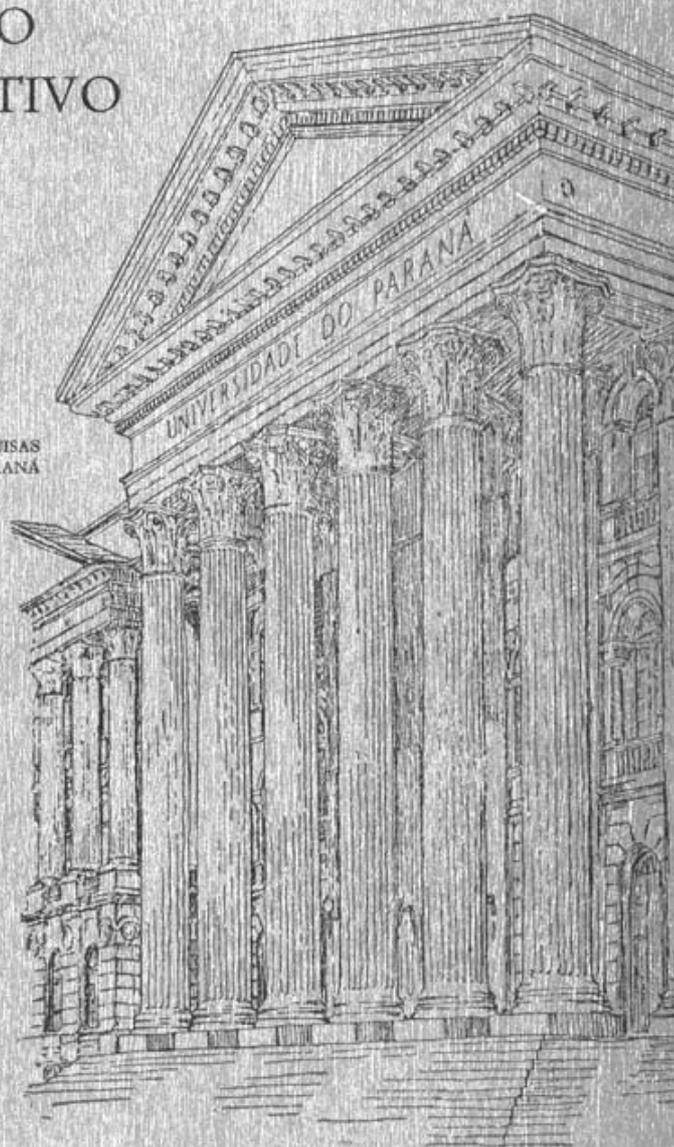


MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO

A PROVA

NO PROCESSO ADMINISTRATIVO

PUBLICAÇÃO DO CONSELHO DE PESQUISAS
DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ



Manoel de Oliveira Franco Sobrinho

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

A P R O V A
N O P R O C E S S O
A D M I N I S T R A T I V O

RECENTES TRABALHOS DO AUTOR:

- AS FUNDAÇÕES E O DIREITO ADMINISTRATIVO — **Revista de Direito Administrativo** — Vol. 100 — Rio de Janeiro, 1970.
- A PROVA PERANTE A ADMINISTRAÇÃO E NO DIREITO ADMINISTRATIVO — **Revista do Serviço Público** — Vol. 104 — Brasília, 1970.
- HISTÓRIA BREVE DO CONSTITUCIONALISMO NO BRASIL — Imprensa da UFP — 2.^a Edição — Curitiba, 1970.
- REGIME JURÍDICO DAS EMPRESAS PÚBLICAS NO BRASIL — **Ciências Administrativas** — Vol. 32 — La Plata, 1970.
- REGIME JURÍDICO DAS EMPRESAS PÚBLICAS — **Revista de Direito Público** — Vol. 13 — São Paulo, 1970.
- ORGANIZAÇÃO E MECÂNICA ADMINISTRATIVA DAS EMPRESAS PÚBLICAS — **Revista do Serviço Público** — Vol. 106 — Brasília, 1971.
- A PROVA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO — **Revista de Direito Administrativo** — Vol. 102 — Rio de Janeiro, 1971.
- INTRODUÇÃO À TEORIA DO ÓRGÃO NO DIREITO ADMINISTRATIVO — **Ciências Administrativas** — Vol. 34 — La Plata, 1971.

PARA PUBLICAR:

- INTRODUÇÃO AO DIREITO PROCESSUAL ADMINISTRATIVO — **Editôra Revista dos Tribunais** — São Paulo.
- FUNDAÇÕES E EMPRESAS PÚBLICAS NO DIREITO ADMINISTRATIVO — **Editôra Revista dos Tribunais** — São Paulo.

**Em memória
do professor JOAQUIM MIRÓ
primeiro administrativista paranaense
catedrático na Faculdade de Direito da UFP
homenagem
do
Autor.**

"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"
University of Oxford

— "The administrative process consists of carrying on the business of government — or regulating the affairs of individuals in the particular community in the interests of all".

— "To understand the administrative process, with which administrative law is vitally concerned, it is necessary to return to the distinction between administration and policy, as that distinction works out in practice".

J. F. GARNER
"ADMINISTRATIVE LAW"
London, 1970.

PALAVRAS DE PROÊMIO

Pode o Paraná orgulhar-se de sua destinação econômica e demográfica, crescentemente próspera e evolutiva, no concôrto das demais unidades da Federação, ou mesmo, no confronto com países estranhos, de idêntica densidade populacional. Somos gente dinâmica, empreendedora, construtiva: agricultura, indústria, transporte, 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, teve a audácia de erigir, em granito eterno, com firmeza espiritual, as sete colunas de seu templo de ciências, letras e técnicas, 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 nôvo Império.

