procedimento administrativo na sua realidade processual que, na Universidade de San Marcos, de Lima, no Peru, já há uma cátedra de *Derecho de Procedimientos Administrativos*, cujo curso corresponde ao segundo semestre de cada ano escolar. Prelicionando essa nova disciplina na sua autonomia, o Prof. GUSTAVO BOCACORZO dá ênfase, no seu programa curricular, a temas de indiscutível atualidade, como: atos e momentos processuais, recursos administrativos, jurisdicionais e de impugnação, acumulação de ações, ressaltando-se, contudo, na programação pela sua transcendência conceitual e prática, os *medios de prova* nos litígios ou nas demandas com a Administração.

Em nenhum dos dois, porém, as determinantes apagam a conveniência da adequada solução de direito. Distinguem os a sua finalidade própria, ou exclusiva, em termos de fim. Em ambos há uma responsabilidade definida, tanto da parte da Administração como de parte do administrado.

Mas, aceite-se ou não, o processo administrativo mesmo elementar traz na sua formação os elementos que validam as posições opostas. São elementos, sem dúvida, que colocam o administrado ao abrigo das garantias. Elementos que se afirmam na defesa e com a prova.

20. *À MARGEM DE UMA TESE* — Os serviços públicos são, principalmente nos tempos presentes, numerosos e complexos. As funções públicas, usando o plural, tão relevantes e responsáveis não só pela transcendência dos objetivos, como por estarem ligadas a tarefas que exigem a participação do administrado.

Participação, sim e, também, colaboração. Além de *subordinação* a interesses maiores, primaciais, emergentes de uma atividade continuada à satisfação das necessidades públicas, por natureza variáveis.

O problema a resolver consiste, pois, neste trabalho polêmico, a um tempo dizer da importância do processo administrativo, sem deixar de conceder liberdade de defesa ao administrado ou ao particular, habilitando-o a encarar a Administração simplesmente como um *poder de direção*. E por outra face, em atendendo às peculiaridades do interesse público, para demonstrar que a inteligência dos textos legais concede a tutela processual apesar da diferenciação entre o que compete à Administração e o que é do administrado.

Compreendidas, assim, as questões em tese, ou mesmo na prática do exercício funcional administrativo, veremos que muitos problemas que embaraçam a harmonia entre o homem e o Estado deixarão de existir.

Uma visão genuína e compreensiva do processo administrativo, e nele da defesa e da prova, está ligada às obrigações e aos direitos nascidos da lei jurídica, pois tudo que é *jurídico* movimenta-se através de um sistema de certezas que merecem avaliação.

Sendo verdade que o *direito* é fenômeno intrinsecamente *moral*, a primeira condição do seu exercício é que de princípio possibilite a igualdade nas antinomias ou nas contendas administrativas.

Na oportunidade deve-se acentuar algo de particularmente significativo a esse respeito: as normas jurídicas comparadas constituem-se na única maneira de se alcançar a solução adequada ao que o administrado possa pretender justamente para a defesa do seu direito.

CAPÍTULO I

A PROVA ADMINISTRATIVA NA TEORIA GERAL DO PROCESSO

SUMÁRIO: 1. O valor da prova. 2. A atividade normativa do Estado. 3. A proteção dos direitos. 4. O poder não-autoritário. 5. A relação jurídico-administrativa. 6. Processo e relação jurídica. 7. Estrutura lógica e natural das normas. 8. Conduta estatal e relação. 9. A jurisdição na hierarquia. 10. Atos executórios e procedimento. 11. Valores hierarquizados. 12. Funções diversificadas. 13. Horizontalidade e verticalidade. 14. Instrução e verdade jurídica. 15. A impugnação jurisdicional. 16. A proteção jurisdicional. 17. A temática no Direito brasileiro. 18. A prova como princípio de defesa. 19. O Congresso de Varsóvia. 20. A defesa e a prova.

1. *O VALOR DA PROVA* — Assunto um tanto descuidado pelos nossos administrativistas e encarado desde há muito como de pouca importância pelos estudiosos do moderno Direito Administrativo, é aquele que diz respeito à matéria de *prova* em face da função jurisdicional e das relações entre Administração e administrados no tocante ao ato que enseja recurso processual.

Não há propriamente um critério justo e informativo quanto à matéria de *prova* no Direito Administrativo para as controvérsias surgidas na instância competente, tornando,

assim, inócuas as contribuições valiosas trazidas pelo Direito Processual.

O valor da *prova* pelos seus elementos judiciosamente apreciados na relação jurídica, assenta nos princípios básicos dos sistemas jurídicos e legitima o exercício pleno da função jurisdicional, através dos diferentes órgãos e poderes do Estado.

Poucos, entre os que estudaram o Direito Administrativo na prática administrativa, levaram em consideração a extensão do *poder administrativo* diante dos pressupostos jurídicos em que a jurisdição é exercida aplicando normas civis ou de natureza penal.

2. A ATIVIDADE NORMATIVA DO ESTADO —
Ninguém ignora que na sua atividade normativa o Estado se deixa envolver por princípios legais aos quais está obrigado, *princípios* que em sentido genérico constituem toda aquela matéria chamada contenciosa administrativa ou ainda *jurisdicional* quando privativa da função peculiar às autoridades administrativas.

Não basta teimar na pouca importância que administrativistas do passado deram ao estudo racional da *organização administrativa*, desde quando o Direito Administrativo não conseguiu mais fugir de aplicar regras gerais aos diferentes poderes, regras cujo conteúdo impõe disposições expressas nascidas espontaneamente das necessidades do corpo político.

Há que ter em conta, no tocante à hierarquia administrativa, não só a relação jurídico-administrativa, mas os fatos-fenômenos jurídicos que atuam no complexo da dinâmica estatal.

É evidente, que o Direito também aqui aparece com caráter imperativo, não só investigando problemas concernentes à organização administrativa, como, sobretudo, todas aquelas questões afetadas pela ordem jurídica elaborada com base normativa para considerar fatos que derivam de atritos na peculiar área jurisdicional.

Afirmativamente, no terreno dos fatos, o procedimento administrativo assume exatidão de verdadeiro alcance cientí-

fico, onde os argumentos teóricos apenas refletem na controvérsia pontos de vista que não chegam mais a impressionar¹.

3. *A PROTEÇÃO DOS DIREITOS* — Desde que o Direito Administrativo está forçado a cumprir várias missões, não só devido à variedade infinita do procedimento administrativo, claro fica que os problemas plantados possuem caráter relacional-jurídico e atingem diretamente a jurisdição contenciosa.

Precisamente num tempo em que as controvérsias ganham profundidade, em que a proteção dos direitos não se limita ao procedimento civil, em que a Administração ativa se distingue como demandante e demandada, é que a matéria *prova* se torna importante na sua determinação positiva contra o arbítrio administrativo no processo contraditório.

A sujeição dos órgãos administrativos ao direito é uma consequência dos sistemas jurídicos e da ordem constitucional: os mesmos princípios que se aplicam no procedimento civil podem ser aplicados no procedimento administrativo, apenas com reserva da jurisdição.

Não há dúvida que também o Direito Administrativo teoricamente repousa em suas origens numa base jurídica subjetiva: formaliza-se também mediante ação contra o Estado, dependente dos prazos hábeis transcorridos e das *provas* que aduzidas consagram o convencimento decisório.

4. *O PODER NÃO-AUTORITÁRIO* — A afinidade do Direito Administrativo com o Direito Civil torna indubitável que existe entre ambos os direitos, na expressão material e forma, harmonias que assentam no sistema institucional, destacando-se, apenas, peculiaridades que decorrem de relações jurídicas e em face das consequências definidas na função de administrar.

Convém notar que a ordem jurídica e a organização administrativa não são realidades conflitantes ou contraditórias: é de saber que quando a atividade administrativa se desvia da lei, ou na lei não encontra respaldo, maiores dificuldades

¹ Cf. LUDWIG SPIEGEL, "Derecho Administrativo y Procesal", in *Derecho Administrativo*, págs. 87 e segs.

existem do que aquelas que aparecem no Direito Privado ou mesmo Penal².

Quanto à matéria de *prova administrativa* e sua natureza, cumpre lembrar que entre o Direito escrito e o Direito não escrito, não preponderam distinções rigorosas que sejam absolutas, nesse caso impedindo manifestas relações que se tornam no mais das vezes caracteristicamente subjetivas.

Provar o alegado, no sentido amplo da defesa administrativa, resulta virtualmente de um conceito capital de Direito, considerando que o *poder de mando não é autoritário* e que o mandato abusivo pode não corresponder à vontade da autoridade ou do órgão hierárquico atuante e responsável³.

5. A RELAÇÃO JURÍDICO-ADMINISTRATIVA — Vale como lembrança a lição de CIRNE LIMA:

a) a relação jurídica que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente, chama-se relação de administração;

b) chama-se-lhe relação de administração, segundo o mesmo critério, pelo qual os atos de administração ou de finalidade se opõem aos atos de propriedade ou de arbítrio⁴.

Nessa vasta área complexa por onde se fazem as relações jurídicas, é precisamente no Direito Administrativo que a relação de administração adquire a plenitude da sua importância⁵.

Não é uma *relação* que se possa chamar de abstrata ou imprópria, porque através dela se extroverte o poder do Estado e o seu exercício, ou porque o poder administrativo na sua atividade não pode ignorar o princípio que informa o direito de cada um frente à Administração.

Não se faz defesa, na relação administrativa, sem que provar não se possa o possível direito pretendido, aplicável que se torna ao processo administrativo o mesmo princípio constitucional da defesa em juízo, como bem pondera AGUSTIN A. GORDILLO⁶.

² LUDWIG SPIEGEL, ob. cit., pág. 178.

³ Cf. APARICIO MENDEZ: "Tal Poder [poder de mando], contrariamente a un concepto bastante generalizado, no es *autoritario*" (*La Jerarquia*, pág. 34).

⁴ RUY CIRNE LIMA, *Sinopse de Direito Administrativo Brasileiro*, pág. 19.

⁵ *Id.*, *ibid.*, pág. 10.

⁶ AGUSTIN A. GORDILLO. "La garantía de defensa como principio de eficacia en el procedimiento administrativo", in *RDP*, nº 10/16.

Lembra o professor argentino, com muita clarividência, sem necessariamente tratar da matéria de prova, certos princípios que são ajustáveis ao sistema jurídico e à ordem constitucional:

a) o princípio da defesa como critério de eficácia administrativa; e

b) o princípio da defesa como critério de eficácia política⁷.

Observe-se que a relação administrativa tem no processo (*modus procedendi*) a sua peculiar manifestação: sobretudo quando considera na demanda a importância das partes que nela atuam, ligando os interesses contrapostos ou os direitos conflitantes.

Não há defesa, nem eficácia quanto aos efeitos dela, sem que a matéria de prova assuma condição de relevo jurídico na orientação dogmática do processo administrativo.

6. *PROCESSO E RELAÇÃO JURÍDICA* — Nunca seria errôneo afirmar que o processo integra, como um dos elementos substanciais mais característicos, a relação jurídico-administrativa no plano das atividades estatais.

Faz elo entre Administração e administrados, agentes administrativos e administrados, ou entre a Administração e os seus agentes delegados no exercício da função administrativa e jurisdicional.

Hoje em dia a teoria jamais deve contrariar a prática na Administração, pois os fatores imprescindíveis ao conhecimento da orgânica estatal orientam o pesquisador para aqueles laços que unem Governo e governados, administradores e administrados.

Poderá não parecer jurídico, mas é tanto jurídico, como técnico e científico, dar ao processo administrativo essa posição inalienável diante dos fenômenos componentes da organização estatal como autêntico sistema de valores jurídicos e institucionais.

O que importa na relação jurídico-administrativa são precisamente os elos que juntam poderes e órgãos dentro da realidade do Estado como corpo político ou como organi-

⁷ *Id.*, *ibid.*

zação adequada à direção no plano dos serviços públicos e suas espécies personificadas.

Trata-se aqui de conciliar o interesse público com o direito dos administrados: a segurança jurídica para os que dependem da Administração através do controle das formas que a lei determinar para que os atos governamentais se legitimem na legalidade⁸.

7. ESTRUTURA LÓGICA E NATURAL DAS NORMAS — Impossível aceitar a relação jurídico-administrativa como resultante de *juízos hipotéticos*, dados os pressupostos da conduta do Estado na ordem administrativa, pois não incide essa relação jurídica senão sobre a realidade de um sistema que se atém a normas programáticas de conhecimento, orientação e direção de serviços essenciais⁹.

Todas as disposições ou normas administrativas têm a estrutura lógica e natural das normas jurídicas no sentido que melhor compreendem os sujeitos de uma relação, não só quando atribuem obrigações que são recíprocas, mas sobretudo quando constituem condição de organização, eficácia e aplicabilidade do princípio constitucional.

Tais disposições ou normas administrativas apenas distinguem-se das outras normas jurídicas pelos *fins reguladores*, decorrem de princípios institucionais que se ativam através de relações, que dizem respeito ao sistema de governo, sua forma, repartição ou divisão de poderes, integrativas que são da relação ordem-constitucional-política.

Problema que se apresenta de imediato é o de saber qual o valor das normas administrativas na relação jurídico-administrativa, embora o problema não resulte em graves controvérsias dentro do comportamento do Estado submetido a uma ordenação jurídica e jurisdicional conformada pela natureza das instituições políticas.

⁸ Cf. PAUL DUEZ, "Le contrôle des formes", in *Les Actes de Gouvernement*, págs. 201/2.

⁹ "A doutrina kelseniana sobre as proposições jurídicas como juízos hipotéticos é de difícil aceitação pelo Direito Administrativo. As consequências jurídicas devem estar vinculadas a determinadas condições. No entanto, aceitamos KELSEN, quando informa que as regras de direito e as proposições são expressões sinônimas" (cf. *Teoría General del Derecho y del Estado*, págs. 53/138).

Com maior razão, portanto, na esfera de atuação do Estado, a par da relação de administração como diz CIRNE LIMA, “coexiste, no Direito Administrativo, enquanto Direito Público, a relação de Direito Subjetivo”, invariavelmente nascendo “da transferência ou do exercício de uma parcela do poder estatal”¹⁰.

8. *CONDUTA ESTATAL E RELAÇÃO* — Considerando que a conduta jurídica estatal só pode caracterizar-se pela *relação*, capítulo importante na investigação do fenômeno político organizacional é aquele que contrapõe ao interesse público o privado, o direito do cidadão ao direito do Estado.

Pode dizer-se, sem maior ênfase, que o Estado como *pessoa* e a Administração como *vontade*, não dão vida aos *direitos* para que não sejam respeitados, não dão sintonia às normas para não serem cumpridas, não dão existência às leis para não constituírem valores.

Em outros termos, no momento em que o Direito Subjetivo se concretiza, já se incorpora ao patrimônio jurídico do sujeito, criando uma situação jurídico-relacional capaz de oferecer garantias que projetam a *posição jurídica* em face do poder administrativo.

9. *A JURISDIÇÃO NA HIERARQUIA* — Não há jurisdição mais ampla que a referente ao poder administrativo, estendendo-se a todos os setores da Administração ativa e até onde o Estado possa exercer as atribuições legais e constitucionais que delega, outorga, confere e executa.

Eis o porquê de os atos administrativos, como atos jurídicos praticados segundo o Direito Administrativo, pelo Estado ou pelas pessoas administrativas, alcançarem plano cuja amplitude engloba situações constitutivas, asseguratórias, modificativas ou extintivas de direitos.

Na sua executoriedade contra o particular ou o administrado, podem na *jurisdição* os atos administrativos criar direitos, remover limitações impostas à ação privada, alterar obrigações preexistentes ou extinguir de vez os direitos existentes.

¹⁰ RUY CIRNE LIMA, *trab. cit.*, pág. 21.

10. ATOS EXECUTÓRIOS E PROCEDIMENTO —

Nos *atos executórios*, que independem de apreciação prévia de outro poder, no caso o Poder Judiciário, executados quase sempre coercitivamente, praticados nos diferentes níveis de jurisdição, as causas para serem apreciadas são dependentes quando da impugnação de *matéria de prova* para qualquer efeito recursal.

Dos *atos executórios* decorre uma série de procedimentos diversos para que possam ser declarados como inexistentes, nulos, anuláveis, revogáveis ou suspendíveis, onde a *prova* material e documental se faz importante como igualmente acontece no processo civil.

Quanto às causas de nulidade, há que considerar a incompetência, o objeto ilícito ou impossível, a forma não autorizada em lei ou a ineficácia declarada, situações essas que irão determinar pela validade ou invalidade do ato administrativo.

Quanto às causas de anulabilidade, não há como não considerar a incompetência relativa ou a incapacidade, os vícios resultantes de erro, dolo, simulação ou fraude, todos problemas que se criam exigindo manifestações que assentem em provas reais na sua evidência jurídica.

Quanto, portanto, à função jurisdicional, está ela conjugada à autoridade administrativa, sobretudo porque a atividade jurisdicional também é função privativa da Administração ativa no tocante ao poder de comandar, ao poder administrativo ou à capacidade de gestão.

11. VALORES HIERARQUIZADOS —

De conformidade com a organização política, para que exista *jurisdição administrativa* bem qualificada, é necessário que se compreenda o problema da hierarquia e dos valores hierarquizados, encarando as relações hierárquicas segundo critério integrado e orgânico¹¹.

¹¹ Cf. ROGER BONNARD, "La hiérarchie administrative", in *Précis de Droit Administratif*, págs. 267/8; RAFAEL BIELSA, *El Recursos Jerárquico su Institución y su Régimen Jurídico*, págs. 11/2; R. HUGOT DERVILLE, *Le Principe Hierarchique dans l'Administration Française*, págs. 19/24; APARICIO MENDEZ, *La Jerarquia, Concepto y Definición*, págs. 8/20; ARTURO LENTINI, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, vol. I, pág. 99; PROSPER WEIL, *Le Droit Administratif*, págs. 79/80.

Não há, pois, uma hierarquia somente funcional, mas uma hierarquia também de órgãos que se completam e se integram na problemática da organização estatal, sem que com isso perca sentido a posição de BIELSA, *stricto sensu*, juridicamente conceituada¹².

Apontando como falsa a oposição acaso existente entre hierarquia e descentralização, entre hierarquia e autonomia, APARICIO MENDEZ bem explica que a descentralização é um sistema orgânico, enquanto que a hierarquia é uma relação técnica entre órgãos¹³.

De igual maneira a autonomia não rompe com o vínculo hierárquico porque o órgão autônomo depende da estrutura estatal para subsistir, tornando-se assim o fenômeno *hierarquia* uma noção absoluta e aplicável também à descentralização em todas as suas formas¹⁴.

Observado o Estado como *organização funcional* na sua mecânica administrativa e dinâmica jurídica, a subordinação dos órgãos aparece como elemento essencial da *hierarquia*, através da qual o Poder Público se manifesta juridicamente pelas diferentes unidades estatais.

12. *FUNÇÕES DIVERSIFICADAS* — Tecnicamente, em distintos planos, primeiro os órgãos, depois os agentes, determinam-se pelas atribuições que lhes são peculiares, submetidos que estão a certas porções de responsabilidade ou a limitadas porções de competência jurisdicional¹⁵.

Necessário distinguir na *plena jurisdição administrativa* as divisões que extrovertem o *poder dividido*, tanto na escala hierárquica quanto nas diferentes entidades que compõem o Estado, não devendo confundir-se as condutas funcionais inferiores ou separadas, com aquelas normais gerais condicionadoras da atividade orgânica do Estado.

O que há, na realidade da jurisdição administrativa, é uma unidade estrutural e funcional ao mesmo tempo: a ati-

¹² “El orden jerárquico no crea, pues, subordinación de personas, sino de funcionarios, o mas precisamente, de órganos administrativos” (BIELSA, ob. cit., pág. 12).

¹³ Cf. APARICIO MENDEZ, *La Jerarquia*, pág. 15.

¹⁴ *Id.*, *ibid.*

¹⁵ “Para la ciencia de la administración y para el derecho administrativo el régimen orgánico tiene en cuenta cada unidad estatal” (APARICIO MENDEZ, ob. cit., pág. 37).

vidade paralela ou coincidente de funções que se diversificam não contrariando o *jurisdictio* administrativo como expressão geral das atividades funcionais.

O que se contém na jurisdição administrativa diz respeito a serviços e pessoas: através dela se especifica a competência, a plena jurisdição ou a jurisdição considerada em relação aos órgãos e autoridades, a competência que somada marca a posição do poder administrativo.

A jurisdição indica, no Direito Administrativo, portanto, uma soma de atividades funcionais decorrentes da unidade do Poder Público, atividades que podem ser delegadas, concedidas, outorgadas, investidas, convencionadas, provindas do Estado como poder gerador.

De acordo com essa posição, entende-se por *jurisdição administrativa* toda a atividade da Administração pública ou de qualquer dos seus órgãos dentro em regime jurídico próprio, tendo em vista alcançar os seus fins essenciais, de governo ou de gestão dos serviços públicos¹⁶.

13. HORIZONTALIDADE E VERTICALIDADE —
Bem examinada, a *jurisdição* possui um sentido *horizontal*, deriva de um conceito de especialização absoluta, é exercida em forma privativa ou exclusiva, integrando aqui várias funções dentro da unidade real e positiva do poder administrativo.

Bem analisada, a *hierarquia* possui um sentido *vertical*, provém da concentração funcional e de um conceito de competência relativa, impondo organização às atividades públicas e tendo em conta a natureza dessas atividades, mas em graus que exigem relação de dependência, de subordinação, vigilância, representação e índices mínimos ou máximos quanto à natureza específica de cada atividade funcional-administrativa.

Como o Direito Administrativo se reconhece pelo conteúdo de suas normas e pela natureza dos seus fins, a *jurisdição administrativa* se reconhece pela sua identidade com a Administração, pelos serviços que vincula ao interesse público, ao interesse da ordem jurídico-administrativa e aos meios de

¹⁶ Em falando de Administração no sentido geral, como toda atividade do Estado, FRITZ FLEINER excepciona a esfera legiferante e da administração da Justiça (cf. *Instituciones de Derecho Administrativo*, trad. esp., pág. 7).

como exercitar a vontade estatal sem quebra do ordenamento jurídico.

Considerando os diferentes graus da hierarquia administrativa, todas as funções implicam o exercício de faculdades jurisdicionais; invariavelmente, a proteção jurídica assenta em problema de competência, que se resolve, quanto à natureza do ato, na esfera recursal.

Para FLEINER, somente dentro do marco da sua competência legal, pode um órgão do Estado realizar atos expressivos da vontade pública, ressaltando a necessidade de se determinar sempre os limites entre o Direito Privado e o Direito Público¹⁷.

E para nós, salvo melhor posição, o juízo da *prova* é o juízo da competência: não pode a solução dos conflitos jurídicos na esfera administrativa, independer do exame de situações que se tornam equívocas quando contestadas e materialmente sujeitas a *prova*.

Para a solução dos conflitos jurídicos na ordem administrativas só permanece um caminho adequado: aquele do procedimento jurisdicional que dá lugar a uma ação, sem que por antecipação decisória se precise invadir o âmbito exclusivo do Poder Judiciário.

É na instância administrativa prévia que os conflitos são apreciados, que os recursos são interpostos, que a Administração é responsabilizada, considerando-se como válido um sistema processual especial inspirado na justa proteção do particular nas contendas entre Governo e governados.

14. *INSTRUÇÃO E VERDADE JURÍDICA* — Onde há processo há *instrução* no sentido do esclarecimento da verdade jurídica: podem os interessados, mesmo na esfera administrativa, *instruir* o pedido, documentá-lo com as provas do alegado, indicando os atos ou os fatos passíveis de contestação.

Também no processo administrativo, tudo quanto se promova com a intenção de esclarecer, documentar ou *provar*, é instrução na expressão genérica do conceito processual, considerando-se os fatos que constituem objeto do litígio ou da demanda contra a Administração.

¹⁷ FRITZ FLEINER, ob. cit., pág. 23.

Por definição, para GUAITA, o processo administrativo é uma categoria especial do *gênero processo*, tanto assim que “cuando las pretensiones esgrimidas por las partes se fundan en normas de Derecho Administrativo, nos encontramos sin duda alguna ante un proceso de esta naturaleza, ante un proceso administrativo”¹⁸.

Sem dúvida, nas ações administrativas contra o Estado, o fundamento do Direito não é um simples fato que não possa ser provado, cabendo ao autor provar o alegado e não ao Estado, surgindo daí a importância da *instrução* no processo administrativo.

É claro que, para a eficácia da prova, ganham relevo as circunstâncias de como ocorrem os fatos, o nexos causal entre o ato danoso e o interesse particular, não devendo a Administração jamais fugir das obrigações relacionais impostas por lei ou regulamentadas.

15. *A IMPUGNAÇÃO JURISDICIONAL* — O que a doutrina mais moderna estabeleceu para a conceituação do *recurso administrativo*, transformou-se em postulado jurídico cuja tradição se encontra no princípio da responsabilidade do Estado, por onde se procura evitar os abusos de função ou os abusos de direitos¹⁹.

É, na realidade, necessário não esquecer que toda a atividade estatal supõe uma obrigação geral e particular, que é também uma *obrigação legal* que dimana do regime jurídico assegurador de garantias que possuem suporte na responsabilidade do Estado e das pessoas administrativas.

Destarte, o processo administrativo, não obstante os fins divergirem, é na essência idêntico às restantes espécies de processos, correspondente a uma sucessão de atos que

¹⁸ AURELIO GUAITA, *El Proceso Administrativo*, pág. 11.

¹⁹ A literatura é farta: PEDRO MENNA BARRETO MONCLARO, *Do Recurso Administrativo*, Curitiba, 1959; LEONIDA RAGNISCO E MICHELE ROSSANO, *I Ricorsi Amministrativo*, Roma, 1954; JOSÉ CRETTELLA JÚNIOR, *Tratado de Direito Administrativo*, Rio, 1969, vol. VI; RAFAEL BIELSA, *El Recurso Jerárquico*, Rosário, 1939; DAVID LASCANO, *Jurisdicción y Competencia*, Buenos Aires, 1941; VILLAR Y ROMERO, *Derecho Procesal Administrativo*, Madri, 1944; ANTONIO CORRADO PUCHETTI, *Il Ricorso Gerarchico*, Pádua, 1938; FELIX SARRIA, *Teoría del Recurso Contencioso Administrativo*, Córdoba, 1940; RANELLETTI, *Le Guarentigie della Giustizia nella Pubblica Amministrazione*, Milão, 1946; D'ALESSIO, *Le Parti nel Giudizio Amministrativo*, Roma, 1915; ALDO M. SANDULLI, *Il Procedimento Amministrativo*, Milão, 1940.

tendem a provar ou não uma pretensão, mediante a atuação das partes no litígio com a Administração.

AURELIO GUAITA coloca com precisão o problema, em termos que não se confundem doutrinariamente: “El proceso administrativo supone siempre la impugnación jurisdiccional de acto administrativo”²⁰.

Para impugnar não basta peticionar desde que a impugnação do ato administrativo parta, como é natural, do administrado quando no uso das faculdades necessariamente permitidas em lei, ou quando no exercício de direitos declarados ou anteriormente reconhecidos.

Quanto à posição do demandante-administrado, na sua impugnação há de *provar* as causas que legitimam a demanda, promovendo para a defesa do *direito* vulnerado na esfera administrativa, o levantamento dos elementos justificantes da existência de um direito subjetivo.

16. *A PROTEÇÃO JURISDICCIONAL* — Colocando o problema na sua origem, ROGER BONARD muito se preocupa em definir esse *direito subjetivo*, que justifica a faculdade de exigir em qualquer jurisdição, mas sempre condicionando a uma norma de direito subjetivo o ato jurídico individual subjetivo ou jurisdiccional, capaz de alcançar na controvérsia o exigível na demanda²¹.

Facilmente se compreende que a Administração, não reconhecendo a ilegalidade do seu ato, há também de exigir em contrapartida que o ato impugnado para gozar de proteção jurisdiccional se apresente efetivamente com os requisitos próprios de legal figuração jurídica.

Indubitável que jamais haveria ordem jurídica estável caso as *situações subjetivas* estivessem condicionadas a uma única decisão administrativa, sem que o administrado pudesse apelar para o controle hierárquico ou para as diferentes jurisdições administrativas²².

Anote-se, segundo SARRIA, que o Direito Subjetivo “puede revestir forma positiva o negativa, puede consistir en una

²⁰ AURELIO GUAITA, ob. cit., págs. 10/11.

²¹ Cf. *Les Droits Publics Subjectifs des Administrés*, págs. 38 e segs.

²² Dou razão a GARCÍA OVIEDO, quando teme pela inexistência de uma ordem jurídica estável, em virtude de as situações subjetivas ficarem condicionadas a uma decisão administrativa (cf. *Derecho Administrativo*, pág. 128).

obligación de hacer o de no hacer, en realizar un hecho o emitir un acto administrativo, en dar alguna cosa, en la exención de una carga real o personal, en todas las formas, por fin, en que el derecho puede manifestarse en las relaciones ordinarias”²³.

Daí a importância fundamental da natureza da prova no processo administrativo: não se deve permitir que o ato suscetível de impugnação no recurso administrativo, não traga no seu bojo aqueles vícios que comprovem, textualmente, a sua ineficácia declarada ou o seu objeto ilícito.

Qualquer ato é que não pode ser motivo de graciosa impugnação: há que considerar as causas de nulidade e de anulação, de revogação e de validade, de incompetência e de forma.

No Direito Administrativo, as formalidades que revestem o ato administrativo são exigíveis tanto no interesse dos administrados, como em garantia da Administração, para o acerto das suas decisões²⁴.

Também perante a Administração e no Direito Administrativo, a “convicção deve ser formada no *exame direto das provas*”, ou a “convicção deve resultar de provas para as quais não haja limitação preestabelecida de valor quanto ao objeto provado”²⁵.

Aplica-se na esfera administrativa a mesma convicção que deve resultar da *produção da melhor prova*, no sentido subjetivo, objetivo ou formal, como cautela contra o arbítrio ou contra as convicções que não convencem²⁶.

No processo administrativo, ainda incaracterístico no regime jurídico brasileiro, constitui ficção a igualdade de tratamento entre os litigantes, acomodada como está a doutrina aos pressupostos da supremacia estatal no trato dos negócios públicos. Só que no Direito Administrativo o fato por provar-se, em face de um ato que se impugna ou que se contesta, deve já estar determinado, formalizado e definido na sua aplicação.

²³ FELIX SARRIA, *Teoría del Recurso Contencioso Administrativo*, pág. 142.

²⁴ ALFREDO R. ZUANICH, *La Cosa Juzgada en el Derecho Administrativo*, págs. 61/2.

²⁵ Cf. MOACYR AMARAL SANTOS, *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, vol. I, pág. 19.

²⁶ *Id.*, *ibid.*, pág. 20.

17. *A TEMÁTICA NO DIREITO BRASILEIRO* — Acontece que ainda não há, no Direito brasileiro, uma lei geral sobre normas de processo administrativo; apenas inúmeras disposições esparsas asseguram a defesa de direitos e interesses legítimos dos administrados²⁷.

A posição do administrado é de absoluta inferioridade nas suas relações com a Administração: as formalidades especiais que se concedem ao administrado, quando o ato administrativo interfere com os seus direitos, não são mais que medidas protelatórias, até que o exame da legalidade venha a ser feito pela última jurisdição existente.

O direito de representação, a reclamação administrativa, o pedido de reconsideração e o recurso hierárquico são modalidades graciosas de revisão do ato administrativo que, dificilmente sem outras influências, colocam fim às contendas administrativas, enquanto não houver, se for o caso, o demorado pronunciamento do Judiciário.

Pelo menos no sistema brasileiro, os exemplos ilustram o caráter “fragmentário do processo administrativo que se diferencia segundo a legislação própria a cada modalidade de ação administrativa”²⁸.

E não havendo processo regular, torna-se inconsistente qualquer *prova* no preparo da *defesa*, de vez que a autoridade capaz de apreciar a ação administrativa, pela unilateralidade dos propósitos, não é aquela mais autorizada a decidir contra a Administração que representa.

18. *A PROVA COMO PRINCÍPIO DE DEFESA* — A regra, no processo, que exige a prova, ou a defesa, é regra de validade universal: não incompatibiliza jamais a Administração, porque é regra que envolve toda a noção de procedimento e processo, permitindo, o quanto possível, a igualdade das partes litigantes²⁹.

GORDILLO adverte: “El principio de la defensa es frecuentemente olvidado en el ámbito administrativo, justamente donde nunca debe serlo, precisamente porque la decisión administrativa, a diferencia de la judicial, no solo debe tener

²⁷ Cf. CAIO TÁCITO, *O Abuso de Poder Administrativo no Brasil*, pág. 33.

²⁸ *Id.*, *ibid.*, pág. 37.

²⁹ H. W. R. WADE, *Administrative Law*, pág. 141.

en cuenta la solución normativa del caso, sino también los criterios ya mencionados de oportunidad, conveniencia etc.”³⁰.

Há elementos que integram a garantia de defesa e que não podem ser simplesmente ignorados, pois a participação do administrado torna inconfundível o litígio, por onde se pressupõe o direito de ser ouvido, justificando assim a natureza da relação processual.

Na fase instrutória, a garantia corresponde a alguns aspectos peculiares ao processo em geral, como o da publicidade em torno do pretendido, o conhecimento do que no processo administrativo se contém e o da oportunidade de apresentar razões contestadoras do ato impugnado.

19. *O CONGRESSO DE VARSÓVIA* — Nas razões, pelos argumentos levantados e pelas questões propostas, oferece-se livre margem à apresentação das provas que possam conduzir o litígio a uma solução harmoniosa, sem nunca permitir-se a violação da garantia da defesa ou que se torne viciado o procedimento administrativo.

O direito a oferecer e a produzir a prova traz, no entender de GORDILLO, as obrigações seguintes:

“a) derecho a que toda prueba razonablemente propuesta sea producida, aunque deba producirla la propia administración;

“b) que la producción de la prueba sea efectuada antes de que adopte decisión alguna sobre el fondo de la cuestión;

“c) derecho a controlar la producción de la prueba hecha por la administración, sea ella pericial o testimonial”³¹.

Outro ilustre administrativista argentino, preocupado com problemas que muito se assemelham aos brasileiros, adverte que o procedimento administrativo, através do qual se realiza a função estatal, está obrigando a uma regulamentação normativa axiológica para preservarem-se na essência os direitos sociais e individuais³².

³⁰ AGUSTIN A. GORDILLO, trab. cit., in *RDP*, nº 10/19.

³¹ *Id.*, *ibid.*, in *RDP*, nº 10/23.

³² ARMANDO EMILIO GRAU, “La razonabilidad en el procedimiento administrativo argentino”, in *Ciências Administrativas*, nº 27/21, La Plata.

Relata ARMANDO GRAU que, já pelos idos de 1963, no Congresso de Varsóvia, celebrado pelo Instituto Internacional de Ciências Administrativas, para todo procedimento administrativo, propuseram-se entre outras as seguintes indicações:

- “1) Audiencia de las partes;
- “2) enumeración de los medios de prueba;
- “3) fijación del prazo en que debe obrar la Administración;
- “4) determinación de los actos para los cuales la autoridad debe requerir la opinión de otras autoridades e consejos;
- “5) motivación sumaria de todos los actos que afecten a un particular;
- “6) notificación”³³.

Lembra ainda GRAU a inteligência da doutrina na advertência quanto à carência de disposições processuais no plano da equidade e da confiança existente entre a Administração e o administrado, com respeito ao conhecimento por este dos trâmites da ação administrativa, dos motivos do silêncio administrativo, acesso ao expediente e imparcialidade³⁴.

20. *A DEFESA E A PROVA* — Em falando de imparcialidade, toda decisão suscetível de afetar direitos ou interesses, não deve menosprezar a pessoa que foi alcançada pelo ato administrativo, dando-lhe elementos de aferição que possibilitem a defesa e a prova, não desnaturando o procedimento.

Não cabe ao Estado, como não deve caber à Administração, reter as provas de que o administrado necessite para fazer valer os seus direitos, sob qualquer motivo ou alegação não fundada em lei³⁵.

A inferiorização do administrado frente à Administração só não ganha maior vulto nos países onde os Poderes Públicos não se apresentem como inatingíveis, ou onde o

³³ *Id., ibid.*, nº 27/32.

³⁴ *Id., ibid.*

³⁵ Cf. H. W. R. WADE, *Towards Administrative Justice*, pág. 4.

poder de apresentar decisões adversamente ao particular esteja controlado pelas jurisdições especiais.

Vale aqui a observação de SCHWARTZ, considerando talvez como a característica mais notável da administração pública moderna, o fato de possuir poderes legislativos e judiciais³⁶.

Ressalte-se, porém, em aditamento à opinião de SCHWARTZ, que nos Estados Unidos, desde 1946, com a Lei do Processo Administrativo, tornou-se possível consolidar a melhor prática administrativa³⁷.

O que se pretendeu com o *Administrative Act*, assinado em 11 de junho de 1946, foi dar ao particular a necessária proteção e garantia, contra os riscos de um processo administrativo incerto ou de um processo que agravasse a ação arbitrária das autoridades administrativas.

³⁶ BERHARD SCHWARTZ, *Direito Constitucional Americano*, trad. bras., pág. 348.

³⁷ *The Federal Administrative Procedure Act*, assinado em 11 de junho de 1946.

CAPÍTULO II

A PROVA ADMINISTRATIVA NO ENTENDIMENTO PROCESSUAL

SUMÁRIO: 1. O procedimento probatório. 2. O limite traçado em lei. 3. A analogia em matéria administrativa. 4. Juridicidade da ação. 5. Responsabilidade da administração. 6. O conceito da verdade na prova. 7. A prova no sentido legal. 8. A evidência da prova no processo. 9. O justo caminho probante. 10. No processo eleitoral e trabalhista. 11. A apreciação da prova. 12. A prova administrativa específica. 13. Os meios de prova. 14. O pressuposto da certeza. 15. A prova na formação do convencimento. 16. A finalidade da prova. 17. O procedimento probatório administrativo. 18. O pedido administrativo. 19. A doutrina italiana. 20. A doutrina na Espanha.

1. *O PROCEDIMENTO PROBATÓRIO* — Seria fazer desumano um conceito novo de Administração que, aliado ao desenvolvimento, economia e técnica, não protegesse o indivíduo contra ameaças às garantias já consagradas e às franquias democráticas asseguradas no moderno Estado de Direito.

Não resta dúvida que o Estado moderno, considerando a Administração como fenômeno integrado no contexto social, enfocando com rigor político a problemática da organização, tem caminhado para o condicionamento do fator humano na medida das atuais teorias quantificadoras.

Muitas das circunstâncias econômicas, na complexidade das suas manifestações externas, realmente exigem uma correspondente mudança de estrutura jurídica, ou melhor, uma ordem administrativa expressa em fórmulas adequadas a permitir a livre atuação do Estado empresário.

Isso significa que, para a mudança da estrutura jurídica através das fórmulas adequadas, não haverá processo de transformação sem o correspondente processo normativo, sobretudo para que se possa manter o fator humano como vinculado à soma dos direitos existentes.

Investigar as transformações e propor as soluções, dentro do que PEDRO DELFINO chama, juntando, de *criatividade, desenvolvimento e prospecção*, está claro que não é impor uma visão da sociedade política com propósitos de dominação das liberdades jurídicas¹.

2. O LIMITE TRAÇADO EM LEI — O poder jurisdicional da Administração tem o seu limite traçado pela lei; nesse limite as pessoas se obrigam e se obriga o Estado, numa extensão que aproxima Governo e governados, em virtude do exame dos interesses particulares e da posição pública estatal.

Criando situações jurídicas subjetivas, declarando a sua vontade administrativa, praticando o ato jurídico-administrativo, para que esse ato possa produzir um efeito de direito, é necessário que seja ele determinado conforme o Direito Objetivo. Mas isso não significa que o ato não possa, sobretudo pelas essenciais motivações de fim, como ato de vontade pública, atingir o administrado no seu direito ou no seu interesse, desde que escape às condições de forma exigidas para a validade na sua pronta execução.

A garantia constitucional, envolvente da garantia administrativa, corresponde à responsabilidade pública pelo possível dano causado e que provado atinge o patrimônio particular do administrado.

Quando se fala de *prova* perante a Administração ou no Direito Administrativo, conseqüentemente se infere da responsabilidade denunciada do Estado tanto por ação como

¹ Cf. dois livros de PEDRO DELFINO: *Introducción a la Teoría de la Administración*, Buenos Aires, 1967; *Administración y Desarrollo*, La Plata, 1970.

por omissão, aparecendo o Poder Público em igualdade de condições subjetivas.

3. *A ANALOGIA EM MATÉRIA ADMINISTRATIVA* — No sistema brasileiro, impreciso por falta de normas basilares, a *matéria de prova administrativa* jamais foi considerada tal e qual é considerada na exatidão do processo civil.

Num trabalho de quase meio século, RAFAEL BIELSA, discutindo a necessidade da jurisdição administrativa, defendia a aplicação subsidiária do Código Civil, aos preceitos de Direito Administrativo².

Por outra parte, afirmava, então, o jurista argentino, que a lei civil tem um valor positivo, como lei que é, e nada se opõe à sua aplicação extensiva, por analogia, em matéria administrativa³.

Assemelhado é o pensamento de OTTORINO TENTOLINI quando, em trabalho de original profundidade, estuda “la prova nel procedimento giudiziario e la prova nel procedimento amministrativo”⁴.

Não obstante o processo administrativo possa ser um ordenamento meramente formal, com estrutura menos rígida que o processo civil, a prova relativa à controvérsia em matéria jurídica não é somente uma prova consentida, mas uma prova que acompanha o fato concreto.

Há que aceitar, no procedimento probatório administrativo, a instrução preventiva como meio de esclarecimento imediato através da prova preordenada, tendo em conta que a iniciativa probante no processo administrativo pode ser tomada a qualquer momento, enquanto perdurar, está claro, a relação processual de causa e efeito⁵.

Na Itália, como informa TENTOLINI, onde se adotou um sistema inspirado de justiça administrativa, o comportamento da Administração pública em matéria de prova não ofe-

² Cf. RAFAEL BIELSA, *Relaciones del Código Civil con el Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1923.

³ *Id.*, *ibid.*, pág. 83.

⁴ Cf. OTTORINO TENTOLINI, *La Prova Amministrativa*, págs. 5/39.

⁵ “L’iniziativa per l’acquisizione delle prove nel processo amministrativo può essere presa in qualunque momento...” (TENTOLINI, *ob. cit.*, pág. 93).

rece restrições à atividade das partes, senão quanto ao limite previsto da sua possível admissibilidade⁶.

4. *JURIDICIDADE DA AÇÃO* — Não é de agora que se pode considerar a importância do ato administrativo frente aos direitos adquiridos e com respeito a terceiros interessados: em tal sentido as garantias correspondem à da ação que seja jurídica e à *comprovação* da juridicidade da ação⁷.

Em síntese, no entender de VELASCO, essas garantias consistem:

a) em obrigar que a Administração respeite um procedimento;

b) em conferir o direito de ação a quem seja lesado por ato administrativo para pedir a sua nulidade ou alcançar uma compensação econômica⁸.

Justifica-se o entendimento por motivo da Administração atuar, não somente dentro do âmbito jurídico que se lhe determina, mas pela necessidade de que respeite os direitos estranhos, dando a esses direitos a situação que a eles corresponde na ordem jurídica⁹.

Desde que existe uma chamada *zona mista* condicionada pelo Direito Civil e pelo Direito Administrativo, o ato administrativo, como ato jurídico, também cria, modifica, condiciona e extingue direitos de natureza privada, reclamando, assim, que quando atacado responda pela repercussão acontecida em desfavor dos direitos de outrem¹⁰.

5. *RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO* — Analisada a natureza do ato administrativo, esteja ele no seu conteúdo ou forma afetado por motivos de nulidade, jamais declarado lesivo por parte da Administração, cabe ao particular ou ao administrado a juridicidade da sua suspensão ou revogação.

Mesmo que a Administração atue discricionariamente, quando o faça deve fazê-lo:

⁶ *Id.*, *ibid.*, págs. 157 e segs.

⁷ Cf. RECAREDO F. DE VELASCO, *El Acto Administrativo*, pág. 280.

⁸ *Id.*, *ibid.*

⁹ *Id.*, *ibid.*, pág. 281.

¹⁰ *Id.*, *ibid.*

a) sem que haja excesso no exercício funcional da autoridade, do órgão ou do poder;

b) fixando a exata correlação entre o fim pretendido e os meios jurídicos justificantes da sua atividade.