Duas convicções, portanto, assomam ao espírito regionalista: o lastro de uma vocação cultural irresistível, que fêz de Curitiba, desde às primeiras décadas do século, a "Coimbra Brasileira"; e o roteiro aberto, para um futuro rico, economicamente sólido, mercê de tôdas 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 ufanía, de vermos brotar do solo, as imensuráveis florestas de café, as maiores do Brasil e do mundo. Não basta contemplarmos a distenção quilométrica de trilhos e asfaltos, rasgando a paisagem virgem e verde das aruacárias nativas. Não basta aplaudirmos a sinfonia estridente e metálica dos guindastes portuários, intercambiando mercâncias 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, tôdas 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 humanas convizinham, 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.

x x x x

Deu-me o prazer e a honra, o Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, de prefaciar seu nôvo livro — “A Prova no Processo Administrativo” — programado na série de edições do Conselho de Pesquisas da Universidade Federal do Paraná.

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: êsse 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 oportunidade de disputar ingresso no magistério e na douta Congregação da Faculdade de Direito.

É, também, prazer indizível, comparecer, com palavras de proêmio, às lições jurídicas de Franco Sobrinho, porque, verifico e testemunho, como admirador e amigo, sua inexcedível 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 sazoadado 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 dissipador de cultura, de quem o Paraná e sua Universidade podem se envaidecer, em qualquer época.

Não lhe bastam os editôres brasílicos. Suas monografias, não raras vêzes, 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, tôdas 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", S. Paulo, 1940; "Direito Processual Administrativo", São Paulo, 1971; "Autarquias Administrativas" (Prefácio de Clovis 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 êstes, 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 Montevideu, 1964.

Ninguém mais autorizado, para interpretar o contexto normativo e doutrinário do Direito Administrativo Brasileiro, que o próprio Catedrático dessa disciplina, em nossa Faculdade de Direito. 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, na atualidade, como emérito Juiz Federal em nosso Estado.

Também, nenhum assunto jurídico enfoca maior importância e oportunidade, do que este que o Autor titula: "A Prova no Processo Administrativo". 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 do 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 empreza, deliberou incidir, com sua doutrina, sobre esta lacuna preexistente, no contexto legal administrativo. É o próprio Autor quem justifica:

— “Não há pròpriamente 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 tãda 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 Administrtativa, quer pátria, quer internacional, a mais valiosa e oportuna contribuição doutrinária, que se pode desejar. Seu nôvo livro não enriquece, sòmente, nossas estantes nacionais, mas tãdas as bibliotecas especializadas, no saber jurídico, em qualquer continente onde se situem.

A melhor e a mais sãbia 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 professôres, 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 êsse incansável semeador de livros, fazendo jus àquela formosa benedição do Poeta da Brasilidade. Já plantou êle, 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 na-

tal. 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 Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, pelo recente volume, que vem somar, ao patrimônio cultural de nossa gente. Quanto a mim — o examinando de ontem, o prefaciador 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.

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 aquêle 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 pròpriamente 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 legítima 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 tôda 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 jurídica-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 tôdas 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 científico, onde os argumentos teóricos apenas refletem na controvérsia pontos de vista que não chegam mais a impressionar⁽¹⁾.

3 — A PROTEÇÃO DOS DIREITOS

Desde que o Direito Administrativo está forçado a cumprir várias missões, não só devido a 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 de **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 constitucio-

1) Ver Ludwig Spiegel — DERECHO ADMINISTRATIVO — **Derecho Administrativo y Processual** — págs. 87 e sgts.

nal: 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 consagrem o convencimento decisório.

4 — 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 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 existem do que aquelas que aparecem no Direito Privado ou mesmo Penal ⁽²⁾.

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, nêsse caso impedindo manifestas relações que se tornam no mais das vêzes 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 superior ou do órgão hierárquico atuante e responsável ⁽³⁾.

2) Ludwig Spiegel — *ob. cit.* — pág. 178.

3) "Tal poder (poder de mando), **contrariamente a un concepto bastante generalizado no es AUTORITARIO**" (Ver Aparício Mendez — LA JERARQUIA — pág. 34).

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 arbítrio (4).

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 importância (5).

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. GORDILLO (6).

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 política (7).

Observe-se que a relação administrativa tem no processo (**modus procedendi**) a sua peculiar manifestação: sobretudo

4) SINOPSE DE DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO — pág. 19.

5) Ruy Cirne Lima — trab. cit. — pág. 10.

6) Ver LA GARANTIA DE DEFENSA COMO PRINCIPIO DE EFICÁCIA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO — Revista de Direito Público — n.º 10/16.

7) Agustín A. Gordillo — trab. cit. RDP — 10/16.

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 relêvo 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 laços que juntam poderes e órgãos dentro da realidade do Estado como corpo político ou como organização 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 legalidade (8).

8) Ver Paul Duez — LES ACTES DE GOUVERNEMENT — Le Contrôle des Formes — pág. 201/2.

7 — ESTRUTURA LÓGICA E NATURAL DAS NORMAS

Impossível aceitar a relação-jurídico-administrativa como resultante de **juízos hipotéticos** dado 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 essenciais (9).

Tôdas 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 direitos e 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 govêrno, 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.

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).

9) A doutrina kelseniana sobre as proposições jurídicas como juízos hipotéticos, são difíceis de 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 (Ver TEORIA GENERAL DEL DERECHO Y DEL ESTADO — págs. 53/138).

10) Ruy Cirne Lima — Trab. cit. — pág. 21.

8 — CONDOTA 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 jurídica-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 exercitar as atribuições legais e constitucionais que delega, outorga, confere e executa.

Eis o porque, dos 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 a ação privada, alterar obrigações pré-existentes ou extinguir de vez os direitos existentes.

10 — ATOS EXECUTÓRIOS E PROCEDIMENTO

Nos **atos executórios**, que independem de apreciação prévia de outro poder, no caso o Poder Judiciário, executados qua-

se 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** decorrem 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 as 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 integrador e orgânico ⁽¹¹⁾.

11) Ver: Roger Bonnard — PRÉCIS DE DROIT ADMINISTRATIF — La hiérarchie Administrative — págs. 267/8; Rafael Bielsa — EL RECURSO JERARQUICO — Su Institución y su Régimen Jurídico — pág. 11/12; R. Hugot Derville — LE PRINCIPE HIERARCHIQUE DANS L'ADMINISTRATION FRANÇAISE — págs. 19/24; Aparício Mendez — LA JERARQUIA — Concepto y Definición — págs. 8/20; Arturo Lentini — ISTITUZIONI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO — Vol. I — pág. 99.

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 conceituada (12).

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 órgãos (13).

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 formas (14).

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

Técnicamente, 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 jurisdicional (15).

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 inferior-

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) Ver LA JERARQUIA — pág. 15.

14) Aparicio Mendez — ob. cit. pág. 15.

15) "Para la ciencia de la administración y para el derecho administrativo el regimen organico tiene en cuenta cada unidad estatal" (Mendez — ob. cit. pág. 37).

res ou separadas, com aquelas normas 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 atividade 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 acôrdo com essa posição, entende-se por **jurisdição administrativa** tôda 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 govêrno ou de gestão dos serviços públicos (16).

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

16) Em falando de Administração no sentido geral, como tôda atividade do Estado, Fritz Fleiner excepciona, a esfera legiferante e da administração da Justiça (Ver INSTITUCIONES DE DERECHO ADMINISTRATIVO — trad. esp. pág. 7).

que exigem relação de dependência, de subordinação, vigi-
lância, representação e índices mínimos ou máximos quanto à
natureza específica de cada atividade funcional-administrativa.

Como o Direito-Administrativo se reconhece pelo conteú-
do de suas normas e pela natureza dos seus fins, a **jurisdição
administrativa** se reconhece pela sua identidade com a Adminis-
tração, pelos serviços que vincula ao interesse público, ao in-
teresse da ordem jurídico-administrativa e dos meios como
exercitar a vontade estatal sem quebra do ordenamento jurí-
dico.

Considerando os diferentes graus da hierarquia adminis-
trativa, tôdas as funções implicam no 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, sòmente dentro do marco da sua compe-
tência legal, pode um órgão do Estado realizar atos expressi-
vos da vontade pública, ressaltando a necessidade de se de-
terminar sempre os limites entre o direito privado e o direito
público (17).

E para nós, salvo melhor posição, o juízo da "**prova** é o
juízo da competência: não pode a solução dos conflitos jurí-
dicos na esfera administrativa independender do exame de situa-
ções que se tornam equívocas quando contestadas e material-
mente sujeitas a **prova**.

Para a solução dos conflitos jurídicos na ordem adminis-
trativa só permanece um caminho adequado: aquele do proce-
dimento 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 Administra-
ção é responsabilizada, considerando-se como válido um siste-
ma processual especial inspirado na justa proteção do parti-
cular nas contendas entre govêrno e governados.

17) Fleiner — ob. cit. — pág. 23.

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 de conceito processual, considerando-se os fatos que constituem objeto do litígio ou da demanda contra a Administração.

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 relêvo as circunstâncias de como ocorrem os fatos, o nexa 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 respon-

18) Aurelio Guaita — EL PROCESO ADMINISTRATIVO — pág. 11.

sabilidade do Estado, por onde se procura evitar os abusos de função ou os abusos de direitos (19).

É, na realidade, necessário não esquecer que tãda 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.

Dest'arte, o processo administrativo, não obstante os fins divergirem, é na essência idêntico às restantes espécies de processos, correspondente à uma sucessão de atos que 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 confundem doutrinariamente:

— **“el proceso administrativo supone siempre la impugnación jurisdiccional de un acto administrativo”** (20).

Para impugnar não basta peticionar desde que a impugnação do ato administrativo parte, como é natural, do administrado quando no uso de 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.

19) A literatura é farta: Pedro Menna Barreto Monclaro — DO RECURSO ADMINISTRATIVO — Curitiba, 1959; Leonida Ragnisco e Michele Rossano — I RICORSI AMMINISTRATIVO — Roma, 1954; Jose Cretela Júnior — TRATADO DE DIREITO ADMINISTRATIVO — Vol. VI — Rio 1969; Rafael Bielsa — EL RECURSO JERARQUICO — Rosário, 1939; David Lascano — JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA — Buenos Aires, 1941; Vilar Y Romero — DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO — Madrid, 1944; Antonio Corrado Puchetti — IL RICORSO GERARCHICO — Padova, 1938; Felix Sarria — TEORIA DEL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO — Cordoba, 1940; Ranelletti — LE GUARENTIGIE DELLA GIUSTIZIA NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE — Milano, 1946; D'Alessio — LE PARTI NEL GIUDIZIO AMMINISTRATIVO — Roma, 1915; Aldo M. Sandulli — IL PROCEDIMIENTO AMMINISTRATIVO — Milano, 140.

20) Guaita — ob. cit. págs. 10/11.

16 – A PROTEÇÃO JURISDICIONAL

Colocando o problema na sua origem, ROGER BONNARD muito se preocupa em definir êsse **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 [jurisdicional], capaz de alcançar na controvérsia o exigível na demanda ⁽²¹⁾.

Fácilmente 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 jurisdicional se apresente efetivamente com os requisitos próprios de legal figuração jurídica.

Indubitável que jamais haveria ordem jurídica estável caso as **situações subjetivas** estivessem condicionadas à uma única decisão administrativa, sem que o administrado pudesse apelar para o contrôlo hierárquico ou para as diferentes jurisdições administrativas ⁽²²⁾.

Anote-se, segundo SARRIA, que o direito subjetivo

— **“puede revestir forma positiva o negativa, puede consistir en una 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 im-

21) Ver LES DROITS PUBLICS SUBJETIFS DES ADMINISTRÉS — págs. 38 e segts.

22) Dou razão a García Oviedo, quando teme pela inexistência de uma ordem jurídica estável, em virtude das situações subjetivas, ficarem condicionadas a uma decisão administrativa (Ver DERECHO ADMINISTRATIVO — pág. 128).