Não havendo disposição legal expressa ou se o ato fundar-se no silêncio da lei, só a necessidade administrativa não basta para afastar a responsabilidade da Administração, desde que pelo procedimento probatório se invoquem consequências lesivas.

6. *O CONCEITO DA VERDADE NA PROVA* — Impossível num ensaio de síntese na análise jurídica pretender esgotar matéria tão árdua, vasta e complexa, como a que diz com o estudo da *prova*, seus elementos, condições, espécies, sobretudo da *prova* como meio adequado de convencimento decisório.

Uma literatura comparada, assentada na teoria geral do direito civil, ou na evolução histórica dos expedientes probatórios, marcada pela influência de sistemas conceituais harmoniosos, dá uniformidade ao que chama de *instrumentos* ou define como *documentos*¹¹.

Não é esta a intenção do presente escorço, mas sim a vontade de transportar para o Direito Administrativo uma experiência já positiva, diante da imperiosa necessidade do processo administrativo poder contar com elementos legais capazes de responder às exigências do reconhecimento prático de direitos.

Pelo Direito soviético, num típico exemplo que vale aqui citar, as provas não se baseiam em qualquer motivo formal: inclinam-se elas para uma base única na sua qualificação,

¹¹ Cf., entre outras obras de Direito Comparado que merecem relevo: EDUARDO BONNIER, *Tratado Teórico y Practico de las Pruebas en Derecho Civil y en Derecho Penal*, trad. esp., Madri, 1928, 2 vols.; ANDREI VISHINSKI, *La Teoría de la Prueba en el Derecho Soviético*, trad. esp., Buenos Aires, 1951; JOÃO DE CASTRO MENDES, *Do Conceito de Prova em Processo Civil*, Lisboa, 1961; FRANÇOIS GORPHE, *De la Apreciación de las Pruebas*, Buenos Aires, 1955; CARLO FURNO, *Contributo alla Teoria della Prova Legale*, Pádua, 1940; MOACYR AMARAL SANTOS, *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, São Paulo, 1954; OTTORINO TENTOLINI, *La Prova Amministrativa*, Milão, 1950; P. PACTET, *Essai d'Une Théorie de la Preuve Devant la Jurisdiction Administrative*, Paris, 1950; GIORGIO LASERRA, *La Prova Civile*, Nápoles, 1957.

base única que reside na convicção íntima de quem julga apoiando o julgamento, no exame de todas as circunstâncias da causa no seu conjunto¹².

7. *A PROVA NO SENTIDO LEGAL* — Quanto ao legislador soviético, repudiou todas as provas formais, não estando em consequência os tribunais limitados a nenhuma classe de provas, ficando apenas o Direito probatório soviético sujeito à uma postura processual “que encontra seus fundamentos nos princípios do socialismo que estruturam a sociedade e o Estado”¹³.

Em contraposição ao regime processual soviético, apegado às diretivas gerais que devem nortear o jurista, CASTRO MENDES atendendo ao que ficou exposto na sua obra hoje clássica, define para nós a *prova* no sentido rigoroso e próprio do termo, assim: “Prova é o pressuposto da decisão jurisdicional que consiste na formação, através do processo, no espírito do julgador da convicção de que certa alegação singular de fato é justificavelmente aceitável como fundamento da mesma decisão”¹⁴.

CARLO FURNO, aproximando a verdade do processo, ou o processo da verdade, preocupado com a prova no sentido legal, ou com a legalidade da prova da apreciação do fato, procura distinguir, acobertado pela realidade, o conteúdo e os efeitos da prova, lembrando: “. . . si tenga presente che la prova, è sempre ISTITUTO DEL DIRITTO PROCESSUALE; che essa, poi, spieghi una certa efficacia fuori del processo e prima che questo si instaurato. . .”¹⁵.

Não resta, pois, razão para que a prova, sendo instituto do Direito Processual, não seja admitida positivamente como é prática civil, perante a Administração e no Direito Administrativo, resguardando as partes conflitantes conforme a natureza especial ou particular dos litígios.

8. *A EVIDÊNCIA DA PROVA NO PROCESSO* — Precisamente para o Direito Administrativo, antes do conhe-

¹² Cf. ANDREI VISHINSKI, *La Teoría de la Prueba en el Derecho Soviético*, trad. esp., pág. 195.

¹³ *Id.*, *ibid.*, págs. 13/4.

¹⁴ JOÃO DE CASTRO MENDES, *Do Conceito de Prova em Processo Civil*, pág. 741.

¹⁵ CARLO FURNO, *Contributo alla Teoria della Prova Legale*, pág. 27.

cimento do conflito pela Administração, a prova quando existente já se apresenta com uma certa eficácia fora do processo administrativo e antes mesmo que este seja instaurado.

Mestre GIUSEPPE CHIOVENDA, quando argumenta, fixando-se na distinção entre normas probatórias gerais e normas probatórias particulares, parecendo impor com a sua autoridade a admissibilidade sem reservas dos meios de prova, e que as normas *verdadeiras e próprias* sobre as provas, pertencem ao direito processual, inclui talvez o Direito Administrativo no seu pensamento linear, e também o processo administrativo¹⁶.

Já FRANCESCO CARNELUTTI, ampliando quem sabe o pensamento linear de CHIOVENDA, lembra que a prova é uma figura da Teoria Geral do Direito, como o Ato Jurídico, como o Direito Subjetivo, para que dela se sirvam os que vivem e fazem a vida do Direito¹⁷.

Na mesma orientação se coloca CASTRO MENDES, mas deferindo à *prova administrativa* em especial uma posição consentânea com as imposições reais de natureza jurídica, reconhecendo a evidência da prova no processo contencioso e também no processo gracioso “e em todo o campo da administração pública de direitos privados. . .”¹⁸.

9. *O JUSTO CAMINHO PROBANTE* — O conceito legal da prova, tal como é aceito pela processualística civil, estende-se ao Direito Administrativo e à Administração, condicionando não só a conduta do administrado, como oferecendo ao particular franquias asseguradoras de ampla defesa administrativa.

Quem se apresenta perante a Administração, ou frente a um serviço público, com uma pretensão, interesse ou direito a debater, tem de *provar* as razões do alegado: tanto “em processo civil contencioso como em processo gracioso, ou

¹⁶ GIUSEPPE CHIOVENDA, “Naturaleza procesal de las normas sobre la prueba”, in *Ensaíos de Derecho Procesal Civil*, págs. 393 e segs.

¹⁷ V. FRANCESCO CARNELUTTI, *Sistema di Diritto Processuale Civile*, vol. I, pág. 675.

¹⁸ JOÃO DE CASTRO MENDES, ob. cit., pág. 736. A análise realizada por SOARES DE FARIA merece lembrança. Cf.: *Principais Teorias Relativas ao “Onus Probandi”*, São Paulo, 1936. Adverte quanto à complexidade das figurações jurídicas em matéria de prova.

em processo administrativo, no sentido mais alto desta expressão¹⁹, o caminho probante é o mesmo na verdade processual.

As regras que valem também nas relações entre particulares, mantêm-se peculiarmente à natureza do processo trabalhista sem com isso violentar-se o particularismo do mencionado processo, nem chocar uma jurisdição destinada a resolver conflitos econômicos.

10. *NO PROCESSO ELEITORAL E TRABALHISTA*
— Referindo-se a um sistema de provas legais na Argentina, em tratando do processo trabalhista, AMILCAR BAÑOS²⁰ resalta a tarefa de esclarecer os fatos relevantes sob o prudente arbítrio do julgador, “en virtud de previsiones del legislador que fijan en abstracto el grado de eficacia o ineficacia de cada medio de prueba o conjunto de pruebas combinadas para la demostración en juicio de la existencia de un hecho, negocio jurídico o contrato”.

Como sabemos, no *mandado de segurança*, quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente *comprovado de plano* ou com todos os requisitos essenciais para o seu reconhecimento no momento de impetração²¹.

No *processo eleitoral*, porque não dizer, os recursos quando chegam à consideração judicante na instância, devem já estar instruídos *com todas as provas possíveis*, ocorrendo que a parte poderá indicar onde possam elas ser colhidas na impossibilidade de juntá-las²².

Num critério louvável de liberdade processual, nos tribunais regionais os relatores poderão deferir a realização de provas, notadamente nos recursos que versarem sobre a coação, fraude, ou emprego de propaganda vedada em lei, pelo prazo improrrogável de cinco dias²³.

¹⁹ Cf. JOÃO DE CASTRO MENDES, ob. cit., pág. 737. A fórmula *atto = oggetto* convence na prática e está na lição de GIORGIO LASERRA, ob. cit., pág. 39.

²⁰ HEBERTO AMILCAR BAÑOS, *La Apreciación de la Prueba en el Proceso Laboral*, pág. 7.

²¹ Cf. HELY LOPES MEIRELLES, *Mandado de Segurança e Ação Popular*, pág. 6.

²² Cf. ANTÔNIO TITO COSTA, *Recursos em Matéria Eleitoral*, págs. 52/3.

²³ *Id.*, *ibid.*, pág. 53.

Quanto à alegação de inelegibilidade, impõe, a quem a faz, a necessidade de prová-la, na oportunidade processual do registro de candidaturas, ocorrendo que em certos casos circunstanciais de registro, tratando-se de matéria de fato e de prova, deverá ela ser apreciada na instância regional²⁴.

11. *A APRECIÇÃO DA PROVA* — A operação probatória na admissão da prova, especificação, justificação, motivo, presunção, prova pré-construída ou constituída, representativa, genérica ou particular, juridicamente se resume na *apreciação* cujo objetivo reside em tirar conclusões de convencimento.

No Direito Administrativo, ou na realidade da relação administrativa, tanto a *produção* da prova como a *apreciação* da prova, são fases na sucessão de trâmite processual, que aproximam a técnica processual administrativa da técnica processual civil.

Na *produção da prova*, resultante da vontade de acumular no processo os motivos justificantes que permitam uma conclusão, coloca a Administração em condições de reavaliá-lo, ou não, conforme determinantes que aclarem o litígio.

A *apreciação da prova*, resultante da *produção*, sendo melhor no processo administrativo não confundir ambas as fases, da à Administração elementos de interpretação e avaliação, permitindo assim formular conclusão na decisão já fundada em premissas estabelecidas quanto à aplicação da lei aos fatos, quanto à precedência da lei ao fato.

Mas deve notar-se que é inteiramente desprovido de nexo jurídico, confundir-se perante a Administração e no Direito Administrativo, os meios de prova com a prova possivelmente adquirida.

No Direito Administrativo não há como aceitar possível a prova com respeito a fatos negativos, pois só as alegações positivas podem levar a consequências suscetíveis de reconhecimento.

Constitui *fato negativo* aquele que resulta do ato do particular de apontar outro particular como beneficiário de alguma coisa pela Administração: tal afirmação implica a ne-

²⁴ *Id.*, *ibid.*, págs. 80/3.

gação do direito daquele que tenta se apoiar em benefício concedido a alheio, não obstante a verdade da afirmação e da prova positiva e geradora do direito.

Não é só no processo civil que o vocábulo *prova* assume o significado de resultado probatório: assume também no processo administrativo, como exaustivamente demonstrou TENTOLINI²⁵.

É bom entender, em qualquer ramo do Direito, a prova como a descoberta da verdade, a prova não considerada como um fim em si mesma, mas a prova como um meio hábil, pelo qual a inteligência tenta descobrir a verdade²⁶.

No processo administrativo, salvo diferenças que atuam no procedimento judicial corrente, o papel da prova como reveladora da verdade não constitui, como possa parecer, uma medida complementar, mas o convencimento que implica decisão resultante de exame jurídico dos fatos e das situações caracteristicamente controvertidas.

12. *A PROVA ADMINISTRATIVA ESPECÍFICA* — Entre os autores, um há como FRANÇOIS GORPHE, preocupado com a construção de um método para o exame das provas, como diz, *menos separadas na prática do que na teoria*²⁷.

Aqui reside, para a avaliação das provas essenciais ou necessárias, o ponto em que o Direito Administrativo passa a aceitar, como provas, as que materialmente possuem valor probatório.

As provas no processo administrativo são aquelas diretas ou relativamente simples, que tragam por si mesmas um valor probatório, ou que apresentem garantia formal na segurança da pretensão.

As indiretas ou complexas, se bem que não possam ser desprezadas no processo administrativo, desde que exigem um exame crítico mais ou menos profundo, não trazem a suficiente certeza²⁸.

²⁵ OTTORINO TENTOLINI, "Il procedimento probatorio amministrativo", in *La Prova Amministrativa*, págs. 84/118.

²⁶ Cf. três importantes clássicos: FRANCESCO RICCI, *Delle Prove*, Turim, 1891; EDUARDO BONNIER, *Tratado de las Pruebas en Derecho Civil*, trad. esp., Madri, 1928; RAYMOND LEGAIS, "La legalité des preuves", in *Les Règles de Preuve en Droit Civil*, Paris, 1955.

²⁷ FRANÇOIS GORPHE, *De la Apreciación de las Pruebas*, trad. esp., pág. 163.

²⁸ *Id.*, *ibid.*

Quanto à admissibilidade, considerados isoladamente os caracteres de cada prova, prevalecem no processo administrativo não os métodos adotados na comum indagação judicial, mas os métodos da investigação jurídica em função das regras relacionais jurídico-administrativas.

As regras não se propõem a fixar, no entendimento de GORPHE, inclusive perante a Administração, o valor de cada classe de provas, senão unicamente determinar se cada uma das provas resulta conveniente ou prejudicial com respeito às condições práticas do processo²⁹.

13. *OS MEIOS DE PROVA* — Afirmamos, inclusive perante a Administração, sobretudo no processo administrativo, porque no terreno das regras legais a prova deve corresponder a um *valor demonstrativo*, tanto em matéria civil como nos demais diversos ramos práticos da Ciência do Direito.

Está claro que todos os meios de prova resultam indispensáveis e usados podem ser segundo as circunstâncias e a natureza do processo, não obstante a força probatória diferir no civil e no administrativo em razão do elemento de convicção, de avaliação ou de apreciação, de vez que no administrativo os documentos escritos constituem ato material cujo alcance poder-se-á juridicamente determinar.

Indubitavelmente, no processo administrativo, não se decide apenas por *convicção*, mas se decide também pela *persuasão*, como resultado do exame jurídico e material das provas apresentadas.

Esse o motivo do porquê a prova indiciária não ter boa acolhida no Direito Administrativo, onde os elementos se apóiam, na maioria dos casos, sobre atos que resultam imprecisos na definição da vontade administrativa, tão-somente porque se podem suceder habitualmente, mas que, sucedendo habitualmente, não asseguram direitos³⁰.

Posto que a prova indiciária seja uma prova indireta indicativa lógico-crítica na expressão de GIANTURCO, contrapondo-se à prova direta histórico-representativa, identificando-se com a presunção de fato³¹, não se enquadra no

²⁹ *Id.*, *ibid.*, pág. 35.

³⁰ Cf. VITO GIANTURCO, *La Prova Indiziaria*, págs. 33 e segs.

³¹ *Id.*, *ibid.*, pág. 181.

comportamento relacional-administrativo, nem serve como valor probatório para a Administração reconsiderar seus atos.

14. *O PRESSUPOSTO DA CERTEZA* — A *prova administrativa* há de ser, antes de mais nada, não um problema técnico do Direito, não uma questão de índole filosófica, não um problema a discutir, *mas um problema a resolver*³².

Todo problema deve ser equacionado dentro do escopo da proposição admitida, servindo a prova para convencimento em torno da certeza precisamente formulada, de modo a que a Administração possa no processo reconhecer a verdade material, dando ao problema a solução adequada.

No processo administrativo, quando a controvérsia se faz flagrante, não é nada fácil distinguir através do instrumento escrito, a verdade-prova *formal* da verdade-prova *material*.

A verdade probatória sempre que *formal*, em face do pressuposto da certeza, confunde-se com a verdade probatória *material*, ambas movendo-se num mesmo plano de formação do convencimento.

Mas antes que tudo, para esclarecimento da pretensão no processo administrativo, convém não esquecer a vontade da lei, ou melhor, caso possível, o que pretendeu o legislador.

É segura a lição de CHIOVENDA, na sua aplicação de pensamento informador, ao processo administrativo: “Nella prova legale el momento probatorio si presenta alla mente del legislatore”³³.

Cabe a lição, considerando a organização jurídica do Estado, às relações entre Administração e administrados, naquilo que respeita à estabilidade do geral ordenamento jurídico e administrativo.

15. *A PROVA NA FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO* — No processo administrativo, para a exata apreciação da matéria de prova, o que formulou o legislador

³² “Di fronte al processo, il problema della verità va posto, nongia come problema da discutere, ma come problema da risolvere” (CARLO FURNO, ob. cit., pág. 9).

³³ GIUSEPPE CHIOVENDA, *Principi di Diritto Processuale Civile*, pág. 811.

crece de importância para efeito de chegar-se à formação do convencimento.

Pode a Administração, afirmando a validade do ato administrativo no processo, recorrer à garantia de base legal, sem com isso possibilitar a certeza de que não houve arbítrio ou excesso de poder.

Rigorosamente, o elemento *certeza*, no processo administrativo, só pode ser positivado, quando a Administração, ao praticar o ato, não infrinja a tutela que lhe compete no campo do Direito.

Caso haja infringência, a lei está violentada e distorcida a vontade do legislador, seguindo então a necessidade probante, que, avaliada no seu resultado, imporá à Administração nova situação de equilíbrio, jamais não desejada para a estabilidade da ordem jurídica.

Todavia, o contraditório, no processo administrativo, não surge de imediato como fenômeno de conflito, senão depois que o ato administrativo seja impugnado ou contestado, pela evidência que poderá ou não ser provada, de abuso ou não de poder, ou de manifesta ilegalidade.

Repare-se que o problema-tese se limita em saber, aqui, quais os atos da Administração que, pela motivação, podem ser objeto de prova na impugnação ou dentro dos normais trâmites processuais.

Nesse ponto, como no processo judicial, convalidar a certeza torna-se essencial para o intento e para o escopo, pois o efeito da convalidação opera sobre a convicção, reforçando a vontade em função do conhecimento³⁴.

16. *A FINALIDADE DA PROVA* — O que não se quer, por motivos que são óbvios, é o processo sujeito às imprecisões da vontade, assentado em regras não adequadas, tramitando sem qualquer fundamento que justifique a intenção, de vez que na esfera administrativa as provas aduzidas convém sejam aquelas referentes ao fato, tanto quanto possível aproximadas da verdade material e formal.

Resulta preferível, como se deixou entender, que a eficácia da prova, no processo administrativo, objetive a con-

³⁴ CARLO FURNO, ob. cit., pág. 16.

denação do ato pelos pressupostos aceitos pelo próprio Direito Administrativo.

A finalidade da prova, quando houver ou for possível, no processo administrativo, deve consistir em procurar obter o máximo de certeza quanto às conseqüências do ato que se impugna, *certeza* se possível baseada sobre precisas afirmações legais.

Jamais a *convicção* no processo administrativo será igual ou semelhante à *convicção* de juízo no processo comum: não havendo igualdade ou semelhança, as provas somente se podem colocar num plano positivo capaz de alterar o pronunciamento da Administração.

No inquérito administrativo, elementar como processo que é na tradição, a matéria de prova não se apresenta ainda com aquele poder de dar garantias de defesa ao indiciado, limitando a ação do particular e ampliando o arbítrio nas relações subjetivas.

E assim poderá não haver prova concreta na medida em que se demonstre uma afirmação também concreta, não se dando aos que apreciam ou julgam os elementos probantes aplicáveis à espécie.

Não é sem razão que GUASP fala em regulamentação jurídica da matéria de prova, distinguindo como aqui distinguimos com reservas as provas pelo aspecto material e pelo seu aspecto formal³⁵.

Integradas as provas como elemento de Direito Substantivo, consideradas através de princípios gerais do Código Civil francês, o que foi motivo de seguimento pela maioria dos códigos civis, não é de estranhar que elas também possam admitir-se no procedimento administrativo como fundamentação de uma conduta no campo da atividade estatal.

17. O PROCEDIMENTO PROBATÓRIO ADMINISTRATIVO — Não há equilíbrio de sentido crítico quando se pretende que a atividade dos órgãos jurisdicionais “vise à tutela do direito objetivo e só mediatamente proteja o Direito Subjetivo individual”³⁶.

No Estado moderno, apesar de intervencionista, a atividade estatal também possui limites, havendo do lado da Ad-

³⁵ JAIME GUASP, *Derecho Procesal Civil*, pág. 345.

³⁶ Cf. JOSÉ ALBERTO REIS, *Processo Ordinário e Sumário*, pág. 155.

ministração, o interesse de proteger direitos privados, tutelados pelo Direito Objetivo.

A intervenção das partes no processo administrativo não torna o Estado absorvente e o particular condicionado como se não houvesse plenamente caracterizado, em determinadas e certas situações, um direito público subjetivo do administrado contra a Administração.

Tal e qual no processo ordinário ou comum, o Estado defende com a sua jurisdição a sua autoridade de legislador, baixando, como diz CALAMANDREI, para intervir com eficácia prática, confirmando-se a si mesmo, sempre que se tratar de vicissitudes que digam respeito ao homem³⁷.

Como toda relação jurídica, a relação jurídico-administrativa, pressupõe um acordo de vontades, tendendo para a satisfação de interesses recíprocos, não sendo lógico que no processo administrativo precisamente não ocorra a igualdade de tratamento entre litigantes.

Neste particular, mesmo não desprovido do direito de ação, o administrado, para ver reconhecida a sua pretensão, dificuldades encontra para no processo administrativo *provar*, e, em consequência, exigir a proteção do seu direito subjetivo.

18. *O PEDIDO ADMINISTRATIVO* — Melhor discutindo, o *pedido administrativo* é ato de vontade que, harmonizado com a norma e executando-se conforme ela, transforma a ação voluntária numa situação subjetiva, convertendo no processo adequado o Estado em parte, face o direito subjetivo de ação.

Do exercício constitucional do direito de *ação administrativa* concedido ao administrado, decorre a relação processual administrativa, nasce o processo, legitima-se a demanda, abre-se a controvérsia, averiguam-se as provas, o Estado é chamado para adimplir ou não uma obrigação.

Intentada a ação administrativa firmada no direito de petição, para TENTOLINI o ordenamento da prova no processo administrativo, consiste:

“a) nella produzione di documenti, tanto da parte dell'Amministrazione interessata, quanto dalle altre parti;

³⁷ CALAMANDREI, *Istituzione di Diritto Processuale Civile*, pág. 63.

“b) negli schiarimenti dell’Amministrazione;

“c) nelle verificazioni da compiersi di questa, con l’assistenza delle parti”³⁸.

Tratando da iniciativa da prova no procedimento jurisdicional administrativo, já que pelo pedido está reconhecido o direito de ação, com a visão de como o problema se coloca na doutrina italiana, mostra TENTOLINI que no processo administrativo real é a vinculação entre as partes, encarecendo a importância porém do interesse público e coletivo³⁹.

19. *A DOCTRINA ITALIANA* — A doutrina brasileira, não aconselhada pela italiana, não deu o relevo que a prova merece no processo administrativo, deixando, erradamente, com a Administração o ajuizamento da conveniência probante.

O trabalho de TENTOLINI, por muitos motivos pioneiro, serve para orientação do processo administrativo em matéria de prova, tal a programática que levanta em grau sistemático e jurídico.

Senão vejamos, quanto ao esforço do professor da Universidade de Roma, o que TENTOLINI disciplinou:

“a) la prova nel procedimento giudiziario e la prova nel procedimento amministrativo;

“b) l’ordinamento delle prove nel giudizio amministrativo;

“c) peculiarità dell’ordinamento;

“d) il procedimento probatorio amministrativo”⁴⁰.

As sugestões, devido à singularidade do regime italiano, não apresentam para os países de sistema jurisdicional único, a importância exigida pela *ordem administrativa*, que também é estatal, jurídica, constitucional e, sobretudo, institucional.

Negar, porém, mesmo nas ações onde não exista sistema de justiça administrativa, a indispensabilidade do disciplina-

³⁸ OTTORINO TENTOLINI, *La Prova Amministrativa*, pág. 65.

³⁹ “In altre parole, nei giudizi civili è in gioco l’interesse privato e particolare del soggetti, mentre nel giudizio amministrativo è in gioco anche l’interesse pubblico e collettivo” (TENTOLINI, ob. cit., pág. 197).

⁴⁰ *Id.*, *ibid.*, págs. 5/84.

mento da prova para efeitos decisórios, é permitir o livre arbítrio da Administração no Estado de Direito.

20. *A DOCTRINA NA ESPANHA* — Admite-se que a possibilidade da prova legal no processo administrativo tenha um limite, mas não é de esquecer a influência que, na formação da vontade administrativa os elementos que nela atuam se fazem valiosos, como elementos que são da relação jurídico-administrativa.

Pondera VIVANCOS: “Los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba”⁴¹.

Quando a Administração não tenha por certos os atos alegados, ou então a natureza do procedimento o exija, abre-se o período de prova, conforme recomenda a norma na legislação espanhola⁴².

Cabe à Administração, face à lei do processo administrativo na Espanha, comunicar aos interessados, com a antecipação suficiente, o início das operações necessárias para a realização das provas que podem ser admitidas⁴³.

Quase idêntica à posição italiana, a posição normativa espanhola, naquilo que diz com o procedimento probatório administrativo, aponta a jurisdição contenciosa administrativa como sucedânea da jurisdição civil, dando faculdade ao interessado para propor as provas que sejam consideradas essenciais.

Analisando a vontade público-administrativa e a incapacidade dolosa da Administração, CANTUCCI confirma que “l’organizzazione dell’amministrazione esercita inoltre notevoli influenze modificatrici sulla disciplina privatistica dei mezzi probati”⁴⁴.

Na verdade, a capacidade probante não pertence apenas à área jurídica civil, mas às atividades que obriguem relação jurídica em geral ou provoquem controvérsias no plano geral do Direito.

⁴¹ EDUARDO VIVANCOS, *Comentarios a la ley de Procedimiento Administrativo*, pág. 144.

⁴² *Id.*, *ibid.*

⁴³ *Id.*, *ibid.*, pág. 147/8.

⁴⁴ MICHELE CANTUCCI, *L’Attività di Diritto Privato della Pubblica Amministrazione*, pág. 146.

CAPÍTULO III

A PROVA COMO REGRA OBRIGATÓRIA NA AÇÃO ADMINISTRATIVA

SUMÁRIO: 1. A superação do dualismo. 2. A função da prova. 3. A pretensão no Direito Administrativo. 4. As obrigações não são unilaterais. 5. Definição pelo objeto. 6. Equivalência relativa. 7. A prova como regra na ação. 8. O que é a prova. 9. Os critérios probantes. 10. A realidade no Direito Processual. 11. Oposição e controvérsia. 12. O princípio da legalidade. 13. Função conciliatória do Direito. 14. O primado da lei. 15. Exteriorização da Administração. 16. As falhas no procedimento administrativo. 17. Os novos códigos. 18. Racionalização do processo administrativo. 19. Verificação dos motivos e controvérsia. 20. A impugnação legitimando a contestação.

1. *A SUPERACÃO DO DUALISMO* — Como o Direito Administrativo leva à superação do dualismo entre o Direito Público e o Direito Privado, assim a atividade administrativa conduz à unificação de todo aquele complexo de atos e fatos, através dos quais a Administração consegue atingir a sua fundamental direção¹.

¹ Cf. MICHELE CANTUCCI, *L'Attività di Diritto Privato della Pubblica Amministrazione*, pág. 26.

Não há dúvida que o grande atraso que suporta a organização administrativa comparada procede em grande parte do mau entendimento dos problemas administrativos, nas relações estabelecidas entre Administração e administrado.

Na Espanha, a primeira *lei geral* do processo administrativo deu um grande passo para a racionalização da atividade estatal, consolidando todas as importantes e anteriores práticas administrativas².

Na Itália, de quase igual maneira, a responsabilidade do Estado sempre está configurada, não sendo de agora que a jurisdição administrativa protege o particular, dando-lhe faculdade de amplos recursos que asseguram também a orientação decisória administrativa³.

É sabido que só através da *organização administrativa* o Estado manifesta a própria vontade e explica a sua ação e atividade no campo político, jurídico e social, como lembra MARIANI⁴.

No *jurídico*, o que se quer é o Estado, pessoa pública, territorial ou institucional, não ilegitimando a sua atividade, não contrariando a legalidade, mas acolhendo a responsabilidade da Administração e permitindo ao administrado provar direito fundado no fato e na lei.

2. *A FUNÇÃO DA PROVA* — Quando se fala em o Estado *explicar*, naturalmente que a expressão se atém ao conceito de *resposta*, em razão de um *evento danoso*, em consequência de um *fato ilícito*, como se entende no Direito Privado⁵.

A função da prova, na ordem jurídica, com respeito à determinada categoria de interesse, não é só a de obrigar o Estado explicar ou responder, mas constatar sobre a situação controvertida em face da norma jurídica existente.

Desde que para CARNELUTTI, o complexo da norma jurídica, que regula o processo de fixação do fato controverso, constitui *l'istituto giuridico della prova*, não se há de querer

² *Ley de 17 de julio de 1958 y disposiciones complementarias.*

³ Cf. MICHELE LA TORRE, *Codice della Giustizia Amministrativa*, Roma, 1951.

⁴ DOMENICO MARIANI, *Diritto Amministrativo e Costituzionale* (Trattazioni e Svolgimenti), pág. 42.

⁵ *Id.*, *ibid.*

que a Administração somente ao Estado reserve o direito do procedimento probatório administrativo⁶.

O instituto da prova tanto serve ao Direito Civil como contempla o Direito Administrativo, pois na sua estrutura tanto a prova direta como a indireta, por aquilo que chamamos de apreciação da prova, afirmando um fato denuncia a controvérsia, negando um fato duvida da verdade legal, assim acontecendo na Teoria Geral do Direito.

Precisamente no Direito Administrativo, a *matéria de prova* se apresenta como operação preparatória, efetuada e disposta a buscar uma decisão justa para o fato controverso, tendo como objetivo final a fixação decisória do pensamento exato da Administração.

No que respeita à *pretensão* no procedimento probatório administrativo, na sua essência o processo administrativo obriga a considerar o *objeto dela* na realidade jurídica do processo, numa tentativa probante de aclarar uma situação jurídica já existente.

Nos seus efeitos, provada a pretensão processual, trata-se de determinar a obrigação existente, tendo em conta o conteúdo jurídico da obrigação, caracterizando-se, preliminarmente, a relação de direito, no tocante ao sujeito ativo e passivo da dita pretensão.

3. A PRETENSÃO NO DIREITO ADMINISTRATIVO — Não diferem, totalmente, os *requisitos* da pretensão no Direito Administrativo, dos *requisitos* exigidos ou exigíveis no Direito Processual Civil, aceitando-se que as exigências do ordenamento jurídico impõem critérios que assemelham na existência teórica e transcendência prática⁷.

JAIME GUASP, processualista de fundas ligações com a problemática administrativa, assevera que, como todo ato processual, a pretensão está submetida a formalidade, isto é, às exigências do ordenamento jurídico, para que produza todos os efeitos a que normalmente pretende⁸.

De igual maneira MICHELI, fazendo uma descrição analítica da iniciativa no processo civil e do problema da ação

⁶ FRANCESCO CARNELUTTI, *La Prova Civile*, pág. 56.

⁷ JAIME GUASP, *Derecho Procesal Civil*, pág. 230.

⁸ *Id.*, *ibid.*

justificando a unidade do processo e a pluralidade da demanda, lembra que a teoria da ação torna manifesto o conhecimento contencioso⁹.

Nem todos os princípios que se ativam no processo civil incidem sobre o processo administrativo, resguardando o Direito Administrativo apenas as normas aplicáveis relativas ao desenvolvimento dos pressupostos processuais da ação administrativa¹⁰.

Quanto à impugnabilidade do ato como condição da ação, a questão envolve o comportamento negativo da Administração em razão das regras estabelecidas, desde que não se possa ignorar a existência quando presente do recurso ou de qualquer medida asseguradora de direitos.

Mesmo que a ação ou recurso não suspenda a executoriedade do ato impugnado, o direito ou o interesse em causa prevalecem como legítimos até o término da relação jurídica, desde que, está claro, a decisão seja irrecorrível na esfera jurisdicional própria.

Não obstante se conteste na área administrativa o conceito de coisa julgada, assunto complexo que escapa dos limites deste ensaio, tanto as decisões definitivas como as interlocutórias se podem exaurir em planos jurisdicionais diferentes, sem com isso ferir-se o ordenamento jurídico, configurado através de graus na hierarquia administrativa.

Tratando de problema em perspectiva geral, RAGGI estudando não só o desenvolvimento da relação processual, como analisando o fim dessa relação e a execução das decisões, estabelece condições que possivelmente não contrariam a teoria e a prática do processo¹¹.

Mas já é tempo de o Direito Administrativo firmar definitivamente as suas próprias regras, consolidar definitivamente as suas instituições basilares, não sem agradecer ao Direito Civil e ao Direito Processual Civil a magnífica herança recebida e bem integrada no contexto de normas que gravitam dentro e em torno da Administração.

No regime das *obrigações* a Administração não só amplia a sua responsabilidade, como distingue a sua função tutelar

⁹ JEAN ANTONIO MICHELI, *Corso di Diritto Processuale Civile*, vol. I, pág. 28.

¹⁰ Cf. LUIGI RAGGI, *Diritto Amministrativo*, vol. I, pág. 430.

¹¹ *Id.*, *ibid.*, págs. 443 e segs. (*Svolgimento del Rapporto Processuale, Fine del Rapporto Processuale e Esecuzione delle Decisione*).

acerca do real conteúdo dos compromissos públicos assumidos, agasalhando a pretensão na demanda ou ação da administrativa como imperativo da normal ordem jurídica.

4. *AS OBRIGAÇÕES NÃO SÃO UNILATERAIS* — Na prestação de serviços administrativos ou públicos, jamais as obrigações assumidas pela Administração podem ser consideradas simplesmente *unilaterais*, concedendo assim em contrapartida ao administrado obrigações que correspondem a direitos, compromissos que correspondem a interesses, numa concomitância de valores jurídicos que são afins.

CANTUCCI, genericamente, explica que toda a atividade pública da Administração não pode substancialmente diferenciar-se, considerando sempre a presença do interesse público e do interesse particular, ou procurando discriminar uma atividade homogênea no seu complexo unitário¹².

Outra não é a posição de MIELE, tão sóbrio na investigação, tão exato na proposição teórica, desde quando reconhecido o necessário disciplinamento do Direito Privado em regime normal de Direito Público¹³. Ou melhor dizendo com RANELLETTI, não é que a atividade administrativa seja uma operação que determina diretamente um resultado exterior do fato, mas antes pensamento e vontade ou disposição pela qual qualquer ação é *atuação*¹⁴. Também é inegável, na observação de GUASP, inclusive considerando o fenômeno administrativo, que a pretensão determina a *conclusão* do processo desde que passe a inexistir o *motivo*, pois quando desaparece a *pretensão*, conseqüentemente, desaparecem ação e processo¹⁵.

5. *DEFINIÇÃO PELO OBJETO* — Nas suas características essenciais e formais sem prejuízo dos motivos que levam ao procedimento administrativo, evidentemente que no processo administrativo, cuja atuação do particular o Estado responde, coexistem os mesmos elementos probantes reais no mundo do Direito.

¹² MICHELE CANTUCCI, ob. cit., págs. 23/4.

¹³ GIOVANNI MIELE, *La Manifestazione di Volontà del Privato nel Diritto Amministrativo*, pág. 23.

¹⁴ ORESTE RANELLETTI, *Le Guarentigie della Giustizia nella Pubblica Amministrazione*, pág. 26.

¹⁵ JAIME GUASP, ob. cit., pág. 241.

Vale, como idéia geral, para o processo administrativo, a advertência conclusiva de GUASP: “Una vez que há engrandado un proceso, la pretensión procesal determina su mantenimiento, esto es, su subsistencia, hasta que el tratamiento, que a la pretensión deba darse haya alcanzado su finalidad”, pois “la pretensión procesal mantiene funcionalmente en vida al proceso”¹⁶.

A pretensão no Direito Administrativo não se desiguale com a pretensão no Direito Civil: define-se pelo seu objeto, pelos elementos que a integram, por cada um dos sujeitos processuais, considerando-se o *fin* como determinativo da verdadeira natureza processual.

O que, inequivocamente, quer a pretensão no processo administrativo, constitui precisamente a pretensão processual-administrativa, fundada na relação jurídico-material, que dá significação objetiva ao conflito resultante de um fato controverso ou de um ato contestado.

O estudo do objeto-fim do processo, para dizer-se que um processo é *administrativo*, nada tem a ver com a ação que se propõe ou com a atuação do administrado, de vez que ação e direito muitas vezes não coincidem, nem quanto aos sujeitos e nem quanto aos efeitos de fim.

6. *EQUIVALÊNCIA RELATIVA* — Está claro que não há equivalência absoluta e sim relativa entre ambas as noções processuais: a pretensão no processo e Direito Administrativo assume formas especiais que se identificam com as formas positivas do processo e Direito Civil, sempre que respeitados na sua índole doutrinária os princípios gerais reguladores do processo em geral.

Liminarmente, direito de ação, pretensão processual e demanda correspondente ao processo incidem sobre uma declaração de vontade envolvente de pessoas, jurisdição ou órgãos jurisdicionais.

Quando se reclama a atuação de autoridade ou órgão jurisdicional para atendimento da pretensão, é indispensável que a pretensão processual atinja pessoa determinada e, no caso, a Administração dê início nunca a um direito e sim a um ato administrativo, posto que caracteriza substan-

¹⁶ *Id., ibid.*, pág. 240.

cialmente uma *pretensão* que varia segundo a natureza do fim processual.

Fazem o processo administrativo, como realizam o processo civil, dois elementos que integram a postulação:

a) *o sujeito ativo da pretensão*, por onde se fixa a capacidade processual e a legitimidade do pretendido;

b) *o sujeito passivo da pretensão*, como aquele que representa a possibilidade do reconhecimento da pretensão processual na demanda.

Preciso não será dizer da importância da moralidade na pretensão administrativa, da possível praticabilidade material do que se exige através do processo ou do fundamento legal que justifique o interesse ou o direito correspondente à demanda e motivo da controvérsia.

7. *A PROVA COMO REGRA NA AÇÃO* — Por tudo quanto ficou dito, não há como não aceitar o instituto da prova, como inerente também ao procedimento administrativo, dentro do processo e integrante dos princípios que regulam o Direito Administrativo, sobretudo no que diz com as relações entre Governo e governados, Administração e administrados.

Considere-se, por valiosas que são, na apreciação da matéria de *prova administrativa*, a posição assumida por TENTOLINI, cujo rigor jurídico não contradiz com a atividade jurisdicional, cujo rigor científico se ampara na teoria geral do processo, e que não é outra que esta:

“a) . . . non é possibile desconocere che la funzione del processo va considerata come funzione dello Stato destinata alla reintegrazione e all’attuazione del diritto obiettivo, vale a diretta a perseguire un pubblico interesse;

“b) il problema consiste soltanto nel distribuire la materia tra il diritto sostanziale um apposito sistema processuale;

“c) il processo é costituito da una serie di atti, dall’inizio alla fine, che creano man mano situazioni e rapporti giuridici, i quali, riuniti, producono poi il risultato;

“d) ciò è conforme, del resto, al principio che la pubblica amministrazione deve essere imparziale e deve provve-

derre, anche spontaneamente, a reintegrare el diritto al ripetto della legittimità violata;

“e) donde la necessità della ricerca della volontà negli atti amministrativi e, una volta questi impugnati giurisdizional l’esperimento dei mezzi probatori specificamente idonei a scoprire codesta volontà nell’interesse supremo della verità”¹⁷.

8. *O QUE É A PROVA* — Resta indagar, no entendimento doutrinário administrativo, ou na complexidade variada do procedimento administrativo, onde muitas vezes é difícil penetrar no íntimo da vontade da Administração, tendo em conta a oportunidade ou não do ato impugnado, *o que é a prova?*

Quanto ao objeto e natureza GUASP responde:

“a) el objeto de la prueba lo constituyen los mismos de los que integran el contenido de las alegaciones procesales;

“b) hay una identificación normal, de principio, entre objeto de la prueba y objeto de la alegación, aunque, excepcionalmente, puede ocurrir que el dato no alegado sea probado directamente o que no se admita o sea innecesaria la prueba de una alegación;

“c) solo excepcionalmente puede considerarse a un dato de hecho como exento de prueba;

“d) la necesidad de la prueba es la regla;

“e) para determinar la naturaleza jurídica de la prueba es preciso saber que sector jurídico básico pertenece en cuanto figura de derecho”¹⁸.

Bem juridicamente analisando, tanto o conceito da prova, sua natureza jurídica, classes de prova, os sujeitos da prova, como o objetivo dela, os fenômenos que surgem de lugar, tempo e forma, não pertencem apenas ao processo civil, porque atendem também o processo administrativo.

Outro tanto, assim, em se tratando de prova, no processo jurídico, convém não esquecer a sua eficácia, os diversos

¹⁷ OTTORINO TENTOLINI, *La Prova Amministrativa*, págs. 194 e segs.

¹⁸ JAIME GUASP, *Derecho Procesal Civil*, págs. 333/40.

meios, condições que se revestem de importância na fixação exata da sua natureza jurídica.

9. *OS CRITÉRIOS PROBANTES* — A peculiaridade do regime jurídico no processo, ou a singularidade do processo administrativo, explicam os períodos próprios de procedimento, a proposição da prova de modo a provocar contestação, como os efeitos de maior ou menor força probatória.

Teoricamente, não diverge a doutrina quanto aos critérios probantes, no sentido da produção de resultados distintos, sem que os critérios constituam contradições de lógica processual, ou que a lógica processual possa trazer inexatidão técnica em cada tipo de procedimento.

Variando os tipos de procedimento, no civil, eleitoral, penal, trabalhista, comercial ou administrativo, fundamentalmente o problema processual é o mesmo, de vez que as exceções de Direito Processual compreendem regras normativas e não jurídicas, princípios disciplinadores e não de direito¹⁹.

Naturalmente que qualquer tipo de processo não se compõe de um ato único e isolado, pois os atos que se intercalam, para a apreciação na decisão, são na pluralidade, em face das circunstâncias, também atos processuais vinculados à figura do procedimento.

No procedimento em geral, como no processo administrativo em particular, essa vinculação chama-se coordenação

¹⁹ A doutrina confirmativa é quase uma só: CARNELUTTI, *Lezione di Diritto Processuale Civile*, Pádua, 1930; FURNO, *Contributo alla Teoria della Prova Legale*, Pádua, 1940; JAEGER, *Corso di Diritto Processuale del Lavoro*, Pádua, 1936; RANELLETTI, *Le Guarentigie della Giustizia nella Pubblica Amministrazione*, Milão, 1937; DALLARI, *Il Sistema delle Prove nel Giudizio Amministrativo*, Turim, 1920; SANDULLI, *Il Procedimento Amministrativo*, Milão, 1942; RAGNISCO, *Il Ricorsi Amministrativo*, Roma, 1937; ALESSI, *La Responsabilità della Pubblica Amministrazione*, Milão, 1951; GUASP, *Derecho Procesal Civil*, Madri, 1962; GUAITA, *El Proceso Administrativo de Lesividad*, Barcelona, 1953; VILLAR Y ROMERO, *Derecho Procesal Administrativo*, Madri, 1944; GONZALEZ PEREZ, *Derecho Procesal Administrativo*, Madri, 1948; BIELSA, *El Acto Jurisdiccional en la Administración Pública*, Rosário, 1949; FÁBREGAS DEL PILAR, *Procedimiento en las Reclamaciones Económico-Administrativas*, Madri, 1943; ANDREOZZI, *La Materia Contencioso-Administrativa*, Tucumã, 1947; BONNARD, *Les Droits Publics Subjectifs des Administrés*, Paris, 1932; ARNANZ, *De la Competencia Administrativa*, Madri, 1967; LOPES CALERA, *La Estructura Lógico-Real de la Norma Jurídica*, Madri, 1969 e MICHELI, *L'Onere de la Prova*, Pádua, 1942, entre outros.

integrativa, soma de elementos comprobatórios, interdependência de atuação entre as partes, específica pluralidade no entendimento da teoria do processo.