23) Felix Sarria — TEORIA DEL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO — pág. 142.

pugnação: 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 decisões ⁽²⁴⁾.

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 convencem ⁽²⁶⁾.

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.

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 administrados ⁽²⁷⁾.

24) Alfredo R. Zuanich — LA COSA JUZGADA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO — págs. 61/2.

25) Ver Moacir Amaral Santos — PROVA JUDICIARIA NO CIVIL E COMERCIAL — Vol. I — pág. 19.

26) Moacir Amaral Santos — ob. cit. Vol. I — pág. 20.

27) Ver Caio Tácito — O ABUSO DE PODER ADMINISTRATIVO NO BRASIL — pág. 33.

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 fôr 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 DA 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 tôda a noção de procedimento e processo, permitindo o quanto possível, a igualdade das partes litigantes (29).

GORDILLO adverte:

— **"el principio de la defensa es frecuentemente olvidado en el âmbito administrativo, justamente donde nunca debe serlo, precisamente porque la decisión administrativa, a diferencia de la judicial, no solo debe tener en cuenta la solución nor-**

28) Caio Tácito — ob. cit. — pág. 37.

29) H.W.R. Wade — ADMINISTRATIVE LAW — pág. 141.

mativa 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, oferecem-se livre margem a apresentação das provas que possam conduzir o litígio a uma solução harmoniosa, sem nunca permitir-se a violação na 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 efetuada 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 individuais ⁽³²⁾.

30) Agustín A. Gordillo — trab. cit. — RDP — 10/19.

31) Gordillo — trab. cit. RDP — 10/23.

32) Armando Emilio Grau — LA RAZONABILIDAD EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ARGENTINO — *Ciências Administrativas* — La Plata — 27/21.

Relata ARMANDO GRAU, que já pelos idos de 1936, no Congresso celebrado em Varsóvia, pelo Instituto Internacional de Ciências Administrativas, para todo procedimento administrativo, propuzeram-se entre outras as seguintes indicações:

- a) **audiência de las partes;**
- b) **enumeración de los medios de prueba;**
- c) **fijación del prazo en que debe obrar la Administración;**
- d) **determinación de los actos para los cuales la autoridad debe requerir la opinión de otras autoridades e consejos;**
- e) **motivación sumaria de todos los actos que afecten a un particular; e**
- f) **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 êste dos trâmites da ação administrativa, dos motivos de silêncio administrativo, acesso ao expediente e imparcialidade ⁽³⁴⁾.

20 — A DEFESA E A PROVA

Em falando de imparcialidade, tôda decisão suscetível de afetar direitos ou interêsses, não deve menosprezar a pessoa que foi alcançada pela 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 a Administração, reter as provas de que o administrado necessite para fazer valer os seus direitos, sob qualquer motivo ou alegação não fundada em lei ⁽³⁵⁾.

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 poder de apre-

33) Armando Grau — trab. cit. — loc. cit. 27/32.

34) Grau — trab. cit. — 27/32.

35) Ver H.W.R. Wade — TOWARDS ADMINISTRATIVE JUSTICE — pág. 4.

sentar 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 judiciais ⁽³⁶⁾.

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 administrativa ⁽³⁷⁾.

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.

21 — O PROCEDIMENTO PROBATÓRIO

Seria fazer desumano, um conceito nôvo 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 teoria 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

36) Bernard Schwartz — DIREITO CONSTITUCIONAL AMERICANO — trad. bras. — pág. 348.

37) THE FEDERAL ADMINISTRATIVE PROCEDURE ACT, assinado em 11 de junho de 1946.

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 jurídicas ⁽³⁸⁾.

22 — O LIMITE TRAÇADO EM LEI

O poder jurisdicional da Administração tem o seu limite traçado pela lei: nêsse limite as pessoas se obrigam e se obriga o Estado, numa extensão que aproxima govêrno e governados em virtude do exame dos interêsses particulares e da posição pública estatal.

Criando situações jurídicas subjetivas, declarando a sua vontade administrativa, praticando o ato jurídico-administrativo, para que êsse ato possa produzir um efeito de direito, é necessário que seja êle 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 interêsse, 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, conseguintemente se infere da responsabilidade denunciada do Estado tanto por ação como por omissão.

38) Dois livros de Pedro Delfino: INTRODUCCION A LA TEORIA DE LA ADMINISTRACION — Buenos Aires, 1967; ADMINISTRACION Y DESARROLLO — La Plata, 1970.

23 — 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 Administrativo (39).

Por outra parte, afirmava então o jurista argentino, a lei civil tem um valor positivo, como lei que é, e nada se opõe à sua aplicação extensiva, por analogia, em matéria administrativa (40).

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**" (41).

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 pré-ordenada, 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 efeito (42).

Na Itália, como informa TENTOLINI, onde se adotou um sistema inspirado de Justiça administrativa, o comportamento

39) Ver RELACIONES DEL CÓDIGO CIVIL CON EL DERECHO ADMINISTRATIVO — Buenos Aires, 1923.

40) Rafael Bielsa — ob. cit. — pág. 83.

41) Ver LA PROVA AMMINISTRATIVA — págs. 5/39.

42) "L'iniziativa per l'acquisizione delle prove nel processo amministrativo può essere presa in qualunque momento..." (Tentolini — ob. cit. — pág. 93).

da Administração pública em matéria de prova não oferece restrições à atividade das partes, senão quanto ao limite previsto da sua possível admissibilidade (43).

24 — JURISDICIDADE DA AÇÃO

Não é de agora que se pode considerar a importância do ato administrativo frente aos direitos adquiridos e com respeito à terceiros interessados: em tal sentido as garantias correspondem ao fim da ação que seja jurídica e à **comprovação** da juridicidade da ação (44).

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

a) em obrigar que a Administração respeite um procedimento;

b) a conferir o direito de ação a quem seja lesado por ato administrativo para pedir a sua nulidade ou alcançar uma compensação econômica (45).

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 à êsses direitos a situação que à êles corresponde na ordem jurídica (46).

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 outrem (47).

43) Tentolini — ob. cit. — **Possibili limiti do ammissibilità delle prove nel giudizio amministrativo** — págs. 157 e sgts.

44) Recaredo F. de Velasco — **AL ACTO ADMINISTRATIVO** — pág. 280.

45) Velasco — ob. cit. — pág. 280.

46) Velasco — ob. cit. — pág. 281.

46) Velasco — ob. cit. — pág. 281.

47) Velasco — ob. cit. — pág. 301 e sgts.

25 — RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO

Analisada a natureza do ato administrativo, esteja êle 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:

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.

26 — 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** ⁽⁴⁸⁾.

48) Entre outras obras de direito comparado que merecem relêvo: Eduardo Bonnier — TRATADO TEÓRICO E PRÁTICO DE LAS PRUEBAS EN DERECHO CIVIL Y EN DERECHO PENAL — 2 volumes — trad. esp. Madrid, 1928; Andrei Vishinski — LA TEORIA 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 APRECIACION DE LAS PRUEBAS — Buenos Aires, 1955; Carlo Furno — CONTRIBUTO ALLA TEORIA DELLA PROVA

Não é esta a intenção do presente escôrso, 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, base única que reside na convicção íntima de quem julga apoiando o julgamento, no exame de tôdas as circunstâncias da causa no seu conjunto (49).

27 — A PROVA NO SENTIDO LEGAL

Quanto ao legislador soviético repudiou a tôdas 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” (50).

Em contraposição ao regime processual soviético, achegado 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 têrmo, 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” (51).

LEGALE — Padova, 1940; Moacir Amaral Santos — PROVA JUDICIÁRIA NO CIVIL E COMERCIAL — São Paulo, 1954; e Ottorino Tentolini — LA PROVA AMMINISTRATIVA — Milano, 1950.

49) Ver Andrei Vishinski — LA TEORIA DE LA PRUEBA EN EL DERECHO SOVIÉTICO — trad. esp. pág. 195.

50) Andrei Vishinski — ob. cit. — prólogo — págs. 13/4.

51) João de Castro Mendes — DO CONCEITO DE PROVA EM PROCESSO CIVIL — pág. 741.

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 na apreciação do fato, procura distinguir o coberto pela realidade o conteúdo e os efeitos da prova, lembrando

— “... si tenga presente che la prova é sempre ISTITUTO DEL DIRITTO PROCESSUALE; che essa, poi, spieghi una certa efficacia fuori del processo e prima che questo si instaurato... (52).

Não resta, pois, razão para que a prova sendo sempre instituto do direito processual, não seja admitida positivamente como é na prática civil, perante a Administração e no Direito Administrativo.

28 — A EVIDÊNCIA DA PROVA NO PROCESSO

Precisamente para o Direito Administrativo, antes do conhecimento 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 administrativo (53).

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 direito (54).

Na mesma orientação se coloca CASTRO MENDES, mas

52) Ver CONTRIBUTO ALLA TEORIA DELLA PROVA LEGALE — pág. 27.

53) Ver ENSAYOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL — *Naturaleza Procesal de las Normas sobre la Prueba* — págs. 393 e segts.

54) Ver SISTEMA DI DIRITTO PROCESSUALE CIVILE — Vol. I — pág. 675.

deferindo a **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...” (55).

29 — 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 à um serviço público, com uma pretensão, interêsse ou direito a debater, tem de **provar** as razões do alegado: tanto “em processo civil contencioso como em processo gracioso, **ou em processo administrativo**, no sentido mais alto desta expressão” (56), o caminho probante é o mesmo na verdade processual.

As regras que valem também nas relações entre particulares, mantem-se peculiarmente à natureza no processo trabalhista, sem com isso violentar-se o particularismo do mencionado processo, nem chocar uma jurisdição destinada a resolver conflitos econômicos.

30 — NO PROCESSO ELEITORAL E TRABALHISTA

Referindo a um sistema de provas legais na Argentina em tratando do processo trabalhista, AMILCAR BANÓS ressalta a tarefa de esclarecer os fatos relevantes sob o prudente arbítrio do julgador,

— **“em virtud de previsiones del legislador que fijam en abstrato el grado de eficacia o ineficacia de cada medio de**

55) João de Castro Mendes — ob. cit. — pág. 736.

56) Castro Mendes — ob. cit. pág. 737

57) Heberto Amílcar Banós — LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROCESO LABORAL — pág. 7.

prueba o conjunto de pruebas combinadas para la demostración em juicio de la existencia de un hecho, negócio jurídico o contrato"

Como sabemos no **mandado de segurança**, quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que êsse direito se apresente **comprovado de plano** ou com todos os requisitos essenciais para o seu reconhecimento no momento da impetração (58).

No **processo eleitoral**, porque não dizer, os recursos quando chegam à consideração judicante na instância, devem já estar instruídos **com tôdas as provas possíveis**, ocorrendo que a parte poderá indicar onde possam elas ser colhidas na impossibilidade de juntá-las (59).

Num critério louvável de liberalidade processual, nos Tribunais Regionais os relatores poderão deferir a realização de provas, notadamente nos recursos que versarem sôbre a coação, fraude, ou emprêgo de propaganda vedada em lei, pelo prazo improrrogável de cinco dias (60).

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 regional (61).

31 — 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

58) Hely Lopes Meirelles — MANDADO DE SEGURANÇA E AÇÃO POPULAR — pág. 6.

59) Antonio Tito Costa — RECURSOS EM MATÉRIA ELEITORAL — págs. 52/3.

60) Tito Costa — ob: cit. — pág. 53.

61) Tito Costa — ob. cit. — pág. 80/83.

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 revisar o ato administrativo, revogá-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, dá 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 nexó 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 à 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 na negação 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 TENTOLINI⁽⁶²⁾.