No seu aspecto orgânico, o Direito Processual é administrativo, mas como disciplina jurídica nasceu e permanece autônomo, especialmente porque atinge de plano premissas que na substância expressam divisão de procedimentos para diferentes fins públicos.

10. *A REALIDADE NO DIREITO PROCESSUAL* — Não se pode deixar de aceitar como viva na sua existência uma *ordem jurídica processual*, resultante da realidade do Direito Processual e integrada na multiplicidade das múltiplas relações jurídicas, entre elas as relações do administrado com a Administração.

No seu amplo caráter de conhecimento dos fenômenos jurídicos, o Direito Processual, quaisquer que sejam as tendências de sistema ou método, abarca no seu conteúdo todo o *ordenamento jurídico*, no sentido de regular, materialmente, as operações conseqüentes da realidade no Direito.

Pertencem, portanto, ao âmbito do Direito Processual, *todos os tipos específicos de processo*, como também a matéria de prova ou de direito probatório que não é senão parte do Direito Processual, mesmo considerando a atividade administrativa como peculiar e concêntrica.

Evidentemente, prescindindo de outros pressupostos, caracterizando melhor a natureza do processo administrativo, GUASP, com aguda noção conceitual e doutrinária, explica que “se trata de un auténtico proceso perteneciente al mismo ‘Genus Comun’ que el civil, el penal e el del trabajo, diferenciándose de estos en el especial carater de las normas que sirven de fundamento a la pretensión y significándose, respecto a otros tipos de procesos administrativos, por su generalidad frente a la índole singular e especializada de los restantes”²⁰.

11. *OPOSIÇÃO E CONTROVÉRSIA* — Certo que não cabe no corpo deste trabalho estudar todas as manifestações

²⁰ LAUREANO LOPES RODÓ, *El Coadyuante en lo Contencioso-Administrativo*, “Prólogo” de Jaime Guasp, pág. 2.

em que a *pretensão* administrativa como *ação* aparece no contexto do Direito Administrativo, inclusive alguns típicos procedimentos que envolvem particularidades que se somam na elaboração de fórmulas ainda não depuradas pela ciência jurídica e processual²¹.

Resta, no entanto, reivindicar para maior garantia de justiça na Administração, não obstante a carência de fontes doutrinárias, aquilo que o Direito Administrativo resguarda em face da posição do administrado e do Estado, como seja o Direito Processual Administrativo²².

Não são poucas na sua variedade as pretensões administrativas que se completam pela exigência do procedimento administrativo, desde a inicial, instrução ou produção das provas que sejam essenciais.

Em vários pontos, não só doutrinariamente falando, o *processo administrativo* se identifica com o *processo civil*, de vez que a simples oposição já constitui um litígio que preocupa o Direito²³.

E desde que apareça a *oposição* que constitui o *litígio*, surgida a controvérsia sobre um direito subjetivo, ou sobre uma faculdade conferida ao sujeito por uma norma objetiva, há que haver o processo, tendo a *prova* como condição de garantia na defesa da pretensão.

12. *O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE* — Ao Estado interessa, no dizer de BARROS JÚNIOR, que o direito seja observado coativamente, “mas para fazê-lo observar é preciso declarar qual é ele, caso por caso, e este é o conteúdo próprio da jurisdição”²⁴.

Mesmo na opinião de ORLANDO, de que em alguns casos haja decisões administrativas que não importam em jurisdição, o problema da controvérsia sobre um direito subje-

²¹ Cf. FERNANDO GARRIDO FALLA, *Régimen de Impugnación de los Actos Administrativos*, Madri, 1956; LAUREANO LOPES RODÓ, ob. cit., Madri, 1943.

²² Cf. LAUREANO LOPES RODÓ, ob. cit., págs. 13/26.

²³ Cf. CHARLES DEBBASCH. “Comparasion des solutions en matière administrative et civile”, in *Procédure Administrative et Procédure Civile*, págs. 28 e segs.

²⁴ Cf. BARROS JÚNIOR, *Introdução ao Direito Administrativo*, pág. 43. Opinião fundada em V. E. ORLANDO, *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, vol. III, págs. 159 e segs.

tivo, dificilmente hoje na mecânica do Estado, prescinde das formas e solenidades processuais²⁵.

Generalizando, a garantia *da* ou *na* defesa, ampla como quer HELY LOPES MEIRELLES, deve-se entender a *vista* do processo, com a faculdade de resposta e da *produção de provas*, sem que se queira aplicar o princípio apenas às normas do direito disciplinar²⁶.

Estando o direito declarado, caso por caso na esfera da atividade administrativa, qualificada a função jurisdicional e as normas de procedimento, nas *garantias processuais* encontra o administrado, seja servidor ou particular, os elementos asseguradores da pretensão e da correspondente ação contra o Estado.

Não há como aplaudir a lição de CINO VITTA quando não aceita a existência de lacunas no ordenamento jurídico moderno, pois na ausência de preceitos ou normas expressas devem então ser considerados os preceitos ou as normas aplicáveis, inclusive aqueles ou aquelas referentes aos princípios gerais da legislação, sem com isso afigurar-se qualquer modificação na ordem jurídica estabelecida²⁷.

13. *FUNÇÃO CONCILIATÓRIA DO DIREITO* — Pelo processo se verifica *in casu* qual é o direito existente na relação submetida a exame pela controvérsia, tanto a pretensão que aguarda uma decisão seja apreciada pelos tribunais comuns ou por órgãos da Administração na esfera jurisdicional própria.

O contrário seria reconhecer contra fatos a impropriedade do processo administrativo, desconhecer o conflito de interesses, a possível violação de obrigação por parte do Estado, desindividualizar a pretensão com desobservância manifesta de direitos que o Estado tutela²⁸.

²⁵ V. E. ORLANDO, ob. cit., vol. III, págs. 159 e segs.

²⁶ HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, pág. 422.

²⁷ A posição de CINO VITTA afirma-se através de condições generalizantes que decorrem da necessidade de a lei disciplinar os casos emergentes, face aos princípios gerais da legislação ou do ordenamento jurídico. (cf. *Diritto Amministrativo*, vol. I, págs. 6/7).

²⁸ "Tem o processo administrativo a tarefa da legalidade dos atos administrativos. No fundo está o conflito de interesses, a controvérsia de duas partes, de um lado a Administração pública como órgão ativo do Estado, e de outro, o indivíduo" (BARROS JÚNIOR, ob. cit., pág. 48).

Irrelevante considerar, por força do equilíbrio que deve informar a ordem jurídica, até onde a noção de *interesse geral* possa prejudicar o *interesse particular*, não obstante a permanência de valores que diferentemente atuando tornem desigual a situação entre as partes.

Não aceitamos como válido, na comparação, que as regras habituais de Direito Civil comum, elaboradas para a solução de litígios opostos de interesses equivalentes, se tornem insuscetíveis de uma aplicação particular diante da superioridade do interesse geral.

Não se trata, como tenta explicar SANDEVOIR, de dar, a quem julga, elementos para realizar a necessária atenuação do direito privado em razão do interesse público, nem de elaborar regras novas que facilitem *l'exaltation de l'intérêt général*²⁹.

É preferível, sem dúvida, que as prerrogativas de que desfruta a Administração não se façam constantemente invocadas, sobrepondo-se a ordem pública à ordem privada, ou sem que se compreenda o Direito Administrativo na sua alta função jurídica e conciliatória que revela na sua essência.

14. *O PRIMADO DA LEI* — Basta dizer que, no domínio do Direito Comparado, o *abuso do direito* que tão próximo está do *desvio de poder*, desde quando exige um controle ou uma sanção, na teoria consubstancia uma figura jurídica afeiçoada aos princípios gerais do Direito Privado³⁰.

Não é senão o *princípio da legalidade* que traça fronteiras regulando as relações entre Administração e administrados, dando ao administrado garantias de uma ordem jurídica vigente e à Administração meios específicos de prover os serviços públicos.

Assim não fosse, jamais o *princípio da legalidade* seria uma verdade condicionando posições díspares, uma realidade afirmando condições acaso conflitantes, uma imposição configurando na ordem jurídica interesses opostos ou direitos em litígio.

²⁹ PIERRE SANDEVOIR, *Études sur le Recours de Pleine Jurisdiction*, págs. 304/5.

³⁰ Cf. LOUIS DUBOIS, *Le Théorie de l'Abus de Droit et la Jurisprudence Administrative*, pág. 13.

GARRIDO FALLA, doutrinariamente, adverte:

“a) el principio de legalidad postula la primacia de la ley, es decir, la sumisión total de la acción administrativa al BLOQUE DE LA LEGALIDAD;

“b) debe subrayarse que esta última expresión no incluye sólo las leyes formales emanadas del órgano legislativo, sino incluso aquellas disposiciones que dictadas por el propio Poder ejecutivo vinculan a la Administración en su actuación concreta, en virtud del principio de la jerarquía de las normas;

“c) el principio de la legalidad viene a convertirse así en le eje central de todo el régimen jurídico de la Administración pública, pues que es precisamente la hipótesis de su infracción la que justifica el conjunto de medios arbitrados por el Derecho para restablecer el orden violado;

“d) si la Administración no actuase nunca ilegalmente, el objeto de nuestro estudio se convertiría en completamente inútil”³¹.

Supõe, assim, o respeito ao princípio da legalidade, a existência de três regras, no entender de FALLA:

a) que a Administração há de ajustar sua atividade (tanto seus atos genéricos como suas decisões concretas) às leis formais ou atos com força de lei;

b) que as autoridades administrativas inferiores devem ajustar sua atividade (tanto decisões concretas como disposições genéricas) às normas ditadas pelas autoridades administrativas superiores;

c) que qualquer autoridade administrativa há de ajustar sua atividade concreta (decisões sobre determinados assuntos) às normas gerais ditadas por ela mesma, sem prejuízo da sua faculdade de derogá-las³².

15. *EXTERIORIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO* — Impossível conceituar a Administração como fenômeno fora da lei, ou do princípio da legalidade: na concretização da

³¹ GARRIDO FALLA, *Régimen de Impugnación de los Actos Administrativos*, pág. 3.

³² *Id.*, *ibid.*, pág. 4.

atividade administrativa ou da ação do Estado, ou no pleno exercício das atribuições funcionais, vai ela da prática dos atos puramente administrativos até o exercício de atos materiais que eclodem como fatos administrativos.

Exterioriza-se a Administração material, prática e objetivamente através de atos e fatos administrativos, “pelos quais se processa o funcionamento dos serviços públicos e se regulam as relações entre o Estado e os seus administrados”³³.

Buscando-se a proteção dos direitos subjetivos ou dos interesses legítimos contra a ação estatal, os meios jurídicos recursais são os mais apropriados a essa proteção, senão os únicos remédios capazes de contestação da atividade administrativa ilegal.

No Direito Administrativo, onde precisamente em alguns países falece a precisão processual, o conceito de recurso procura ditames que não se coadunam com o ordenamento jurídico, socorrendo-se todavia do Direito Processual para amparar as falhas do procedimento administrativo³⁴.

Não se pode dizer, por exemplo no Brasil, como diz ZANOBINI com o exemplo da Itália, que os recursos contra atos passíveis de impugnação constituam uma instância para que se obtenha a anulação, revogação ou reforma de um ato administrativo, de acordo com determinadas formas e dentro de prazos prescritos no Direito³⁵.

16. *AS FALHAS NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO* — Afigura-se-nos que as sempre denunciadas falhas do procedimento administrativo, no tocante sobretudo ao respeito que se deve ao princípio legal, resultam da inexistência de regras estáveis que amparem o administrado nas suas relações jurídicas com a Administração.

No entanto, apesar do adiantamento da doutrina italiana, estudando com exaustão o procedimento administrativo, SANDULLI ainda lamenta que um fenômeno de tal relevo não tenha provocado atenção maior, dada a importância de que se reveste no terreno do Direito Administrativo, como

³³ Cf. CAIO TÁCITO, *Desvio do Poder em Matéria Administrativa*, pág. 9.

³⁴ “El concepto de recursos ha sido elaborado previamente por el Derecho Procesal de donde lo toma prestado el Administrativo” (GARRIDO FALLA, ob. cit., pág. 287).

³⁵ ZANOBINI, *Corso di Diritto Amministrativo*, vol. II, pág. 42.

exigência técnica dos valores que atuam no contexto do complexo estatal³⁶.

Desnecessário perguntar o que pretende ou a que vem o Direito Processual administrativo, como inecessário investigar por que a doutrina com quase unanimidade reclama pela normatização do Direito Administrativo naquilo que possui de positivo na sua expressão jurídica. . .

17. *OS NOVOS CÓDIGOS* — Em compensação, afastadas as convicções radicais que se transformaram em preconceitos, a idéia geratriz do *direito-processo* continua em plena ascensão, impondo necessidade mais ampla de comunicação jurídica, procurando novos códigos no domínio da fragmentação freqüente, prometendo renovação na sistemática da processualística tradicional.

O caráter protéico da ciência processual é ressaltado ainda mais no nosso tempo pelo aparecimento de fatos que continuamente remoldam as *maneiras de ser*, revitalizando a representação jurídica de uma realidade social submetida a sucessivas revisões empíricas.

O que está acontecendo com o administrado na esfera jurisdicional administrativa, já aconteceu remotamente com o Direito Privado e em parte com o Direito Público, onde restrições se impunham à ação do particular, onde limites se marcavam entre *direitos* de maior ou menor representatividade, onde as desigualdades diferenciais faziam a unidade do poder estatal.

Não é fora de ocasião dizer que as normas de ordem jurídica sempre possuíram validade formal e material, consoante as implicações que possam atingir a natureza processual da controvérsia, de igual maneira ajustando-se nas peculiaridades essenciais ao processo administrativo.

18. *RACIONALIZAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO* — Mas, na verdade, o princípio aqui, enquanto normatizado ou racionalizado não estiver o processo administrativo, é o da incidência das normas civis no procedimento administrativo, sendo possível sem qualquer reserva

³⁶ ALDO M. SANDULLI, *Il Procedimento Amministrativo*, págs. 17 e segs.

limitativa no tocante à matéria de prova, salvo, está claro, as limitações que a própria lei preveja ou venha a estabelecer.

Problema mais sério, merecedor de maiores cuidados, é o de se poder delinear o alcance da regra civil no procedimento administrativo, em atendimento da pretensão e do interesse do administrado³⁷.

Realmente — reconhecem os civilistas —, não há barreiras definitivas entre o Direito Público e o Direito Privado: “Tão íntima é a conexão entre os interesses particulares que se torna difícil traçar uma linha divisória perfeita entre aqueles ramos da ciência jurídica”³⁸.

Quanto à pretensão administrativa e o exercício da ação, são como no processo civil duas idéias distintas: a pretensão pertence ao administrado e a ação ao regime jurídico que lhe é próprio.

19. VERIFICAÇÃO DOS MOTIVOS E CONTROVÉRSIA — Prevalecendo motivos de justa pretensão para se recorrer, cumpre, antes de mais nada, saber apenas qual a autoridade cuja jurisdição deva ser invocada, tornando-se para isso necessário o conhecimento das normas de organização administrativa.

Estabelecida a *competência*, pode ela ser considerada, também sob dois aspectos de natureza funcional, como *relativa* ou *absoluta*, tendo em consideração as atribuições conferidas na esfera jurisdicional administrativa que correspondam à organização política do Estado.

Não é sem razão justificante que TENTOLINI assumiu uma posição de tal modo singular relativamente à *prova adminis-*

³⁷ É de ver para compreensão de plano do problema: MARCELLO CAETANO, “Garantias jurisdicionais dos administrados no Direito Comparado de Portugal e do Brasil”, in *RDA*, nº 80/1; MANUEL RIBEIRO, “Invalidadez dos atos administrativos”, in *RDA*, nº 73/18; F. H. MENDES DE ALMEIDA, “Administração pública no Direito Privado”, in *RDA*, nº 67/388; LAFAYETTE PONDÉ, “Vontade privada na formação ou na eficácia do ato administrativo”, in *RDA*, nº 63/16; OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, “Evolução científica do Direito Administrativo”, in *RDA*, nº 83/1; RUY CIRNE LIMA, “O Código Civil e o Direito Administrativo”, in *RDA*, nº 62/1; SEABRA FAGUNDES, “Da contribuição do Código Civil para o Direito Administrativo”, in *RDA*, nº 78/1; THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, “Princípio da legacidade o desvio do poder”, in *RDA*, nº 85/1.

³⁸ Cf. GABRIEL JOSÉ RODRIGUES DE REZENDE FILHO, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, pág. 8.

trativa, posição que resguarda tanto a Administração como o administrado³⁹.

Não considera, o professor romano, a prova como um elemento isolado no processo administrativo, mas como um elemento capaz na tradição jurídica italiana de evitar erros de fato ou de violência, elemento compatível para a verificação dos motivos da controvérsia⁴⁰.

20. *A IMPUGNAÇÃO LEGITIMANDO A CONTESTAÇÃO* — Afaste-se ou anule-se a prova no processo, pouco importa a justa pretensão ou a competência que seja relativa ou absoluta, pois a jurisdição deixa de existir como soma de funções ou como instância onde o ato administrativo traduza o bom ou mau comportamento da Administração.

Analisado o ato administrativo, sem o esquecimento da sua natureza unilateral na maioria dos casos, apontado no seu fundamento como falso ou ilícito, tanto público no seu fim como privado no seu objeto, não revogado sofre o controle jurisdicional desde que impugnado.

Mas a impugnação, que legitima a contestação, não é uma atitude graciosa juridicamente autorizada, quando através do proceder eficaz probatório chama a Administração à responsabilidade⁴¹.

Tanto assim, que o *processo* no seu amplo sentido prático e científico, compreende na espécie administrativa toda a matéria atinente à organização administrativa, às provas e à competência absoluta ou *ratione materiae*, compondo regime jurídico dentro da ordem jurídica.

Não se pode nunca negar os devidos efeitos, o caráter instrumental das possíveis existentes normas processuais administrativas, que servem desde que inspiradas pelas normas genéricas processuais, para a efetivação do direito material, mesmo quando facultativas ou dispositivas.

³⁹ OTTORINO TENTOLINI, "Le singole prove nel giudizio amministrativo", in ob. cit., págs. 119 e segs.

⁴⁰ *Id.*, *ibid.*, págs. 143 e segs.

⁴¹ "La legitimación, en cambio, se refiere a la idoneidad específica de las partes, derivada de su relación con la situación jurídica en litigio..." (GARRIDO FALLA, ob. cit., pág. 16).

CAPÍTULO IV

A PROVA COMO ATO PROCESSUAL NA RELAÇÃO ADMINISTRATIVA

SUMÁRIO: 1. A motivação processual. 2. A prova como ato processual. 3. A doutrina comparada. 4. As garantias do administrado. 5. No processo disciplinar. 6. A defesa na acusação. 7. O despacho saneador administrativo. 8. O processo administrativo no Brasil. 9. A expressão “processo administrativo”. 10. O processo administrativo na prática brasileira. 11. A importância do processo administrativo. 12. O poder disciplinar. 13. A administração na relação processual. 14. Involução do pensamento jurídico. 15. As vias administrativas. 16. A prova na lição de BIELSA. 17. O regime probatório. 18. A proteção dos administrados. 19. Tutela jurídica comum. 20. A legalidade assegurada.

1. *A MOTIVAÇÃO PROCESSUAL* — Cientificamente, jamais será equívoco afirmar que harmonizam-se, no processo administrativo, os elementos de Direito Público e de Direito Privado, com a inevitável preponderância, porém, do caráter acentuadamente publicístico do procedimento, em razão dos atos que o motivam, ou da motivação processual.

Exata na prática a orientação doutrinária de JAIME GUASP, quando entre os ramos do Direito Processual não

exclui o Direito Processual administrativo, como resultado do ordenamento jurídico do processo administrativo na variedade com que se apresenta na ordem jurídica¹.

Relativamente às questões de competência, de passagem referidas no correr deste estudo, colocam-se, no processo administrativo, na mesma posição em que estão colocadas no processo civil, atendidas as condições de hierarquia e territorialidade.

Correspondem essas questões, naturalmente, aos órgãos jurisdicionais através dos diferentes graus estabelecidos no plano da organização administrativa, jamais podendo o inferior hierárquico discutir a competência do superior senão para aduzir razões e prová-las².

2. *A PROVA COMO ATO PROCESSUAL* — Dentro do conjunto de atos que integram o processo, particularmente também o processo administrativo como instituição processual que deve ser, considerando-se o processo na sua unidade substancial, a *prova* caracteriza-se sobretudo como um *ato processual*.

Compreenda-se, assim, o ato processual da prova, não só pela sua importância no sentido do convencimento, mas como possível de modificar na essência o conteúdo e os efeitos de um ato administrativo, capaz de produzir lesões inevitáveis de direitos na ordem jurídica.

A função processual da prova ou do procedimento — ato probatório, da prova no seu conceito de verdade ou como regra na ação administrativa, torna ativa uma situação jurídica passiva, permitindo ao administrado assumir, como parte, posição de influência decisória.

3. *A DOCTRINA COMPARADA* — Não é de hoje que o requisito da prova administrativa como ato processual administrativo reclama participação permitida no processo administrativo, de vez que a doutrina comparada é unânime

¹ JAIME GUASP, *Derecho Procesal*, pág. 42.

² *Id.*, *ibid.*, pág. 144.

quanto à importância do *procedimento administrativo* em favor ou contra o Estado³.

No momento petitorio, em que a pretensão se transmuta em ação, o administrado como igualmente o particular, se opõem sob a proteção da ordem jurídica e das leis vigentes: tratando-se de manifestação da vontade, a ordenação jurídica processual pode exigir que o ato se formalize qualificado pelos requisitos indispensáveis a uma *condictio juris*.

O problema fundamental, no tocante à sucessividade dos atos processuais, uma vez analisados os requisitos essenciais, reside em saber dos efeitos que cada ato produz, efeitos que se entendem por conseqüências probantes com repercussão imediata na unidade do processo, não prescindindo nunca cada ato de peculiar eficácia jurídica.

4. *AS GARANTIAS DO ADMINISTRADO* — Na estrutura e composição do procedimento administrativo ou civil, considerando a pluralidade dos atos processuais que se efetivam entre a pretensão e a decisão, a *figura da prova* aparece coordenada com o fim pretendido, distinta dos demais atos de formulação processual, instrumentalmente afeita à existência do processo e à natureza da demanda.

³ Cf.: GASCÓN Y MARIN, *Las Garantías Jurídicas del Ciudadano y la Evolución del Recurso Contencioso Administrativo*, Madri, 1917; PI Y SUNER, *Procedimientos Administrativos*, Barcelona, 1930; MARTIN RETORTILLO, *Notas sobre el Procedimiento Contencioso Administrativo*, Huesca, 1933; P. BODDA, *La Nozione di Causa Giuridica della Manifestazione di Volontà nel Diritto Amministrativo*, Turim, 1933; CARLOS MORET, *Control Jurisdiccional de los Actos Administrativos*, Buenos Aires, 1934; ROGER BONNARD, *Contrôle Jurisdictionnel de l'Administration*, Paris, 1934; GEREMIA BROCCOLLI, *La Codificazione del Diritto Amministrativo*, Nápoles, 1936; A. CORRADO PUCHETTI, *Il Ricorso Amministrativo*, Pádua, 1938; FELIX SARRIA, *Teoría del Recurso Contencioso Administrativo*, Córdoba, 1940; J. CHATELAIN, *Contribution a l'Étude de la Notion d'Abus des Droits dans le Contetieux Administratif*, Paris, 1945; CARMONA ROMAY, *Derecho Procesal Administrativo*, Havana, 1946; ENRIQUE SAYAGUES LASO, *El Tribunal de lo Contencioso Administrativo*, Montevideú, 1952; JORGE TRISTAN BOSCH, *El Procedimiento Administrativo en los Estados Unidos de América*, Montevideú, 1953; RENATO ALESSI, *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, Milão, 1953; RUY CIRNE LIMA, *O Código Civil e o Direito Administrativo*, Porto Alegre, 1960; PIETRO VIRGA, *Il Procedimento Amministrativo*, Palermo, 1964; RAFAEL A. ARNANZ, *De la Competencia Administrativa*, Madri, 1967; JESUS GONZALEZ PEREZ, *Los Recursos Administrativos*, Madri, 1969; JACQUES PUISOYE, *Le Contetieux Administratif*, Paris, 1969; SIMONE GRUFELD, *Organization Administrative*, Paris, 1969; BRISEÑO SIERRA, *Proceso Administrativo en Iberoamerica*, México, 1968.

No processo administrativo, procurando afastar-se da problemática na prática dos meios probantes, os elementos menos rígidos e mais flexíveis, como, por exemplo, a *justificação* tal como se apresenta no Direito Positivo, assim mesmo a admissão específica da prova constitui manifestação de importância como freio legal à ação discricionária do Estado.

Por enquanto, ainda não existem, por assim dizer, na composição do processo administrativo, regras normativas limitativas das formalidades inúteis, o procedimento não é simples e as formas não são as mais adequadas, tornando os critérios indeterminativos e antitécnicos, especialmente no tocante às garantias do administrado.

Nem sempre ainda, pelo processo administrativo, se assegura o cumprimento de uma obrigação: no entanto, é preocupação do Direito cercar dos maiores cuidados o processo, evitando o quanto possível a imprecisão, a demora e o dolo processual, o abuso de direitos e o cerceamento dos meios de defesa, sempre que haja desigualdade entre as partes, possibilitando a transformação subjetiva da lide.

5. NO PROCESSO DISCIPLINAR — Mesmo no processo disciplinar há que se permitir a garantia da prova: seja o processo disciplinar comum ou especial, sempre que a lei não determine um processo específico, há que adotar-se as regras pertinentes ao processo comum.

E, no processo comum, não se despreza nunca o elemento probante. Na sua expressão mais simples, todavia, o processo disciplinar não foge às regras elementares do processo comum. À instrução, à defesa e à decisão muito interessa a matéria de prova.

Não se entende a defesa sem a possibilidade da prova. No entanto, pelo menos aqui no Brasil, a doutrina ainda não se harmonizou, procurando assimilar a técnica de outros procedimentos, ou facultando ao interessado provar o argüido na fase da instrução.

Silenciaram os que entre nós trataram do processo disciplinar no tocante à prova, limitando-se, porém, a aceitar a junção de documentos, inquirição de testemunhas e realização de diligências, como se isso bastasse ao esclareci-

mento do fato ou para atender na amplitude as razões do contraditório⁴.

Está claro que, por princípio, o juízo administrativo é quase sempre informado por critérios que acautelam a conveniência da Administração, mas tal fato não violenta a norma geral processual e nem limita a defesa ao discricionarismo do Estado⁵.

O direito disciplinar, *jurisdicionalizado* como quer MARCELLO CAETANO, não se restringe à lei e às sanções correspondentes, ou à prática de uma infração originando o processo, pois exige que o processo se instaure e siga com todas as garantias de prova⁶.

6. *A DEFESA NA ACUSAÇÃO* — Não obstante não falando em prova, no entender de CAETANO, de qualquer modo, quando na acusação se qualifiquem os fatos articulados, essa qualificação tem de ser considerada provisória e suscetível de ser modificada⁷.

No Direito português, portanto, admite-se, na instrução contraditória, a prova documental e testemunhal. Visam as provas permitidas ao efeito de a acusação se qualificar através dos fatos. Sobre elas versará a discussão processual servindo de base à decisão final.

O art. 8º da Constituição Política de Portugal inclui, entre os direitos, liberdades e garantias individuais dos cidadãos portugueses, “haver instrução contraditória, dando-se aos argüidos, antes e depois da formação da culpa, as necessárias garantias de defesa”.

Embora o contexto mostre, no dizer de CAETANO, que o legislador constituinte tinha em mente o processo penal, “a lei não restringe a esse processo a garantia dada e refere-se a argüidos em geral”, pois o preceito constitucional é

⁴ Cf.: THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, *Direito e Processo Disciplinar*, Rio de Janeiro, 1966; CAIO TÁCITO, “Poder disciplinar e defesa”, in *RDA*, nº 37/345; CARLOS S. DE BARROS JÚNIOR, *Do Poder Disciplinar na Administração Pública*, São Paulo, 1969.

⁵ “Não se esqueceu, ademais, que, segundo o ensinamento da doutrina, o exercício do poder disciplinar é, em parte, discricionário, e que também exige, como formalidade essencial, observância da plenitude da defesa” (BARROS JÚNIOR, *ob. cit.*, pág. 198).

⁶ MARCELLO CAETANO, *Do Poder Disciplinar no Direito Administrativo Português*, pág. 163.

⁷ MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, vol. II, pág. 780.

válido no processo administrativo, em geral, e no disciplinar, em especial⁸.

Dois pontos são importantes para o professor de Lisboa:

a) as garantias de defesa devem consistir na certeza da acusação, no exame do processo e na liberdade da impugnação;

b) liberdade não haveria e ficaria incompleta caso não seja facultado ao argüído, com a discussão da prova reunida, fazer ele próprio a prova do que sustenta⁹.

Pondera muito bem CAETANO: “A instrução do processo administrativo faz-se sobretudo mediante prova documental: em alguns casos admitem-se inquéritos, a audiência de testemunhas, os exames, as vistorias e as avaliações”¹⁰.

7. O DESPACHO SANEADOR ADMINISTRATIVO
— Com o seu Código Administrativo de prática já histórica, Portugal oferece uma legislação processual digna dos maiores elogios naquilo que aperfeiçoou o processo administrativo, aurindo-se nos princípios clássicos da teoria geral do processo.

Embora o legislador — diz CAETANO — tenha tido a preocupação de abreviar e simplificar os trâmites, no propósito de proporcionar rápida solução aos recursos, é manifesto que o modelo do processo foi procurado no Código de Processo Civil que, aliás, constitui lei subsidiária¹¹.

As partes, Administração e administrados, agem em igualdade de condições. As garantias dos administrados harmonizam-se com a legalidade administrativa. Daí a importância, após a contestação, do *despacho saneador* no processo administrativo de recurso.

Tanto assim, que o despacho saneador nos recursos administrativos, pelo Código Administrativo português, pode conter:

- a) a apreciação da legitimidade das partes;
- b) a resolução das questões prévias ou prejudiciais;

⁸ *Id.*, *ibid.*, pág. 784.

⁹ *Id.*, *ibid.*

¹⁰ *Id.*, *ibid.*, vol. I, pág. 1.202.

¹¹ *Id.*, *ibid.*, vol. II, págs. 1.261/2.

c) a especificação dos fatos considerados confessados, admitidos por acordo das partes ou provados por documentos; e

d) ordem para que as partes apresentem o rol das testemunhas ou requeiram a produção de prova¹².

Não se apercebe nada que seja de prática jurídica inovadora. O que se objetiva, com expressão no regime jurídico, é a eficácia de determinadas normas constitucionais generalizantes. Com base nelas, o Poder Público limita situações subjetivas. Interfere, sendo preciso, na autonomia de sujeitos privados, especialmente em relação ao direito que lhe é peculiar em face do serviço público.

8. *O PROCESSO ADMINISTRATIVO NO BRASIL* — Procure-se, por curiosidade, consultar um autor como BRISEÑO SIERRA, para concluir-se que no Brasil não há processo administrativo, nem órgãos próprios para a apreciação de causas administrativas, senão alguns conselhos subordinados a organismos superiores, onde os recursos assentam em decisões irrevogáveis, ficando o debate no campo discricionário do controle administrativo¹³.

Os estudos que se publicaram, entre eles o de cunho comparado e histórico de JOSÉ CRETILLA JÚNIOR, notável contudo pelos amplos subsídios doutrinários, mostram que nenhum dos autores brasileiros procurou situar o problema nas suas bases práticas, ou tendo em conta o regime organizacional político ou os atos que necessariamente se vinculam na relação administrativa¹⁴.

Academicamente, não obstante com seriedade, o assunto tem sido tratado por vários administrativistas, cuja valiosa contribuição não escapa do campo da doutrina e do Direito Comparado, onde as magníficas pesquisas bibliográficas servem apenas para ilustrar e dar certo sentido à problemática, sem apontar contudo as soluções de ordem jurídica que

¹² *Id.*, *ibid.*, vol. II, pág. 1.265.

¹³ BRISEÑO SIERRA, *El Proceso Administrativo en Iberoamerica*, págs. 272/3.

¹⁴ JOSÉ CRETILLA JÚNIOR, *Proceso Administrativo* (Tratado), Rio de Janeiro, 1969, vol. VI.

se esperam ou de sistema ante os conflitos administrativos que são freqüentes¹⁵.

9. *A EXPRESSÃO "PROCESSO ADMINISTRATIVO"* — Quanto à expressão *processo administrativo*, está no Brasil desvirtuada tanto de senso jurídico como científico, sem qualquer conteúdo de técnica no procedimento jurídico, agravando-se em acepções as mais variadas para cada posição específica, ou objetivando apenas a concretização assistemática de atos diferentes através de numerosas funções jurisdicionais.

No entanto, apesar da dificuldade conceitual, há uma tendência ainda imprecisa para a consolidação de certos princípios que atinjam o mesmo fato, juntando normas que na hierarquia sejam harmônicas, ou regras características típicas que se distingam na espécie, entrando a Administração como responsável também com respeito à aplicabilidade da lei e na solução dos litígios que interessam aos administrados.

Razão possui, sem dúvida, CRETELLA JÚNIOR, quando da análise conscienciosa do problema fala em *diferentes processos administrativos*, numa tentativa impossível na ordem atual de formular um conceito exato que, sem violentar a essência do instituto, permita à primeira vista surpreender as linhas mestras de tão complexa arquitetura¹⁶.

Não se coloca a questão, porém, pela sua dificuldade conceitual, mas pela temática geral que envolve o processo administrativo tal como se apresenta nos seus lineamentos como sistema, ordem, ordenamento, hierarquia de normas, escalonamento de regras, estabelecimento de princípios comuns e consolidação de preceitos realmente normativos¹⁷.

¹⁵ Cf.: OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, *Princípios de Direito Administrativo* (Introdução), Rio de Janeiro, 1969, vol. I; ALBERTO DA CRUZ BONFILM, *O Processo Administrativo*, Rio de Janeiro, 1956; CARLOS S. DE BARROS JÚNIOR, *Compêndio de Direito Administrativo*, São Paulo, 1969; MÁRIO MASAGÃO, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, 1960; FERNANDO H. MENDES DE ALMEIDA, *Noções de Direito Administrativo*, São Paulo, 1956; ONOFRE MENDES JUNIOR, *Direito Administrativo*, Belo Horizonte, 1961.

¹⁶ JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *ob. cit.*, pág. 53.

¹⁷ Cf.: JESUS GONZALEZ PEREZ, *Derecho Procesal Administrativo*, Madri, 1955; JOSÉ MARIA VILLAR Y ROMERO, *Derecho Procesal Administrativo*, Madri, 1948; CARMONA ROMAY, *Derecho Procesal Administrativo*, Havana, 1946.

Permanecem no Brasil tipos de procedimento os mais variados e distintos, caracterizando antinomias fundamentais que não correspondem ao Direito judiciário e nem se aproximam quanto aos fins do Direito Processual administrativo, antinomias que não fazem sistema jurídico pelos métodos diferenciados ou pelas normas conflitantes.

10. *O PROCESSO ADMINISTRATIVO NA PRÁTICA BRASILEIRA* — Pelo menos na prática brasileira, as mesmas fontes que informam o processo civil, não informam o processo administrativo como deviam, sendo inidôneas no sentido puramente caracterizador de um Direito Processual administrativo, como ramo possivelmente autônomo da ciência jurídica, de vez que fundadas numa origem falsa como os regulamentos, as ordens, as instruções, as circulares e as portarias, onde pressupostos não existem que possam atestar a existência de normas de conteúdo e para o efeito de processo.

Não são as críticas que muitas vezes constroem, mas são todavia as críticas que na constância esclarecem: a importância, a expressão, a autonomia, as partes, a relação jurídica, a natureza, o objeto, o critério classificador, a relevância do instituto, o valor da metodologia técnica, absolutamente não se constituem em elementos determinantes ou afirmativos da existência de *processo administrativo* no Brasil.

Lembra THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, que a “conceituação do processo administrativo, no regime vigente, em que se exclui o contencioso administrativo, não pode ter um sentido único, porquanto as normas formais a que devem atender as relações entre os particulares e a Administração ou entre os funcionários e a Administração não obedecem a disposições uniformes, mas se acham consagradas ou nas praxes administrativas ou em normas legais esparsas”¹⁸.

Nada mais exato: e isto porque não é o interesse público, ou o interesse social ou jurídico, que domina aqui o processo administrativo, onde as normas existentes circunscrevem-se a casos de conflitos isolados, em favor da Administração e

¹⁸ THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, *Tratado*, vol. IV, pág. 536.

contra o administrado, através de uma série de atos e operações que procuram excepcionalizar a posição e a atividade do Estado.

11. *A IMPORTÂNCIA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO* — Fora da esfera judiciária a nada está subordinado o Estado para o esclarecimento da verdade na controvérsia, pelo motivo bastante simples de que o processo em acepção especial não faz Direito Processual, nem conjunto de normas a que se deva submeter a Administração para o exame dos seus atos quando atacados ou contestados.

Por onde se aceitar que o vocábulo *processo*, no âmbito do Direito Administrativo, pelo menos no concerto brasileiro, ao contrário do que afirma CRETELLA JÚNIOR, numa crítica sutil por todos os títulos notável, não é de natureza analógica tão-somente porque apresenta vários sentidos, mas para nós radicalmente dissociados¹⁹.

Estamos, no tocante à sistemática do processo administrativo, instrução, prova, alçada ou coisa julgada, guardadas as proporções do tempo histórico, mais atrasados hoje do que em 1874, quando REGO BARROS lançou seus apontamentos sobre o contencioso administrativo, preocupando-se já na época com as indispensáveis disposições reguladoras e recursais²⁰.

A importância do *processo administrativo* não pode continuar apenas acadêmica e doutrinária, sem que se lhe dê uma estrutura correspondente à do *processo jurídico* que se desenvolve no interesse da Administração e para a proteção dos administrados, recebendo fluxos da teoria processual e das práticas normativas processuais seculares na aplicação do que é direito.

12. *O PODER DISCIPLINAR* — Não basta dizer, por demasiado simplista, que o processo administrativo seja uma sucessão de atos a apurar, a apreciar e a julgar as faltas funcionais graves, ou seja, a investigação das normas e dos

¹⁹ JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, ob. cit., pág. 61.

²⁰ HENRIQUE REGO BARROS, *Apontamentos sobre o Contencioso Administrativo*, Rio de Janeiro, 1874.

princípios que devem ser observados e cumpridos para a justa aplicação de penas disciplinares²¹.

Está evidente que o *poder disciplinar* possui regras específicas dentro de certas exigências indispensáveis, mas não é propriamente ele que faz o processo administrativo na sua amplitude conceitual e científica, na sua plenitude programática e de técnica jurídica, na sua extensão jurídica assentada no Direito Positivo de cada país.

Compreende-se que possa o poder disciplinar organizar através de limitados princípios normativos determinantes de certos fatos na esfera administrativa, favorecendo a ordem e o equilíbrio nas relações administrativas internas, objetivando a eficácia da norma jurídica no trato de problemas de caráter punitivo no sentido particular e genérico.

Não basta que se inclua o poder disciplinar entre os poderes de supremacia especial, como poder existente e permanente de polícia administrativa, em síntese como poder punitivo penal, operando em círculos restritos de procedimento administrativo, para se dizer que o *processo administrativo* está limitado a regras de total discricionariedade.

É de aceitar o poder disciplinar na Administração como atributo da competência de superiores hierárquicos entre aquelas faculdades cujo exercício constitui, na especificidade, categoria dentro do processo administrativo, categoria justificada pelo fundamento da sua própria natureza jurídica, natureza que é processual, não obstante a tônica da unilateralidade²².

13. A ADMINISTRAÇÃO NA RELAÇÃO PROCESSUAL — Numa visão doutrinária equívoca e falha, a doutrina brasileira, quando fala de *processo administrativo*, confunde inevitavelmente documentos que se ordenam, peças que se juntam, atos que se sucedem, conjunto de práticas internas, manifestações funcionais esporádicas, sem qualquer sentido global de Direito Processual administrativo.

²¹ Cf. ALBERTO BONFIM, *O Processo Administrativo*, pág. 19; ASSIS RIBEIRO, *Do Processo Administrativo e sua Revisão*, pág. 11.

²² Cf. MARCELLO CAETANO, *Do Poder Disciplinar*. . . cit., Coimbra, 1932; CARLOS S. DE BARROS JÚNIOR, *Do Poder Disciplinar na Administração Pública*, São Paulo, 1969.

Convém de passagem salientar que, no processo jurídico administrativo, a Administração comparece não como poder que corresponde ao Estado, mas como gestora de interesses públicos, responsável pelos seus atos regularmente ou não editados, participante da relação como parte sem impor medidas e nem tolher a vontade do administrado²³.

A *contraposição* também integra o Direito Processual administrativo como quase igual acontece no Direito Processual civil, não havendo motivo para VILLAR Y ROMERO, com tanta desnecessária sutileza, pretender, sobretudo sem motivo causal, fora da realidade do fato processual, que no processo administrativo assim seja mesmo em face da contestação do ato administrativo²⁴.

É essa *contraposição* que precisa ser protegida e não o é na praxe costumeira, desde a reclamação até o recurso hierárquico: as *partes* em ação contra a Administração são *contrapostas*, assumem posições validamente antagônicas, figuram na relação processual dando expressão ao litígio, fornecendo elementos para a caracterização da controvérsia.

14. *INVOLUÇÃO DO PENSAMENTO JURÍDICO* — Depois da República, em 1889, o processo administrativo no Brasil ficou sem história: no regime da Constituição de 1824, administrar não era só fazer executar as leis e os decretos, “mas também resolver as dificuldades da execução” e julgar as reclamações que a execução provocara, porque “o poder de administrar, considerado no sentido mais lato, importa, logicamente, o poder de julgar administrativa-mente, isto é, a jurisdição ou a justiça administrativa”²⁵.

A magnífica lição de PEREIRA DO REGO perdeu-se no tempo, desmerecendo-se depois o processo e a instrução processual, inclusive o respeito pelo complexo daquelas formalidades essenciais que, reunindo todos os esclarecimentos e *provas* necessárias para o *descobrimento da verdade* se tornam imprescindíveis a qualquer sistema jurídico consolidado²⁶.

²³ Cf. JOSÉ CRETILLA JÚNIOR, ob. cit., vol. IV, págs. 63/4.

²⁴ VILLAR Y ROMERO, *Derecho Procesal Administrativo*, pág. 55.

²⁵ Cf. VICENTE PEREIRA DO REGO, ob. cit., pág. 158.

²⁶ VISCONDE DE URUGUAI, ob. cit., págs. 112/4.

Esqueceu-se, injustificadamente, já passada a fase da organização republicana, que “qualquer julgamento administrativo deve ser precedido de processo, ainda que sumário ou sumaríssimo, com formas regulares e designação de instâncias e alçadas”²⁷.

De lá para cá, salvo algumas exceções peculiaríssimas quanto ao ordenamento de atos, desfundamentou-se o instituto com o desfazimento das anteriores conquistas, tornando-se impossível um critério classificador racional, pois os diferentes tipos de procedimento não condizem com a relevância do direito controverso, nem com a evolução inovadora que o Direito Administrativo sofreu nos últimos 100 anos.

15. *AS VIAS ADMINISTRATIVAS* — Falar em inquéritos, papéis que tramitam pelos órgãos públicos, sindicâncias, direito disciplinar, prescrição administrativa ou coisa julgada, sentença administrativa ou regime estatutário, em recurso ou revisão na esfera da Administração, em vias administrativas ou apelo ao Judiciário, em definição de recurso ou classificação deles, será o mesmo que reconhecer que só a norma estatutária faz processo administrativo.

Por outro lado, nada tão impreciso, tão falho de substância, como o recurso administrativo na sistemática brasileira, alimentado pelo pensamento da doutrina estrangeira, mas dentro em pressupostos de um anárquico ordenamento, ordenamento indefinido, como também incapaz de abranger, na área jurisdicional administrativa, as questões de competência e de legalidade formal.

Para tudo é preciso a vigência de normas administrativas exatas que no Brasil inexitem quanto às categorias recursais, em se tratando de recurso hierárquico como de reconsideração, disciplinar ou *ex officio*, deixando-se abandonada, assim, ampla matéria relacionada com os direitos subjetivos alcançados pelo ato recorrido, cuja correção se torna absolutamente impossível pela inadequação dos meios jurídicos.

²⁷ Cf. ALCIDES CRUZ, ob. cit., pág. 261.

16. *A PROVA NA LIÇÃO DE BIELSA* — Esclarecedora, no mérito, a posição assumida por RAFAEL BIELSA, assim transmitida:

“1) Fundándose el recurso jerárquico en un régimen de contralor superior sobre los actos administrativos del inferior, se supone que al promover ese recurso contra una decisión, esta se ha dictado en virtud de una prueba, como en las instancias judiciales;

“2) En el procedimiento jerárquico puede impugnarse esa decisión sea por falsidad o inexistencia de los hechos o actos, sea por violación, error o ignorancia del derecho aplicable.

“3) La prueba, pues, es esencial en el recurso, pero ella está sujeta a las reglas siguientes:

“a) puede ser decretada de oficio;

“b) puede no ser admitida si se la considera improcedente o inoficiosa, por ser extraña a la cuestión, o por haberse ya producido;

“c) la documental propuesta debe ser, en principio, admitida;

“d) la testimonial o pericial debe ser determinada por la autoridad superior en punto a su oportunidad y extensión”²⁸.

A prova, em qualquer tempo processual, deve harmonizar-se com o interesse da Administração, pois com a decisão de um recurso administrativo o que se procura é evitar um recurso contencioso ou judicial que será, então, de plano contra a Administração.

17. *O REGIME PROBATÓRIO* — Perante a Administração, no processo administrativo ou no juízo civil, está certo que a prova não possui a mesma índole: no juízo civil, a passividade de quem julga é a norma em toda a fase probante, ao passo que na jurisdição administrativa, o regime probatório deve surgir da iniciativa ou da atividade das partes.

²⁸ RAFAEL BIELSA, *El Recurso Jerárquico*, págs. 87/8.

No processo administrativo, porém, ainda que não esteja consolidado por força de princípios ou de normas num *sistema*, as fases devem ser as mesmas do processo comum:

- a) a de instrução;
- b) a de defesa;
- c) a de decisão.

Nas duas primeiras fases impossível não compreender-se a importância da prova. Já na instrução, face o litígio aberto, reúnem-se os elementos possíveis de prova. Na fase da defesa, facultado o exame do processo, da junção de documentos, segue-se a defesa escrita.

Finalizando-se o processo no período decisório, não há como negar o relevo da prova apresentada para a determinação do convencimento jurídico em razão do ato e do fato. Desde que, nem os meios sumários dispensam a defesa, ainda aqui a prova é indispensável.

Bem comparado, e considerando a plena capacidade intervencionista do Estado moderno, é de pressupor-se que o processo administrativo está a exigir lei especial, lei que lhe fixe as normas com maior precisão e clareza, no interesse da Administração e para garantia dos administrados.

18. *A PROTEÇÃO DOS ADMINISTRADOS* — Não só pelo *recurso administrativo* se protegem os administrados e as pessoas jurídicas em suas relações com a Administração, ou o Estado. Não basta, aos particulares, que a solução dos litígios seja puramente administrativa ou governamental. A desproteção torna-se flagrante inexistindo normas que garantam a prova e a defesa.

Claro está que o recurso administrativo, qualquer que seja, reveste-se de alta importância prática. Outro caminho não existe frente ao administrado para impugnar ou contestar um ato administrativo apontado como lesivo. Outro meio não há para a anulação ou a modificação de uma decisão que se pretenda atacar.

No entanto, onde não se consolidou a prática do procedimento administrativo através de processo regular, falece a proteção jurídica dos administrados. Tão-somente pelo *processo regular* será possível distinguir discricionarismo de

arbitrariedade, no tocante à necessidade de vigilância administrativa.

Essa confusão entre discricionarismo e arbitrariedade resulta de um ordenamento jurídico que não estabelece quando a Administração deve limitar-se, como deva exercitar-se ou em que sentido se deva exercitar. Para sempre assim continuará a eterna luta entre a Administração na sua eficácia e os administrados na defesa da sua segurança.

Ademais, sabemos que o discricionarismo assenta-se em conceitos jurídicos indeterminados. É corrente a Administração exercitar poder com uma finalidade não adequada ao ordenamento jurídico, ou predeterminada, levando os administrados à insegurança e à desproteção por falta de normas ordenadas que possibilitem a *prova* na contestação.

19. *TUTELA JURÍDICA COMUM* — Em regra, quando o processo administrativo é operado *ex officio*, maiores são os riscos para os administrados, desde que não existam princípios reguladores normativos para a instrução, a defesa, a prova e a decisão.

Mesmo em conceito estrito, processo administrativo deve exprimir uma soma de atos que se executem através de uma ordem preestabelecida, para que bem se possa investigar e solucionar a pretensão que ataca um ato administrativo, de vez que a tutela jurídica é comum às partes conflitantes nos litígios com a Administração.

A prova, pois, perante a Administração, ou no processo administrativo ordenado, consiste na demonstração da veracidade daquilo que se alega como fundamento da pretensão que se defende ou do direito que se contesta, em razão de um ato ou fato capaz de ferir situações jurídicas consagradas, ou relacionais.

Quanto à *prova administrativa*, no processo administrativo ordenado e regular, será sempre aquela prova permitida e produzida pelos meios indicados em lei ou não vedados em lei, e aplicados em cada caso conforme os pressupostos do ato ou do fato administrativo.

20. *A LEGALIDADE ASSEGURADA* — Indubitável que permanece uma forte razão psicológica e política em favor da *prova* no processo administrativo, pois a fixação

igual das partes não corresponde às mesmas condições específicas do processo civil, considerando-se que a atividade administrativa ou do Estado não se iguala à atividade do indivíduo ou da pessoa jurídica quando caracterizantes da figura do administrado.

O Estado moderno, não há como duvidar, é por excelência jurídico: o que dá fisionomia respeitável ao regime administrativo não é tão-somente o princípio da legalidade, mas a imposição de meios eficazes que ofereçam aos administrados a garantia de que a legalidade será assegurada, ou de amplos meios que permitam a restauração da legalidade quando violada pela Administração.

A legalidade, sem dúvida, constitui o próprio ordenamento jurídico. Tendo em vista sujeitos, no caso pessoas jurídicas ou não, a legalidade administrativa afirma situações jurídicas administrativas. Situações que são de poder, de direito e de dever.

Importa, e muito, para a ordem jurídica, o pleno cumprimento da lei; mesmo para o interesse simples na hierarquia do Direito Subjetivo, para a necessária harmonia entre as conveniências particulares e públicas. Debilitar a ação processual administrativa não é dar ao administrado a proteção constitucional.

Admita-se, desde já, que a ação é o direito de defesa, aquele *direito natural*, anunciado na Encíclica *Pacem in Terris*, de João XXIII, exercitado livremente onde haja função jurisdicional, não se confundindo nunca a ação administrativa com a atividade de controle do Poder Público ou político, ou com o poder de polícia característico de relações impositivas aceitas além da ordem positiva.

CAPÍTULO V

A PROVA E O DIREITO NA ORDEM ADMINISTRATIVA

SUMÁRIO: 1. Determinação do fenômeno processual. 2. Tipicidade elementar. 3. A figura do administrado. 4. O fato processual. 5. O Direito na ordem administrativa. 6. O Direito jurídico. 7. A prova instrumental. 8. A prova pericial. 9. A prova testemunhal. 10. Administração e Estado de Direito. 11. Insuficiência da garantia política. 12. URUGUAI antes de BIELSA. 13. Responsabilidade do Estado. 14. Jurisdição competente. 15. As estratégias administrativas. 16. Direito, interesse, ato. 17. Definição pelas normas. 18. O problema administrativo. 19. Vontade da Administração. 20. O Estado de Direito.

1. *DETERMINAÇÃO DO FENÔMENO PROCESSUAL* — É preciso, sem dúvida, em razão de atos e fatos jurídicos, levar a sério o *processo administrativo*. A simples expressão *procedimento* deixou de ter conteúdo autônomo e já foi mesmo considerada por BIELSA, nos limites em que ela possa ser entendida, mas sem prejuízo para a determinação positiva do fenômeno processual administrativo¹.

Em virtude de definição própria, específica, geral ou particular, como claramente adverte GUAITA, o processo admi-

¹ Cf. BIELSA, *Relaciones del Código Civil con el Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1928; *Sobre lo Contencioso Administrativo*, Santa Fé, 1964.

nistrativo não deixa de ser uma categoria especial do *gênero processo*, perfeitamente válida diante da especialidade, na sua essência jurídica perfeitamente idêntica às demais espécies processuais já consagradas².

Na realidade, como pondera CRETELLA JÚNIOR, o *processo* é objeto de um setor especializado da ciência jurídica³.

Adiantando-se: não obstante a sua configuração peculiar, no Direito Administrativo, aparece o *processo* com a mesma frequência que nos demais ramos do Direito Positivo, não se conflitando com o *instituto* básico na sua conceituação.

2. *TIPICIDADE ELEMENTAR* — Não importa que as regras características do processo administrativo não houvessem encontrado denominador comum na legislação dos diversos países. O que vale, por definição, no processo administrativo, está na sua tipicidade elementar. Distinguindo-se, portanto, do processo penal, como o penal se distingue do processo civil.

São distinções normais que atendem ao Direito Processual. Que não contrastam com o *modo de ser* material do Direito. Que se integram através de operações necessárias, harmônicas para a ciência jurídica e processual. Não existem dimensões maiores do que aquelas reveladas pela atividade administrativa ou pela atuação da Administração.

Consubstancia-se, assim, indubitavelmente, a importância que a *prova* adquire na prática processual administrativa. Importância que está na realidade do processo. Numa realidade que envolve *partes* que são legítimas e possuem legítimo interesse no feito processual. Partes às quais não dizem respeito as posições doutrinárias abstratas.

3. *A FIGURA DO ADMINISTRADO* — Não de agora, mas há muito tempo já, e muitos anos se passaram, que SPIEGEL afastou as controvérsias irrelevantes, oferecendo subsídios reais, fundado na opinião de TEZNER, em trabalho que foi publicado por volta de 1896⁴.

² AURELIO GUAITA, *El Proceso Administrativo de Lesividad*, Barcelona, 1953.

³ JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Curso de Direito Administrativo*, págs. 453 e segs.

⁴ SPIEGEL, "Derecho Administrativo y Derecho Procesal", in ob. cit., págs. 87 e segs.

De mais a mais, a figura do *administrado* não deixa de ser figura de pessoa jurídica. E é evidente que o Estado de Direito se violenta, quando revoga um direito concedido anteriormente e concedido com caráter irrevogável. *Provar* a violência, senão o arbítrio, pelos meios permitidos, corresponde a um privilégio da pessoa, na vida civil ou administrativa.

Não se entende, por não ser verdade mais, o processo administrativo, como uma regra ou um conjunto de regras que possam determinar requisitos de forma, pelas quais a Administração exprime a sua vontade. Assim, entender, ou entender o processo como um conjunto de formalidades que precedem o ato administrativo, não há maior equívoco face à verdade jurídica.

4. *O FATO PROCESSUAL* — Eis por que não aceitamos aqui, por incompleta e bastante simplista, a definição de processo administrativo, oferecida por CRETELLA JÚNIOR, sem dúvida exata no que diz com a doutrina brasileira⁵. Mas irreal diante do *fato processual*. Ou da participação das partes que atuam na controvérsia. Quanto ao ato administrativo, pode independe de processo ou de formalidades processuais. O que se pode é discutir, ou não concordar, com os seus efeitos.

Quando, num estudo de síntese, FERNANDO H. MENDES DE ALMEIDA procurou assentar a teoria dos atos administrativos “com aplicação ao nosso Direito Positivo”, estava dando ênfase às variadas expressões relacionais em que se manifesta a atividade administrativa estatal⁶.

Do ato administrativo impugnado, impugnável, contraditório, ou sob que forma se apresente, é que surge o *processo*. Não antes do ato. Ou da existência de um ato que contrarie o fato-lei. Impondo ao Direito Administrativo o respeito pelo Direito das Obrigações, por exemplo.

5. *O DIREITO NA ORDEM ADMINISTRATIVA* — Diz MENDES DE ALMEIDA que a primeira causa que a lei

⁵ JOSÉ CRETELLA JÚNIOR “Conceituação do processo administrativo”, in ob. cit., Tít. VI, Cap. I.

⁶ FERNANDO H. MENDES DE ALMEIDA, *Os Atos Administrativos na Teoria dos Atos Jurídicos*, São Paulo, 1969.

aponta como determinante da anulabilidade do ato administrativo é o *erro*⁷. Muito bem. Como, porém, ou através do que, *provar-se* esse erro, senão através de processo regular do qual participem os interessados?

Quanto ao erro, pode ser essencial ou acidental. Mas como *provar-se*, ou fazer a *prova*, sem processo? O erro essencial, também chamado substancial, está certo que *vicia* o ato. O erro acidental, não considerado pela lei civil como causa de anulabilidade, quando estendido à área do Direito Administrativo, não espera ser *provado*?

Esta norma, aplicada aos atos administrativos quando considerados espécie do gênero, levou MENDES DE ALMEIDA a considerações lógicas e jurídicas que envolvem a vontade manifesta do Estado sempre que possa caracterizar o dolo e mesmo a culpa⁸.

Para chegar-se ao dolo ou à culpa, ou à coação, como causas de anulabilidade dos atos jurídico-administrativos, há que haver uma forma fluente e tangível, que reafirme o direito na ordem administrativa. E essa *forma* é o processo instruído, saneado e decidido.

6. *O DIREITO JURÍDICO* — Também na esfera da Administração prevalece o *direito jurídico*, como equivalente ao processo ou ao Direito Processual. E, concordo aqui, sem reservas, com JOSÉ CRETILLA JÚNIOR, quando pondera: “Em extensa escala a atividade da administração é *atividade processual* e esta, pela importância de que se reveste, está inscrita entre os capítulos de maior responsabilidade do Direito Administrativo. . .”⁹.

Não só, no entanto, cumpre dizer, com respeito à aplicação das penas disciplinares, ou para assegurar ao funcionário público uma série infinita de recursos, mas para colocar o administrado também a salvo do arbítrio do poder onde quer que se exercite a Administração, inclusive no plano do Direito das Obrigações.

7. *A PROVA INSTRUMENTAL* — Em tratando da *prova*, ainda que num regime contencioso administrativo,

⁷ *Id.*, *ibid.*, pág. 54.

⁸ *Id.*, *ibid.*, págs. 56/7.

⁹ JOSÉ CRETILLA JÚNIOR, *ob. cit.*, pág. 455.

onde o processo se inicia e se completa através de atos regulares, RAFAEL BIELSA aponta como indispensável alguns tipos diferentes de modos de provar, a exemplo: o instrumental, o pericial, o testemunhal, como condição de um regime jurídico próprio ao processo administrativo¹⁰.

Assim, ensina: “PRUEBA INSTRUMENTAL. Compréndese, en general, en las clasificaciones metódicas” ou “clases de instrumentos públicos, que es necesario diferenciar en materia de prueba, en la jurisdicción contenciosa administrativa”. Não esquecendo, por verdade conceitual, que na esfera administrativa desenvolve-se uma atividade que origina uma documentação própria, “pues la actividad administrativa es casi siempre formal, escrita o actuada”¹¹.

8. *A PROVA PERICIAL* — Aceitando-se no plano dos atos administrativos a necessidade da tutela da legalidade, sucede que a *prova*, quando pericial, deflui da própria natureza do processo, e para aferição material da verdade contraditada.

Pode a *prova pericial* fazer cessar, ou possibilitar a cessação do ato com todos os efeitos que produziu, a partir do momento em que ele é reexaminado na sua origem de forma e conteúdo.

Atinge, por certo, a prova em questão, desde que aceita e testada, os efeitos progressos à data em que o ato se tornou ineficaz, inoperante, seja por dolo ou culpa.

Assim, sem dúvida, a *prova pericial*, genericamente, aconselha-se pelo mesmo regime estabelecido pelas normas processuais comuns no juízo ordinário civil¹².

9. *A PROVA TESTEMUNHAL* — Com a *prova testemunhal*, acaso requerida como indispensável, a posição jurídica não é diferente, nem apresenta circunstâncias de caráter excepcional para o esclarecimento da verdade no processo administrativo.

¹⁰ RAFAEL BIELSA, “Régimen de la prueba”, in *Sobre lo Contencioso Administrativo*, § 14.

¹¹ RAFAEL BIELSA, ob. cit., pág. 251.

¹² *Id.*, *ibid.*, pág. 256.

Deve admitir-se essa *prova*, na falta de outras determinações específicas, segundo o estabelecido pelas leis, ou códigos, em matéria civil.

De um modo particular, influir não deve qualquer prescrição com respeito à situação hierárquica na ordem administrativa, e no dizer de BIELSA, nem o segredo profissional inibe a tomada de declarações sobre um fato que é do interesse público ou de moralidade administrativa¹³.

10. *ADMINISTRAÇÃO E ESTADO DE DIREITO* — É missão da Administração, num Estado de Direito, sempre que recomendável, reexaminar em termos a legitimidade de atos e fatos que atentam contra a ordem jurídica ou o interesse público.

Ninguém ignora que uma decisão administrativa deve fundar-se expressamente na lei e nos princípios de Direito Público, sejam eles constitucionais, administrativos ou fiscais.

Subsidiariamente, enquanto não ordenado o processo administrativo, e isso na sua verdadeira condição processual, que se apliquem na justeza os princípios do Direito Civil, não só como fonte informativa, como também em face do interesse público.

11. *INSUFICIÊNCIA DA GARANTIA POLÍTICA* — Duas imposições valem como advertência que os administrativistas jamais deixaram de levantar:

a) na jurisdição contenciosa administrativa, o Estado é parte, uma das partes;

b) e, como parte, uma das partes, não pode invocar, para alhear-se, da relação de supremacia.

A razão está com BIELSA: “Un sistema jurisdiccional contencioso administrativo se mira no sólo a la protección de los administrados, sino también a la legalidad de la acción del poder administrador, y esto vale mucho más en el orden jurídico y en el respeto de la Constitución que todas las garantías políticas que quieren verse en los preceptos de élla, garantías que a veces resultan meras fórmulas liberales, cuan-

¹³ *Id.*, *ibid.*, pág. 258.

do no hay un medio de substancia jurisdiccional con que defenderlas”¹⁴.

A garantia política, no sábio entender de BIELSA, é de eficácia indireta, e, portanto, insuficiente¹⁵.

12. URUGUAI *ANTES DE* BIELSA — O brasileiro URUGUAI, muito antes de BIELSA, ressaltou a necessidade de uma organização administrativa contenciosa “*que dê garantias*”¹⁶.

Quanto ao nosso processo administrativo, já dizia por volta de 1862, como verdade ainda hoje reconhecida, ser “o complexo das formalidades necessárias para pôr uns negócios em estado de ser decidido, reunindo todos os esclarecimentos e *provas necessárias*... ”¹⁷.

Como o ilustre BIELSA, o não menos ilustre URUGUAI antecipou com exatidão firmada na boa doutrina do século passado, ainda agora a mais consentânea com os princípios que informam a Administração, inspirado que estava em DE GERANDO, quais deveriam ser as regras “gerais prescritas pela razão, pela equidade, pela prudência e interesse público”, como estas:

- a) a informação que corresponde ao processo em matéria contenciosa;
- b) o exame que corresponde à discussão;
- c) a resolução que corresponde ao julgamento¹⁸.

Ponderando, URUGUAI, com visão do que se impõe num Estado de *Direito*, recomendava:

- a) a observância de certas formalidades, cuja violação deve importar a nulidade do procedimento havido;
- b) e que, uma das principais garantias que deve apresentar um sistema administrativo organizado é a dos recursos¹⁹.

¹⁴ *Id., ibid.*, pág. 324.

¹⁵ *Id., ibid.*

¹⁶ VISCONDE DE URUGUAI, *Ensaio sobre o Direito Administrativo*, pág. 85.

¹⁷ *Id., ibid.*, pág. 112.

¹⁸ *Id., ibid.*

¹⁹ *Id., ibid.*, págs. 112/3.

Em resumo, pretendia URUGUAI, para a integração do processo administrativo, tal e qual BIELSA muitos anos depois:

- a) a reunião, no processo, de todos os esclarecimentos;
- b) e das *provas necessárias* para o descobrimento da verdade, e da justiça²⁰.

13. *RESPONSABILIDADE DO ESTADO* — Convém, também, saber que no domínio do Direito Público, a questão da responsabilidade, possui maior importância que no Direito Privado, não obstante não se afaste a imponderável relação de supremacia.

As principais dificuldades para o equacionamento e solução do problema residem para ALTAMIRA, quanto à posição do Estado:

- a) na sua situação especial determinada pela própria natureza da sua atividade;
- b) na carência absoluta de textos positivos que consagrem a responsabilidade quando o Estado atua como pessoa jurídica de Direito Público, exercitando atos de autoridade *juri imperii*²¹.

O conceito de responsabilidade do Estado como administrador e como Poder Público, não isenta a Administração do regime jurídico que lhe é próprio ou, no caso, para demandar e ser demandada.

Por outro lado, já que se constitui como um dos mais importantes problemas do nosso tempo, o problema do pleno desenvolvimento social, político e econômico das nações, não cabe ao Estado *autorizar-se* pelo arbítrio em desfavor dos mesmos direitos que consagra²².

14. *JURISDIÇÃO COMPETENTE* — *Il n'y a pas possibilité de défendre sans attaquer*²³. E o ataque, na expressão processual, ou no sentido de defesa, com respeito à verdade que se pretende *provar*, exige processo regular, orde-

²⁰ *Id., ibid.*, pág. 112.

²¹ PEDRO GUILLERMO ALTAMIRA, *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, págs. 94 e segs.

²² Cf. JUAN IGNACIO JIMENEZ NIETO, *Política y Administración*, Madri, 1970.

²³ Conhecida decisão da Corte Suprema de Paris.

nado, disciplinado, para que a *lide administrativa* se harmonize com o *regime jurídico*.

Qual, porém, para a controvérsia administrativa, nascida da impugnação de um ato administrativo, a primeira jurisdição competente? Não se apura a verdade, antes de qualquer outro procedimento, pelas vias administrativas? No *juízo administrativo*, a que se refere BULLRICH²⁴?

Muitos administrativistas modernos, e com muita razão prática e científica, seriamente se preocupam com a estrutura e a organização do Estado, e, em conseqüência, da Administração²⁵. Mas não basta. O respeito pelos *direitos*, nas comunidades mais altamente desenvolvidas, não prescinde de regras ou de normas jurídicas de proteção.

Compreender a natureza e o objetivo da Administração é tão importante quanto na jurisdição competente compreender a importância da natureza e do objetivo do processo administrativo.

Encarando a Administração como uma *intervenção consciente* no dizer de SUE SPENCER, não há como não admitir o processo administrativo em plano em que os economistas ou administradores pouco possam entender, mas que é o plano real das contendas de avaliação jurídica²⁶.

A eficácia de cada processo, na jurisdição competente, diz com o direito inter-relacionando Administração e administrados. Maiores serão as implicações, mas complexos os relacionamentos, especialmente diante da nova especialidade científica denominada *administração do desenvolvimento*, somente agora enfrentada com seriedade²⁷.

15. *AS ESTRATÉGIAS ADMINISTRATIVAS* — Não se pode, portanto, isolar o homem, o indivíduo, o administrado nos seus direitos, em face do agigantamento da Administração, ou do Estado. Na problemática do mundo atual, ainda a pessoa do homem continua sendo uma medida de dimensão estável, permanente. E, quem sabe, o motivo pelo

²⁴ RUDOLF BULLRICH, *La Responsabilidad del Estado*, págs. 276 e segs.

²⁵ Cf. HARLEIGH B. TRECKER, *Novas Perspetivas de Administração*, Rio de Janeiro, 1967.

²⁶ SUE SPENCER, *apud* TRECKER, ob. cit., pág. 20.

²⁷ Cf. MANUEL MARIA NATERO CORDOBA, "Ciencias administrativas contemporáneas" (Cibernética), in *Ciencias Administrativas*, nº 32, 1970, La Plata.

qual se marcam os insucessos da técnica ou da ciência aplicada.

Busca o Estado moderno, para a ampla consecução dos seus fins de serviços, estratégias administrativas as mais variadas. A influência da *cibernética* aí está flagrante, impondo um novo comportamento administrativo, uma nova sensibilidade à estrutura dos sistemas mais complexos. Regulando os organismos, os meios de execução e os objetivos pretendidos²⁸.

Assim, à medida em que vão aparecendo especialidades dentro do campo de atividade da Administração, e aumenta a área organizacional do Estado, mais o homem como administrado sofre pela falta de garantias que as novas estratégias como técnicas impõem pela racionalização dos métodos de governo.

Na realidade, estamos diante de uma crise, que afeta substancialmente a própria evolução do Direito. Crise de crescimento, ou de desenvolvimento, seja qual for o nome, dando ênfase a um desequilíbrio que atinge a capacidade do homem para demandar ou discutir, pela insuficiência de garantias formalizadas, de garantias que podem ser políticas e não são jurídicas.

16. *DIREITO, INTERESSE, ATO* — Em que pese o ceticismo, no que tange com a instrução do processo administrativo para a descoberta da verdade, é de crer que ele ainda se afirme dentro da legitimidade da ordem jurídica estabelecida. Se o Direito fornece normas para o comportamento dos indivíduos em particular, também obriga o Estado no caso de procedimento ilegal, arbitrário ou excessivo.

Os interesses a serem assegurados e protegidos pela ordem jurídica não são apenas aqueles que o Estado classifica e tutela na ordem dos conflitos privados, particulares.

Para chegar-se a uma idéia bastante amadurecida do processo administrativo e o que representa dentro da ordem jurídica, basta dizer que a sua grande importância:

a) nasce de um direito que se anuncia positivamente formulado;

²⁸ *Id.*, *ibid.*, págs. 116/7.

b) surge de um interesse que se afirma materialmente violentado;

c) provém de um ato que se impugna na jurisdição competente por duvidosa aplicação da lei.

Na prática administrativa, o importante será distinguir entre as normas que são gerais e aquelas que são de alcance individual: daí, portanto, nos seus aspectos variados, a singularidade do processo administrativo, nas suas diferentes manifestações e especificidades.

17. *DEFINIÇÃO PELAS NORMAS* — Quando a lei obriga as pessoas a uma conduta particular ou geral, ela ao mesmo tempo prevê ou concede, além das obrigações impostas, a liberdade de ação e de procedimento legal.

Quanto à expressão *interesse público*, ainda não conseguiu uma maneira exata, uniforme de conceituação fática. Razões de *ordem pública* ou razões de *interesse público*, como expressões tão comumente empregadas para justificar normas de conduta governamental, ou práticas administrativas adotadas pelos Governos, não são absolutamente até agora expressões devidamente incorporadas ao Direito.

As normas, quando ordenadas, ou codificadas, inclusive no tocante ao processo administrativo, são instrumentos necessários e indispensáveis para a solução das controvérsias jurídicas. Sem as noções técnicas definidas que as *normas* oferecem, sempre impossível será discutir sobre questões de Direito, ou simplesmente qualificá-las.

18. *O PROBLEMA ADMINISTRATIVO* — Não há como não aceitar, diante da realidade e do que ficou exposto, a ponderação de PEDRO MUÑOZ AMATO:

“a) el problema administrativo en la fase ejecutiva es distinto de la función judicial;

“b) toda situación administrativa tiene sus elementos jurídicos y, viceversa, toda situación jurídica tiene sus elementos administrativos;

“c) tan erróneo es distinguir como identificar absolutamente estas dos realidades complementarias”²⁹.

²⁹ PEDRO MUÑOZ AMATO, *Introducción a la Administración Pública*, pág. 34.

Num Estado de Direito não se desconhecem os elementos discricionários de que dispõe a Administração, mas não se dá a eles um enfoque que transcenda à aplicação do próprio direito pelo Estado, conduzindo a distorções que não se compreendem dentro da ordem jurídica.

19. *VONTADE DA ADMINISTRAÇÃO* — Estamos convencidos: a vontade da Administração deve inserir-se em formas predeterminadas. Essa chamada regra de ouro do Direito Administrativo, como informa CHARLES DEBBASH, de acordo com os princípios dominantes, foi instituída no interesse dos administrados³⁰.

Alguns pontos merecem relevo especial:

“a) as formas são igualmente destinadas a assegurar o bom funcionamento da máquina administrativa e a garantir a administração contra seus próprios excessos;

“b) a ação administrativa implica o recurso a um grande número de atos administrativos;

“c) o processo administrativo contencioso reconhece um poder: o de pesquisar a vontade real da administração;

“d) pode, assim, salvaguardar o interesse geral por uma interpretação construtiva da vontade da administração;

“e) pode, igualmente, proteger os interesses particulares fundamentais, mediante a descoberta de objetivos ilegais visados pela Administração, ainda que os mesmos não transpareçam, formalmente, num ato administrativo”³¹.

No entanto, considere-se, não só para argumentar, mas como verdade, que o *elemento jurídico* existe sempre em qualquer sistema de serviço público, expressando-se, porém, através do Poder Público, do Estado, ou da Administração. Se a idéia de Administração comporta a idéia de Poder Público, a idéia de Poder Público harmoniza-se com a atividade concreta do Estado e seu regime jurídico.

³⁰ CHARLES DEBBASH, “Os modos não formais de expressão da vontade da Administração”, in *Revista do Serviço Público*, nº 1, vol. 102, págs. 86 e segs.

³¹ *Id., ibid.*, págs. 86 e segs.

20. *O ESTADO DE DIREITO* — O que caracteriza, portanto, o Estado de *Direito*, do ponto de vista do desenvolvimento histórico e político, está no reconhecimento dos direitos públicos subjetivos e na outorga aos particulares dos meios idôneos para a defesa dos mesmos direitos³².

Falando do Direito Administrativo, como todas as criações históricas fecundas, à maneira exata como é entendido por SANCHEZ AGESTA, “no es invención ni allazgo de un hombre o un pueblo, sino una necesidad histórica, que corresponde a un orden de exigencias que la misma Historia plantea”³³.

É preciso, ser entendido, na fenomenologia jurídica, tal e qual o entendeu JEAN RIVERO ao afirmar que o Direito Administrativo é o fruto de duas revoluções do século XIX: a revolução política e a revolução técnica³⁴.

Quanto à *revolução técnica* e suas implicações econômicas e sociais, hipertrofiou a esfera de atuação do Estado, impondo uma renovação radical de métodos e processos a fim de transformar o Estado *polícia* em *Welfare State*³⁵.

Com atenção à *revolução política*, tão profunda quanto a *técnica*, assentou suas novas bases nas relações entre os cidadãos e o poder, excluindo o arbítrio estatal, submetendo o Estado ao direito e exigindo respeito pelas garantias concedidas aos administrados.

³² Cf. RAFAEL ENTRENA CUESTA, *Curso de Derecho Administrativo*, pág. 33.

³³ *Id.*, *ibid.*, pág. 37.

³⁴ JEAN RIVERO, *Cours de Droit Administratif Comparé* (apud ENTRENA CUESTA), Paris, 1956/7, págs. 27/8. É de considerar, como o faz J. F. GARNER, a importância política do processo administrativo, vitalmente vinculado ao Direito Administrativo ou regulando o interesse dos indivíduos em face do trabalho da Administração (cf. *Administrative Law* — Introduction — Londres, 1970, págs. 3 e segs.).

³⁵ Cf.: RAFAEL ENTRENA CUESTA, *ob. cit.*, pág. 38. Para H. W. WADE, o processo administrativo corresponde necessariamente a um princípio de *justiça*. É o que pretende demonstrar, na nova edição do seu livro aqui citado, *Administrative Law*, publicado em italiano sob o título de *Diritto Amministrativo Inglese*, em tradução feita no ano de 1969, em Milão, para Ed. Giuffrè.

CAPÍTULO VI

OS DIREITOS PROCESSUAIS E OS DIREITOS ADMINISTRATIVOS

SUMÁRIO: 1. Responsabilidade do agente administrador. 2. As fronteiras da discricção. 3. Na ordem interna administrativa. 4. As situações jurídico-administrativas. 5. As falhas no procedimento. 6. Restrições à prova. 7. O ato administrativo positivo. 8. A Administração como parte. 9. A admissibilidade da prova. 10. Administração e Estado de Direito. 11. O problema nacional brasileiro. 12. Jurisdição e competência. 13. Tutela sobre o Estado. 14. O poder e o dever. 15. Os caracteres singulares. 16. O objeto da relação administrativa. 17. O conflito administrativo. 18. Os direitos administrativos. 19. Os direitos processuais. 20. A verdade na prova.

1. *RESPONSABILIDADE DO AGENTE ADMINISTRADOR* — Nada há no Direito brasileiro que se possa dar como estabelecido em se tratando da responsabilidade do agente administrador. As praxes, sobretudo, dificultam o procedimento administrativo. Os costumes, além do mais, fazem normas que desigualam as partes, que ferem direitos patrimoniais ou funcionais, ou quebram a ordem jurídica positiva.

Serve de suporte a lição de AGUSTIN A. GORDILLO: “La violación o el irregular cumplimiento de los deberes y facultades del administrador, hace el mismo responsable no sólo administrativa y penalmente, sino también civilmente”¹.

A ordem jurídica é uma só na sua natureza institucional, pragmática e conceitual. Não está apenas estabelecida para algumas áreas jurisdicionais. Assenta em disposições constitucionais que obrigam o agente público no limite maior ou menor de atividade administrativa.

Quanto à responsabilidade, está explícita no art. 15 do Código Civil brasileiro, e com maior vigor na legislação nova, quando diz: “As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano”.

Analisando, logicamente, o conteúdo no seu contexto, verifica-se:

a) que o Estado, na sua unidade política, como organização administrativa, é sempre responsável;

b) que essa responsabilidade atinge a todas as pessoas jurídicas de direito público por atos administrativos;

c) que não há quem não responda civilmente por danos decorrentes de violação da lei ou contrários ao direito.

Mais ampla é a inteligência do Código Civil argentino na clareza indiscutível do seu art. 1.112. Fatos e omissões, de funcionários públicos, no exercício de suas funções, trazem responsabilidade². Não apenas responsabilidade indireta, mas de reparação ou ressarcimento do dano causado. Administração e funcionário são figuras co-responsáveis na rela-

¹ V. AGUSTIN A. GORDILLO, *Procedimiento y Recursos Administrativos*, Buenos Aires, 1971, pág. 232.

² AGUSTIN A. GORDILLO, *Estudios de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1963, págs. 64 e segs. Cf., também: BARTOLOMÉ A. FIORINI, *Teoría de la Justicia Administrativa*, Buenos Aires, 1944; ALFONSO NAVA NEGRETE, *Derecho Procesal Administrativo*, México, 1959; ALDO M. SANDULLI, *Il Procedimento Amministrativo*, Milão, 1959; ENZO SILVESTRE, *La Attività Interna della Pubblica Amministrazione*, Milão, 1950. No Brasil, o novo Código Civil não se afastará da tradição, como se vê do anteprojeto de autoria do Ministro ALFREDO BUZARD (*Diário Oficial*, nº 149, de 7 de agosto de 1972).

ção jurídica. Não de agora, mas na história, sobretudo, da jurisprudência administrativa francesa³.

2. *AS FRONTEIRAS DA DISCRICÃO* — É precisamente aqui que o Direito Administrativo, inclusive no tocante ao Brasil, busca socorro doutrinário no Direito Civil. Inclusive impondo regras normativas de comportamento jurídico-relacional, protegendo o administrado e limitando o poder do administrador público.

Mas, acontece que a matéria civil passa ser matéria relacional administrativa, com implicações que convergem para manter a Administração adequada à lei e ao direito; uma Administração cujos atos, na conformidade da organização política, respondem pela verdade jurídica⁴.

A jurisdição, num sentido de amplitude dimensional, cobre todo o campo de aplicação da lei. Qualquer que seja a forma, ou motivo, por que se exercite a discricão administrativa, isso não quer dizer que a Administração paire acima da ordem jurídica estabelecida⁵.

Caso essa *ordem jurídica*, que para KELSEN é um sistema de normas, confunda discricionariedade ou arbítrio com *discricão*, sobretudo a norma fundamental, política e constitucional, no mais das vezes histórica, violenta-se desarmonizando a natural segurança jurídica⁶.

A chamada *reserva de independência*, a que já nos referimos anteriormente, em favor da Administração, como pondera ANDRÉ HAURIOU, não se consuma longe dos preceitos legais escritos, distante do respeito às regras jurídicas e morais de responsabilidade pública⁷.

No mundo moderno, o afã pelas grandes obras e serviços, como a dificuldade pelo equacionamento dos problemas sociais urgentes, agigantou perigosamente o poder administrativo numa proporção que não corresponde à natureza inalienável do Estado de Direito.

³ Cf. MAURICE HAURIOU, *La Jurisprudence Administrative de 1892 a 1929*, Paris, 1929, t. II, pág. 649.

⁴ Cf. nosso trabalho, *Introdução ao Direito Processual Administrativo*, Terceiro Caderno, nº LXIV, pág. 316.

⁵ Cf. JOÃO LEITÃO DE ABREU, "A discricão administrativa", in *RDA*, nº 17/12.

⁶ HANS KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, 1958, pág. 127.

⁷ Cf. "O poder discricionário e sua justificação", in *RDA*, nº 19/27.

No entanto, o interesse da ordem constitucional reside no equilíbrio necessário da ordem jurídica. Não é usando da discricção, mesmo permitida, que o Estado afirma-se institucionalmente.

Não se pode desconhecer que a Administração possui uma obrigação, a constitucional, não só capaz de atender à vontade política, mas de responder quando a prática administrativa deixa de ser legal, ou infundada.

3. *NA ORDEM INTERNA ADMINISTRATIVA* — Não permanecem os pressupostos de que o Estado através da Administração esqueça as suas fontes jurídicas originárias para intervir *sem limites* na ordem particular e privada. E quando assim o faz, obedece a um procedimento administrativo prévio, marcado em lei.

A prova, portanto, para ambas as partes, o particular e a Administração, é elemento integrante substancial de qualquer tipo de procedimento regular. Estando, porém, o agente funcionário, de momento, no exercício de certa função, é ele o Estado, é ele o poder administrativo.

O mesmo argumento é válido para as diferentes ações administrativas, quer aquelas intentadas contra a Administração, do particular contra o Estado ou do funcionário em oposição ao Estado, ou, então, do Estado administrador contra a figura do administrado.

Na ordem interna administrativa, sob a evidência de regime estatutário, as sanções que possam atingir o funcionário por ato irregular ou não cometido no cumprimento da função, a problemática é a mesma em virtude da relação estabelecida de exata reciprocidade de direitos⁸.

O trâmite administrativo processual, em qualquer hipótese onde se afirme algum interesse, ainda que não hajam disposições expressas quanto ao caráter da demanda, não dá à Administração exclusividade de proceder como queira dispensando provas ou medidas oportunas de defesa.

⁸ O art. 41 do Estatuto do Pessoal Civil da Administração Pública Nacional Argentina, Decreto-lei nº 6.666/57, mesmo para as providências sumárias, dispõe sobre a obrigação da prova e oferece vista ao interessado, pelo prazo de 3 até 10 dias, a fim de que proponha medidas que acredite oportunas para a sua defesa.

Como bem afirma ARMANDO EMILIO GRAU, a legalidade constitui o ordenamento jurídico, resultando na produção de um processo de individualização dos sujeitos que atuam na jurisdição administrativa⁹. São as situações jurídicas que exigem a normalidade processual.

4. *AS SITUAÇÕES JURÍDICO-ADMINISTRATIVAS* — O Direito Administrativo moderno caminhou demais na sua projeção histórica, envolvendo e absorvendo institutos civis e privados, de modo a prover-se com liberdade de certos princípios reguladores ou legais que dizem com a posição do administrado onde se encontre, quer na situação de funcionário, quer na de particular.

Assim não fosse, a ordem jurídica inexistiria para a Administração, não admitindo aquela dicotomia de pública e privada, nem a necessária pluralidade de meios e de fins. Pois o Estado, quando de *Direito*, outra coisa não pretende que a proteção dos direitos individuais.

A evolução em três grandes etapas, de que fala DELFINO, administração científica, sistema de organização e de processo administrativo, é que oferece, em síntese, as áreas que se cultivam ou devem cultivar no vasto campo da ciência administrativa¹⁰.

Entende-se, portanto, que a legalidade constitui o ordenamento jurídico, as situações jurídicas administrativas que se criam adquirem natureza positiva, concreta e conceitual, e, sobretudo, condicionamentos que refletem legais pressupostos processuais.

Não há dúvida, no entanto, como pondera GRAU, que poder e dever fazem a relação jurídica na ordem interna da organização política estatal, como aquela mesma que se estabelece entre dois sujeitos de direitos ou como a que visualiza o direito de várias pessoas¹¹.

É na relação, tomada no contexto próprio da ordem jurídica positiva, que se encontram os direitos públicos subjeti-

⁹ ARMANDO EMILIO GRAU, *Habilitación de la Instancia Contencioso-Administrativa*, La Plata, 1971, pág. 41.

¹⁰ PEDRO DELFINO, ob. cit., pág. 41.

¹¹ ARMANDO EMILIO GRAU, ob. cit., pág. 42.

vos, os interesses legítimos ou os interesses simples, assim enquadrados:

a) *direito subjetivo* extrovertendo a proteção que a ordem jurídica outorga de forma exclusiva a um determinado indivíduo;

b) *interesse legítimo* procurando a proteção assegurada na ordem jurídica geral a classes determinadas de indivíduos;

c) *interesse simples* refletindo a posição que corresponde a todo administrado no sentido de apelo à legalidade¹².

O que não se quer, conforme a lição de GORDILLO, é que o administrado se veja impedido de reclamar o reconhecimento de um seu direito tanto ante a própria Administração como perante a Justiça¹³.

A todo cidadão, o particular, o funcionário, o administrado, cabe a defesa da lei. Nem as ações judiciais, nem os recursos administrativos, em torno daquilo que se considere jurídico ou legítimo, limitam o indivíduo nas esferas próprias de anulamento do ato administrativo.

5. AS FALHAS NO PROCEDIMENTO — Quando sabemos que o processo administrativo envolve fases de fundamental importância, desde o inquérito, instrução, defesa, relatório, julgamento e revisão, não é de subestimar-se nem a posição das partes, nem a matéria de prova.

No Brasil, no dizer de CORREIA LIMA, os insucessos alcançados no julgamento de processos administrativos, com todas suas conseqüências danosas, têm sua origem:

a) na legislação pouco clara, omissa e até contraditória;

b) na ausência da lei de processo administrativo;

c) no julgamento singular, operado pela mesma autoridade que instaura o processo;

¹² *Id., ibid.* Cf., também: FERNANDO GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, Madri, 1958, vol. I, pág. 328; ERNST FORSTHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, Madri, 1928, pág. 252; GARCA TREVIJANO-FOS, *Tratado de Derecho Administrativo*, Madri, 1964, vol. I, pág. 435.

¹³ AGUSTIN A. GORDILLO, *Derecho Administrativo de la Economia*, Buenos Aires, 1967, pág. 168.

d) em provas duvidosas, produzidas sem a presença da autoridade julgadora¹⁴.

São as falhas de procedimento que violentam a ordem jurídica. E isto porque no Direito brasileiro “a produção de prova em qualquer espécie de processo constitui direito sagrado que a Constituição e as leis em vigor asseguram aos que contendam, ou mais particularmente, ao autor, ao acusado, ao Estado e a quem mais tiver interesse social e moral na lide”¹⁵.

Não é o arbítrio que se quer; tampouco a livre discricção; mas, o cumprimento da vontade legal, com a mesma responsabilidade de apreciação e julgamento que oferecem as leis processuais civis ou penais, sem que o poder estatal se apresente na supremacia das suas mais válidas intenções, porque a Administração, no processo, é igual ao administrado.

6. *RESTRICÇÕES À PROVA* — O que deve, na verdade, refletir um julgamento? Não só nos processos comuns, mas também no processo administrativo? Nada mais que isto como se infere da lúcida advertência de CORREIA LIMA:

- a) resultado justo;
- b) exata aplicação da lei;
- c) plena convicção, baseada na livre apreciação das provas¹⁶.

Quanto ao *resultado justo*, será naturalmente aquele fundado nas *provas* que fazem ou robustecem a convicção de julgar. E convicção essa formada do conhecimento da matéria contenciosa.

No tocante à *exata aplicação da lei*, sem dúvida, há toda uma gama de implicações jurídicas que levam à validade ou ao mérito do ato administrativo impugnado, discutido, ofensivo ou não de direitos.