É bom entender, em qualquer ramo do direito, a prova como a descoberta da verdade, a prova não considerada como

62) Ottorino Tentolini — LA PROVA AMMINISTRATIVA — II Procedimento Probatório Amministrativo — págs. 84/118.

um fim em si mesmo, mas a prova como um meio hábil pela qual a inteligência tenta a descobrir a verdade (63).

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

32 — 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 (64).

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 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 certeza (65).

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

63) Ver dois importantes clássicos: Francesco Ricci — DELLE PROVE — Turim, 1891; Eduardo Bonnier — TRATADO DE LAS PRUEBAS EN DERECHO CIVIL — Trad. esp. — Madrid, 1928.

64) Ver DE LA APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS — trad. esp. pág. 163.

65) François Gorphe — ob. cit. — pág. 163.

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 processo (66).

33 — 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 porque a prova indiciária não ter acolhida no Direito Administrativo, onde os elementos se apoiam, 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 direitos (67).

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 fato (68), não se enquadra no comportamento relacional-administrativo, nem serve como valor probatório para a Administração reconsiderar seus atos.

66) Gorphe — ob. cit. — pág. 35.

67) Apenas para consultar: Vito Gianturco — LA PROVA INDIZIARIA — Procedimento Lógico Normativo della Prova Indiziaria — págs. 33 e sgts.

68) Vito Gianturco — ob. cit. — pág. 181.

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** (69).

Como todo problema deve ser equacionado dentro do escopo da proposição admitida, servindo a prova para convencimento em tôrno 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 probatório si presenta alla mente del legislatore”** (70).

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.

35 — A PROVA NA FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO

No processo administrativo, para a exata apreciação da matéria de prova, o que formulou o legislador, cresce de importância, para efeito de chegar-se à formação do convencimento.

69) **“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).

70) Ver PRINCIPALI DI DIRITTO PROCESSUALE CIVILE — pág. 811.

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 escôpo, pois o efeito da convalidação opera sôbre a convicção, reforçando a vontade em função do conhecimento (71).

36 — 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 possíveis aproximadas da verdade material e formal.

71) Carlo Furno — ob. cit. — pág. 16.

Resulta preferível, como se deixou entender, que a eficácia da prova no processo administrativo, objetive a condenação do ato pelos pressupostos aceitos pelo próprio Direito Administrativo.

A finalidade da prova, quando houver ou fôr possível, no processo administrativo, deve consistir em procurar obter o máximo de certeza quanto às consequências 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** do juízo no processo comum: não havendo igualdade ou semelhança possíveis, 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 brasileira, 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 as provas pelo aspecto material e pelo seu aspecto formal (72).

Integradas as provas como elemento de direito substantivo, consideradas através de princípios gerais pelo 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.

72) Jaime Guasp — DERECHO PROCESAL CIVIL — pág. 345.

37 — O PROCEDIMENTO PROBATÓRIO ADMINISTRATIVO

Não há equilíbrio de sentido crítico quando se pretende que a atividade dos órgãos jurisdicionais “visa à tutela do direito objetivo e só mediatamente protege o direito subjetivo individual” (73).

No Estado moderno, apesar de intervencionista, a atividade estatal também possui limites, havendo do lado da Administração, 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 homem (74).

Como toda relação jurídica, a relação-jurídica-administrativa, pressupõe um acôrdo 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.

Nêste 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.

38 — 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,

73) José Alberto Reis — PROCESSO ORDINÁRIO E SUMÁRIO — pág. 155.

74) Ver ISTITUZIONE DI DIRITTO PROCESSUALE CIVILE — pág. 63.

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;**
- b) **negli schiarimenti dell'Amministrazione;**
- c) **nelle verificazioni da compiersi di questa, con l'a assistenza delle parti"** (75).

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 partes, encarecendo a importância porém do interesse público e coletivo (76).

39 — A DOUTRINA ITALIANA

A doutrina brasileira, não aconselhada pela italiana, não deu o relêvo que a prova merece no processo administrativo, deixando 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.

75) Ver LA PROVA AMMINISTRATIVA — pág. 65.

76) "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 coletivo" (Tentolini — ob. cit. pág. 197).

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;** e
- d) **il procedimento probatorio amministrativo”** (77).

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, sobretudo institucional.

Negar, porém, mesmo nas ações onde não exista a Justiça administrativa, a indispensabilidade do disciplinamento da prova para efeitos decisórios, é permitir o arbítrio da Administração no Estado de direito.

40 — 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”** (78).

Quando a Administração não tenha por certos os fatos alegados, ou então a natureza do procedimento o exija, abre-se o período de prova, conforme recomenda a norma na legislação espanhola (79).

Cabe à Administração, face à lei do processo administrativo na Espanha, comunicar aos interessados, com a antecipação

77) Tentolini — ob. cit. — págs. 5/84.

78) Eduardo Vivancos — COMENTARIOS A LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO — pág. 144.

79) Vivancos — ob. cit. — pág. 144.

suficiente, o início das operações necessárias para a realização das provas que podem ser admitidas ⁽⁸⁰⁾.

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 pública-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”** ⁽⁸¹⁾.

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 — A SUPERAÇÃO 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 direção ⁽⁸²⁾.

Não há dúvida, que o grande atrazo que suporta a organização administrativa brasileira, procede em grande parte do mal 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 tôdas as importantes e anteriores práticas administrativas ⁽⁸³⁾.

80) Vivancos — ob. cit. — pág. 147/8.

81) Michele Cantucci — L’ATTIVITÀ DI DIRITTO PRIVATTO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE — pág. 146.

82) Cantucci — ob. cit. — pág. 26.

83) **Ley de 17 de julio de 1958 y disposiciones complementarias.**

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 facilidade de amplos recursos que asseguram também a orientação decisória administrativa (84).

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 MARIANI (85).

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

42 — A FUNÇÃO DA PROVA

Quando se fala no 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 privado (86).

A função da prova, na ordem jurídica, com respeito à determinada categoria de interesse, não é só a de obrigar o Estado a explicar ou a responder, mas a constatar sobre a situação controvertida em face da posição 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 que a Administração, somente ao Estado reserve, o direito do procedimento probatório administrativo (87).