Com respeito à *convicção*, evidentemente, caso não assente na verdade das provas, jamais levará ao resultado justo, ao

¹⁴ VICENTE FERRER CORREIA LIMA, *Julgamento do Processo Administrativo*, 3 monografias, DASP, Brasília, 1970, pág. 73.

¹⁵ *Id.*, *ibid.*, págs. 73 e segs.

¹⁶ *Id.*, *ibid.*, pág. 78.

equacionamento de um julgamento com suporte na lei, na legislação em vigor.

Como no processo penal, já lembramos de passagem, o inquérito administrativo, como o inquérito policial, precisa anteceder ao processo administrativo de julgamento.

No campo reservado à Administração é sempre ingrata a posição do administrado. Considerando, porém, o fenômeno administrativo um fenômeno jurídico, precisamente pela possibilidade probante se faz concretamente a igualdade dos litigantes.

A dificuldade básica, na espécie processual, radica-se na distinção quanto à aplicabilidade das normas de Direito Público e de Direito Privado, ou dentro de quais normas se desenvolve a atividade jurídica¹⁷.

Os limites harmônicos, no entanto, residem na lei. No sistema que o Direito adota. Não somente, está claro, nas manifestações do poder administrativo. E isto porque a natureza jurídica do ato administrativo não se apresenta estanque na teoria dos atos jurídicos.

7. O ATO ADMINISTRATIVO POSITIVO — Ainda que existam diferentes classes de direitos individuais, não é senão através da ordem jurídica que essas classes se fazem respeitar, considerando a origem, os efeitos ou os fins de qualquer tipo de ato jurídico, inclusive os de conteúdo administrativo.

Observado o ato administrativo, a doutrina não pode aceitar mais tal tipo de ato como resultado de formalidades que dizem tão-somente com a vontade da Administração. Aí está um velho estudo de VELASCO para afirmar, na tradição, a importância do ato administrativo na técnica do Direito Positivo ou quando modifica situações jurídicas privadas¹⁸.

¹⁷ Cf. MAX CONSOLI, *Cuestiones Contencioso-Administrativas*, Buenos Aires, 1948, pág. 38. No entanto, cumpre lembrar, que o ilustre juiz argentino influenciou-se demasiadamente pela orientação publicista da Administração, muitas vezes não admitindo nada fora das "formas constantes que revestem as manifestações do Poder Público", e isso inspirado no pensamento de OTTO MAYER, válido nos limites do pensamento alemão do fim do século passado e começo deste.

¹⁸ Cf. RECAREDO F. DE VELASCO, *El Acto Administrativo* (Exposición doctrinal y estudio del derecho español), Madri, 1929.

Tanto é assim que, para o professor espanhol, sem que até hoje houvesse contestação doutrinária, o ato administrativo:

- a) cria direitos privados;
- b) condiciona o exercício dos direitos privados;
- c) modifica o direito privado;
- d) extingue direitos civis¹⁹.

Resultam daí, como fato, os conflitos de pessoas com a Administração. E conflitos que se esclarecem pelo procedimento administrativo, através do processo administrativo, onde o administrado, sendo parte interessada, possa intervir atuando na jurisdição permitida.

Óbvio parece, portanto, que não só a execução dos atos administrativos favorece os corretivos de apreciação, mas também o próprio ato na sua origem causal, concepção formal, critério finalista, operação de procedimento, legalidade e jurisdicionalidade.

8. *A ADMINISTRAÇÃO COMO PARTE* — Não é fácil, onde a justiça administrativa não esteja organizada, justificar-se prerrogativas jurisdicionais. Mas o argumento melhor aceito não será outro que aquele fundado no valor das limitações que a ordem jurídica impõe para o exercício normal dos atos administrativos.

Louvável é a preocupação de LA GRANGE do ponto de vista dos sistemas jurisdicionais e quanto à jurisdição ordinária, pois o problema reside no confronto entre a Administração e o juízo comum, entre o poder administrativo e o direito propriamente judiciário²⁰.

Para nós, vale a relação jurídica. A garantia da justiça na Administração. Simplesmente facultar-se ao administrado, em qualquer jurisdição, enfrentar a Administração como parte e não como poder. Ou melhor, a Administra-

¹⁹ VELASCO, "El acto administrativo y los derechos privados", in ob. cit., Segunda Parte, Cap. VI, págs. 303 e segs.

²⁰ Cf. ADOLFO KLITSCHÉ DE LA GRANGE, *La Giurisdizione Ordinaria nei Confronti delle Pubbliche Amministrazione* (Le pubbliche amministrazione come soggetti passivi della funzione giurisdizionale), Pádua, 1961, págs. 15 e segs.

ção, pelo Estado, como sujeito passivo da função jurisdicional, não obstante o senso que singulariza o ato de Direito Público.

Em falando de jurisdição, diz a Lei espanhola de 27 de dezembro de 1956, com muita propriedade, no seu art. 1º que “la jurisdicción contencioso-administrativa conocerá de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo. . . .”²¹.

Nomeando, sem reservas, o Direito Administrativo, o legislador espanhol pretendeu na sua agudeza conceitual:

- a) lembrar a estrutura hierárquica essencial à organização administrativa;
- b) evidenciar a relação jurídica no Direito Administrativo;
- c) dimensionar a relação de Direito Subjetivo;
- d) harmonizar os direitos do Estado e os direitos individuais;
- e) tornar em respeito à lei a Administração como parte nos conflitos com os administrados.

Na *Exposición de Motivos* da lei acima citada, o capítulo sobre as *partes* adquire importância de exatidão jurídica, no que respeita à postulação, à representação ou à defesa.

9. *A ADMISSIBILIDADE DA PROVA* — Vários os aspectos que merecem consideração dos administrativistas quando se fala de *prova* no processo administrativo, porque a sua admissibilidade repousa:

- a) na conformidade ou discrepância das partes sobre os fatos;
- b) nas circunstâncias processuais²².

Não se restringem, assim, as possibilidades probatórias de qualquer das partes ante qualquer órgão jurisdicional. Pelo regime espanhol nada justifica “*una denegación de la*

²¹ Cf. JESUS GONZALEZ PEREZ, *Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Madrid, 1957, pág. 39.

²² *Id.*, *ibid.*, pág. 20.

prueba”, e muito menos medidas unilaterais que perturbem o reconhecimento de justiça.

Dois pontos merecem entendimento:

a) a prova será sempre permitida quando exista desconformidade na caracterização dos fatos;

b) a prova obedecerá as normas estabelecidas para o processo civil ordinário²³.

Consagra-se, destarte, um princípio universal aceito e indispensável ao equilíbrio da ordem jurídica. Para que as questões advindas de atos administrativos atendam também aos fatos além dos direitos, e não fujam da observância da lei.

10. *ADMINISTRAÇÃO E ESTADO DE DIREITO* — Apenas a *via governativa*, na expressão de ALVAREZ-GENDIN, não convence e não basta, motivo pelo qual o princípio probatório alcançou na Espanha maior amplitude no processo administrativo²⁴.

Mal ou bem, mesmo acontecendo não haver jurisdição especializada administrativa como no Brasil, fatos existem que levam as partes à obrigação de provar o alegado desde que atacado o ato administrativo.

Como no Direito Civil o interesse privado é um interesse protegido pela norma da lei civil, também a atividade administrativa encontra respaldo no interesse particular em face da Administração.

Não se pode falar em Direito Administrativo onde os administrados não possuem garantias jurisdicionais para no processo mais elementar defenderem a normatividade fruto da lei e da ordem jurídica.

A prática da *prova* impõe-se como ampla no processo administrativo nas fases transcendentais de convencimento. Facultada às partes, processo e prova se integram para o esclarecimento do fato, da verdade ou da controvérsia.

Aumentando a atividade nas relações administrativas com os particulares, reconhece GENDIN o crescimento em número

²³ *Id.*, *ibid.*, pág. 79. Art. 74, ns. 3 e 4 da Lei de 27 de dezembro de 1956.

²⁴ SABINO ALVAREZ-GENDIN, *Teoría e Práctica de lo Contencioso Administrativo*, Barcelona, 1960, pág. 49.

dos conflitos que só podem resolver-se através de adequados meios jurídicos²⁵.

Encaminhar, portanto, ao Judiciário, processo administrativo sem requisitos de forma e trâmites, será o mesmo que tirar do administrado as garantias que vinculam a Administração ao Estado de Direito.

A simples intervenção necessária da Administração não torna o interesse privado em interesse sem proteção jurídica. Proteger o interesse público não é desconhecer o interesse particular. Muito menos num regime de garantias que dá substrato ao Estado de Direito.

11. *O PROBLEMA NACIONAL BRASILEIRO* — Estranhável, contudo, nas cartas constitucionais de algumas nações, o completo descaso que permanece e o silêncio que não se justifica no quadro dos direitos, em torno de uma *justiça administrativa* assentada na realidade da sociedade, do Estado, da Administração e do homem.

Timidamente, a última Carta brasileira, sem muita clareza de propósitos, através da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, consagrou alguns *princípios novos* de pouca valia para a solução imediata dos litígios administrativos na ordem da organização política²⁶.

No entanto, não obstante a inteligência da Constituição de 1824, o constituinte de 1969 pelo art. 111 da Emenda, possibilitou a lei de criar *contencioso administrativo* para os casos de litígios decorrentes das relações de trabalho, sem contudo definir a natureza do processo.

Na verdade, não há articulação de normas jurídicas sem a individualização do processo, ou melhor, sem instrumentos apropriados a fazer a lei se cumprir atendendo à obrigatoriedade constitucional.

Versando o tema, e preocupado com o possível impacto que adviria da criação de tribunais administrativos, ressaltando a importância do julgamento na área jurisdicional da Administração, CORREIA LIMA com objetividade salienta

²⁵ *Id., ibid.*, pág. 165.

²⁶ MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, "Contencioso administrativo e justiça administrativa", in *Introdução ao Direito Processual Administrativo*, São Paulo, 1971.

que, por força da ausência da lei de processo peculiar, não se pode falar nem em processo e nem em julgamento²⁷.

Inatacável é o argumento: “No mundo do Direito, destaca-se a lei como uma de suas fontes mais legítimas; é da lei que nasce o direito, através de provas que convencem o juiz da existência de algo a reconhecer a quem o reclama: ao Estado ou ao indivíduo o que vale é a aplicação judiciosa da lei”²⁸.

Não há raciocínio melhor adequado, na análise do Direito brasileiro. Um sistema que *dê garantias* é o melhor aconselhável no plano das atividades administrativas. Desconhecer a crescente ascendência do Estado será permitir o esmagamento do indivíduo nas relações de ordem pública.

12. *JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA* — Quanto à instância administrativa, constitui parte da jurisdição geral na organização judiciária do Estado. Não aparece forçando situações jurídicas inexistentes; muito pelo contrário, afirma-se, no Direito, pelos diferentes graus na ordem da competência especializada.

Na sua melhor acepção jurídica, *competência*, mais do que um conceito e um princípio é, no dizer de RAFAEL A. ARNANZ, uma instituição que traz as suas raízes “en la metafísica necesidad de que cada ser, cada órgano, en este caso los públicos, actuen para la realización de lo que le es propio por su naturaleza y por su esencia”²⁹.

Tratando, em longo escorso crítico, da jurisdição administrativa no Brasil, J. GUILHERME DE ARAGÃO, em tese, mostra a confusão que dominou o sistema brasileiro desde os idos de 1891, observando, sem dizer claramente, a importância da função pública sobre a ordem jurídica³⁰.

De tal forma impressionou-se ARAGÃO, que limitou o processo administrativo às sanções disciplinares e categorias de sanções, não podendo, face à realidade do Direito brasileiro,

²⁷ VICENTE FERRER CORREIA LIMA, ob. cit., pág. 71.

²⁸ *Id.*, *ibid.*, pág. 70.

²⁹ RAFAEL A. ARNANZ, *De la Competencia Administrativa*, Madri, 1967, pág. 21.

³⁰ J. GUILHERME DE ARAGÃO, *La Jurisdiction Administrative au Brésil*, Rio de Janeiro, 1955.

ampliar a análise para distinguir dentro da esfera jurisdicional os regimes vários de competência³¹.

Também, ALFREDO BUZAID, tentando amplo estudo da renovação da ordem jurídica positiva, e isso com o sentido de estabelecer um novo sistema jurídico, alheou-se ou não se sensibilizou no plano da Administração com a necessária consolidação das normas de processo administrativo³².

Anote-se, ainda, a indecisão com que se comportou na matéria a pesquisa brasileira, concluindo importante trabalho para a aplicação das medidas previstas nos arts. 110 e 111 da Emenda nº 1, de 1969, principalmente no tocante à competência e à imposição jurisdicional administrativa³³.

Evidentemente, a ordem administrativa inclui-se na ordem política e constitucional. Ao tratar-se de organização estatal, sem dúvida que ela se confunde com a organização administrativa. Não tanto, porém, que se possa olvidar o papel da Administração e a posição dos administrados.

Basta apenas um elemento de convencimento na relação jurídica administrativa positiva e material: o direito do Estado contra o indivíduo jamais se apresenta fora da lei ou do direito. Há sempre uma forma normal de manifestação de tal direito em razão dos efeitos que são públicos ou privados.

13. *TUTELA SOBRE O ESTADO* — Considere-se não só no processo administrativo a importância de que se revestem as partes postulantes, mas que também a ação administrativa serve na ordem jurídica para fazer exercitar ou então tutelar as diferentes manifestações estatais.

O bem comum não foge ao direito. De certa maneira é condição da justiça, como princípio e fim, ao mesmo tempo; justificando, no sistema político, o equilíbrio entre os poderes, e contendo o Estado nas suas atividades, em razão da lei e das garantias que ele mesmo assegura.

Inclusive já afirmamos que o sistema político não é uma concepção abstrata porque se assenta no poder administrativo. No paralelo entre as constituições modernas extraem-se

³¹ *Id.*, *ibid.*, págs. 182 e segs.

³² *Arquivos do Ministério da Justiça*, Ano XXIX, nº 118, junho de 1971.

³³ Cf. *Relatório da Comissão nomeada e presidida pelo ilustre Prof. JOSÉ CRETELLA JÚNIOR*, in *Arquivos do Ministério da Justiça*, nº 117, 1971.

princípios fundamentais que fazem as normas de Direito Administrativo³⁴.

Para o Estado, a Administração está em tudo. Por outro lado, a presença da Administração generaliza os fenômenos jurídicos, não limitando a ordem constituída e o progresso administrativo. Conter o Estado não é bem a palavra. Eis que só a lei que ele dita pode contê-lo.

Quando o administrado sente-se lesado por uma decisão administrativa, a via recursal própria é a administrativa. Neste ponto as garantias se fazem valer para o equilíbrio das partes em contenda, possibilitando que a lei tutele o Estado, ou melhor, a Administração.

Na ausência de normas comuns de processo administrativo regulador, garantidoras do trâmite da demanda, o indivíduo desaparece como parte, estiola-se o seu possível direito, desaparecem as garantias e impossível se torna o exercício probatório.

Quem vai a uma demanda vai para poder provar. Recorre à demanda o titular de um direito a defender. Os pressupostos se confirmam ou não através da relação jurídica processual, para conhecimento e decisão, contra ou a favor da Administração.

14. *O PODER E O DEVER* — São conceitos que se correspondem e se igualam, os conceitos públicos de *poder* e de *dever*. RAFAEL ENTRENA CUESTA, com muita penetração, analisa concretamente dois fatos que são reais na relação:

- a) a situação jurídica de *poder*;
- b) a situação jurídica de *dever*³⁵.

No primeiro caso-fato o Direito Subjetivo aparece no âmbito da relação jurídica, supõe a existência de outro sujeito especificamente obrigado e compatibiliza a proteção legal com o interesse público. No segundo, as implicações são recíprocas. Da Administração e de parte dos adminis-

³⁴ MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, "O poder político e o poder administrativo", in *Ensaio sobre a Mecânica Política do Estado*, Curitiba, 1969, pág. 39.

³⁵ RAFAEL ENTRENA CUESTA, *Curso de Derecho Administrativo*, Madri, 1970, págs. 459/461.

trados corresponde a uma obrigação que envolve inclusive o sujeito passivo na relação processual que se estabelece ou possa estabelecer.

Ocorrem os dois fatos desde que a relação, direta ou indiretamente provenha da lei, tenha caráter normativo legal devidamente regulado e tenha origem pela prática do ato administrativo.

Ambas as situações jurídicas destacam-se pela unidade de todos os atos que constituírem o processo, levando na hipótese o processo administrativo a duas expressões jurídicas figurativas:

- a) internamente tendo em conta o conjunto de atos que trazem como fim a caracterização do ato administrativo;
- b) externamente o ato administrativo impugnado levando à contenda e propiciando a demanda litigiosa.

Na melhor terminologia, as noções definem o que seja *procedimento* e o que deva ser *processo*. Apresentando-se a Administração relacionalmente, face o administrado, entre uma situação de poder ou de dever, a mais capaz de equilibrar as partes no jogo dos interesses conflitantes.

15. *OS CARACTERES SINGULARES* — O observador moderno de qualquer fenômeno ou fato jurídico já caracterizado e procedente da experiência, é levado a distingui-lo sem misturar a realidade nova com a norma geral estabelecida, pois nas diferenças de fins encontram-se as manifestações que se exteriorizam.

Qualquer indagação, portanto, no direito e no processo administrativos, atendendo às necessidades de *poder* e às exigências de *dever*, particulariza-se pelos caracteres singulares que definem a relação, atendendo, no conjunto que faz a espécie, o modo de como se reveste o fenômeno:

- a) a forma da norma jurídica administrativa;
- b) a força obrigatória da mesma norma;
- c) as sanções que decorrem da norma jurídica administrativa;
- d) a função específica e o conteúdo da norma;
- e) a posição do órgão competente ou pessoa;
- f) a relação de direito com o Estado.

Isto porque, como as demais normas jurídicas, a norma administrativa tem a sua forma e o seu conteúdo. Não somente pelo aspecto lógico, mas pela sua origem, estrutura, dinâmica e imperativo de conduta.

Surge a norma aqui, incontestavelmente, de um direito que impõe atos, do Direito Administrativo. Impondo, porém, obriga na ordenação jurídica, nas suas conseqüências jurídicas, não sendo possível nunca separar na singularidade os elementos objetivos e subjetivos.

16. O OBJETO DA RELAÇÃO ADMINISTRATIVA
— É a norma jurídica, quer pública ou privada, que impõe obrigações às partes, pois é no conjunto das relações jurídicas que está a ordem jurídica. Relações entre pessoas, em face de um objeto determinado.

Não são poucos, no entanto, os elementos que integram uma relação jurídica. Por isso, há a considerar o sujeito do direito, o seu objeto e a origem normativa das relações jurídicas.

Na sistemática geral do Direito, a teoria da relação jurídica se desenvolve de igual maneira tanto na esfera pública como na área de ação privada. Mas qual é o seu objeto? o seu fim? a sua condição de ser? a sua expressão intrínseca? o seu aspecto externo?

A resposta às indagações propostas não seria outra que esta: nos fatos aos quais o Direito atribui conseqüências jurídicas, ou nos fatos de direito que resultam da íntima justaposição de interesses colidentes; ou melhor, num objeto-fim condicionado em lei ou na lei.

Aceitando como essencial no processo administrativo a impugnação de atos, a linha divisória entre a Administração e o administrado explica a relação administrativa e o seu objeto.

E em razão do ato que se vê impugnado, a relação se deixa afetar pelos elementos probatórios, tornando-se a ação no processo procedente, legítima a demanda quanto ao direito invocado, como aplicáveis na espécie os princípios que abrem a instância recursal.

A relação, pelo seu objeto é, portanto, de Direito Público subjetivo, envolvendo, no processo, duas situações que se

justapõem: a do exercício do poder administrativo e a da posição jurídica do administrado.

O critério processual, na relação que fica estabelecida, firma-se na capacidade probante, nas provas que aduzirem, principalmente, quanto ao objeto, se se tratar de qualquer tipo de instância de recurso na ordem hierárquica, ou de organização administrativa.

17. *O CONFLITO ADMINISTRATIVO* — No processo, onde afirmar se possa a capacidade probante e permitida das partes, é que surgem as relações jurídicas administrativas, e que são *administrativas* como consequência e por sua natureza³⁶.

É preciso, nas contendas, nos litígios, com a materialização do ato, ter em conta não só a sua consistência jurídica, mas também os pontos que aproximam o ato administrativo e o Direito Positivo.

O chamado *conflito administrativo*, no campo funcional da Administração, torna incontestável a posição do Estado, sem que essa posição, no mais das vezes de caráter primacial, anule o interesse individual afetado, ou o direito de apelo às garantias jurídicas³⁷.

No conflito, como pondera BRISEÑO SIERRA, “la misión del juzgador (judicial o administrativo) es, cabalmente, analizar la legitimidad del acto”³⁸.

Considere-se, no entanto, que as situações que se criam não atingem somente a legitimidade, alcançando, com a atividade funcional administrativa, a legalidade na fase executória.

Em qualquer momento, onde não haja disciplinamento de normas no procedimento administrativo, a prova é meio

³⁶ Cf.: PEDRO GUILLERMO ALTAMIRA, *Principios de lo Contencioso Administrativo*, Buenos Aires, 1962; WILBURG JIMÉNEZ CASTRO, *Introducción al Estudio de la Teoría Administrativa*, México, 1966; ISAAC RUBIO GODOY, *Proceso de Formación de un Acto Administrativo*, Santiago do Chile, 1960; JORGE TRISTAN BOSCH, *El Procedimiento Administrativo en los Estados Unidos de América*, Montevideu, 1953; ALDO M. SANDULLI, *Il Procedimento Amministrativo*, Milão, 1959; ALFONSO NAVA NEGRETE, *Derecho Procesal Administrativo*, México, 1959.

³⁷ Cf. HUMBERTO BRISEÑO SIERRA, “El conflicto administrativo”, in *El Proceso Administrativo en Iberoamérica*, Cap. II, México, 1968; PROSPER WEIL, “Le contrôle par la jurisdiction administrative”, in *Le Droit Administratif*, Paris, 1964, pág. 97.

³⁸ BRISEÑO SIERRA, ob. cit., pág. 83.

de defesa assegurado contra a materialização ou eficácia daquele ato que, em circunstâncias diferentes e no âmbito da Administração, faz por ser a vontade estatal.

18. *OS DIREITOS ADMINISTRATIVOS* — Jamais será equívoco terminológico falar-se de *direitos administrativos*. O argumento em favor desses direitos provém da relação jurídico-administrativa. Aparecem para regularizar as situações afetadas com a execução de atos que viciam a vontade legal da Administração.

Não basta, portanto, a presunção de legalidade. No conflito, a legalidade tem conteúdo jurídico indisfarçável. Há de vir com todos os seus requisitos de origem e de forma, ou de mérito.

A incompetência, a falta de formalidades, o desvio de poder e a inoportunidade do ato são outros tantos argumentos que se podem levantar para a consecução de um mesmo resultado: a ilegalidade³⁹.

O conceito nasce, no tocante aos direitos administrativos, da noção que se possa ter de desacordos administrativos, eis que o Estado como titular de direito subjetivo de poder, assim o é quando se exterioriza através da lei e na atividade administrativa⁴⁰.

As deformações nessa atividade, de forma, de matéria ou de competência, não justificam o exercício das faculdades discricionárias, nem explicam que a Administração vulnere o direito quer na ordem civil ou seja na ordem administrativa.

19. *OS DIREITOS PROCESSUAIS* — À força de ser repetido, passou a ser matéria comum no processo, o instituto da prova. No concernente ao *processo administrativo*, ao menos por enquanto, ainda cabe ao Direito Processual, como fonte primária, estabelecer a forma e o *modus faciendi* dos atos reflexos da atividade administrativa, ou conseqüentes da vontade da Administração.

³⁹ *Id.*, *ibid.*, pág. 93.

⁴⁰ LÉON DUGUIT, *Las Transformaciones del Derecho Público*, Madri, 1915, págs. 280 e segs.

Compete à Administração no exercício do seu poder tutelar:

- a) assegurar às partes igualdade de tratamento;
- b) velar pela rápida solução do litígio;
- c) prevenir a proteção dos direitos administrativos ou reprimir atos contrários à lei.

Aplica-se, no processo administrativo, quanto às regras jurídicas, o princípio de que os termos processuais não dependem de forma determinada “senão quando a lei expressamente exigir”, reputando-se, porém, válidos os que, realizados de outro modo, preencham a finalidade essencial⁴¹.

Como no processo civil, no processo administrativo os atos das partes, “consistentes em declarações, unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais”⁴².

São condições também na formação do processo administrativo:

- a) começar por iniciativa das partes e desenvolver-se por impulso oficial;
- b) trazer como causa o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;
- c) apresentar provas com que se pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados.

Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados, são elementos hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se fundar a ação administrativa ou a defesa⁴³.

Por motivo dos chamados direitos processuais, o ônus da prova incumbe:

- a) ao autor, ou à Administração, quanto ao fato constitutivo do seu direito;
- b) ao autor, em idêntica situação, como administrado.

⁴¹ Código de Processo Civil, Projeto de Lei nº 810, de 1972, art. 159. *Diário do Congresso Nacional*, Suplemento ao nº 64, 8-8-1972.

⁴² Art. 163 do novo Código de Processo Civil.

⁴³ Art. 336 do Projeto e do novo Código de Processo Civil.

Continua sendo a prova, no processo, o modo mais exato de convencer da certeza de um fato, circunstância ou posição controvertida. Na linguagem jurídica, o meio melhor adequado à afirmação ou negação de um fato.

20. *A VERDADE NA PROVA* — Na sua clarividência não muito jurídica, mas aproximada do fato no processo, MARTINEZ SILVA toca num ponto bastante sensível para o entendimento da *verdade* quanto ao papel que desempenha a prova, afirmando: “Probar es establecer la existencia de la verdad; y las pruebas son los diversos medios por los cuales la inteligencia llega al descubrimiento de la verdad”⁴⁴.

Tanto a prova de *direito* como a prova de *fato* interessam ao processo administrativo. Não há como confundir ambos os meios quando eles se apresentam válidos na formação de natureza processual.

A verdade, portanto, aparece da prova, está na prova. A aplicação de métodos ou as circunstâncias evidentes tornam a prova material, ainda que discutível na relação.

Qualquer sistema jurídico de organização política jamais desconheceu o princípio informativo da capacidade probante, inclusive o Código Afonsino promulgado em 1348 e inspirador das mais avançadas legislações modernas⁴⁵.

Na realidade, só captamos o significado real de um princípio jurídico quando harmonizamos na sua unidade orgânica a norma com as exigências do bem comum, ou melhor, com o direito.

A expressão do VISCONDE DE URUGUAI, no Brasil, em 1862, faz mais de um século corrido, e a que nos referimos no Capítulo V, deste trabalho, é a que ainda melhor condiz em razão de uma finalidade objetiva para a ordem jurídica institucional⁴⁶.

Onde estarão as *garantias*, senão na própria ordem jurídica? Na defesa e na contestação? Na capacidade das partes para intentarem as provas indispensáveis à verificação do contraditório?

⁴⁴ CARLOS MARTINEZ SILVA, *Tratado de Pruebas Judiciales*, Buenos Aires, 1947, pág. 21.

⁴⁵ *Id.*, *ibid.*, págs. 143 e segs.

⁴⁶ VISCONDE DE URUGUAI, *Ensaio sobre o Direito Administrativo*, pág. 85, § 12. (Vide Cap. V deste trabalho.)

Pois bem, é princípio elementar em direito, e no processo, o da eficácia da prova produzindo efeitos para amparo da pretensão e controle da livre atividade administrativa.

Todo fato jurídico, sem dúvida, decorre de um ato ou de um acontecimento, passando a ser regulado pelos elementos de forma e de substância, sem que dele se excluam quando atinge outros direitos, as situações jurídicas acabadas.

O princípio da certeza do direito no processo vale tanto para o administrado como para a Administração, tanto para os particulares como para o Estado.

CAPÍTULO VII

O PROCESSO ADMINISTRATIVO E A PROVA NA BASE DAS GARANTIAS JURÍDICAS

SUMÁRIO: 1. Atividades não formalizadas. 2. As praxes remanescentes e costumeiras. 3. O processo de interesse público. 4. A vontade funcional. 5. O esquema de BIELSA. 6. Privilégios e prerrogativas. 7. Os privilégios. 8. As prerrogativas. 9. Competência e processo. 10. A medida da jurisdição. 11. História e contexto social. 12. Atividade processual. 13. Constituição do processo. 14. O princípio do contraditório. 15. Resistências da tradição. 16. As soluções racionalizantes. 17. A hipertrofia do Executivo. 18. O papel do Executivo. 19. O papel da Administração. 20. Administração e Direito.

1. *ATIVIDADES NÃO FORMALIZADAS* — Está claro que o processo administrativo não se apresenta uniforme nas suas regras mesmo fundamentais. Depende, sem dúvida, do regime jurídico, da natureza das instituições administrativas, e, principalmente, das estruturas que mantêm a organização política ou constitucional.

Contudo, para os administrativistas, no seu conteúdo, *processo administrativo* é sempre um fenômeno instrumental jurídico. E muito mais amplo que o processo civil ou crimi-

nal, pois envolve a Administração, o Estado e os poderes que integram a formação estatal.

O que não está, o processo administrativo, é determinado na sua exata expressão jurídica de unidade conceitual. Nos seus desdobramentos, confundindo-se com *procedimento*, oferece ao observador toda uma gama de atividades ainda não formalizadas, não codificadas, não sistematizadas.

Na sua origem relacional, no que diz com a Administração, com as partes ou com os sujeitos, em razão das inúmeras finalidades, não se admitiu ainda para ele um critério classificador racional, aparecendo como simples faculdade discricionária e disciplinar.

Nas legislações de vários Estados é apenas o *poder regulamentar* partido da lei, ditado pelos interesses da Administração. Numa acepção tão vulgar que contraria os pressupostos da ciência jurídica. E sem requisitos capazes de dar figuração às contendas administrativas.

Na evolução normal da processualística, porém, o processo administrativo desenvolve-se em todos os seus aspectos para, diante dos fatos e da ordem jurídica, alcançar plenitude no litígio, largueza no contraditório, ou melhor, condicionamentos explícitos de verdade processual.

2. AS PRAXES REMANESCENTES E COSTUMEIRAS — No entanto, a doutrina responsável não tem procurado as soluções adequadas. Nem mesmo um jurista como MARCELLO CAETANO, na sua importante obra, tratando das garantias da legalidade e dos administrados, deu importância à estrutura científica do processo administrativo¹. Tanto assim que, ao tratar da prova e dos meios de prova, limitou-se às praxes remanescentes e às costumeiras tradições de desnaturação do processo na área da Administração, afastando, com tal posição, inúmeras situações que envolvem o exame da legalidade na ordem pública².

Considere-se, no entanto, o professor de Lisboa até certo ponto um pioneiro, quando estabelece algumas premissas

¹ MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, ed. bras., Rio de Janeiro, 1970, t. II, págs. 1.202/3.

² *Id.*, *ibid.*, pág. 1.202.

da mais alta importância para a problemática relacional, como:

- a) a da existência de fatos ou de direitos;
- b) a da existência da presunção legal;
- c) a da instrução do processo;
- d) a dos prazos legais ou não fixados³.

Contra as praxes obsoletas, há de reconhecer-se que a atividade da Administração pública é, em larga escala, uma atividade processual, caracterizando-se o *processo* no “sentido de sucessão ordenada de formalidades preestabelecidas tendentes à formação ou à execução de uma vontade funcional”⁴.

Precisamente, sem dúvida, nessa *vontade funcional* reside o interesse principal da doutrina. Sobretudo para saber, investigar, até onde o Estado pode agir, até que ponto a Administração pode intervir.

De uma maneira ou de outra, apresente-se o processo administrativo como gracioso ou contencioso, seja de interesse público ou particular, os critérios probantes são os que atingem a legalidade decorrente do ato, sem reservas para a Administração e nem reservas para o administrado.

3. O PROCESSO DE INTERESSE PÚBLICO —

O processo de interesse público, também chamado *interno* por CAETANO, não se reveste, porém, como pensa o ilustre jurista português, de “pouquíssimo interesse jurídico”⁵. Ao contrário, no mais das vezes, projeta-se externamente, assumindo formas diferenciadas e alcançando, nos sistemas nacionais, as revisões impostas pelo Direito.

Vale o exemplo no instituto da desapropriação, não obstante as distorções sofridas através da ação discricionária.

³ *Id.*, *ibid.*

⁴ *Id.*, *ibid.*, pág. 1.177.

⁵ “Se o processo, porém, culmina num ato externo, definitivo e executório, então há que ver se alguma das suas formalidades está prescrita na lei, pois nesse caso o particular que se considere lesado nos seus direitos pela decisão final já pode discutir a correção formal do processo interno para o efeito de averiguar se o ato administrativo é ou não legal” (MARCELLO CAETANO, *ob. cit.*, t. II, pág. 1.188).

ria estatal, não permitindo a harmonização necessária entre as fases administrativa e judicial, isto é, enquanto interno e depois externo⁶.

Reconhece-se, pois, que qualquer processo de interesse público, ou interno, quando culmina num ato externo, definitivo ou executório, resolve-se conflitantemente, assumindo caráter de contenda, até o momento ou não da correção e da decisão final⁷.

São importantes o fato e o direito, a simples existência da presunção legal quanto ao ato, o efeito probante na instrução e a capacidade das partes em razão das garantias legais.

Todo poder estatal tem que aspirar a ser um poder jurídico, dentro de um sistema de leis que fazem a ordem jurídica. O Estado, naturalmente, consagrando-se como organização não só de segurança política, mas acima de tudo como organização de segurança jurídica.

4. *A VONTADE FUNCIONAL* — A vontade funcional não corresponde senão à vontade legal. É aquela que está expressa em lei ou na lei. Do contrário, a administração, pelos seus órgãos, não estaria entrosada com os fins estatais; fins que são cautelares, de tutela jurídica e de proteção aos administrados.

Tudo aqui, no problema, é questão de regime jurídico, ou de sistemas legais institucionalizados, onde o indivíduo, o administrado, como parte, integra uma ordem de garantias, e ordem sem a qual jamais seria possível a colaboração do particular com o Estado administrador.

Não é essa vontade funcional, por assim dizer, uma posição unilateral ou singular. Na sua manifestação, ou no exercício dela, o Estado age nos limites do que a lei obriga, prestando serviços ou atuando como poder de polícia. Mas sempre condicionado à sua competência específica.

A submissão do Estado a um regime de direito por ele mesmo criado, no dizer de RAFAEL BIELSA (*en sentido for-*

⁶ Cf. MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, *Desapropriação*, São Paulo, 1973.

⁷ Cf. MARCELLO CAETANO, *ob. cit.*, t. II, pág. 1.188.

mal y positivo), é um índice de progresso jurídico, pois o poder público se autolimita na sua vontade com respeito a outros sujeitos de direito submetidos a esse poder face às garantias reconhecidas e os naturais vínculos jurídicos⁸.

Em se tratando da impugnação de um ato, ou melhor, da vontade funcional manifestada, na impugnação está o primeiro passo de simples defesa da legalidade. Convenha-se que fora das faculdades públicas regradadas, a Administração violenta a si própria e o direito das pessoas que a integram e cercam.

5. *O ESQUEMA DE BIELSA* — O esquema proposto por BIELSA, em 1932, refletindo as implicações do controle administrativo, ainda se mantém bastante atual. O regime de controle, no bom entendimento, guardadas as naturezas de organização constitucional, fundamenta-se na forma e no exercício do ato público⁹.

Não importa apenas a forma em si e o exercício como é manifestado, mas o conteúdo do ato e a sua oportunidade. Não basta a evidência da vontade funcional, do Estado na sua dinâmica administrativa necessária. E isso porque a Administração responde e é responsável.

Na legitimidade do ato, está o elemento jurídico. Na oportunidade, o prático ou o conveniente. Enganam-se, portanto, os que acreditam como livre a Administração para gerir fora da lei. Há uma grande distância entre o discricionarismo e a legalidade, entre a discricção e a legitimidade.

Verifica-se pela impugnação a conformidade da gestão administrativa com a lei. Possibilitando-se, assim, pelo processo e provas, a revisão daqueles atos lesivos de direitos e interesses dos administrados e dos agentes da Administração.

O campo do Direito Privado não contrasta com o campo do Direito Público. Não são compartimentos estanques e nem fazem dos ramos jurídicos realidades que não se vinculem

⁸ RAFAEL BIELSA, *Estudios de Derecho Público* (Genesis del Derecho Administrativo), Buenos Aires, 1932, págs. 29/32.

⁹ *Id.*, *ibid.*, pág. 93.

por força dos sistemas jurídicos, sistemas que são naturais e resultam da natureza social do indivíduo.

Não constitui, hoje, novidade para o Direito Administrativo tudo quanto ficou regrado no Direito Privado. A diferença está, apenas, no *modus faciendi*, na maneira pela qual se comporta a Administração, dentro de critérios legais que afetam o regime de garantias jurídicas.

A questão, portanto, no processo administrativo, não é uma questão de somenos importância. Não é demais lembrar que os atos administrativos na teoria dos atos jurídicos exprimem uma condição-relação talvez mais grave do que aquelas que se materializam na esfera privada¹⁰.

Anulação e revogabilidade, legitimidade ou ilegitimidade, no processo, prendem-se à matéria de prova, ou de convencimento quando emanam do poder administrativo. Mas sempre de prova, tratando-se de atos válidos ou de atos que aconselham o caminho recursal.

6. PRIVILÉGIOS E PRERROGATIVAS — Não se pode afastar o conceito do processo, ou de procedimento, da noção de responsabilidade. São verdades afins para o equilíbrio jurídico da sociedade politicamente organizada, pois Administração e administrado formam uma mesma estrutura de vida e de conduta.

Afirmando a sua vontade funcional, manifestando essa mesma vontade, duas idéias prevalecem no bom entender de ENTRENA CUESTA: a idéia de eficácia administrativa e a idéia de garantia dos administrados. Daí a influência do Direito Processual como meio próprio de defesa¹¹.

Melhor esclarecendo: “La imagen, y por influencia de lo que ocurre con el Derecho procesal, se entiende que el

¹⁰ Cf., sobre os atos administrativos como atos jurídicos: RENATO ALESSI, *La Revoca degli Atti Amministrativi*, Milão, 1942; ORESTE RANELLETTI, *Teoria Generale degli Atti Amministrativi*, Milão, 1945; FERNANDO GARRIDO FALLA, *Régimen de Impugnación de los Actos Administrativos*, Madri, 1956; JESUS GONZALEZ PEREZ, *El Procedimiento Administrativo*, Madri, 1964; GONZALEZ NAVARRO, *Procedimientos Administrativos Especiales*, Madri, 1967; RAFAEL ENTRENA CUESTA, “El acto administrativo”, in *Curso de Derecho Administrativo*, Madri, 1970.

¹¹ RAFAEL ENTRENA CUESTA, ob. cit., pág. 525.

establecimiento de unos trámites que necesariamente habrán de ser observados cuando la Administración actúe, en particular al relacionarse con otros sujetos, constituye un medio para defender la seguridad de éstos, al mismo tiempo que para conseguir la efectiva realización de los fines públicos¹².

No processo administrativo, portanto, a Administração é parte, não se confundindo com a figura política do Estado. O equívoco reside precisamente nisto: na doutrina, muitas vezes, desapercibida e tímida, baralha regimes e sistemas, deixando-se influenciar pelos privilégios estatais e que, em muitos pontos, não são prerrogativas administrativas.

O Estado, sociologicamente, é inconfundível na sua expressão moral, constitucional e política¹³. Depende, está claro, dos instrumentais administrativos, da ação administrativa. Mas possui essência e estrutura própria na sua unidade real e natural.

7. *OS PRIVILÉGIOS* — Não se entendem os *privilégios* senão aqueles que importem com a *função pública* do Estado. E que se efetivam através de normas de aplicabilidade constitucional. Normas que, todavia, apesar de programáticas, sofrem a influência política da ordenação jurídica em que estão inseridas.

O problema terminológico, no sentido de Direito Público, não é o mesmo de Direito Privado. Afigura-se, aqui,

¹² RAFAEL ENTRENA CUESTA, "El procedimiento administrativo", in ob. cit., págs. 523 e segs. Cf., também, VALMIR PONTES, *Programa de Direito Administrativo* (Privilégios e Prerrogativas), São Paulo, 1968, págs. 143/4.

¹³ Na verdade a distinção está presente e na maioria dos investigadores do fenómeno *Estado*, ressaltando-se mais de perto: HERMAN HELLER, *Teoría del Estado*, versão esp., Madri, 1942; HANS KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. esp., México, 1958; JEAN-WILLIAM LAPIERRE, *Le Pouvoir Politique*, Paris, 1953; MIGUEL REALE, *Teoria do Direito e do Estado*, São Paulo, 1940; VINCENZO GUELLI, *O Regime Político*, trad. port., Coimbra, 1951; ARTURO ENRIQUE SAMPAY, *Introducción a la Teoría del Estado*, Buenos Aires, 1951; FERNANDO GARRIDO FALLA, *La Administración Española y el Estado Contemporáneo*, Madri, 1961; MAURICE DUVERGER, *Droit Public*, Paris, 1966; G. J. BIDART CAMPOS, *Derecho Constitucional del Poder*, Buenos Aires, 1967; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, 1971; PINTO FERREIRA, *Princípios Gerais de Direito Constitucional*, São Paulo, 1971.

sem dúvida, como a competência exclusiva, prescrita em lei, em favor do Estado¹⁴.

Trata-se, pois, de um direito a ser exercido, exclusivamente, pelo poder estatal. Por sua natureza restritiva, não carece que seja interpretado extensivamente. Mas em tudo manifesto na sua existência quando imposto pela norma constitucional distinta e de eficácia plena.

A tendência do Estado a ser *mais social*, dando prevalência aos interesses públicos, traduz, na exatidão, dois fins peculiares:

- a) os marcados de formação coletiva;
- b) os programados por limitações legais.

Dilucidados os fins, os chamados privilégios não fazem prerrogativas, pois a rigor extravasam um princípio delegatório, e isto conforme a lei, permitido em lei, estabelecido na forma da regra legal¹⁵.

Com as prerrogativas estatais, o Estado assume posição natural de relevo primacial. Não, porém, uma posição de premissa jurídica não definida, mas posição que respeita o preceito básico fundamental, ou melhor, de poder constituinte normativo da sua aplicabilidade.

8. *AS PRERROGATIVAS* — Usando a Administração de uma prerrogativa, quem fala em primeiro lugar é o Estado. Para o administrado, privilégios e prerrogativas podem significar uma mesma atitude administrativa ou de vontade funcional. Não porém para o hermenêuta em qualquer regime de garantias jurídicas concretas.

A distinção conceitual é por demais sutil. Contudo de uma sutileza que não baralha os conceitos. Constitui-se,

¹⁴ Vale a dicotomia *direito-administração*. Tendo em conta o valor da lei. Entre outros valores, está claro. Competência exclusiva não quer dizer arbítrio. Nem tampouco livre discricção. Trata-se aqui, sem dúvida, de definir, em termos concretos, o que seja *Direito* e *Administração*. E isso numa adequada interpretação do conceito de Direito. A *vocação de atualidade* peculiar ao Direito Administrativo é que orienta a doutrina para caminhos não harmoniosos, como faz crer JOSÉ LUIZ MEILÁN GIL, num pequeno ensaio de bastante significação filosófica (cf. *El Proceso de la Definición del Derecho Administrativo*, Escuela Nacional de Administración Pública, Alcalá de Henares, 1970).

¹⁵ Sobre os *privilégios*, cf. RAFAEL BIELSA, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1939, vol. I, págs. 349, 361, 379, 384 e 342.

assim, a prerrogativa, e não o privilégio, por ser uma primazia de certas funções estatais. E em proveito do Estado no interesse coletivo ou de serviço público¹⁶.

Da prerrogativa não decorre, no entanto, a irresponsabilidade civil ou administrativa. É o direito de dispor conforme manda a lei e permite a ordem jurídica. Não é, na ordem jurídica, providência de substância extralegal, porque assentada está na imposição constitucional.

O Estado, politicamente falando, é que desfruta de certas prerrogativas asseguradas nas constituições. Procurando dissipar equívocos, não bastam para justificar a atividade administrativa os critérios simplistas da oportunidade ou da conveniência.

Havendo conflito na aplicação do Direito, torna-se justo o apelo da parte interessada ou da pessoa quem sabe prejudicada. A lei não pode falhar na sua execução, violando-se na sua intenção. O ato público, por sua vez, mesmo não ilegítimo, poderá ser ilegal¹⁷.