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

84) Ver CODICE DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA — Michele La Torre — Roma, 1951.

85) Domenico Mariani — DIRITTO AMMINISTRATIVO E COSTITUZIONALE — Trattazioni e Svolgimenti — pág. 42.

86) Mariani — ob. cit. — pág. 52.

87) Francesco Carnelutti — LA PROVA CIVILE — pág. 56.

apreciação da prova, afirmando um fato denúncia a controvérsia, negando um fato dúvida 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 preparada a buscar uma decisão justa para o fato controverso, tendo como objetivo final a fixação decisória do pensamento 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 de um 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.

43 — 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 carecem de existência teórica e transcendência prática ⁽⁸⁸⁾.

JAIME GUASP, processualista de fundas ligações com a problemática administrativa, assevera que como todo ato processual a pretensão está submetida a requisitos, isto é, às exigências do ordenamento jurídico, para que produza todos os efeitos a que normalmente pretende ⁽⁸⁹⁾.

De igual maneira MICHELI, fazendo uma descrição analítica da iniciativa no processo civil e do problema da ação justificando a unidade do processo e a pluralidade da demanda,

88) Jaime Guasp — DERECHO PROCESAL CIVIL — pág. 230.

89) Guasp — ob. cit. — pág. 230.

lembra que a teoria da ação torna manifesto o conhecimento contencioso (90).

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 administrativa (91).

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 problemas 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 processo (92).

Mas já é tempo do 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.

90) Ver Jean Antonio Micheli — CORSO DI DIRITTO PROCESSUALE CIVILE — Vol. I — pág. 28.

91) Ver Luigi Raggi — DIRITTO AMMINISTRATIVO — vol. I — pág. 430.

92) Ver *Svolgimento del Rapporto Processuale, Fine del Rapporto Processuale e Esecuzione delle Decisione* — ob. cit. vol. I — págs. 443 e segts.

No regime das **obrigações** a Administração não só amplia a sua responsabilidade, como distingue a sua função tutelar acêrca do real conteúdo dos compromissos públicos assumidos, agasalhando a pretensão na demanda ou da ação administrativa como imperativo da normal ordem jurídica.

44 — 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 à direitos, compromissos que correspondem à interesses, numa concomitância de valores jurídicos que são afins.

CANTUCCI, genêricamente, explica que toda a atividade pública da Administração não pode substancialmente diferenciarse, considerando sempre a presença do interesse público e do interesse particular, ou procurando discriminar uma atividade homogênea no seu complexo unitário (93).

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 público (94).

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 (95).

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** consequentemente desaparecem ação e processo (96).

93) Michele Cantucci — ob. cit. — págs. 23/4.

94) Giovanni Miele — LA MANIFESTAZIONE DI VOLONTA DEL PRIVATO NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO — pág. 23.

95) Oreste Ranalletti — LE GUARENTIGE DELLA GIUSTIZIA NELLA PUUBLICA AMMINISTRAZIONE — pág. 26.

96) Jaime Guasp — ob. cit. — pág. 241.

45 — 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.

Vale, como idéia geral, para o processo administrativo, a advertência conclusiva de GUASP:

— **“una vez que ha engendrado 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 pretención procesal mantiene funcionalmente en vida al proceso”** ⁽⁹⁷⁾.

A pretensão no Direito Administrativo não se desigualla 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 **fim** como determinativo da verdadeira natureza processual.

O que, inequivocamente, quer a pretensão no processo administrativo, constitui precisamente a pretensão-processual-administrativa, fundada na relação-jurídica-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 vêzes não coincidem, nem quanto aos sujeitos e nem quanto aos efeitos de fim.

46 — 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 iden-

97) Guasp — ob. cit. — pág. 240.

tificam 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, de início nunca um direito e sim um ato administrativo, posto que caracteriza substancialmente uma **pretensão** que varia segundo 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 correspondentes à demanda e motivo da controvérsia.

47 — 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 TENTOLI-

NI, cujo rigor jurídico não contradiz com a atividade jurisdiccional, cujo rigor científico se ampara na teoria geral do processo, e que não é outra que esta:

a) **“... non é possibile disconocere 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 publico interesse”;**

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

c) **“il processo é constituto 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) **“ció è conforme, del resto, al principio che la pubblica amministrazione deve essere imparziale e deve provvedere, anche spontaneamente, a reintegrare il diritto al rispetto 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 de lla verità” (98).**

48 — O QUE É A PROVA

Resta indagar, no entendimento doutrinário administrativo, ou na complexidade variada do procedimento administrativo, onde muitas vêzes 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 da 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 di-**

98) Ver LA PROVA ADMINISTRATIVA — págs. 194 e segts.

rectamente 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 qué sector jurídico básico pertenece en quanto figura de derecho” (99).

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

49 — 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

99) Ver DERECHO PROCESAL CIVIL — págs. 333/340.

direito processual compreendem regras normativas e não jurídicas, princípios disciplinadores e não de direito (100).

Naturalmente que qualquer tipo de processo não se compõem de um só 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 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 uma divisão de procedimentos para diferentes fins públicos.