Por esse motivo, as prerrogativas, como essenciais à atuação estatal, estabelecem vínculos obrigacionais, vínculos que justificam o socorro legal e de adequado procedimento. São os limites traçados no exercício do poder discricionário que mantêm a intangibilidade da ordem jurídica.

É exato que o princípio da legalidade constitui uma limitação do poder administrativo, mas não é exato que esse tão

¹⁶ Algumas constituições modernas especificam e particularizam o funcionamento estatal. Entre elas: a Constituição Política da República do Chile, de 24 de março de 1970; a Constituição Portuguesa, de 16 de agosto de 1971; a Constituição da República Popular da Bulgária, de 16 de maio de 1971; a Constituição do Iraque, de 17 de julho de 1970; a Constituição de Marrocos, de 31 de julho de 1970. Na verdade, essas, como outras Cartas, sofrem a tendência da evolução política. Sem perderem, contudo, o sentido naturalístico. Aceitando todas elas o primado da organização do poder. Consagrando, também, as linhas mestras da ordem jurídica estatal em atendimento do indivíduo e da Administração. Cada Constituição, porém, com o seu significado político. Significado que se harmoniza com um conjunto de disposições jurídicas pertencentes ao Direito Público e Privado. Já que as constituições modernas acolhem princípios da ordem jurídica individualista, tais princípios são essenciais nos textos das Cartas socialistas, como nos mandamentos das Cartas liberais. Nada há, nisso, de contraditório. Eis que o indivíduo, o homem, o cidadão, a pessoa humana, está na base das instituições. E dentro de um regime de garantia, relativas ou não, mas assente na continuidade da evolução jurídica.

¹⁷ Atual, ainda, continua a posição de TITO PRATES DA FONSECA. Cf.: *Lições de Direito Administrativo*, São Paulo, 1943, págs. 368 e segs.

importante princípio não seja condição natural do próprio direito, inclusive o político e o constitucional¹⁸.

Há que, portanto, aceitar-se a Administração, e mesmo o Estado, nas suas devidas formulações jurídicas, institucionais ou legais, sem os exageros das doutrinas políticas que exacerbam a ação do poder administrativo e tornam o poder político *único* nas estruturas sociais.

9. *COMPETÊNCIA E PROCESSO* — Difícil entender o Estado sem o homem. Mais difícil é, ainda, entender a Administração, sem a figura do administrado¹⁹. Não considerando as funções jurídicas estatais diferenciadas que aparecem no complexo do Direito Processual, seja a legislativa, a judicial e a administrativa²⁰.

Para o Direito Comparado, admite relevo a posição assumida por SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA, quando lembra diante da realidade: “Tal como o Direito Administrativo, o Direito Processual ou Jurídico tem por objeto uma das funções estatais, a função jurisdicional, que, em sentido material, é aquela pela qual o Estado constata e seleciona, em caráter definitivo, os litígios ou conflitos que lhe são apresentados”²¹.

Importa, porém, em abono da verdade, no regime jurídico, não confundir a competência administrativa com a competência judiciária. São as determinadas *competências*, na esfera de atividade normativa relacional, que caracterizam o processo judicial e o processo administrativo.

Ressalte-se aparecer a *competência* como a base fundamental do Direito Administrativo²², como atividade de organização jurídica ou subjetiva, como atividade orientada para

¹⁸ Importante é o texto do art. 87 da citada Constituição do Chile, quando ordena a existência de tribunais administrativos formados com membros permanentes para resolver questões advindas de “atos ou disposições arbitrárias das autoridades políticas ou administrativas”.

¹⁹ MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, *Introdução ao Direito Processual Administrativo*, Terceiro Caderno, “Direito, Administração e Administrado”, págs. 249 e segs.

²⁰ Cf. BENJAMIN VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho Administrativo*, t. I, pág. 145.

²¹ SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA, *Lições de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 1972, pág. 15.

²² Cf. RAFAEL A. ARNANZ, *De la Competencia Administrativa*, Madri, 1967, pág. 39.

assegurar a ordem jurídica, como atividade que atinge o particular ou administrado.

No processo administrativo, como no processo privado, são fundamentais os recursos, os prazos, as instâncias, a definição de coisa julgada e a matéria de prova²³.

Acham-se, assim, indissolúvelmente ligadas as idéias de direito e de processo, indispensáveis para a caracterização das diferentes relações jurídicas.

10. *A MEDIDA DA JURISDIÇÃO* — Acontece, no entanto, que as chamadas diferentes relações jurídicas, no sentido lato organizacional, jamais se deixaram impressionar pelos fenômenos da jurisdição e da competência.

Não resta dúvida que a jurisdição e a competência, como realidades, não são expressões sinônimas. A jurisdição, em regra, trata do direito aplicável expresso em lei, enquanto a competência é a especialidade, ou a especialização, ou então, “a medida da jurisdição”²⁴.

O Código de Processo Civil, sobretudo o atual, na sua classificação, não incluiu os processos de jurisdição administrativa, o que não podia fazê-lo não só para evitar confusões inconvenientes, como também em virtude da necessária composição diferente das lides²⁵.

Se se considerar que no processo administrativo se compreendem autoria e oposição, tanto o princípio da economia

²³ “Existe, pois, um Direito Administrativo Processual, ramo do Direito Administrativo, e que se distingue do Direito Processual material. Assinale-se, ademais, que princípios e normas de processo judicial são fontes subsidiárias com relação ao processo administrativo. Cabe acentuar, a propósito, o fenômeno denominado de *jurisdicionalização do processo administrativo*, com a assimilação, pelo mesmo, de princípios do processo judicial, como os que se referem às garantias de defesa” (SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA, ob. cit., pág. 16).

²⁴ Cf. JOÃO MENDES, *Direito Judiciário Brasileiro*, Rio de Janeiro, 1918, pág. 52.

²⁵ “Propondo uma reforma *total*, pode parecer que queremos deitar abaixo as instituições do Código vigente, substituindo-as por outras inteiramente novas. Não. Introduzimos modificações substanciais a fim de simplificar a estrutura do Código, facilitar-lhe o manejo, racionalizar-lhe o sistema e torná-lo um instrumento dúctil para a administração da Justiça” (*Exposição de Motivos* do Ministro ALFREDO BUZAIU, Projeto de Lei nº 810, de 1972). Na verdade assim foi. O novo documento melhora consideravelmente o anterior. Oferecendo importantes subsídios para a posição administrativa ou do administrativista. Quanto ao procedimento, processo administrativo há de ser diploma configurado pela especialidade, tocado de sabor diferente, dada a natureza das relações jurídicas que são vitais para a segurança da ordem jurídica.

processual como as razões político-jurídicas impõem ao Estado a necessidade de conhecer as controvérsias e dar decisão na medida legal que a jurisdição permita.

Sobre a extensão do poder jurisdicional influem circunstâncias reais de duas naturezas: a propriamente administrativa e a judicial, considerando a matéria, a pessoa, o ato e o fato.

Em tais circunstâncias, de pronto a competência é absoluta e não relativa, cabendo à Administração, na peculiaridade, manifestar-se na divergência entre as autoridades administrativas e administrados.

O controle da legalidade, pois, não deve continuar sendo apenas um problema de intervenção judicial, mas corresponder a um processo adequado a um objetivo que, reconhecendo a jurisdição, possa oferecer, ao particular, condições reais face a privilégios e prerrogativas.

11. *HISTÓRIA E CONTEXTO SOCIAL* — A responsabilidade do homem, no contexto da vida social e administrativa, busca suporte na responsabilidade do Estado. Falar em independência da Administração não é reconhecer nela poderes que não se afeiçoem ao sistema institucional ou à unidade da ordem jurídica.

No conflito dos séculos, filósofos-juristas jamais negaram as instituições jurídicas, sobretudo colocando-as num grau de importância igual às instituições políticas, talvez porque o indivíduo ou a sociedade nunca deixassem de ser categorias valorativas na existência do corpo social.

Como é fácil de ver na História, em qualquer etapa do desenvolvimento humano ou em qualquer forma de organização social, estabelecem-se condições e exigências próprias que dizem com o respeito mútuo entre as pessoas como imperativo da vida comum nas sociedades²⁶.

²⁶ Cf. ICILIO VANNI, *Filosofia del Derecho*, Madri, 1941; EDGAR BODENHEIMER, *Teoría del Derecho*, México, 1942; MAURICE DUVERGER, *Manuel del Droit Constitutionnel et de Science Politique*, Paris, 1948; G. BALLADARE PALLIERI, *Diritto Costituzionale*, Milão, 1950; LUIS RECASENS SICHES, *Vida Humana, Sociedad y Derecho*, México, 1945; PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA, *Lo Stato Democratico Moderno nella Dottrina e nella Legis-*

Variando as exigências da vida em comum, variam também as normas reguladoras, pois as normas jurídicas ou as suas formas de força obrigatória se estendem ao Estado e ao indivíduo no campo das relações humanas, da ordenação jurídica e das garantias específicas.

No momento em que o Direito Administrativo se faz relacional, não se pode fugir de investigar e depois conhecer:

a) a norma administrativa em sua existência ou permanência objetiva;

b) o direito em si e nos seus limites na sua existência ou permanência subjetiva;

c) a verdade da relação jurídica.

Como toda norma, a administrativa tem uma forma e um conteúdo próprios. Forma que dá motivação à ação e ao processo. E conteúdo que declara a responsabilidade pela observância ou não da norma, em virtude da força obrigatória e da sanção que envolvem as partes conflitantes.

Daí surge o problema da competência, do processo. E processo que, apesar da conexão com o processo civil, é administrativo por excelência, ou melhor, marcado de incontestável expressão casuística.

12. *ATIVIDADE PROCESSUAL* — Impossível não reconhecer, aceitando a afirmação de CRETELLA JÚNIOR que “em extensa escala a atividade da administração é *atividade processual* e esta, pela importância de que se reveste, está inscrita entre os capítulos de maior responsabilidade do Direito Administrativo”²⁷.

Não constitui essa atividade, como bem o sabemos, apenas uma atividade interna, mas uma atividade que se alarga através dos mais diferentes setores jurídicos, inclusive

lazione, Milão, 1946; R. CHAPUS, *La Responsabilité Publique et la Responsabilité Privée*, Paris, 1957; ANTONIO LANCIS Y SANCHES, “La actividad administrativa y sus manifestaciones”, in *Derecho Administrativo*, Havana, 1952; HAROLD J. LASKI, *El Estado Moderno*, Barcelona, 1952; LUIZ LEGAZ Y LACAMBRA, *Administración y Sociedad*, Madri, 1964; HANS Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, 1959; FERNANDO GARRIDO FALLA, *Las Transformaciones del Régimen Administrativo*, Madri, 1962.

²⁷ JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Curso de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 1970, pág. 455.

intervindo na iniciativa privada e subordinando pessoas várias à tutela estatal.

Não se pode mais hoje em dia circunscrever o processo administrativo à simplicidade dos recursos de representação ou reclamação, de reconsideração ou hierárquicos, pois a importância assinalada não se detém na formulação de um conceito tão simplista quanto obsoleto²⁸.

Outro não é o motivo científico porque o processo administrativo existe já na legislação de diversos países, "regulamentado por uma série de regras características, típicas, que o distinguem do processo penal e civil, também autônomos, com métodos próprios, normas próprias, princípios e objetivos peculiares"²⁹.

Então, por que não conciliar-se a doutrina com a realidade? o pensamento jurídico com a ação administrativa? a posição da Administração com os interesses do administrado? os conflitos administrativos com o sistema jurídico de garantia? a teoria com a prática? a tutela e a autotutela com a lei? a função com o princípio da legalidade?

13. *CONSTITUIÇÃO DO PROCESSO* — Serve a nomenclatura para qualificar aquela seqüência de atos constitutivos na formação do processo, no caso específico do processo administrativo. Pelo conhecimento de estudos anteriores verifica-se que a estrutura do *administrativo* não foge da teoria geral do processo³⁰. Exatamente porque o

²⁸ A orientação é positiva como se pode facilmente verificar nos trabalhos de importantes administrativistas: VILLAR Y ROMERO, *Derecho Procesal Administrativo*, Madri, 1944; ALDO M. SANDULLI, *Il Procedimento Amministrativo*, Milão, 1940; JORGE TRISTAN BOSCH, *El Procedimiento Administrativo en los Estados Unidos de América*, Montevideu, 1953; JESUS GONZALEZ PEREZ, *El Procedimiento Administrativo*, Madri, 1964; ALFONSO NAVA NEGRETE, *Derecho Procesal Administrativo*, México, 1959; BARTOLOMÉ FIORINI, *Código Contencioso-Administrativo*, Buenos Aires, 1969; AGUSTIN A. GORDILLO, *Procedimiento y Recursos Administrativos*, Buenos Aires, 1971; FERNANDO ARENA, *El Proceso Administrativo*, México, 1965; FERNANDO ALVAREZ TABIE, *El Proceso Contencioso Administrativo*, Havana, 1954; EDUARDO VIVANCOS, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, Barcelona, 1959; GEREMIA BROCCOLLI, *La Codificazione del Diritto Amministrativo*, Nápoles, 1936; PIETRO VIRGA, *Il Procedimento Amministrativo*, Palermo, 1964.

²⁹ JOSÉ CRETILLA JÚNIOR, "Autonomia de Direito Processual administrativo", in ob. cit., págs. 454/5; SPIEGEL, "Derecho Administrativo y Derecho Procesal", in *Derecho Administrativo*, págs. 87 e segs.

³⁰ MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, *A Prova no Processo Administrativo*, Curitiba, 1971, ns. 81/84, págs. 84/7.

processo, e com mais rigor o *administrativo*, tem por objetivo a descoberta e o reconhecimento da verdade, não só imposta às partes como sujeitos da ação, mas também a todos quantos nele intervenham, “inclusive aos sujeitos ativos da prova”³¹.

A legitimação processual, na área do Poder Público administrativo, está no interesse de agir e no direito subjetivo a proteger. São essas duas circunstâncias indicadoras que impõem a garantia da tutela jurídica, e, conseqüentemente, transforma a Administração em parte.

O que se ressalva é que as duas circunstâncias devem coexistir, para que a ação se torne corpórea, tornando material o litígio ou materializando o direito pela exteriorização da vontade. Não basta, portanto, a pretensão. É preciso mais, ou melhor, que o interesse seja substancial.

Dois motivos tornam assim o processo administrativo um *processo constituído*:

- a) o de relação entre o fato e a norma;
- b) a preexistência de um direito subjetivo.

Essa é uma resultante contida no melhor pensamento de CALAMANDREI desde quando aponta a importância entre o fato específico real e o fato específico legal, de onde surge o direito subjetivo procurando tornar coincidentes o ato-fato, a lei e a norma³².

Portanto, na constituição do processo, o *fato* é uma premissa fundamental; a primeira condição do direito de intentar o litígio e armar a controvérsia; premissa que leva à relação jurídica, aparecendo a *pretensão* no sentido de afirmação de um interesse atingido ou violentado.

14. *O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO* — Inegável, também, no processo administrativo, a importância do princípio do contraditório. Outra vez busca-se, aqui, o apoio casuísta da teoria geral do processo. Decorrem dele situações que garantem a eficácia na aplicação do Direito, pois é o Direito Subjetivo que se pretende proteger.

³¹ Cf. MOACYR AMARAL SANTOS, *As Condições da Ação no Despacho Sancionador*, São Paulo, 1946, pág. 11.

³² PIERO CALAMANDREI, *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, Pádua, 1943.

Em tese, está claro, os Estados de Direito se firmam num ambiente de certeza jurídica. Mas isso não quer dizer, como lembra ARRUDA ALVIM, que terminaram os conflitos de interesses e que a ordem jurídica não intervenha para solucioná-los adequadamente impondo a tutela³³.

No mundo moderno, a força jurídica, se confunde comumente, com o poder administrativo. Há demasiado respeito pela atuação estatal pública. Fala-se em desigualdade de partes, de superioridade da Administração sobre o administrado, da supremacia das regras de condução dos interesses coletivos.

Frente à realidade institucional, de um Estado de Direito, estamos perfeitamente acordes com as conclusões a que chegou a investigação de GOMEZ RODRIGUEZ:

“a) dentro de la vida de un estado de derecho evolucionado, se entiende que los Poderes Públicos están en el derecho, y no encima e fuera de él;

“b) los poderes estatales formuladores del derecho, en el orden general y abstracto y en el concreto ejecutivo, se autovinculan a las normas jurídicas”³⁴.

Não havendo licitude processual no conhecimento do litígio, a influência do que PODETTI chama de instituições básicas, a jurisdição, a ação e o processo, torna-se insequente o princípio do contraditório, falha a norma jurídica que vincula o Direito ao Estado³⁵.

Interessante seria que o recomendado por ASSIS RIBEIRO fosse de aplicação ao processo administrativo, não somente a algumas formas de procedimento³⁶, posto que os instrumentos jurídicos ou as instituições básicas não se restringem a tipos de conflitos, mas a todos.

15. *RESISTÊNCIAS DA TRADIÇÃO* — A intenção não é quebrar a chamada unidade da função jurisdicional.

³³ ARRUDA ALVIM, “Teoria Geral de Processo de Conhecimento”, in *Direito Processual Civil*, São Paulo, 1972, vol. I, pág. 35.

³⁴ ELEAZAR GOMEZ RODRIGUEZ, *Poder Judicial y Proceso Administrativo*, Santiago do Chile, 1966, pág. 25.

³⁵ J. RAMIRO PODETTI, *Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral*, Buenos Aires, 1954, pág. 13.

³⁶ C. J. DE ASSIS RIBEIRO, *Do Processo Administrativo e sua Revisão*, Rio de Janeiro, 1960, pág. 27.

E, sim, reconhecer na unidade uma multiplicidade de jurisdições mais capazes de atender a toda a gama de interesses jurídicos.

Em parte, sem dúvida, é de atender a advertência de ELEAZAR RODRIGUEZ, sensível, prática e de natureza medular: "... conferir a los derechos individuales una garantía suficiente y acomodar a la vez intereses particulares y exigencias de los servicios públicos, para satisfacer el interés público, sen labores difíciles de conseguir y desbordan la competencia del Poder Judicial"³⁷.

Muito embora a tradição imponha enormes resistências às soluções racionalizantes, qualquer regra de princípio jurídico que se atribua às autoridades administrativas não está imune de apreciação e de crítica, muito menos de verificação formal ou de sentido constitucional.

Dá-se, portanto, vinculação jurídica ao ato administrativo, nos limites do seu conteúdo legal. Na vinculação está o efeito, a relação, o comportamento da Administração. Comportamento esse, contudo, com projeção no plano de Direito Público e no plano de Direito Privado.

Não resta dúvida, assim, que o processo administrativo apresenta ritos e problemas, características que atingem a natureza da matéria jurídica, tornando-o na prática instrumento de finalidade pública como manifestação de um fenômeno gerador de peculiares interesses contrapostos.

16. *AS SOLUÇÕES RACIONALIZANTES* — Atender o *direito* como ele é no plano da sociedade política organizada, dará ao jurista uma amplitude de visão capaz de influir no entendimento da evolução jurídica e do progresso científico. Ampliando-se as razões estatais, mais fundamentais se tornam as garantias jurídicas.

H. W. R. WADE, de formação liberal mas sensível a realidade positiva, lembra que para o administrado ou para o cidadão "é vital que todo o poder seja usado ou exercitado de forma conveniente, resguardadas as idéias de liberdade, boa administração e senso político superior"³⁸.

³⁷ ELEAZAR GOMEZ RODRIGUEZ, ob. cit., pág. 61.

³⁸ H. W. R. WADE, *Administrative Law*, Londres, 1970, pág. 11.

Não basta, atualmente, que o Estado organize a máquina administrativa selecionando pessoal, coordenando serviços, se em contrapartida não amparar o particular nos seus direitos individuais.

Quanto às soluções racionalizantes burocráticas apontadas por vários autores, essas não se fazem suficientes bastante para conter o Poder Público administrativo nos limites do *direito jurídico* e nem para possibilitar autotutela com o desequilíbrio das forças nos litígios³⁹.

Certo que à Administração moderna cabe organizar-se no *desenvolvimento*, tendo em conta fatores que sejam importantes para o contexto social. A problemática dos objetivos tudo permite, alterando métodos e fins, justificando meios e perspectivas, mas com o esmagamento do indivíduo⁴⁰.

Não é isso, entretanto, o que se quer. Sem o indivíduo, o particular ou o administrado, a Administração inexiste como motivo, meio e fim. No processo, consubstanciando a relação jurídica, encontra o administrado a proteção de seu interesse ou do seu direito ameaçado.

Sem dúvida que o Direito nos seus dois aspectos, como norma de agir ou atributo da pessoa, sensibiliza também o Direito Administrativo na sua estrutura, no substrato que

³⁹ São autores esses que unilateralizaram o problema não obstante a importância da posição assumida: JACOBO WAINER, *Racionalización Administrativa*, Buenos Aires, 1943; JAMES C. CHARLESWORTH, *Governamental Administration*, Nova Iork, 1951; PEDRO MUÑOZ AMATO, *Introducción a la Administración Pública*, México, 1954; HERBERT A. SIMON, *Comportamiento Administrativo*, Buenos Aires, 1962; CIMMINO SALVATORE, *La Organización Administrativa e su Contexto Social*, Madri, 1965; GIUSEPPE CATALDI, *Lineamenti Generali di Scienza dell'Amministrazione*, Milão, 1969. Serviço público e administrado são imposições afins, função pública e indivíduo, uma mesma condição integrada. Não se pode, por isso, não atender ao regime de garantias jurídicas.

⁴⁰ Preferível, face a um entendimento mais amplo da problemática administrativa, em razão do Estado e do administrado, a orientação menos restritiva do fenômeno institucional, no caso a dos juristas: RENATO ALESSI, "La giustizia amministrativa", in *Diritto Amministrativo*, Milão, 1950; STRATI ANDRÉADÉS, *Les Contetieux Administratifs des États Modernes*, Paris, 1954; PIETRO BODDA, *Giustizia Amministrativa*, Turim, 1960; JEAN RIVERE, *Droit Administratif*, Paris, 1960; MANUEL MAFA DIEZ, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1963/65; PEDRO GUILLERMO ALTAMIRA, *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1971. Não se pode, nem se deve, por condição própria da ordem jurídica, desnivelar valores que são iguais nos conflitos de controvérsia administrativa. Ao Estado, além de impor, cabe responder.

lhe é próprio, na relação jurídica que lhe dá vinculação ao objeto⁴¹.

Não se ignore nunca que o que se pretende com a racionalização do processo é garantir os direitos individuais, direitos civis e direitos administrativos adquiridos por particulares, assegurando-se a exteriorização da vontade dentro da lei e sem os insanáveis vícios de forma.

17. *A HIPERTROFIA DO EXECUTIVO* — Avançando o pensamento de VIZIEZ, ganha realidade a idéia geratriz de que o processo administrativo deve ser estudado sob todos os seus aspectos, com sensibilidade no atendimento dos seus problemas mais gerais “et non seulement sous son angle particulier, du point de vue des règles spéciales qui s’y appliquent”⁴².

Nada aconselha o não-atendimento de uma tese que já passou à realidade histórica numa demonstração de crescimento de *poder administrativo* e estudada com exaustão por HENRI CHARDON, e analisada sobre prisma político na clássica obra de JAMES M. LANDIS⁴³.

Os tempos mudaram e as verdades estruturais sociais também, com a hipertrofia do Poder Executivo, e, portanto, do poder administrativo, tudo isso forçando novas obrigações não só quanto à autotutela do Estado como em tudo que disser respeito à figura menor do administrado.

Essa expansão em projeção *duplex*, para usar de uma expressão não muito apropriada de ALBERTO DOMICHELII, resultante possivelmente de um novo direito político, favorece a quase livre ingerência do Estado nas atividades privadas, cujo alcance atinge a relação jurídica constitucional⁴⁴.

Considerados os interesses políticos do Estado, a rigidez dos sistemas que correspondem à segurança institucional, a unidade de Poder Executivo não pressupõe indivisibilidade, mas unidade que decorre de uma série de funções distintas, ou de ações pluripessoais.

⁴¹ Cf. MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, *Direito Processual...*, cit., pág. 263.

⁴² HENRY VIZIEZ, *Études de Procédure*, Bordéus, 1956, págs. 54 e segs.

⁴³ Analisar: HENRI CHARDON, *Le Pouvoir Administratif*, Paris, 1911; JAMES M. LANDIS, *The Administrative Process*, New Haven, 1941.

⁴⁴ Cf. *El Poder Ejecutivo* (Génesis y Transformaciones), Buenos Aires, 1950.

A natureza dos atos, portanto, diz com a natureza das funções e das ações, chegando o pesquisador a uma conclusão que, no Estado moderno, as virtudes políticas não podem exceder as virtudes jurídicas, eliminando do contexto a figura base do administrado.

Eis por que o processo administrativo, em face do poder administrativo, traz o equilíbrio na controvérsia, no conflito de interesses, impondo às partes controversas ou conflitantes um regime característico de respeito enquadrado na ordem jurídica estabelecida. Sem embargo, de um processo aplicável, revestido de atos de conteúdo próprio, manifestados através de formalidades que previnam os excessos, e, evidentemente, um processo onde em tudo se garantam as garantias asseguradas aos indivíduos e administrados nas cartas de direito.

18. *O PAPEL DO EXECUTIVO* — *O Direito como relação* é o princípio natural, fundamental e básico na realidade homem *versus* sociedade e Estado. A experiência jurídica, antes e depois de RENATO TREVES, confirma a verdade da assertiva⁴⁵. Relação que é vida, estrutura e sistema rigoroso de interdependência orgânica.

Do contrário, só haveria o Executivo, como poder de ação e de reação, quebrando o equilíbrio de todos os dados imediatos resultantes da experiência jurídica e das práticas litigiosas. Não se trata apenas, porém, de uma concepção. Mas de uma evidência sobretudo *natural*.

Não havendo só o Executivo, o poder administrativo se distribui, divide e subdivide ganhando progressividade em áreas de funções necessárias e reais, e isso através de um círculo de atividade jurídica diversificada que abrange o Estado em todas as suas manifestações.

De plano, portanto, os instrumentos administrativos e de técnica na mecânica administrativa, pertencem ao Estado. Já afirmamos, em outra oportunidade, que o problema de

⁴⁵ Não é novidade, hoje em dia, a posição defendida pelo antigo professor da Universidade Nacional de Tucumã. Mas os seus trabalhos fazem sentido de verdade histórica. Cf.: *Il Diritto come Relazione*, Turim, 1934; *Il Fondamento Filosofico della Dottrina Pura del Diritto di Hans Kelsen*, Turim, 1934; *Derecho y Cultura*, Buenos Aires, 1947.

meios e de fins não é somente um problema fundamental para a filosofia política, mas também fundamental para a filosofia jurídica e o Direito Administrativo⁴⁶.

Apresenta-se, assim, o problema, sob dois aspectos:

a) diz respeito a um processo para a consecução de um fim;

b) informa-se através do elemento pelo qual o Estado possa atender às necessidades gerais.

Na verdade, quanto mais complexa a organização política do Estado, menos se liberta ele da força de racionalizar as técnicas, de estabelecer processos adequados aos fins pretendidos ou de se organizar em acordo com a lei científica da divisão do trabalho administrativo⁴⁷.

Em tudo e para tudo há o *processo* do fazer e do realizar. Nascido da relação jurídica que se estabelece no sentido da coordenação e efetivação dos negócios públicos, deixando, com isso, o Executivo, ou os órgãos a ele vinculados, com apenas a parcela maior do poder administrativo.

A Administração pública, em consequência, se consoma processualmente através de um sistema variado de relações jurídicas, tomando a figuração de diferentes formas como a executiva, a legislativa e a judiciária, todas essas *formas* extrovertendo o exercício prático de funções administrativas.

Nessa repartição de poderes que completam a estrutura constitucional, a Administração passa a ser um *todo integrador*. Não é tão-somente o Executivo cujo papel já vem marcado nas cartas constitucionais, as passadas, as históricas e as presentes⁴⁸.

Foi com a tradição tendendo a reforçar o poder administrativo e a enfraquecer as condições definidas nos outros setores estatais, que garantias novas se foram introduzindo

⁴⁶ MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, "Regime jurídico das fundações no Direito Administrativo brasileiro", in *Ciências Administrativas*, Ano XV, nº 38, La Plata, 1972.

⁴⁷ *Id.*, *ibid.*, pág. 8.

⁴⁸ Literatura informativa: MIRKINE-GUETZEVITCH, *Las Nuevas Constituciones del Mundo*, Madri, 1931; CARLOS OLLERE, *El Derecho Constitucional de la Postguerra*, Barcelona, 1949; MANUEL JIMÉNES DE PARGA, *Los Regimenes Políticos Contemporáneos*, Madri, 1960; GEORGES BURDEAU, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Paris, 1966; MICHEL LESAGE, *Les Régimes Politiques de l'URSS et de l'Europe de l'Est*, Paris, 1971.

no tocante à ação dos poderes públicos onde se exigia a intervenção das leis ou onde limites se impusessem às iniciativas governamentais em virtude do controle da legalidade.

19. *O PAPEL DA ADMINISTRAÇÃO* — E uma dessas garantias, como vimos afirmando e repetindo, é o processo. Processo que, nos sistemas jurídicos atuais, vem para atender a variedade e a variação das situações que se criam para possibilitar o equacionamento legal das controvérsias de direitos ou de interesses.

Na verdade, essencialmente, como fala RODRIGUES QUEIRÓ, “o direito administrativo não foi, sempre, aquilo que é hoje”⁴⁹. Um sistema, vamos dizer, de normas materiais. De esferas próprias de competência. E regulando, de modo concreto, a atividade *jurídica* do Estado.

O Estado, por seu turno, não está liberto da lei. Sofre as implicações de regime legal, considerando-se a função política do ato administrativo que é conseqüência de um sistema de garantias “de respeito pelo princípio da legalidade por parte da Administração”⁵⁰.

Não se pode esquecer que os vícios de ato administrativo atingem o particular ou administrado. Quer no tocante à categoria do ato ou quer relativamente ao seu conteúdo. Vício de forma, incompetência, falta de causa, violação da lei ou desvio de poder, obrigam em responsabilidade.

Óbvio que em todas as construções jurídicas importam os fatores determinantes das categorias legais. O fato determinante leva à causa jurídica do ato administrativo, ligando a Administração ao administrado, e, além do mais, fazendo da Administração a responsável pelas regras adotadas.

A idéia da função administrativa, por exemplo, corretamente impõe-se na ordem jurídica. A transformação do fato em direito traz a Administração para os limites da norma legal aplicável. Fora disso, a especulação doutrinária jamais será viável, pois violenta a realidade jurídica.

⁴⁹ AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, *O Poder Discricionário da Administração*, Coimbra, 1948, pág. 215.

⁵⁰ ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, *Erro e Ilegalidade do Ato Administrativo*, Lisboa, 1962, pág. 85; PROSPER WEIL, “La limitation par le droit: le principe de légalité”, in *Le Droit Administratif*, Paris, 1964, págs. 81/91.

A falta de condições imperativas consagra no Estado de Direito o valor da prova, contra ou a favor da Administração, mas da prova, contudo, essencial para qualquer decisão administrativa. Assim não fosse a oportunidade de agir e o mérito do ato seriam teses irrelevantes.

Se a Administração, no seu papel, tem o dever jurídico de não cometer erros ou praticar equívocos, na prova escuda-se a maneira pela qual são devidamente analisados os pressupostos legais, para que se decida conforme for de direito, e se resolva uma questão de fato.

20. *ADMINISTRAÇÃO E DIREITO* — O toque mais importante para a compreensão do pensamento aqui enunciado assenta em algumas premissas fundamentais:

a) de que a Administração completa a ação estatal circunscrevendo a atividade executiva;

b) de que a amplitude das atribuições e responsabilidades públicas exige contenção para o equilíbrio do sistema político;

c) de que a Administração para se conformar nas suas estruturas não prescinde da ordenação legislativa;

d) de que a atividade organizadora do Estado tem suporte no exercício prático das funções legais;

e) de que uma norma de Direito Administrativo só é aplicável quando indica a competência e a necessidade protegida;

f) de que a legitimidade do controle do fato não justifica situação de arbítrio intencional;

g) de que um ato se materializa pelos motivos legais e causais determinantes;

h) de que de um ato-atividade-ação se deduzem os elementos processuais no litígio e controvérsia.

Já pelo que respeita aos meios de prova, a orientação não é outra que esta: a de se permitir a demonstração da verdade legal, da subsistência ou insubsistência do fato, estabelecendo-se para cada caso um nexos objetivo e não apenas subjetivo.

Para satisfazer o fim da lei, permanece o processo para a determinação das condições verificáveis de interesse público protegido. Cumpre à Administração, sem dúvida, procurar o interesse público quando nominal e específico.

É contextual, no processo administrativo, a motivação legal explícita. Quanto à motivação implícita no ato é de normatividade ou de diretiva legal. Havendo, por conseguinte, ao lado do interesse protegido, um interesse desprotegido, o comportamento é de tutela no conflito.

Sendo assim, é evidente que num Estado de Direito, cujos atos administrativos e decisões são sempre adequadamente recorríveis, que a Administração se proteja e também resguarde o interesse particular prejudicado ou violentado.

Constituem-se, portanto, ao que vemos, em duas, as grandes condições que levam à valorização da prova no processo e no Direito Administrativo brasileiro, internacional e comparado.

A primeira delas, pela qualidade jurídica de um instituto que pertence a todo o direito, e encontra a sua conceitual significação na concepção histórica geral da teoria do processo.

A segunda, pelas divergências ocasionais e constantes, que no mais das vezes conflitam o fato com o ato, a verdade com a descrição, a legalidade com a legitimidade, o interesse estatal com a proteção do interesse particular.

Não confundindo conceitos e nem posições, o Direito Público naturalmente vai caminhando para uma evidente caracterização jurídico-material, adquirindo, assim, a fisionomia originária dos sistemas de ciência positiva.

CAPÍTULO VIII

A PROVA ADMINISTRATIVA NA TEORIA GERAL DO PROCESSO

SUMÁRIO: 1. A vontade e a prova. 2. O processo como instituição. 3. O problema da verdade. 4. A estrutura unitária do processo. 5. Legitimidade e mérito. 6. Força e mecanismo. 7. Destinação diversa. 8. O momento da prova. 9. A iniciativa da prova. 10. Personalidade e capacidade. 11. Da prova e das nulidades. 12. A forma do processo e da prova. 13. Os atos preparatórios. 14. A prova na impugnação do ato. 15. Faculdade, poder e Direito Subjetivo. 16. A prova no desvio de poder. 17. A certeza do direito na prova. 18. A função política do ato administrativo. 19. A prova e a defesa administrativa. 20. Fim e função da prova administrativa.

1. *A VONTADE E A PROVA* — Na vontade está a primeira manifestação da existência do fenômeno da prova. Na ordem administrativa é, sem dúvida, a vontade que conduz o administrado ao processo, isto é, ao litígio com a Administração. Só o silêncio pode levar o particular a aceitar o fato e a não responder¹.

¹ Não muito estudada, a teoria do silêncio administrativo põe termo aos conflitos na área da Administração. Silencia quem não quer demandar. O silêncio não formaliza a vontade. Mantém a intangibilidade do ato administrativo ou público. Onde há silêncio, portanto, não há vontade manifesta. O silêncio, portanto, vale não só para a Administração, mas

Sobretudo o ato processual é uma condição da vontade. Necessário se faz, portanto, que a manifestação da pessoa se materialize pela exteriorização. Somente através da vontade se cria uma situação jurídica. É por assim dizer o impulso do interesse individual, satisfazendo o interesse geral.

Observado o processo como unidade, como um todo complexo mas uniforme, dois fatores contribuem para a distinção entre o processo civil e o processo administrativo:

- a) a situação jurídica;
- b) a relação.

Quanto à *situação jurídica* reveste-se no Direito como uma expressão causal, e onde as partes estão sujeitas a uma determinada ordem. No bom entender, a situação jurídica torna em imperativo jurisdicionalizante. Em se tratando de direitos ou de obrigações, o acontecimento litigioso só se poderá dar dentro do amplo círculo da atividade administrativa estatal.

Com respeito à *relação*, também jurídica, como já ficou esclarecido, completa ela a situação jurídica. Aqui, o caráter processual, face à situação, surge do caráter pessoal das partes. No processo administrativo, portanto, situação e relação se integram, se conjugam. Somam-se, destarte, situação e relação ao valor *vontade*, indispensável à iniciação da pendência².

para o administrado também. Aproveita, como elemento informativo, às partes onde se encontrem. Acaba com o interesse. Na esfera da Administração extingue o direito de recurso. Não deve influir o *silêncio* apenas como uma manifestação de vontade da Administração Pública (cf. BIELSA, *Derecho Administrativo*, vol. I, pág. 18).

As regras, salvo melhor juízo, e diante do avanço do Direito Administrativo, não são só aquelas apontadas pelo ilustre BIELSA (ob. cit., vol. I, págs. 190/1).

O conceito se estende ao processo administrativo e suas implicações. De um lado pode o silêncio não produzir decisão. De outro, pode não permitir recurso dando qualquer ato como finalizado. Nas teorias, ou na prática, interpretar o silêncio nas suas diversas formas, é um desafio para o jurista, e, principalmente, para o administrativista.

² As fontes primárias estão na teoria geral do processo e no Direito Processual Civil. A vontade procede a toda e qualquer manifestação jurídica. Cf., na discordância de orientação doutrinária: FRANCESCO CARNELUTTI, *La Prueba Civil*, Buenos Aires, 1955; GIAN ANTONIO MICHELI, *La Carga de la Prueba*, Buenos Aires, 1961; FRANCESCO SILVIO GENTILE, *La Prova Civile*, Roma, 1960; AVELINO LEON HURTADO, *La Voluntad y*

Procura a prova, faz a prova, quem quer mudar uma situação jurídica, ou então mantê-la quando contestada. Perante a Administração, um ato de vontade é um ato manifesto na sua intenção. Claro na sua evidência. Fundado na lei ou na impugnação de um fato discutível. Nascido do direito de petição. Mantém-se, como regra, o princípio tradicional de que as provas haverão de ser propostas pela vontade das partes.

Não importa a obscuridade atual do Direito Administrativo no tocante a certas normas de relacionamento privado na ordem dos sistemas administrativos. O que importa, contudo, é a Administração como pessoa, sujeita à lei e ao direito, subordinada às contingências da problemática jurídica que envolve o homem e a sociedade institucionalmente organizada.

2. O PROCESSO COMO INSTITUIÇÃO — Apesar de poder-se aceitar o Estado moderno como de tendência socializadora, isso não quer dizer que desapareça do contexto social o valor *homem* ou a figura do *administrado*. Não é assim. A extensão das limitações impostas pela ordem pública, quando se ampliam tendem a considerar o indivíduo na sociedade e não a sociedade garroteando o indivíduo.

MONICA REYES MARTINEZ, defendendo o processo como instituição, estabelece algumas premissas igualmente válidas e relevantes para o estudo e conhecimento do processo administrativo, como tais:

- a) o processo é uma realidade jurídica permanente;
- b) o processo tem caráter objetivo, já que a sua realidade está determinada pela vontade individual;
- c) o processo se situa num plano de desigualdade ou subordinação hierárquica;

la Capacidad en los Actos Jurídicos, Santiago do Chile, 1957; PAUL FOULQUIÉ, *La Volonté*, Paris, 1965.

Exato, outro tanto, que o fundo de qualquer ato contém uma manifestação de vontade.

No plano jurídico, a vontade, onde quer que se manifeste, encontra fundamento na Teoria do Direito e na realidade social. Não aqui apenas a vontade do sentir ou do pensar, mas aquela vontade que encontra suporte no ordenamento jurídico. Sobretudo a *vontade* quando aparece como criadora de situações jurídicas que se podem considerar como positivas.

d) o processo não se modifica no seu conteúdo pela simples vontade dos sujeitos;

e) o processo se adapta às necessidades de cada momento³.

Com mais razão, portanto, o processo administrativo, observada a ação estatal e a permanente subordinação de índole hierárquica. É precisamente porque a ação administrativa nem sempre é uniforme, podendo sofrer mutações por motivo das necessidades de cada circunstância.

Como no *civil*, o processo administrativo, como instituição, há de ser respeitado. Mas respeitado, está claro, não só como procedimento burocrático, mas pela adequação que exigem as regras de caráter instrumental, os princípios de natureza institucional.

3. *O PROBLEMA DA VERDADE* — No seu trabalho sobre a *prova civil*, pondera GENTILE que também as provas entram em consideração como meio e instrumento para que se façam valer os direitos, e isso não somente em juízo⁴.

La prova del diritto è, pertanto, la dimostrazione della verità, aplicando-se o conceito genérico e deixando de lado a confusa teoria do fato incerto, pois “todos os fatos salientes devem ser provados, ou seja, *demonstrados*”⁵.

Também no processo administrativo quando se procura tornar existente o fato jurídico, torna-se uma exigência elementar aquela que disciplina o conteúdo e o desenvolvimento da prova, eis que a sua eficácia assenta em pressupostos que levam ao conhecimento ou reconhecimento do Direito.

Deve-se anotar, porém, que as diferenças entre os tipos de prova não são estruturais, mas funcionais. O que equivale a dizer que, não somente pelo fato aparece a prova. Pode ela, com mais razão no processo administrativo, emergir de presunções quanto à ilicitude da ação administrativa.

O problema da verdade é um problema jurídico. Da verdade, da certeza e da convicção em qualquer sistema positi-

³ MONICA REYES MARTINEZ, *La Voluntad en la Carga de la Prueba*, Santiago do Chile, 1967, pág. 17.

⁴ FRANCESCO SILVIO GENTILE, *La Prova Civile*, Roma, 1960, págs. 4 e segs.

⁵ *Id.*, *ibid.*, pág. 4.

vo de leis. Da verdade material e da verdade formal, como quer CARLO FURNO quando investiga com exaustão e sob vários critérios, a questão da *prova legal*⁶.

Não será demais, portanto, afirmar que o interesse do Estado não se limita no processo penal ou no processo civil, alcançando todas as espécies de relacionamento jurídico em qualquer plano público, e ampliando-se até o exame de atos que afetem o indivíduo no seu direito.

4. *A ESTRUTURA UNITÁRIA DO PROCESSO* — Sobre os conceitos de fim e função da prova, como veremos em final, não discutem os doutrinadores. Para TENTOLINI a importância processual está precisamente nisto:

a) destina-se o processo civil à defesa *lato sensu* dos direitos subjetivos com a reintegração do direito substancial atingido;

b) destina-se o processo administrativo à defesa de interesses legítimos ou direitos subjetivos com a reforma do ato administrativo causador da lesão⁷.

Para o professor de Roma, o que importa é a estrutura unitária dos dois tipos de processo, através do qual a prova e a possibilidade probante possuem o mesmo ordenamento, isto é, as mesmas regras de coerência, ou mesmo de limitações legais, ou regulamentares.

Já hoje em dia não se pode, tais são as variedades de procedimentos, sobretudo os resultantes da livre ação administrativa, não entender o *processo* na sua adequada conceituação histórica e científica, ou o *processo* como apenas instrumento regulador dos conflitos de Direito Privado.

Sem dúvida, de um modo geral, a atividade probatória das partes tende ao acerto dos fatos e à formação do convencimento para quem decide. A necessidade da prova está na essência do contraditório. Mesmo no processo administrativo onde o ordenamento possa também ser considerado meramente formal.

⁶ CARLO FURNO, *Contributo alla Teoria della Prova Legale*, Pádua, 1940, págs. 12/6.

⁷ OTTORINO TENTOLINI, *La Prova Amministrativa*, Milão, 1950, pág. 33.

5. *LEGITIMIDADE E MÉRITO* — A posição admitida pela Itália, no bom exemplo, face ao sistema de organização jurídica, no que diz com a *legitimidade* ou no tocante ao *mérito*, dá grande importância ao ordenamento das provas no processo administrativo, qualificando situações e relações no conflito ou no contraditório.

Por onde se vê que não bastam, para o Direito Administrativo *positivo*, apenas as técnicas costumeiras. Muito mais está exigindo, não só em razão da forma organizacional do Estado, mas também em conseqüências de fatos que se criam por força dos relacionamentos jurídicos obrigatórios.

No que se refere à disponibilidade dos meios de prova e à decisão de um caso controvertido, a orientação italiana mais avançada e realista permite ou exige:

- a) a produção de documentos, por parte da Administração interessada, ou por parte dos particulares;
- b) os esclarecimentos da Administração;
- c) as averiguações necessárias com a obrigatória assistência das partes⁸.

São elementos esses que conduzem à *legitimidade* na apreciação da controvérsia. Sem que a legitimidade exclua o *mérito* quando o ato se apresenta formalizado, concluído, exteriorizado. No fundo, sem dúvida, o que se quer, outra coisa não é que a possível determinação da relação. Tanto que, face ao *mérito*, outras providências se podem tomar de parte da Administração ou em oposição a ela, como a apresentação de testemunhas, inspeções e perícias, inclusive a procura de outras indagações que possam levar à descoberta da verdade discutida, ou duvidosa.

6. *FORÇA E MECANISMO* — Inútil, todavia, exagerar o processo administrativo na sua expressão de força, tal como o fez J. B. SEARS, sem se preocupar com o comportamento das partes, pois, sem dúvida, o desequilíbrio afronta desde que se considere que o poder administrativo vai além da autoridade da lei⁹.

⁸ *Id.*, *ibid.*, pág. 65.

⁹ J. B. SEARS, *The Nature of the Administrative Process*, Nova York, 1950, pág. 250.

Melhor seria e será, contudo, em atendendo ao professor da Califórnia, que a natureza desse tipo de processo tenha suporte na autoridade da lei, ao invés de ser apenas um mecanismo auto-suficiente, de significado fático isolado ou simplesmente definidor de tarefas peculiares¹⁰.

Basta a *autoridade da lei* para que se faça o relacionamento jurídico, e assim, num certo sentido, é possível entender o processo administrativo como força e mecanismo instrumental, dinamizando-se para cumprimento dos seus objetivos através e nos limites da sua realidade¹¹.

Não se pode querer, mesmo no livre sistema norte-americano, que não se interliguem os atos na relação entre o processo e a força que lhe dá energia, buscando-se tão-somente uma moldagem de trabalho a ser feito, porquanto a *forma* não aparece senão inspirada pelo Direito Positivo¹².

E quando inspirada pelo Direito Positivo, abrange, em qualquer sistema de garantias jurídicas, em parte a *força* vinda da *lei* e em parte o *modo* vindo da *forma*, ou melhor, a força como poder dentro dos limites marcados ou permitidos no exercício da atividade administrativa¹³.

A tradição italiana, muito mais rigorosa que a experiência norte-americana, não tergiversa na sua coerência, nem naquilo que chama de estrutura unitária do processo, eis que para isso impõe equivalências que visam à defesa dos interesses legítimos ou dos direitos subjetivos¹⁴.

Convenha-se, no sistema dos direitos, que o processo administrativo ou civil, em virtude do sentido do contraditório, consolida uma efetiva correlação entre fatos e de cujas conseqüências jurídicas derivantes salienta-se um critério capaz de levar ao ressarcimento do direito.

7. DESTINAÇÃO DIVERSA — Antes de indagar as diferenciações processuais por motivo puramente especulativo e não dogmático, válida é, como orientação judiciousa,

¹⁰ *Id.*, *ibid.*, pág. 29.

¹¹ *Id.*, *ibid.*

¹² *Id.*, *ibid.*, pág. 250.

¹³ *Id.*, *ibid.*, pág. 29.

¹⁴ OTTORINO TENTOLINI, *ob. cit.*, n^o 23, págs. 33/4.

a lição de OTTORINO TENTOLINI: “Come si vede, non si tratta di differenze fondamentali di struttura fra i due processi. Diversa è la loro destinazione, che, per il processo amministrativo é quella della dichiarazione del diritto attraverso la difesa degli interessi legittimi o dei diritti subiettivi mediante l’annullamento o la revoca o la riforma dell’atto amministrativo che ha cagionato la lesione; mentre la destinazione del processo civile é quella difesa dei diritti subiettivi (*lato sensu*), con la reintegração del diritto sostanziale leso in via diretta specifica o per equivalente”¹⁵.

E é a essa estrutura unitária dos dois processos, o civil e o administrativo, que está intimamente ligado o ordenamento das provas, a tal ponto de não se discutir, nos regimes positivos de garantias prestabelecidas, diferenças que não sejam de objeto, fim ou destinação.

No entanto, é considerando que a atividade processual de uma parte atinge a outra e influi na relação, que a iniciativa da prova no procedimento jurisdicional administrativo torna a pretensão válida ao mesmo tempo que possível de sensibilizar o convencimento decisório.

8. *O MOMENTO DA PROVA* — Destaque-se, além de tudo, a natureza do processo na evolução do Direito, impondo situações relacionais que levam a verdades novas “obtidas pela indução” e que tendem a formar premissas para novas deduções num quadro de concepções axiomáticas e fundamentais¹⁶.

Ampliando-se o senso de realismo crítico, o direito às provas, conforme lembra B. N. CARDOZO, e, em geral, toda a matéria processual, fornecem campos em que se podem operar mudanças “com liberdade ainda maior”¹⁷, não sendo diferente na área ativa da Administração pública.

Não é preciso encarecer o valor da prova num sistema legal desenvolvido, pois a noção de direito como independente da noção de Estado impõe o direito ao próprio Estado,

¹⁵ *Id.*, *ibid.*

¹⁶ BENJAMIN NATHAN CARDOZO, *A Natureza do Processo e a Evolução do Direito*, trad. de Lêda Boechat Rodrigues, São Paulo, 1956, pág. 24.

¹⁷ *Id.*, *ibid.*, pág. 88.

da mesma maneira que aos indivíduos, num esforço espontâneo que se inclina para a obediência das regras comuns¹⁸.

Nos Estados Unidos, somente em 1938, firmaram-se disposições quanto à obrigatoriedade da prova, com a adoção de regras federais no procedimento civil, regras que em parte alcançaram extensão em 1946 com a vigência do chamado *Federal Administrative Procedure Act*¹⁹.

No entanto, não se diz, no tocante ao processo administrativo, qual o momento exato para o exercício da capacidade probante, nem nada se afirma praticamente que dê analogia com o processo civil, e por isso o *momento* não será outro que aquele da conveniência exclusiva das partes.

Na verdade, tal acontece porque o legislador não pensou no *princípio consagrado*, sempre necessariamente aplicável nas espécies processuais novas, evitando dar disposição formal ao apelo contra atos incriminados ou recursos contra a dúvida legal nas decisões administrativas.

Quando sobre um ponto de direito persiste uma conduta uniforme, inclusive na Administração acaba por adquirir uma posição quase comparável à própria lei positiva, conduzindo a um momento relacional que se torna iniludível não obstante a inexistência de textos legais claros ou precisos.

A deformação do direito legal, individual que seja, pela simples interpretação governamental, manifesta uma tendência que leva ao inevitável antagonismo entre a Administração e a legalidade, e de tal maneira que o direito se deteriora face à força da ação administrativa.

Simplesmente passou a época “em que todo o ato se chamava administrativo, porque era arbitrário, e escapava

¹⁸ LÉON DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, Paris, 1921/1925, vol. I, pág. 33.

¹⁹ ARTHUR T. VANDERBILT, *La Justicia Emplazada a Reformarse*, Buenos Aires, 1959, pág. 100; BERNARD SCHWARTZ, *Direito Constitucional Americano*, Rio de Janeiro, 1966, pág. 359. “Não é permitido que os funcionários procurem influir em decisões nas quais estão interessados. A decisão administrativa deve ser bem fundamentada. Deve oferecer apurações e conclusões, bem como as razões ou base para isso, sobre todas as questões materiais de fato, de direito ou critério” (SCHWARTZ, ob. cit., pág. 359).

Por outro lado, a organização da jurisdição administrativa é muito diferente da organização da jurisdição judiciária (PROSPER WEIL, *Le Droit Administratif*, págs. 99/104).

a todo o recurso, porque era administrativo”²⁰, eis que num sistema de garantias a função administrativa não se legitima senão através da competência que leva ao respeito das leis.

9. *A INICIATIVA DA PROVA* — A indagação parte do raciocínio de TENTOLINI, quando adverte: *Em que momento pode ser tomada a iniciativa da prova?*

Enfrentando o problema sem muita precisão, um tanto parcialmente porque influenciado pelo civilismo clássico, o jurista italiano porém pondera com bastante sentido da mecânica processual, lembrando a natureza do juízo administrativo e os princípios que se informam no processo civil²¹.

Falando no “acertamento da verdade dos fatos”, TENTOLINI, observando a pragmática do processo administrativo, convence que o *acertamento* não pode depender da vontade das partes, pois que uma só é a verdade e o Estado tem mais interesse direto na sua descoberta que no processo civil²².

Enquanto não haja, no processo administrativo, rigidez de prazos fatais, compete facultar-se na instrução a atividade probante à parte que se diga molestada no seu direito ou interesse, iniciando-se o tempo para a admissão de prova do conhecimento ou notificação.

Nesse ponto, não há divergência doutrinária. O ato administrativo, tornado público, permite de pronto contestação ou repúdio. Não esquecendo que a declaração de vontade administrativa pode ter um conteúdo tanto positivo quanto negativo, ou comportamento contrário à lei.

²⁰ Num trecho do seu livrinho precioso, JEAN CRUET, buscando a origem dos conflitos administrativos, escreve: “Em França, o ponto de partida da evolução do Direito Administrativo foi a independência da autoridade executiva acerca de toda a justiça e de toda a legalidade. Nenhum ato podia ser anulado senão pela própria Administração, juiz e parte; nenhum dano causado aos particulares podia ser reparado senão pela benevolência do Governo, protegido pelo dogma da irresponsabilidade absoluta do Estado contra toda a ação contenciosa. Hoje, o Direito Administrativo francês atingiu o seu ponto de perfeição. A jurisdição contenciosa, que tem a sua expressão máxima no Conselho de Estado, consagrou-se a submeter a autoridade executiva ao reinado da legalidade, ampliando o recurso por excesso de poder, que tendo a permitir a qualquer interessado atacar todo o ato dos poderes públicos, em razão de qualquer espécie de ilegalidade” (*A Vida do Direito*, ed. s/d., pág. 122).

²¹ OTTORINO TENTOLINI, ob. cit., n^o 65, pág. 86.

²² *Id.*, *ibid.*, n^o 64, pág. 86.

Não consolidados os princípios gerais, como não uniformizadas as regras de conduta, o processo administrativo ainda se mantém num plano de menor importância ou relevo, aparecendo contudo nas mais diferentes esferas ou onde quer que o Estado se proponha à realização de fins²³.

Sem a unidade sistemática, as leis administrativas, positivas ou consuetudinárias, não compatibilizam a atividade estatal com as garantias devidas ao administrado, tornando as regras já trabalhadas pela doutrina em exigências que não configuram uma experiência jurídica concreta.

No entanto, convém lembrar que a formação da vontade administrativa disciplina-se por normas, umas, às vezes, mais específicas do que outras, mas todas elas no geral regulando o modo de preparação dos atos terminativos, ou melhor, dos atos que podem vincular direitos e interesses.

10. *PERSONALIDADE E CAPACIDADE* — Compete, sem dúvida, à parte reclamante instruir o pedido (inicial), ou a resposta administrativa (impugnação do ato), com os documentos destinados a provar a alegação, sendo ainda lícito em qualquer tempo juntar aos autos documentos novos quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos já articulados.

Não existindo norma obrigatória determinativa, qualquer que seja a fase em que se encontre o processo administrativo, sempre que uma das partes requerer a juntada, assim se fará, pois, nada se dispendo de modo diverso, valem os princípios gerais reguladores do processo civil.

Parte essa posição de um axioma jurídico que diz que todo o homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil, e, portanto, também na ordem administrativa. Ou melhor, então, que toda a pessoa que se ache no exercício dos

²³ Cf., em torno do processo administrativo: SABINO ALVAREZ-GENDIN, *Teoría y Práctica de lo Contencioso Administrativo*, Barcelona, 1960; JESUS GONZALEZ PEREZ, *El Procedimiento Administrativo*, Madri, 1964; CHRISTIAN GABOLDI, *Traité Pratique de la Procédure Administrative Contentieuse*, Paris, 1960; AURELIO GUATTA, *La Revisión de la Ley de Procedimiento Administrativo*, Madri, 1964; GORDILLO-DIEZ-AVILA, *Anteproyecto de Código Procesal Administrativo de la Nación*, Buenos Aires, 1965; ARMANDO EMILIO GRAU, *Habilitación de la Instancia Contencioso-Administrativa*, La Plata, 1971; AGUSTIN A. GORDILLO, *Procedimiento y Recursos Administrativos*, Buenos Aires, 1971.

seus direitos tem capacidade para demandar e ser demandada.

Já um respeitável processualista do passado com rigor e clareza textuava afirmativamente:

a) como o autor tem naturalmente vantagens sobre o réu, que é perturbado em sua tranqüilidade, as leis protegem a defesa;

b) podem propor, e contradizer ações todas as pessoas, que não são proibidas;

c) *prova* é tudo que nos pode convencer da certeza de algum fato, circunstância, ou proposição controvertida;

d) são admissíveis, como meios legítimos de prova, as presunções, documentos, testemunhas, juramento, confissão, exame de letras e vistoria²⁴.

Na ordem relacional administrativa, a capacidade de Direito Público respeitante à prática de atos, apesar de não coincidente com a capacidade de Direito Privado, leva aos mesmos pressupostos essenciais caracterizantes que tornam válida uma ação, e no momento da determinação da vontade.

No seu conteúdo, dos atos, inscreve-se o elemento personalidade, o melhor capaz de definir a qualidade da pessoa, não só quanto aos meios de atividade administrativa, mas também quanto aos agentes responsáveis que entram como partes nas operações afetas à Administração.

11. *DA PROVA E DAS NULIDADES* — É nulo o ato jurídico, e, em consequência o ato administrativo, em razão das suas peculiaridades congeniais:

a) quando praticado por pessoa absolutamente incapaz;

b) quando for ilícito, ou impossível, o seu objeto;

c) quando não revestir a forma prescrita em lei;

d) quando for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;

²⁴ Cf. FRANCISCO DE PAULA BAPTISTA, *Compendio de Theoria e Pratica do Processo Civil*, 2^a ed., Recife, 1857.

e) quando a lei taxativamente o declarar nulo ou lhe negar efeito²⁵.

Em face desses elementos é que se tende a considerar a prova na sua qualidade de recurso, provendo o processo na sua instrução e levando ao anulamento do ato, ao reexame do mesmo, atacando destarte uma manifestação de vontade pública que aparece nula nas suas causas e fins.

Outra não é a sensibilidade, nem diferente o entendimento, do Direito Administrativo moderno, eis que os conceitos anunciam nulidades que podem ser alegadas por qualquer interessado e pronunciadas quando se conhecer do ato ou dos seus efeitos, conquanto provadas.

Tornou-se princípio elementar na tradição do Direito Positivo que a validade das declarações de vontade não dependem de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir, mas não vale o ato que deixar de revestir essa *forma especial* desde que determinada legalmente.

Relembre-se o esforço realizado por MENDES DE ALMEIDA, numa verdadeira tentativa consagrada e valiosa de estudos dos atos administrativos na teoria dos atos jurídicos, através do qual procurou demonstrar com largueza de concepção os liames que harmonizam as situações jurídicas relacionais, inclusive aquelas que se afirmam em consequência da atividade administrativa²⁶.

Todo ato lícito, portanto, no Direito Privado ou no Direito Público, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina *ato jurídico*, requerendo agente capaz, objeto próprio e forma prescrita ou não defesa em lei.

²⁵ Código Civil, Lei nº 3.017, de 1º de janeiro de 1916, emendada de acordo com o Decreto nº 3.725, de 15 de janeiro de 1919; Anteprojeto do Código Civil elaborado pelos professores MIGUEL REALE, JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, AGOSTINHO DE ARRUDA ALVES, SYLVIO MARCONDES, EBERT VIANNA CHAMOUN, CLOVIS DO COUTO E SILVA e TORQUATO CASTRO, que não obstante outro ser o vocabulário jurídico, mantém os mesmos princípios cardeais orientadores aceitos e consagrados pela tradição. Com outra estrutura e linguagem, no dizer do Prof. MIGUEL REALE, a atitude do codificador não foi outra do que aquela melhor capaz de aproximar a nova lei dos "novos modelos jurídicos". Na "Loi Fédérale de Procédure Civile", da Suíça, vigente em 4 de dezembro de 1947, dos arts. 36 a 49, consubstanciavam-se normas altamente práticas.

²⁶ FERNANDO HENRIQUE MENDES DE ALMEIDA, *Os Atos Administrativos na Teoria dos Atos Jurídicos*, São Paulo, 1969.

Será quase o mesmo dizer: a prova *civil* e a prova *administrativa*, ainda que distantes com relação a fins explícitos, conceitualmente estão bastante próximas porque nascidas de um mesmo sistema orgânico, ou então, porque os atos preparatórios causais do ato administrativo representam mais que uma expressão de vontade em determinadas situações de fato e de direito.

Em todas as operações administrativas, apesar da complexa maneira de formação da vontade, prevalecem os elementos de avaliação e julgamento da verdade jurídica, de averiguação dos fatos reais acontecidos, dispondo para isso os interessados dos meios idôneos de prova para a demonstração da ilegitimidade ou mesmo da ilegalidade do ato impugnado.

12. *A FORMA DO PROCESSO E DA PROVA* — Com o interesse público no primeiro plano, fácil não é buscar-se a verdade real no litígio administrativo. No entanto, nem por isso, o direito subjetivo do administrado deve sofrer diferenças no debate, nem também desvincular-se do seu conteúdo, legitimidade e mérito.

A autonomia processual, ao que informa GOMEZ RODRIGUEZ com acuidade, requer no processo administrativo a existência de normas adjetivas especiais, não supletivas na relação, mas que se apliquem com eficácia atendendo o caráter administrativo e a sua natureza peculiar²⁷.

Convenhamos para esclarecer: “El proceso administrativo se inicia normalmente por demanda en que el autor, generalmente un administrado, formula su pretensión dirigida a impugnar un acto administrativo”²⁸.

Nada mais exato, pois, no litígio, o direito subjetivo, o interesse legítimo ou no princípio contraditório, aparecem assinalando, na demanda, uma bilateralidade de atuação que leva à admissibilidade das provas permitidas, e, mais ainda, ao favorecimento da capacidade probante.

Não se impugna simplesmente um ato administrativo sem as devidas e recomendadas cautelas legais. Por essa razão, surge a necessidade da prova, para efeito de convencimento

²⁷ ELEAZAR GOMEZ RODRIGUEZ, *Poder Judicial y Poder Administrativo*, Santiago do Chile, 1966, pág. 159.

²⁸ *Id.*, *ibid.*, pág. 160.

e decisão; tal e qual, enquanto não se consolide o processo administrativo, sob a influência da legislação civil peculiar à matéria de processo²⁹.

Aqui, no processo administrativo, como no civil, no fenômeno probatório, aparecem duas etapas: a da afirmação dos fatos e das provas que sobre os mesmos existirem, acontecendo a oportunidade para que se examine o ato do ponto da legalidade ou da legitimidade, ou da ilegalidade.

Evidentemente, produzir a prova, e produzi-la conforme os fatos alegados, compatibiliza o interesse maior da Administração com o direito do administrado, afetando o princípio pelo qual incumbe provar quem esteja no gozo de certas prerrogativas processuais, e, portanto, legais.

13. OS ATOS PREPARATÓRIOS — Atos administrativos existem que nascem de outros atos e que se denominam *atos preparatórios*. Formam, assim, um conjunto de pronunciamentos que, pela índole própria a cada um deles, passam a constituir o ato definitivo executório.

Basta um exemplo, o do processo administrativo interno, que leva o Poder Público a exercitar a desapropriação, primeiro através de um processo administrativo *interno* e depois com a decretação definitiva ou com a declaração de utilidade ou interesse social³⁰.

São estes atos não um só e final, atos de competência exclusiva da autoridade administrativa expropriante, mas que, pela soma no conjunto processual, constituem-se nos elementos indispensáveis à instauração do processo judicial.

Radica-se, pela evidência do fato, o conceito de extensão da prova conduzida em favor da verdade e da defesa, alcançando o ato administrativo desde a sua formação até a sua formalização, desde a sua causa até os seus efeitos.

Não pretende, está claro, a matéria de prova, atingir meras formalidades. Na maioria dos casos, no bojo dos procedimentos internos administrativos, está a verdadeira natureza

²⁹ Cf. GIUSEPPE CHIOVENDA, *Principios de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1922, t. I, págs. 180/390; EMMANUEL BLANC, *Procédure Civile*, Paris, 1972.

³⁰ Cf. MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, *Desapropriação*, São Paulo, 1973.

do ato, o que representa a declaração de vontade, o que quer ou não quer o Poder Público.

TENTOLINI encarece a importância da conduta estatal, considerando a influência dos atos preparatórios na formação inclusive da vontade dos órgãos deliberantes, mostrando que a prova quando requerida deve buscar a análise da decisão jurisdicional administrativa³¹.

Também o fenômeno do procedimento administrativo, que na formação do ato envolve Administração e administrado, não esquece que a vontade declarada teve uma motivação ou que os procedimentos internos são premissas de relacionamento jurídico no tocante a direitos e interesses.

O tema em tese não é fácil de ser estudado, sobretudo com respeito aos atos complexos, pois o procedimento preliminar na formação concreta da vontade, pelas implicações causais e de efeitos jurídicos, nem sempre extroverte na exatidão o *querer* da lei no seu substrato legal.

Falando em “vincolo logico o disposto dalla legge”, TENTOLINI abre perspectivas que previnem a autoridade contra os excessos do poder administrativo, não só em razão de uma linha de conduta obrigatória para a Administração, mas de uma condição jurídica de recíproca sujeição legal³².

14. *A PROVA NA IMPUGNAÇÃO DO ATO* — Cabe aqui uma pergunta: o que é que se pede nos processos controvertidos de litígio administrativo senão a impugnação de atos por motivo de legitimidade ou não, de ilegalidade ou não?

No entender simplista de GONZALEZ PEREZ, o que se configura como fim num processo administrativo litigioso, outra coisa não é que a impugnação de atos³³. Ou que a pretensão da parte contrariada se oriente contra um ato da Administração suscetível de acarretar efeitos negativos.

Ressalta, portanto, na correlação processual, a posição do ofendido e do ato que se ataca, a desconformidade do ato administrativo impugnado com a lei, ou com o direito,

³¹ OTTORINO TENTOLINI, ob. cit., pág. 164.

³² *Id.*, *ibid.*, pág. 161.

³³ JESUS GONZALEZ PEREZ, *Derecho Procesal Administrativo*, Madri, 1958, vol. III, pág. 252.

subsistindo, porém, a verdade da prova documental suficiente a manter o convencimento ou formar outro.

Demonstrar a ilegitimidade própria do ato impugnado é, portanto, um motivo de fim processual onde a prova constitui elemento básico de aferição da verdade real, ou melhor, de exame jurídico na controvérsia.

Quanto à avaliação das provas aduzidas, até onde podem elas chegar ao fato para o ataque do ato, através de novos esclarecimentos e outras verificações, é um problema material no ordenamento do processo, pois os meios de prova não podem ser senão aqueles consagrados como idôneos.

Com posição peculiar toda sua, frente à evolução do Direito espanhol, GARRIDO FALLA exaustivamente procurou aproximar os interesses divergentes e os direitos opostos, colocando a Administração num plano alto e impessoal e afastada na controvérsia de pressupostos infalíveis³⁴.

Acompanhando FALLA, antes ALESSI e depois VIVANCOS e também ODENT, impuseram pensamento de que o ato administrativo é atacável e impugnável, passível de contestação, desde que discutível na sua forma, no seu conteúdo, na sua origem e nos seus efeitos³⁵.

Aliás, esse é pensamento que ganha universalidade. Dependendo, porém, no processo peculiar, do valor de expressão da prova. Do que se possa provar no ataque e na impugnação, pois mesmo num regime de garantias o interesse público maior estatal está sempre resguardado.

15. FACULDADE, PODER E DIREITO SUBJETIVO
— Lamentavelmente, até agora a doutrina não se deteve na análise das novas questões que o Direito Processual suscita, sobretudo em questões de Direito Formativo. Não se faz compreensível, no entanto, que os atos-fatos administrativos impondo relações jurídicas concretas não tenham inspirado uma legislação compatível com circunstâncias e peculiaridades todas especiais.

³⁴ FERNANDO GARRIDO FALLA, *Régimen de Impugnación de los Actos Administrativos*, Madri, 1956.

³⁵ RENATO ALESSI, *Responsabilità della Pubblica Amministrazione*, Milão, 1952; EDUARDO VIVANCOS, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, Barcelona, 1959; RAYMOND ODENT, *Le Contentieux Administratif*, Paris, 1955.

Diversamente do que ocorre com as outras espécies processuais, estreitamente ligadas à efetivação provada do direito contraditório, à Administração quase sempre não correspondem deveres jurídicos. Com pertinência ao exercício dos direitos, o administrado não encontra como evitar a submissão pura e simples aos efeitos que dimanam dos atos administrativos.

A reação, todavia, aconselhada pelo conflito entre uma faculdade-poder e o Direito Subjetivo, explica a posição de alguns autores realistas quando nas suas obras exteriorizam situações que são distintas umas das outras, qualificando diante do ato-fato a diferença permanente entre faculdades e prerrogativas e direitos subjetivos³⁶.

Cresce, contudo, a complexidade do problema, desde quando o ordenamento jurídico indiferente, desconhecendo o comportamento relacional do Poder Público, a rigor não atenta para a evolução fática, esquecendo o Direito formado, concreto, editado, em manifesta negação da proteção que as *cartas* garantem ao particular e administrado.

É do Direito moderno, *contemporâneo* vamos dizer, permitir-se a investigação dos antecedentes de um fato gerador de um ato administrativo. A investigação de fatos que realmente subsistem leva a concluir sobre a necessidade do uso pelo Estado de suas faculdades de supremacia. Com isso está protegida a norma instrumental reguladora do comportamento administrativo, e, bem assim, a posição do administrado.

16. *A PROVA NO DESVIO DE PODER* — Na demonstração da parte contrariada, está o valor comunicante da prova, ou melhor, a faculdade de provar, ou de simples defesa com respeito às causas e efeitos do ato administrativo.

Não considerando a *necessidade pública* uma condição vazia e não definida na sua expressão de conteúdo jurídico,

³⁶ Cf. com respeito à tese: PIETRO BODDA, *Giustizia Amministrativa*, Turim, 1963; JESUS GONZALEZ PEREZ, *Derecho Procesal Administrativo*, Madri, 1962/66; SILVIO LESSONA, *La Giustizia Amministrativa*, Bolonha, 1955; ALFONSO NAVA NEGRETE, *Derecho Procesal Administrativo*, México, 1959; JOSÉ MARIA VILLAR Y ROMERO, *Derecho Procesal Administrativo*, Madri, 1948; GARCIA DE ENTERRIA, *La Administración Española*, Madri, 1972.

RODRIGUES QUEIRÓ estabelece alguns pressupostos válidos e condicionantes:

“a) a atitude de quem impugna a validade de um ato administrativo com fundamento em desvio de poder em sentido lato ou em incompetência do agente, deve ser, a de procurar demonstrar que não subsistem na realidade, ou não são suscetíveis de uma certa qualificação os fatos em que poderia basear-se a necessidade pública invocada;

“b) a prova a produzir deve ser dirigida a evidenciar que se não prosseguiu, de maneira nenhuma, a finalidade pública que faz parte da competência objetiva do administrador, não bastando que se demonstre que o administrador prosseguiu outra finalidade, ou melhor, que ele agiu tendo em vista satisfazer outra necessidade;

“c) a questão é a de saber a que meios de prova é possível recorrer para se fazer a demonstração da insubsistência ou, de um modo geral, da inexatidão dos fatos antecedentes e, através dela, da inexistência da necessidade pública protegida nas circunstâncias”³⁷.

A que visa, neste caso, a prova? O que se pretende com ela no processo administrativo? Está claro que sendo o *fim* elemento integrante do ato administrativo, uma vez desvirtuado torna-o viciado, fulminando-o de nulidade irreparável, não obstante outros elementos componentes que atuam no seu validamento para que *in concreto* atinja o objeto-fim³⁸.

Não se considere, apenas, no ato administrativo, como ato jurídico, o motivo causal, o *fim*. Há de vir ele na unidade dos seus elementos formadores e integrados. Além do *fim*, o mais importante, sem dúvida, e porque na realidade determina o que pretende, é o motivo-causa originário, justificante da manifestação da vontade administrativa.

Muito mais grave que o vício do *fim* é o equívoco de interesse *causal*. A legalidade, como deve ser, penetra o motivo, e não se limita apenas ao objeto do ato na sua finalidade. Só dentro das normas jurídicas se pode admitir o

³⁷ AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, *O Poder Discricionário, da Administração*, Coimbra, 1948, pág. 261; PROSPER WEIL, *Les Consequences de Annulation d'un acte Administratif pour excés de Pouvoir*, Paris, 1952.

³⁸ Cf. JOSÉ CRETILLA JÚNIOR, *Do Desvio de Poder*, São Paulo, 1964, págs. 28/9.

exame e a contestação da legitimidade ou da legalidade. Mas sempre com atenção na competência vinculada, ou nas faculdades legais³⁹.

Provar o *fim* da lei é examinar-lhe a legalidade quando da prática de um ato administrativo. Procurar as *causas* motivantes é também da essência do critério legalista. Tudo está no conteúdo substancial do ato que leva à lide contenciosa. Na apreciação conceitual, em razão da força de sentido legal, a verdade não exige limitações jurisdicionais.

A prova do direito não desigual e nem dá superioridade às partes litigantes. Iguala-se numa mesma conjuntura de procedimento jurídico. Podendo, também, como já dissemos, ser matéria de fato. Quanto ao *interesse geral*, sempre digno de exame, não é uma noção indeterminada, abstrata, incerta, ou que se conceda arbitrária ou, simplesmente, presumida.

17. *A CERTEZA DO DIREITO NA PROVA* — Aplicável em termos de conhecimento geral, em se tratando do processo e de ato administrativo, é a lição de CRETELLA JÚNIOR:

a) a prova dos atos jurídicos, indispensável para tornar válidas as relações de direito, quando contestadas, pode ser definida como a soma dos meios, ou seja, do conjunto dos fatos probatórios da certeza;

b) é tudo que pode convencer da certeza de um fato, circunstância ou proposição controvertida e que leva à convicção⁴⁰.

Não carece, por isso, de fundamento positivo, a simples presunção em vista de um fim legal, como faz ver MARCELLO CAETANO⁴¹. A questão, na sua problemática, é bem mais

³⁹ Alguns autores: ENRIQUE MARTINEZ-USERO, *Desviación de Poder*, Mércia, 1956; J. CARLOS MOREIRA, *O Princípio da Legalidade na Administração*, Coimbra, 1950; CAIO TÁCITO, *O Abuso de Poder Administrativo no Brasil*, Rio de Janeiro, 1959; JEAN DE SOTO, *Contribution a la Théorie des Nullités des Actes Administratifs Unilatéraux*, Paris, 1941; JUAN FRANCISCO LINARES, *Poder Discrecional Administrativo*, Buenos Aires, 1958; M. RIVALTA, *La Motivazione degli atti Amministrativi*, Milão, 1960; JEAN-CLAUDE VENEZIA, *Le Pouvoir Discretionnaire*, Paris, 1959; PROSPER WEIL, *Le Droit Administratif (Recours pour excès de pouvoir)*, Paris, 1964.

⁴⁰ JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, ob. cit., pág. 53. Cf.: LUIS FERNANDO MARTINEZ RUIZ, "Los límites del poder discrecional de la autoridad Administrativa", in *Información Jurídica*, nº 314, Madri, 1972.

⁴¹ MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Lisboa, 1963, pág. 241.

complexa. Supera, muitas vezes, a própria função administrativa. Vai além da função pública que, por ser *pública*, não está acima da norma jurídica, nem do direito na sua eficácia relacional.

Efetivamente, num Estado de Direito, assentado num sistema de garantias, a amplitude do exame da certeza legal constitui-se numa condição essencial à permanência das instituições. Não se fale, por irrelevante, que possam os administrados, sem fundamentos que não sejam os do procedimento regular, ameaçar a Administração na sua primacialidade de fins.

No entanto, estamos de acordo que a prova administrativa, em qualquer momento processual, seja inequívoca. Porque quando equívoca não leva à certeza do direito e nem ao convencimento decisório. Interesse público e *Direito* não são realidades conflitantes e que se contraponham. Muito pelo contrário. Não há interesse público maior que a norma jurídica ou que possa surpreender a norma violentando-a naquilo que afirma como verdade.

O respeito à *norma* não é um pressuposto, mas uma posição relacional e que dá a exata certeza do direito. A necessidade pública, como a utilidade, esquecida a *norma*, não fazem o direito *certo*, exequível, respeitado. E isto, porque norma, em princípio, reflete a lei na sua mais legítima expressão verbal.

18. *A FUNÇÃO POLÍTICA DO ATO ADMINISTRATIVO* — Não se queira que apenas a importância da função política justifique a importância do ato administrativo. Entre o poder *administrativo* e o poder *político* há semelhanças de atuação, mas também existem diferenças que estão na vida do Direito e das suas naturais instituições.

Conforme GONÇALVES PEREIRA, e com o jurista português aqui estamos: “A função política da teoria do ato administrativo foi a de estabelecer para o administrado um sistema de garantias de respeito pelo princípio da legalidade por parte da Administração”⁴².

⁴² ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, *Erro e Ilegalidade no Acto Administrativo*, Lisboa, 1962, pág. 85.

Insurgimo-nos contra a simples presunção de legalidade dos atos administrativos como a maneira fácil de justificar-se o arbítrio na conduta da Administração. É válido o ato administrativo, não político, quando é ato objetivamente legal. Inconsistente é, portanto, a idéia de MARCELLO CAETANO, impondo a distinção na Administração entre vontade *psicológica* e vontade *normativa*, pois o que se deve considerar está na causa aliada ao fim⁴³, no direito em si mesmo.

Investigar intenções, sem dúvida, não é maneira mais acertada, e nem o método melhor científico, de exame de um ato jurídico como expressão de vontade jurídica. São construções teóricas que falham diante da evidência material sobretudo do ato administrativo. O ato vale pelo que é, pelo que chega para dizer, alterando ou não relações, criando ou extinguindo direitos, e dentro da autonomia dos seus elementos componentes.

Quando se ataca um ato administrativo não se contesta simplesmente a sua intenção clara ou obscura. A imputação converge para os seus elementos legais constitutivos. Nunca *políticos*, está evidente. Mas de forma, origem, objeto e conteúdo, em razão de preceitos legais reguladores⁴⁴.

O que preocupa o jurista, ou o pesquisador da verdade na relação jurídica, são os fatos em conexão com a prática administrativa. Embora as razões de poder político sejam ponderáveis, delas não se pode valer a Administração para adotar uma ordem adjetiva ou especial. Além do mais, quando a lei é definidora na outorga dos poderes administrativos.

A legalidade só permite que a Administração se manifeste no interesse público qualificado e definido em lei. Por isso, a matéria probante, no espaço administrativo, abrange os requisitos do processo civil na falha de condicionamentos probatórios peculiares ou especiais.

Inclusive, na aparência, o ato administrativo, externamente observado, pode ser legal, mas até prova em contrário. A prova, quando argüida, em qualquer oportunidade

⁴³ MARCELLO CAETANO, *Tratado Elementar de Direito Administrativo*, Lisboa, 1941, pág. 232.

⁴⁴ "Podemos assim dizer que a vontade normativa não é um elemento do ato administrativo; e que a vontade psicológica não é um seu elemento essencial. Em resumo, pois, a vontade não é um elemento essencial do ato administrativo" (ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, ob. cit., pág. 108).

processual permitida, deve atentar para os elementos de fundo e de forma, para os requisitos de causa e de fim.

Argumentando com mais precisão conceitual, mesmo na sua função política o ato administrativo carece de elementos sem os quais jamais atingirá os motivos perseguidos. Mas esta é outra questão e de outra natureza filosófica. Questão que não se enquadra no Direito Positivo e nem também nos propósitos limitados deste trabalho.

19. *A PROVA E A DEFESA ADMINISTRATIVA* — Evidentemente que a prova como a defesa se confundem harmoniosamente num sistema de garantias jurídicas. Ampla a defesa, também ampla é a prova legal. Irrestrita a defesa, também irrestritos os meios legais de prova. Legalidade e mérito, com isso, sofrem o ataque jurídico contestatório. Nos limites, porém, da permissibilidade normativa processual.

Entre o ato e o fato, ou vice-versa, está o merecimento do ato jurídico administrativo. O que importa, principalmente, são os meios jurídicos idôneos para a satisfação das necessidades tuteladas. Não há, por assim dizer, liberdade administrativa concedida fora da lei ou de um sistema de franquias legais.

Aceite-se, pois, que, mesmo “no âmbito das suas faculdades discricionárias, a Administração continua ligada ao pensamento, às intenções do legislador, continua a ser atuação ou aplicação da lei”⁴⁵. Precisamente, por essa razão, possui o administrado, pela individualização do seu direito, o *direito* inalienável de provar e de se defender. Na capacidade probante, portanto, assenta a força de impugnação do ato administrativo.

Duas situações se coadunam com o comportamento legal da Administração:

a) aquela orientada para a violação objetiva do espírito da lei;

b) aquela outra inclinada para a não obediência das obrigatórias regras jurídicas processuais.

⁴⁵ Cf. RODRIGUES QUEIRÓ, ob. cit., pág. 268.

As duas situações, quando provadas ou comprovadas, tornam legítima a impugnação do ato administrativo, pois o que está em jogo não é o interesse tutelado somente, mas o *direito individual* assegurado e de igual maneira protegido.

A vontade do legislador e o fim da lei são elementos concretos para o entendimento do ato administrativo. Não apenas as circunstâncias eventuais que em cada caso exijam pronunciamento público imediato.

Quanto à Administração, não há dúvida, pode ser, no tempo, quem melhor possa ajuizar da oportunidade ou da conveniência de um ato capaz de satisfazer a um interesse ou a uma necessidade pública, mas não cabe a ela sacrificar a norma em favor de sua atividade administrativa, que é jurídica.

Como já afirmamos, o comportamento administrativo é *sempre legal* mesmo para aqueles interesses específicos ou nominados. Se, em verdade, o Estado busca a lei para excepcionalizar direitos, é na sua própria lei que ele garante o exercício da atividade administrativa.

20. FIM E FUNÇÃO DA PROVA ADMINISTRATIVA — Sobre os conceitos jurídicos de *fim* ou de *função* da prova não há aberta discordância doutrinária. Os autores são concordantes e não procuram maiores indagações, a não ser quanto aos efeitos probantes. Ou então, a sua materialidade, porque o que se visa é a *prova provada*.

No processo administrativo, como vimos demonstrando, inclusive nos processos especiais e regulamentares, a matéria de prova ainda que não consolidada normativamente, “indica una attività dello spirito rivolta alla verifica di un giudizio”⁴⁶.

Há, portanto, na teoria geral do processo, pelo que representa o processo na realização do direito, lugar de destaque substancial para a *prova administrativa*, isto é, aquela espécie de prova que se apresenta nas relações conflitantes entre a Administração e os administrados.

Na exatidão da terminologia reside a evidência da prova como ela é ou como *deve ser*. O porquê da prova *civil* explica o porquê da prova *administrativa*. O sentido finalístico está

⁴⁶ FRANCESCO CARNELUTTI, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, vol. I, pág. 280.

em todos os ramos do Direito, marcando-se mais profundamente no Direito Processual.

Verdadeiros ou não verdadeiros, os fatos jurídicos levam à apreciação decisória quando impugnados, pois a atitude de provar “significa formare la convinzione sulla esistenza o non esistenza di fatti rilevanti nel processo”⁴⁷.

Provar, contudo, na esfera administrativa, também é formar o convencimento. Atendendo, na relação processual, os elementos comuns ao processo administrativo e ao processo civil, os motivos do contraditório e os princípios decorrentes do “concetto di struttura unitaria dei due processi, con disposizioni particolari nell’uno e nell’altro, in vista della loro diversa destinazione”⁴⁸.

Quanto ao *ônus* de provar, no processo administrativo, nos termos adequados à natureza da demanda, pertence à parte recorrente, eis que o ataque objetiva a anulação, a revogação ou a reforma do ato do Poder Público, para a reintegração no direito atingido.

Participem do mesmo processo outras partes reconhecidamente legítimas, ainda nos trâmites prevalecem os elementos de estrutura unitária característica da lei processual geral, ficando os meios de prova adstritos às limitações constantes no ordenamento jurídico compulsório.

Importa, no entanto, antes de mais nada, em virtude da posição que o Estado assume na ordem administrativa, que se considere a categoria dos atos administrativos, pois não raras vezes podem permanecer desconhecidos os motivos de fato e de manifestação da vontade estatal.

É preciso, com respeito ao fim e à função, saber que um ato administrativo para produzir efeito precisa de vários outros atos entre si conexos através de vínculos lógicos ou legais, tudo isso numa formação jurídica que leva à busca de elementos probantes de confronto e avaliação.

Em outras palavras, no processo administrativo é tal a diversidade especulativa, sobretudo no tocante às regras que regulam a admissibilidade da prova, que o direito de agir por parte do administrado no contraditório, ou na *causa*

⁴⁷ Cf. GIUSEPPE CHIOVENDA, *Principii di Diritto Processuale Civile*, Nápoles, 1928, vol. IV, pág. 809.

⁴⁸ OTTORINO TENTOLINI, ob. cit., pág. 33; GIAN ANTONIO MICHELI, ob. cit., págs. 280/294.

petendi, assume riscos nos resultados práticos que não se devem subestimar.

Em nosso entender, para finalizar como convém, no plano das instituições jurídicas, os métodos de aplicação da lei processual nos casos concretos implicitamente dimanam dos dispositivos expressos, ou melhor, de um juízo de valor no que diz com a aplicabilidade do preceito legal.

Ao aplicar-se a lei, principalmente quando aparece como regra jurídica geral, e isso em cada relação jurídica singular, a justiça afirma-se no sentido de dar a cada um o que é seu, tendo em conta direitos e obrigações pertinentes à Administração e aos administrados.

BIBLIOGRAFIA DE CONSULTA

Transcende a importância da pesquisa bibliográfica em qualquer trabalho de estudo dos problemas jurídicos. Quando o Direito se afirma no tempo, não está parado mas fazendo História, a investigação é um dos elementos mais valiosos para a definição das situações presentes.

Não vá parecer ao leitor que seja vaidade de um autor a enumeração de obras às dezenas para um ensaio de limitadas proporções. Uma tarefa estafante assim merece, sem dúvida, maior compreensão e melhor consideração crítica. Não é uma tarefa fácil, pois exige paciência e exatidão.

Para o jurista, escritor, tratadista ou ensaísta, os livros constituem uma esplêndida fonte de orientação para o entendimento da verdade jurídica ou científica. Oferecem ao autor subsídios para a formação do seu pensamento. Dão ao leitor condições de buscar a controvérsia ou a oposição.

A realidade, na maioria das vezes, não aparece como uma só. Não se dispensa, para o seu conhecimento, as circunstâncias de espaço e de tempo. Sobretudo, no Direito onde as afirmações de Geografia e de História, se fazem imponderáveis para a adequação dos fenômenos jurídicos positivos.

Uma bibliografia, quando vasta, ou quanto maior for, remete o curioso, ou o estudioso, para a aferição de posições que se confirmam ou não, em virtude talvez de regras que sendo as mesmas sofrem mutações fáticas. O fato passado não é o fato presente, mas o acontecido faz o futuro inevitável.

As grandes contribuições responsáveis, as obras que se tornaram clássicas, a análise do progresso científico no Direito, as transformações que atingem a sociedade, jamais permitem que os fenômenos

jurídicos possam ser equacionados longe de fundamentos que tenham suporte no mundo de hoje.

Não deve haver, por assim dizer, a preocupação de apenas lembrarem-se aqueles que conosco comungam das mesmas idéias. Um livro novo não é a repetição de velho livro. Na polemização, no diálogo intelectual, reside a harmonia indispensável à identidade do pensamento criador.

A riqueza da literatura jurídica italiana e de língua castelhana, a clareza que torna os franceses mestres da análise substancial e científica, as contribuições de origem portuguesa e brasileira, obrigam forçadamente a todos quantos se preocupem com a problemática da evolução do Direito.

Poderíamos, sem dúvida, montar este despretensioso ensaio sem o apelo aos recursos bibliográficos. Não o fizemos, no entanto, em homenagem àqueles que possam pretender realizar trabalho de maior dimensão intelectual. Ou àqueles que, indo às fontes, melhor se deixem orientar e convencer.

Optamos, como adiante se verá, pela ordem alfabética na enumeração dos autores consultados ou lembrados, partindo da citação do nome próprio usado nas diferentes obras, e não dos sobrenomes que possam acarretar confusões. Cada obra, todavia, traz apenas a data de sua edição e origem.

É o quanto basta para a consulta ou para a busca das fontes bibliográficas. As indicações, naturalmente, correspondem às citações apontadas nos textos dos capítulos que compõem o livro. Falhas poderão existir. Mas falhas, sem dúvida, sanáveis e que não prejudicam a livre pesquisa.

A

ADOLFO KLITSCHÉ DE LA GRANGE — *Giurisdizione Ordinaria nei Confronti delle Pubbliche Amministrazioni*, Pádua, 1961.

ADOLFO MERKL — *Teoría General del Derecho Administrativo*, Madrid, 1936.

AFONSO NAVA NEGRETE — *Derecho Procesal Administrativo*, México, 1959.

AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ — *O Poder Discricionário da Administração*, Coimbra, 1948.

AGUSTIN A. GORDILLO — *Derecho Administrativo de la Economía*, Buenos Aires, 1967.

- *El Acto Administrativo*, Buenos Aires, 1969.
 - *Estudios de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1963.
 - *Introducción al Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1962/1971.
 - “La garantía de defensa como principio de eficacia en el procedimiento administrativo”, in *RDP*, n.º 10/16.
 - *Procedimiento y Recursos Administrativos*, Buenos Aires, 1971.
- ALDO M. SANDULLI — *Il Procedimento Amministrativo*, Milão, 1940.
- ALFREDO R. ZUANICH — *La Cosa Juzgada en el Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1952.
- ANDRÉ HAURIU — “O poder discricionário e sua justificação”, in *RDA*, n.º 19/27.
- ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA — *Erro e Ilegalidade do Ato Administrativo*, Lisboa, 1962.
- ANDREI VISHINSKI — *La Teoría de la Prueba en el Derecho Soviético*, Buenos Aires, 1951.
- ANTONIO CORRADO PUCHETTI — *Il Ricorso Gerarchico*, Pádua, 1938.
- ANTONIO LANCIS Y SANCHES — *Derecho Administrativo*, Havana, 1952.
- ANTONIO TITO COSTA — *Recursos em Matéria Eleitoral*, São Paulo, 1969.
- ARMANDO EMILIO GRAU — *Habilitación de la Instancia Contencioso-Administrativa*, La Plata, 1971.
- “La razonabilidad en el procedimiento administrativo”, in *Ciencias Administrativas*, n.º 27/31, La Plata.
- ARTHUR T. VANDERBILT — *La Justicia Emplazada a Reformarse*, trad. esp., Buenos Aires, 1959.
- ARTURO ENRIQUE SAMPAY — *Introducción a la Teoría del Estado*, Buenos Aires, 1951.
- ARTURO LENTINI — *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Milão, 1938.
- APARICIO MENDEZ — *La Jerarquía*, Montevideú, 1950.
- AURELIO GUAITA — *El Proceso Administrativo de Lesividad*, Barcelona, 1953.
- *La Revisio de la Ley de Procedimiento Administrativo*, Madri, 1964.
- AVELINO LEON HURTADO — *La Voluntad y la Capacidad en los Actos Jurídicos*, Santiago do Chile, 1957.

B

- BARTOLOMÉ A. FIORINI — *Teoría de la Justicia Administrativa*, Buenos Aires, 1944.
- BENJAMIN NATHAN CARDOZO — *A Natureza do Processo e a Evolução do Direito*, trad. bras., São Paulo, 1956.
- BENJAMIN VILLEGAS BASAVILBASO — *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1951.
- BERNARD SCHWARTZ — *Direito Constitucional Americano*, Rio de Janeiro, 1966.
- B. MIRKINE-GUETZEVITCH — *Las Nuevas Constituciones del Mundo*, Madri, 1931.
- BRISEÑO SIERRA — *Proceso Administrativo en Iberoamerica*, México, 1968.

C

- CAIO TÁCITO — *O Abuso do Poder Administrativo no Brasil*, Rio de Janeiro, 1959.
- CARLO FURNO — *Contributo alla Teoria della Prova Legale*, Pádua, 1940.
- CARLOS GARCÍA OVIEDO — *Derecho Administrativo*, Madri, 1962.
- CARLOS MORET — *Control Jurisdiccional de los Actos Administrativos*, Buenos Aires, 1934.
- CARLOS S. DE BARROS JÚNIOR — *Introdução ao Direito Administrativo*, São Paulo, 1959.
- *Do Poder Disciplinar na Administração Pública*, São Paulo, 1969.
- CARLOS OLLERO — *El Derecho Constitucional de la Postguerra*, Barcelona, 1949.
- CARMONA ROMAY — *Derecho Procesal Administrativo*, Havana, 1946.
- CHARLES DEBBASCH — *Procédure Administrative et Procédure Civile*, Paris, 1962.
- CHRISTIAN GABOLDI — *Traité Pratique de la Procédure Administrative Contentieuse*, Paris, 1960.
- CIMMINO SALVATORE — *La Organización Administrativa y su Contexto Social*, Madri, 1965.
- CINO VITTA — *Diritto Amministrativo*, Turim, 1949.

D

- DAVID LASCANO — *Jurisdicción y Competencia*, Buenos Aires, 1941.
DOMENICO MARIANI — *Diritto Amministrativo e Costituzionale*,
Roma, 1951.

E

- EDUARDO BONNIER — *Tratado Teórico y Práctico de las Pruebas en Derecho Civil y en Derecho Comercial*, Madri, 1928.
EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA — *La Administración Española*,
Madri, 1972.
EDUARDO VIVANCOS — *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, Barcelona, 1959.
EDGAR BODENHEIMER — *Teoría del Derecho*, trad. esp., México,
1942.
ELEAZAR GOMEZ RODRIGUEZ — *Poder Judicial y Proceso Administrativo*, Santiago do Chile, 1966.
EMMANUEL BLANC — *Procédure Civile 1972*, Paris, 1972.
ENRIQUE SAYAGUES LASO — *El Tribunal de lo Contencioso Administrativo*, Montevidéo, 1952.
— *Tratado de Derecho Administrativo*, Montevidéo, 1953.
ENZO SILVESTRE — *La Attività Interna della Pubblica Amministrazione*, Milão, 1950.
ERNST FORSTHOFF — *Tratado de Derecho Administrativo*, trad. esp.,
Madri, 1928.

F

- FABREGAS DEL PILLAR — *Procedimiento en las Reclamaciones Económico-Administrativas*, Madri, 1943.
FELIX SARRIA — *Instituciones de Derecho Administrativo*, Madri,
1935.
FERNANDO ALVAREZ TABIE — *El Proceso Contencioso Administrativo*, Havana, 1954.
FERNANDO ARENA — *El Proceso Administrativo*, México, 1965.
FERNANDO GARRIDO FALLA — *La Administración Española y el Estado Contemporáneo*, Madri, 1961.

- *Las Transformaciones del Régimen Administrativo*, Madri, 1962.
- “La tres crisis del derecho público subjetivo”, in *Estudios dedicados al profesor Garcia Oviedo (Derecho Administrativo, vol. I)*, Sevilla, 1954.
- *Régimen de Impugnación de los Actos Administrativos*, Madri, 1943/1956.
- *Tratado de Derecho Administrativo*, Madri, 1958.
- FRANCESCO CARNELUTTI — *La Prova Civile*, Roma, 1947.
- *La Prueba Civil*, trad. esp., Buenos Aires, 1955.
- *Sistema di Diritto Processuale Civile*, Pádua, 1936/39.
- FRANCESCO D’ALESSIO — *Le Parti nel Giudizio Amministrativo*, Roma, 1915.
- FRANCISCO DE PAULA BAPTISTA — *Compendio de Theoria e Pratica do Processo Civil*, Recife, 1857.
- FRANCISCO RICCI — *Delle Prove*, Turim, 1891.
- FRANCISCO SILVIO GENTILE — *La Prova Civile*, Roma, 1960.
- F. H. MENDES DE ALMEIDA — “Administração pública no direito privado”, in *RDA*, n.º 63/388.
- FRANÇOIS GORPHE — *De la Apreciación de las Pruebas*, Buenos Aires, 1955.
- FRITZ FLEINER — *Instituciones de Derecho Administrativo*, Madri, 1935.
- F. GONZALEZ NAVARRO — *Procedimientos Administrativos Especiales*, Madri, 1962.

G

- G. BALLADARE PALLIERI — *Diritto Costituzionale*, Milão, 1950.
- G. J. BIDART CAMPOS — *Derecho Constitucional del Poder*, Buenos Aires, 1967.
- G. CHIOVENDA — *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1940.
- *Principii di Diritto Processuale Civile*, Nápoles, 1928.
- GABRIEL DE REZENDE FILHO — *Curso de Direito Processual Civil*, São Paulo, 1965/66.
- GARCÍA TREVIJANO-FOS — *Tratado de Derecho Administrativo*, Madri, 1964.
- GEORGES BURDEAU — *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Paris, 1966.

- GEREMIA BROCCOLLI — *La Codificazione del Diritto Amministrativo*, Nápoles, 1963.
- GIAN ANTONIO MICHELI — *Corso di Diritto Processuale Civile*, Milão, 1959/60.
 — *La Carga de la Prueba*, Buenos Aires, 1961.
 — *L'onere de la Prova*, Pádua, 1942.
- GIORGIO LASERRA — *La Prova Civile*, Nápoles, 1957.
- GONZALEZ NAVARRO — *Procedimientos Administrativos Especiales*, Madri, 1967.
- G. DALLARI — *Il Sistema delle Prove nel Giudizio Amministrativo*, Turim, 1920.

H

- HANS KELSEN — *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. esp., Madri, 1958/59.
- HAROLD J. LASKI — *El Estado Moderno*, trad. esp., Barcelona, 1952.
- HEBERTO AMILCAR BAÑOS — *La Apreciación de la Prueba en el Proceso Laboral*, Buenos Aires, 1954.
- HELLY LOPES MEIRELLES — *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, 1968.
 — *Mandado de Segurança e Ação Popular*, São Paulo, 1969.
- HERMANN HELLER — *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. esp., México, 1958.
- HENRI CHARDON — *Le Pouvoir Administratif*, Paris, 1911.
- HENRY VIZIEZ — *Études de Procédure*, Bordéus, 1956.
- HERBERT A. SIMON — *Comportamiento Administrativo*, Buenos Aires, 1962.
- HUGO FORTI — *Diritto Amministrativo*, Nápoles, 1931/34.
- H. W. R. WADE — *Administrative Law*, Oxford, 1961.
 — *Towards Administrative Justice*, Oxford, 1959.

I

- ICILIO VANNI — *Filosofía del Derecho*, trad. esp., Madri, 1941.
- I. JAEGER — *Corso di Diritto Processuale de Lavoro*, Pádua, 1936.
- ISAAC RUBIO GODOY — *Proceso de Formación de un Acto Administrativo*, Santiago do Chile, 1960.

J

- JACOB WAINER — *Racionalización Administrativa*, Buenos Aires, 1943.
- JACQUES PUISOYE — *Le Contentieux Administratif*, Paris, 1969.
- JAIME GUASP — *Derecho Procesal Civil*, Madri, 1961.
 — *Juez y Hechos en el Proceso Civil*, Barcelona, 1943.
 — *Reducción y Simplificación de los Procesos Civiles Especiales*, Madri, 1959.
- JAMES C. CHARLESWORTH — *Governmental Administration*, Nova York, 1951.
- JAMES M. LANDIS — *The Administrative Process*, New Haven, 1941.
- JEAN DABIN — *Teoría General del Derecho*, trad. esp., Madri, 1955.
- JEAN-CLAUDE VENEZIA — *Le Pouvoir Discretionnaire*, Paris, 1959.
- JEAN CRUET — *A Vida do Direito*, trad. port., s/d.
- JEAN RIVERO — *Droit Administratif*, Paris, 1960.
- JEAN DE SOTO — *Contribution a la Théorie des Nullités des Actes Administratifs Unilatereux*, Paris, 1941.
- JEAN-WILLIAM LAPIERRE — *Le Pouvoir Politique*, Paris, 1953.
- J. CARLOS MOREIRA — *Princípio da Legalidade na Administração*, Coimbra, 1950.
- J. CHATELAIN — *Contribution à L'Étude de la Notion d'Abus des Droits dans le Contentieux Administratif*, Paris, 1945.
- J. M. ARRUDA ALVIM FILHO — *Direito Processual Civil* (Teoria Geral do Processo de Conhecimento), São Paulo, 1972.
- J. GUILHERME DE ARAGÃO — *La Jurisdiction Administrative au Brésil*, Rio de Janeiro, 1955.
- J. RAMIRO REDENTTI — *Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral*, Buenos Aires, 1954.
- JESSE B. SEARS — *The Nature of the Administrative Process*, Nova York, 1950.
- JOÃO DE CASTRO MENDES — *Do Conceito de Prova em Processo Civil*, Lisboa, 1961.
- JOÃO LEITÃO DE ABREU — "Discrição administrativa", in *RDA*, n.º 17/12.
- JOÃO MENDES — *Direito Judiciário Brasileiro*, Rio de Janeiro, 1918.
- JOSÉ ALBERTO REIS — *Processo Ordinário e Sumário*, Lisboa, s/d.
- JOSÉ CRETILLA JÚNIOR — *Do Desvio de Poder*, São Paulo, 1964.
 — *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, 1970.
 — *Tratado de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 1969.

- JOSE GASCÓN Y MARIN — “En torno de la noción del derecho administrativo”, in *Estudios dedicados al profesor García Oviedo (Derecho Administrativo, vol. I)*, Sevilla, 1954.
- *Las Garantías Jurídicas del Ciudadano y la Evolución del Recurso Contencioso Administrativo*, Barcelona, 1917 e 1930.
- JOSE LUIS MEILÁN GIL — *El Proceso de la Definición del Derecho Administrativo*, Alcalá de Henares, 1970.
- JOSE MARIA VILLAR Y ROMERO — *Derecho Procesal Administrativo*, Madrid, 1944.
- JESUS GONZALEZ PEREZ — *El Procedimiento Administrativo*, Madrid, 1964.
- *Los Recursos Administrativos*, Madrid, 1969.
- JORGE TRISTAN BOSCH — *El Procedimiento Administrativo en los Estados Unidos de América*, Montevideo, 1953.
- JUAN FRANCISCO LINARES — *Poder Discrecional Administrativo*, Buenos Aires, 1958.

L

- LAFAYETTE PONDÉ — “Vontade privada na formação ou na eficácia do ato administrativo”, in *RDA*, n.º 63/16.
- LAUREANO LOPES RODÓ — *El Coadyuante en lo Contencioso Administrativo*, Madrid, 1943.
- LÉON DUGUIT — *Las Transformaciones del Derecho Público*, trad. esp., Madrid, 1915.
- LEONIDA RAGNISCO e MICHELE ROSSANO — *Il Ricorsi Amministrativo*, Roma, 1954.
- LUDWIG SPIEGEL — *Derecho Administrativo*, Madrid, 1936.
- LUIGI GALATERIA — *Teoria Giuridica degli Ordini Amministrativi*, Milão, 1950.
- LUIGI RAGGI — *Diritto Amministrativo*, Pádua, 1928/32.
- LUIS FERNANDO MARTINEZ RUIZ — “Los límites del poder discrecional de la autoridad administrativa”, in *Información Jurídica*, n.º 314, Madrid, 1972.
- LUIS LEGAZ Y LACAMBRA — *Administración y Sociedad*, Madrid, 1964.
- LUIS RECASENS SICHES — *Vida Humana, Sociedad y Derecho*, México, 1945.

- LOUIS DUBOIS — *La Théorie de l'Abus de Droit et la Jurisprudence Administrative*, Paris, 1969.
- LUIS FELIPE MEJIA LIZARZABURO — *Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos*, Lima, 1968.

M

- MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO — *A Prova no Processo Administrativo*, Curitiba, 1971.
 — *Desapropriação*, São Paulo, 1973.
 — *Ensaio Sobre a Mecânica Política do Estado*, Curitiba, 1969.
 — *Introdução ao Direito Processual Administrativo*, São Paulo, 1971.
- MANUEL JIMENEZ DE PARGA — *Los Régimenes Políticos Contemporáneos*, Madrid, 1960.
- MANUEL MARIA DIEZ — *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1963/65.
- MANUEL RIBEIRO — “Invalidadez dos atos administrativos”, in *RDA*, n.º 78/1.
- MARCELLO CAETANO — “Garantias jurisdicionais dos administrados no Direito Comparado de Portugal e Brasil”, in *RDA*, n.º 80/1.
 — *Tratado Elementar de Direito Administrativo*, Lisboa, 1941.
- MARTIN RETORNILLO — *Notas Sobre el Procedimiento Contencioso-Administrativo*, Huesca, 1933.
- MASSIMO SEVERO GIANNINI — *La Giustizia Amministrativa*, Roma, 1966.
- MAURICE DUVERGER — *Droit Public*, Paris, 1966.
 — *Manuel de Droit Constitutionnel et de Science Politique*, Paris, 1948.
- MAURICE HAURIOU — *La Jurisprudence Administrative de 1892 à 1929*, Paris, 1929.
- MAX CONSOLI — *Cuestiones Contencioso-Administrativas*, Buenos Aires, 1948.
- MICHEL LESAGE — *Les Régimes Politiques de l'URSS et de l'Europe de l'Est*, Paris, 1970.
- MICHELLE CANTUCCI — *L'Attività di Diritto Privato della Pubblica Amministrazione*, Pádua, 1941.
- MICHELLE LA TORRE — *Codice della Giustizia Amministrativa*, Roma, 1951.
- MIGUEL REALE — *Teoria do Direito e do Estado*, São Paulo, 1940.

- M. ANDREOZZI — *La Materia Contencioso-Administrativa*, Tucumã, 1947.
- M. RIVALTA — *La Motivazione degli Atti Amministrativi*, Milão, 1960.
- M. SEABRA FAGUNDES — “Da Contribuição do Código Civil para o Direito Administrativo”, in *RDA*, n.º 78/1.
- MOACYR AMARAL SANTOS — *As Condições da Ação no Despacho Saneador*, São Paulo, 1946.
- *A Prova Judiciária no Cível e Comercial*, São Paulo, 1949/54.

O

- O. A. BANDEIRA DE MELLO — “Evolução Científica do Direito Administrativo”, in *RDA*, n.º 83/1.
- ORESTE RANELLETTI — *Le Garantigie della Giustizia nella Pubblica Amministrazione*, Milão, 1946.
- *Teoria degli Atti Amministrativi Speciali*, Milão, 1945.
- *Teoria Generale degli Atti Amministrativi*, Milão, 1945.
- ORLANDO GOMES — *Introdução ao Direito Civil*, Rio de Janeiro, 1957.
- OTTORINO TENTOLINI — *La Prova Amministrativa*, Milão, 1950.

P

- PAUL DUEZ — *Les Actes de Gouvernement*, Paris, 1959.
- PAUL FOULQUIÉ — *La Volonté*, Paris, 1965.
- PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA — *Lo Stato Democratico Moderno nella Dottrina e nella Legislazione*, Milão, 1946.
- PEDRO DELFINO — *Introducción a la Teoría de la Administración*, Buenos Aires, 1967.
- *Administración y Desarrollo*, La Plata, 1970.
- PEDRO GUILLERMO ALTAMIRA — *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1971.
- *Principios de lo Contencioso-Administrativo*, Buenos Aires, 1962.
- PI Y SUÑER — *Procedimientos Administrativos*, Barcelona, 1930.
- PINTO FERREIRA — *Princípios do Direito Constitucional*, São Paulo, 1971.

- PIERRE SANDEVOIR — *Études Sur les Recours de Pleine Jurisdiction*, Paris, 1964.
- PIETRO BODDA — *Giustizia Amministrativa*, Turim, 1960.
— *La Nozione di Causa della Manifestazione di Volontà nel Diritto Amministrativo*, Turim, 1933.
- PIERO CALAMANDREI — *Istituzione di Diritto Processuale Civile*, Pádua, 1943.
- PIETRO GOGLILO — *Philosophia do Direito Privado, trad. bras.*, Bahia, 1898.
- PIETRO VIRGA — *Il Procedimento Amministrativo*, Palermo, 1964.
- PROSPER WEIL — *Les Consequences de Annulation d'Un Acte Administratif pour Exces de Pouvoir*, Paris, 1952.
— *Le Droit Administratif*, Paris, 1964.
- P. PACTET — *Essai d'Une Théorie de la Preuve Devant la Jurisdiction Administrative*, Paris, 1950.

R

- RAFAEL A. ARNAZ — *De la Competencia Administrativa*, Madri, 1967/69.
- RAFAEL BIELSA — *El Acto Jurisdiccional en la Administración*, Rosário, 1949.
— *El Recurso Jerárquico*, Rosário, 1939.
— *Reaciones del Código Civil con el Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1923.
- RAFAEL ENTRENA CUESTA — *Curso de Derecho Administrativo*, Madri, 1970.
- RAFAEL FERNANDEZ CONCHA — *Filosofía del Derecho o Derecho Natural*, Santiago do Chile, 1966.
- RAYMOND LEGEAS — *Les Régles de Preuve en Droit Civil*, Paris, 1955.
- RECAREDO F. DE VELASCO — *El Acto Administrativo*, Madri, 1929/69.
- RENATO ALESSI — *Diritto Amministrativo*, Milão, 1950.
— *La Revoga degli Atti Amministrativi*, Milão, 1942.
— *La Responsabilità della Pubblica Amministrazione*, Roma, 1937.
— *Sistema Istituzionale de Diritto Amministrativo Italiano*, Milão, 1953.
- RENATO TREVES — *Derecho y Cultura*, Buenos Aires, 1947.
— *Il Diritto come Relazione*, Turim, 1934.

- *Il Fondamento della Dottrina Pura del Diritto di Hans Kelsen*, Turim, 1934.
- ROGER BONNARD — *Contrôle Jurisdictionnel de L'Administration*, Paris, 1934.
- *Précis General del Derecho y del Estado*, México, 1959.
- *Le Droit Public Subjectif des Administrés*, Paris, 1956.
- RUY CIRNE LIMA — *O Código Civil e o Direito Administrativo*, Porto Alegre, 1960.
- “O Código Civil e o Direito Administrativo”, in *RDA*, n.º 62/1.
- *Sinopse do Direito Administrativo Brasileiro*, Porto Alegre, 1965.
- R. CHAPUS — *La Responsabilité Publique et la Responsabilité Privée*, Paris, 1957.

S

- SABINO ALVAREZ-GENDIN — *Teoría y Práctica de lo Contencioso-Administrativo*, Barcelona, 1960.
- SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA — *Lições de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 1972.
- SOARES DE FARIA — *Principais Teorias Relativas ao “Onus Probandi”*, São Paulo, 1936.
- STRAITI ANDREADES — *Les Contentieux Administratif des États Modernes*, Paris, 1954.

T

- THEMÍSTOCLES B. CAVALCANTI — “Princípios da legalidade e o desvio de poder”, in *RDA*, n.º 85/1.
- *Direito e Processo Disciplinar*, Rio de Janeiro, 1966.
- TITO PRATES DA FONSECA — *Lições de Direito Administrativo*, São Paulo, 1943.

V

- VALMIR PONTES — *Programa de Direito Administrativo*, São Paulo, 1968.

- V. E. ORLANDO — *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, Milão, 1897.
- VICENTE O. CUTOLO e PEDRO I. BENVENUTO — *Introducción al Estudio del Derecho*, Buenos Aires, 1962.
- VICENTE FERRER CORREIA LIMA — *Julgamento do Processo Administrativo*, Brasília, 1970.
- VINCENZO GUELLI — *O Regime Político*, trad. port., Coimbra, 1951.
- VITO GIANTURCO — *La Prova Indiziaria*, Milão, 1958.

W

- WILBURG JIMENEZ CASTRO — *Introducción al Estudio de la Teoría Administrativa*, México, 1966.

ÍNDICE REMISSIVO

ADMINISTRAÇÃO

- arbítrio subjetivo da —, 21
- como parte, 129
- e Direito, 165
- e Estado de Direito, 112, 131
- exteriorização da —, 84
- na relação processual, 99
- o papel da —, 164
- organização administrativa, 72
- pedido administrativo, 67
- prova perante a —, 54
- relação de —, 15
- relações materializadas, 17
- responsabilidade da —, 33, 56
- vontade da —, 118

ADMINISTRADO

- a figura do —, 108
- garantias do —, 91
- proteção do —, 103

ADMINISTRADOR

- responsabilidade do agente —, 121

AÇÃO

- administrativa, 67
- conceitualmente única, 30
- juridicidade da —, 56
- prova como regra na —, 77

ANALOGIA

- em matéria administrativa, 55

ATO

- administrativo positivo, 128
- causas de nulidade, 42
- executório e procedimento, 42
- jurídico, 179
- preparatório, 181

ATO ADMINISTRATIVO

- a função política do —, 187
- categoria de ato jurídico, 32
- impugnação jurisdicional, 20

ATIVIDADE

- não formalizada, 143
- processual, 155

CAMINHOS

- e metas, 17
- justo — probante, 59

CAPACIDADE

- administrativa, 23
- civil, 23, 24
- e personalidade, 177

CARACTERES

- singulares, 136

CÓDIGOS

- os novos —, 86

COMPETÊNCIA

- e jurisdição, 133
- e processo, 152

CONEXÃO

- das práticas processuais, 21

CONFLITO

- administrativo, 138

CONTESTAÇÃO

- a impugnação legitimando a —, 88

CONTROVÉRSIA

- e oposição, 80
- verificação dos motivos e —, 87

CRITÉRIOS

— probantes, 79

DEFESA

— na acusação, 93

DESPACHO SANEADOR

— administrativo, 94

DESTINAÇÃO

— diversa, 173

DEVER

— e poder, 135

DIREITO

— administrativo objetivo, 21

— administrativo, 139

decisão de —, 26

defesa do —, 47

— é fenômeno intrinsecamente moral, 34

Estado de Direito e Administração, 112, 119, 120

— interesse, ato, 116

— jurídico, 110

— na ordem administrativa, 109

proteção do —, 37

DIREITO ADMINISTRATIVO

direito de exceção, 32

— objetivo, 21

os direitos administrativos, 139

pretensão no —, 73

regulador da Administração, 31

temática no — brasileiro, 49

DIREITO PROCESSUAL

a realidade no —, 80

determinação do fenômeno processual, 107

— e os direitos administrativos, 121

os direitos processuais, 140

DISCRIÇÃO

fronteiras da —, 123

DOCTRINA

— comparada, 90

— na Espanha, 69

— italiana, 68

URUGUAI antes de BIELSA, 113

ESQUEMA

— de BIELSA, 147

ESTADO

atividade normativa do —, 36

conduta estatal, 41

— de Direito, 119

— de Direito e Administração, 131

ESTRATÉGIAS

— administrativas, 115

EXECUTIVO

a hipertrofia do —, 161

o papel do —, 162

FATO

decisão de —, 26

disposição legal definida, 26

fatos administrativos, 28

— jurídico na Administração, 27

— negativo, 61

— processual, 109

FINS

— da prova, 185, 190

— reguladores, 40

FORÇA

e mecanismo, 172

FUNÇÃO

— da prova, 190

— diversificada, 43

— conciliatória do Direito, 82

GARANTIA

insuficiência da — política, 112

HIERARQUIA

— vertical, 44

HISTÓRIA

— e contexto social, 154

INSTRUÇÃO

— e verdade jurídica, 45

INTERESSE

— superior na ordem jurídica, 24

— correlativo, 16

JURISDIÇÃO

— administrativa, 42, 43, 44

a medida da —, 153

— competente, 114

— e competência, 133

impugnação jurisdicional, 46

— na hierarquia, 41

— plena, 43

proteção jurisdicional, 47

LEGALIDADE

— assegurada, 105

LEGITIMIDADE

— e mérito, 172

LEI

o primado da —, 83

MÉRITO

— e legitimidade, 172

METAS

— e caminhos, 17

NORMA JURÍDICA

forma da —, 15

NORMAS

definição pelas —, 117

OBJETO

— da prova, 78

— da relação administrativa, 137

definição pelo —, 75

objeto-fim, 76

OBRIGAÇÃO

legal, 46

OBRIGAÇÕES

— não são unilaterais, 75

regime das —, 74

OPOSIÇÃO

— e controvérsia, 80

ORDEM ADMINISTRATIVA

— interna, 124

PODER

— de direção, 33

— disciplinar, 98

— e o dever, 135

faculdade, — e Direito Subjetivo, 183

— não-autoritário, 37

PODERES

— jurídicos, 32

PRAXES

— remanescentes e costumeiras, 144

PRERROGATIVAS

— e privilégios, 148, 150

PRINCÍPIO

— da legalidade, 81, 83

— do contraditório, 157, 158

PRIVILÉGIOS

— e prerrogativas, 148, 149

PROBLEMA

— administrativo, 117

— nacional brasileiro, 132

PROCEDIMENTO

— em geral, 79

falhas no — administrativo, 85, 126

— probatório, 53

PROCESSO

— administrativo, 31, 60, 143

— administrativo no Brasil, 95, 97

a motivação processual, 89

— de interesse público, 145

— como expressão, 25

— como instituição, 169

constituição do —, 156

— disciplinar, 92

— e competência, 152

— e relação jurídica, 39

— eleitoral e trabalhista, 60

estrutura unitária do —, 171

evidência da prova no —, 59

forma do —, 180

importância do — administrativo, 98

modelo do — judicial, 18

PROCESSOS

diferentes — administrativos, 96

— especiais, 21

PROVA ADMINISTRATIVA

a certeza do Direito na —, 186

admissibilidade da —, 130

a função da prova, 72

a iniciativa da prova, 176

apreciação da prova, 61

a verdade na prova, 141

— como ato processual, 20, 89, 90

— como princípio de defesa, 49

— como regra obrigatória na ação administrativa, 71, 77

conceito da verdade na —, 57

descaracterização da —, 19

— e a defesa administrativa, 51, 189

— e a vontade, 167

— e das nulidades, 178

— específica, 62

evidência no processo, 58, 59

exame direto das provas, 48

fim e função, 185, 190

finalidade da —, 65

forma da —, 180

formal, 64

formação do convencimento, 64

— instrumental, 110

— material, 64

momento da —, 174
— na impugnação do ato, 182
— na lição de BIELSA, 102
— na teoria geral do processo, 35
— no desvio de poder, 184
— no entendimento processual, 53
— no processo administrativo, 19
— no sentido legal, 58
os meios de —, 63
— para o descobrimento da verdade, 100
— perante a Administração, 54
— pericial, 111
procedimento probatório, 53, 66
produção da melhor —, 48
produção de —, 82
regime probatório, 102
regra universal, 15
restrições, 127
— testemunhal, 111
valor da —, 35

RELAÇÃO

— jurídico-administrativa, 38

REGRAS

aplicação das — jurídicas, 26
a prática na aplicação das —, 25
— universais, 15

RESISTÊNCIAS

— da tradição, 158

SITUAÇÕES

— jurídicas, 47, 168
— jurídico-administrativas, 125

SOLUÇÕES

— racionalizantes, 159

TIPICIDADE

— elementar, 108

TUTELA

— jurídica comum, 104
— sobre o Estado, 134

VALORES

— hierarquizados, 42

VERDADE

o problema da —, 170

VÍCIOS

— jurídicos, 22

VÍNCULO

— jurídico, 30, 31
— real, 31

VONTADE

— e a prova, 167
— funcional, 146
— normativa, 188
— psicológica, 188

ÍNDICE ONOMÁSTICO

- ADOLFO KLITSCHÉ DE LA GRANGE, 129
ADOLFO MERKL, 17, 22
AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, 164, 185, 189
AGOSTINHO DE ARRUDA ALVES, 179
AGUSTIN A. GORDILLO, 23, 24, 38, 39, 50, 122, 156, 177
ALBERTO DA CRUZ BONFIM, 96, 99
ALCIDES CRUZ, 101
ALDO M. SANDULLI, 23, 46, 79, 86, 122, 138, 156
ALFONSO NAVA NEGRETE, 24, 122, 138, 156, 184
ALFREDO BUZAID, 122, 153
ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, 164, 187, 188
ANDREI VISHINSKI, 57, 58
ANTONIO CORRADO PUCHETTI, 46
ANTONIO LANCIS Y SANCHES, 155
ANTONIO TITO COSTA, 60, 61
APARICIO MENDEZ, 42, 43
ARMANDO EMILIO GRAU, 50, 51, 125, 177
ARTHUR T. VANDERBILT, 175
ARTURO ENRIQUE SAMPAY, 149
ARTURO LENTINI, 42
AURELIO GUAITA, 19, 20, 46, 47, 79, 108, 177
AVELINO LEON HURTADO, 168
- B. MIRKINE-GUETZEVITCH, 163
BARTOLOMÉ A. FIORINI, 122, 156
BENJAMIN NATHAN CARDOZO, 174
BENJAMIN VILLEGAS BASAVILBASO, 152
- BENOIT JEANNEAU, 23
BERHARD SCHWARTZ, 52, 175
BRISEÑO SIERRA, 22, 91, 95
- C. J. DE ASSIS RIBEIRO, 158
CAIO TÁCITO, 49, 85, 186
CARLO FURNO, 57, 58, 64, 65, 79, 171
CARLO OLLERE, 163
CARLOS GARCÍA OVIEDO, 47
CARLOS MARTINEZ SILVA, 141
CARLOS MORET, 91
CARLOS S. DE BARROS JÚNIOR, 81, 82, 93, 96
CARMONA ROMAY, 91, 96
CHARLES DEBBASCH, 81, 118
CHRISTIAN GABOLDI, 177
CIMMINO SALVATORE, 160
CINO VITTA, 28, 82
CIRILO MARTIN-RETORTILLO, 24
CLOVIS DO COUTO E SILVA, 179
- DAVID LASCANO, 46
DOMENICO MARIANI, 72
- EBERT VIANNA CHAMOUN, 179
EDUARDO BONNIER, 57, 62
EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA, 24, 184
EDUARDO VIVANCOS, 24, 69, 156, 183
ELEAZAR GOMEZ RODRIGUEZ, 158, 159, 180
EMMANUEL BLANC, 181
ENRIQUE MARTINEZ-USERO, 186
ENRIQUE SAYAGUES LASO, 24, 28, 31, 32, 91

ENZO SILVESTRE, 122
ERNST FORSTHOFF, 126

F. GONZALEZ NAVARRO, 30, 148
FÁBREGAS DEL PILAR, 79
FERNANDO ALVAREZ TABIE,
156
FERNANDO ARENA, 156
FERNANDO GARRIDO FALLA,
24, 27, 81, 84, 85, 88, 126, 148,
149, 155, 183
FERNANDO HENRIQUE MENDES
DE ALMEIDA, 87, 96, 109, 110,
179
FELIX SARRIA, 46, 48, 91
FRANCESCO CARNELUTTI, 59,
73, 79, 168, 190
FRANCESCO D'ALESSIO, 28, 46
FRANCESCO RICCI, 62
FRANCESCO SILVIO GENTILE,
168, 170
FRANCISCO DE PAULA BAPTIS-
TA, 178
FRANÇOIS GORPHE, 57, 62, 63
FRITZ FLEINER, 44, 45

G. BALLADARE PALLIERI, 154
G. J. BIDART CAMPOS, 149
G. DALLARI, 79
GABRIEL JOSÉ RODRIGUES DE
REZENDE FILHO, 87
GARCIA TREVIANO-FOS, 24, 126
GEORGES BURDEAU, 163
GEREMIA BROCCOLLI, 91, 156
GIAN ANTONIO MICHELI, 168
GIORGIO LASERRA, 57
GIOVANNI MIELE, 75
GIUSEPPE CATALDI, 160
GIUSEPPE CHIOVENDA, 59, 64,
181, 191
GUSTAVO BOCACORZO, 32

H. W. R. WADE, 49, 51, 159
HANS KELSEN, 40, 123, 149, 155
HARLEIGH B. TRECKER, 115
HAROLD J. LASKI, 155
HEBERTO AMILCAR BAÑOS, 60
HELY LOPES MEIRELLES, 60, 82
HENRI CHARDON, 161
HENRIQUE REGO BARROS, 98
HENRY VIZIEZ, 161
HERBERT A. SIMON, 160
HERMAN HELLER, 149
HORACIO H. HEREDIA, 24
HUGO FORTI, 28

HUMBERTO BRISEÑO SIERRA,
22, 91, 95, 138

ICILIO VANNI, 17, 154
ISAAC RUBIO GODOY, 138

J. CHATELAIN, 91
J. GUILHERME DE ARAGÃO, 133,
134
J. M. ARRUDA ALVIM, 158
J. RAMIRO PODETTI, 158
JACOBO WAINER, 160
JACQUES PUISOYE, 23, 91
JAMES C. CHARLESWORTH, 160
JAMES M. LANDIS, 161
JAIME GUASP, 29, 30, 66, 73, 75,
76, 78, 79, 89, 90
JEAN ANTONIO MICHELI, 74
JEAN-CLAUDE VENEZIA, 186
JEAN CRUET, 176
JEAN DABIN, 26
JEAN DE SOTO, 186
JEAN RIVERO, 119
JEAN-WILLIAM LAPIERRE, 149
JESSE B. SEARS, 172, 173
JESUS GONZALEZ PEREZ, 24, 79,
96, 130, 131, 148, 156, 177, 182,
184
JOÃO DE CASTRO MENDES, 57,
58, 59, 60, 123, 153
JORGE TRISTAN BOSCH, 91, 138,
156
JOSÉ ALBERTO REIS, 66
JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES,
179, 186
JOSÉ CRETILLA JÚNIOR, 95, 96,
98, 100, 108, 109, 134, 155, 156,
185, 186
JOSÉ GASCÓN Y MARIN, 27, 91
JOSÉ LUIZ MEILÁN GIL, 150
JOSÉ MARIA VILLAR Y ROMERO,
18, 24, 46, 79, 96, 100, 156, 184
JUAN FRANCISCO LINARES, 24,
186
JUAN IGNACIO JIMENEZ NIETO,
114

LAFAYETTE PONDÉ, 87
LAUREANO LOPES RODÓ, 80, 81
LÉON DUGUIT, 139, 175
LEONIDA RAGNISCO, 46, 79
LOPES CALERA, 79
LOUIS DUBOIS, 23, 83
LUDWIG SPIEGEL, 37, 38
LUIGI RAGGI, 74

LUIS FERNANDO MARTINEZ
RUIZ, 186
LUIS RECASENS SICHES, 154
LUIZ LEGAZ Y LACAMBRA, 155

MANOEL GONÇALVES PEREIRA
FILHO, 149
MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO
SOBRINHO, 19, 123, 132, 135,
146, 152, 156, 161, 163, 181
MANUEL ANDREOZZI, 24, 79
MANUEL FRANCISCO CLAVERO
ARÉVALO, 24
MANUEL JIMÉNES DE PARGA,
163
MANUEL MARIA DIEZ, 24, 160
MANUEL MARIA NATERO
CORDOBA, 115, 116
MANUEL RIBEIRO, 87
MARCELLO CAETANO, 87, 93, 94,
95, 99, 144, 145, 146, 186, 188
MÁRIO MASAGÃO, 96
MARTIN RETORTILLO, 91
M. SEABRA FAGUNDES, 87
MASSIMO SEVERO GIANNINI, 23
MAURICE DUVERGER, 149, 154
MAURICE HAURIUO, 123
MAX CONSOLI, 128
MICHEL LESAGE, 163
MICHELE CANTUCCI, 69, 71, 75
MICHELE LA TORRE, 72
MICHELE ROSSANO, 46
MICHELI, 79
MIGUEL REALE, 149, 179
M. RIVALTA, 186
MOACYR AMARAL SANTOS, 48,
57, 157
MONICA REYES MARTINEZ, 170

ONOFRE MENDES JÚNIOR, 96
ORESTE RANELLETTI, 18, 28, 46,
75, 79, 148
ORLANDO GOMES, 27
OSWALDO ARANHA BANDEIRA
DE MELLO, 87, 96
OTTO MAYER, 128
OTTORINO TENTOLINI, 55, 56,
57, 62, 68, 78, 88, 171, 172, 173,
176, 182, 191

P. PACTET, 57
PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA,
154
PAPA JOÃO XXIII, 105
PAUL DUEZ, 40
PAUL FOULQUIÉ, 169

PEDRO DELFINO, 54, 125
PEDRO GUILLERMO ALTAMIRA,
114, 138, 160
PEDRO I. BENVENUTO, 26
PEDRO MENNA BARRETO
MONCLARO, 46
PEDRO MUÑOZ AMATO, 117, 160
PI Y SUNER, 91
PIERO CALAMANDREI, 67, 157
PIERRE SANDEVOIR, 83
PIETRO BODDA, 23, 91, 160, 184
PIETRO COGLIOLO, 16
PIETRO VIRGA, 23, 91, 156
PINTO FERREIRA, 149
PROSPER WEIL, 42, 138, 164, 175,
185, 186

R. CHAPUS, 155
R. HUGOT DERVILLE, 42
RAFAEL A. ARNANZ, 79, 91, 133,
152
RAFAEL BIELSA, 42, 43, 46, 55,
79, 102, 107, 111, 112, 113, 147,
150, 168
RAFAEL ENTRENA CUESTA, 119,
135, 148, 149
RAFAEL FERNANDEZ CONCHA,
26
RAYMOND LEGEAIS, 62
RAYMOND ODENT, 183
RECAREDO F. DE VELASCO, 56,
128, 129
RENATO ALESSI, 23, 79, 91, 148,
160, 183
RENATO TREVES, 162
RODRIGUEZ MORO, 24
ROGER BONNARD, 23, 42, 79, 91
RUDOLF BULLRICH, 115
RUY CIRNE LIMA, 38, 41, 87, 91

SABINO ALVAREZ-GENDIN, 24,
131, 132, 177
SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA,
152, 153
SILVIO LESSONA, 184
SIMONE GRUFELD, 91
SOARES DE FARIA, 59
STRATI ANDRÉADÉS, 160
SUE SPENCER, 115
SYLVIO MARCONDES, 179

THEMÍSTOCLES BRANDÃO
CAVALCANTI, 87, 93, 97
TITO PRATES DA FONSECA, 151
TORQUATO CASTRO, 179

V. ALCALÁ ZAMORA, 22
VALMIR PONTES, 149
V. E. ORLANDO, 82
VISCONDE DE URUGUAI, 100,
113, 114, 141
VICENTE FÉRRER CORREIA
LIMA, 127, 133
VICENTE O. CUTOLO, 26
VICENTE PEREIRA DO REGO,
100

VICENZO GUELLI, 149
VITO GIANTURCO, 63

WILBURG JIMÉNEZ CASTRO, 138

ZANOBINI, 28, 85

Paulo, “ao lado do grande valor científico que as meditações do Autor revelam, seu cunho didático ressalta à simples leitura do índice da matéria, em contraste com os trabalhos maciços e pesados da doutrina estrangeira”. Como afirma o Prof. Ataliba, o Professor Oliveira Franco Sobrinho imprime às premissas e, especialmente, às conclusões “o cunho da sua personalidade marcante e da robustez de suas convicções fundamentais”.

Já para o Professor José Nicolau dos Santos, antigo Reitor da Universidade Federal do Paraná, tem sido o Professor Oliveira Franco Sobrinho “o mais incansável joalheiro de idéias, o mais hábil arquiteto do pensamento e o mais pródigo disseminador de cultura, de quem o Paraná e sua Universidade podem se envaidecer, em qualquer época”. Para a crítica de Nicolau dos Santos, o Professor paranaense continua a dar, com este novo trabalho o exemplo de continuado, infatigável e irresistível labor didático.

Tal é a categórica afirmação de dois dos mais ilustres docentes brasileiros sobre **A Prova Administrativa**, onde o valor da prova se identifica com a proteção dos direitos e o conceito da verdade na prova traduz formação de convencimento. Através deste livro — ponto de partida para esclarecimento da verdade no processo — atinge o Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho toda a problemática relacional administrativa.

Ao promover mais esse lançamento do insigne Autor, a Saraiva tem a certeza de bem servir a seus tradicionais clientes: estudantes, professores, advogados, juízes, promotores, como também aos funcionários e responsáveis pela administração pública.