50 — 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

100) A doutrina confirmativa é quase uma só: Carnelutti — LEZIONE DI DIRITTO PROCESSUALE CIVILE — Padova, 1930; Furno — CONTRIBUTO ALLA TEORIA DELLA PROVE LEGALE — Padova, 1940; Jaeger — CORSO DI DIRITTO PROCESSUALE DEL LAVORO — Padova, 1936; Ranelletti — LE GUARENTEGIE DELLA GIUSTIZIA DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE — Milano, 1937; Dallari — IL SISTEMA DELLE PROVE NEL GIUDIZIO AMMINISTRATIVO — Torino, 1920; Sandulli — IL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO — Milano, 1942; Ragnisco — I RICORSI AMMINISTRATIVI — Roma, 1937; Alessi — LA RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE — Milano, 1951; Guasp — DERECHO PROCESAL CIVIL — Madrid, 1962; Guaita — EL PROCESO ADMINISTRATIVO DE LESIVIDAD — Barcelona, 1953; Villar y Romero — DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO — Madrid, 1944; Gonzales Perez — DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO — Madrid, 1948; Bielsa — EL ACTO JURISDICCIONAL EN LA ADMINISTRACION PUBLICA — Rosário, 1949; Fábregas del Pilar — PROCEDIMIENTO EN LAS RECLAMACIONES ECONOMICAS-ADMINISTRATIVAS — Madrid, 1943; Andreozzi — LA MATERIA CONTECIOSO-ADMINISTRATIVA — Tucumán, 1947; Bonnard — LES DROITS PUBLICS SUBJETIFS DES ADMINISTRÉS — Paris, 1932; Aranz — DE LA COMPETENCIA ADMINISTRATIVA — Madrid, 1967; Lopes Calera — LA ESTRUCTURA LOGICO-REAL DE LA NORMA JURIDICA — Madri, 1969; Micheli — L'ONERE DE LA PROVA — Padova, 1942, entre outros.

relações jurídicas, entre elas as relações do administrado com a Administração.

No seu amplo carater de conhecimento dos fenômenos jurídicos, o Direito Processual quaisquer sejam as tendências de sistema ou método, abarca no seu conteúdo todo o **ordenamento jurídico**, no sentido de regular materialmente, as operações consequentes 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 um autêntico processo pertenciente al mismo GENUS COMMUNE que el civil, el penal e el del trabajo, diferenciándose de éstos en el especial carácter de las normas que sirven de fundamento a la pretensión y significando-se, respecto a otros tipos de procesos administrativos, por su generalidad frente a la índole singular e especializada de los restantes" (101).

51 — OPOSIÇÃO E CONTROVÉRSIA

Certo que não cabe no corpo dêste trabalho estudar tôdas as manifestações 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 processual (102).

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 fa-

101) Laureano Lopes Rodó — EL COADYUANTE EN LO CONTECIOSO-ADMINISTRATIVO — Prólogo de **Jaime Guasp** — pág. 2.

102) Ver: Fernando Garrido Falla — RÉGIMEN DE IMPUGNACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS — Madrid, 1956; Laureano Lopes Rodó — EL COADYUANTE — cit. — Madrid, 1943.

ce da posição do administrado e do Estado, como seja o Direito Processual Administrativo (103).

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 direito (104).

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 regra geral de garantia na defesa da pretensão.

52 — 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 êle, caso por caso, e êste é o conteúdo próprio da jurisdição" (105).

Mesmo na opinião de ORLANDO de que em alguns casos hajam decisões administrativas que não importam em jurisdição, o problema da controvérsia sobre um direito subjetivo, dificilmente hoje na mecânica do Estado, prescinde das formas e solenidades processuais (106).

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**,

103) Lopes Rodó — ob. cit. — **Derecho Procesal Administrativo** — págs. 13/26.

104) Ver Charles Debbasch — **PROCEDURE ADMINISTRATIVE ET PROCEDURE CIVILE — Comparasion des Solutions em Matière Administrative et Civile** — págs. 28 e segts.

105) Ver INTRODUÇÃO AO DIREITO ADMINISTRATIVO — pág. 43 — Opinião fundada em V. E. Orlando — **PRIMO TRATADO COMPLETO DI DIRITTO AMMINISTRATIVO ITALIANO** — vol. III — págs. 159 e segts.

106) V. E. Orlando — ob. cit. — vol. III — págs. 159 e segts.

sem que se queira aplicar o princípio apenas às normas do direito disciplinar (107).

Estando o direito declarado, caso por caso na esfera da atividade administrativa, qualificada a função jurisdicional e as normas do 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 não 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 estabelecida (108).

53 — 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 tutela (109).

Irrelevante considerar, por força do equilíbrio que deve informar a ordem jurídica, até onde a noção de **interesse ge-**

107) Ver DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO — pág. 422.

108) A posição de **Cino Vitta** afirma-se através de condições generalizantes que decorrem da necessidade da lei disciplinar os casos emergentes, face os princípios gerais da legislação ou do ordenamento jurídico (Ver DIREITO ADMINISTRATIVO — Vol. I — págs. 6/7).

109) "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).

ral possa prejudicar o **interêsse particular**, não obstante a permanência de valores que diferentemente atuando tornem desiguais a situação entre partes.

Não aceitamos como válida na comparação, que as regras habituais de direito civil comum, elaboradas para a solução de litígios opostos de interêsses equivalentes, se tornem insuscetíveis de uma aplicação particular diante da superioridade do interêsse 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 interêsse público, nem de elaborar regras novas que facilitem "**l'exaltation de l'intérêt général**" (110).

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.

54 — 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 contrôle ou uma sansão, na teoria consubstancia uma figura jurídica afeiçãoada aos princípios gerais do direito privado (111).

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 fôsse, jamais o **princípio da legalidade** seria uma verdade condicionando posições díspares, uma realidade

110) Pierre Sandevair — ÉTUDES SUR LE RECOURS DE PLEINE JURIDICTION — págs. 304/5.

111) Louis Dubois — LA THEORIE DE L'ABUS DE DROIT ET LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE — pág. 13.

afirmando condições acaso conflitantes, uma imposição configurando na ordem jurídica interesses opostos ou direitos em litígio.

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 próprio 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 en 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”** ⁽¹¹²⁾.

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-las ⁽¹¹³⁾.

112) Ver REGIMEN DE IMPUGNACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS — pág. 3.

113) Fernando Garrido Falla — ob. cit. — pág. 4.

55 — EXTERIORIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO

Impossível conceituar a Administração como fenômeno fora da lei, ou do princípio da legalidade: na concretização da 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” (114).

Buscando-se a proteção dos direitos subjetivos ou dos interesses legítimos contra a ação estatal, os meios jurídicos recursais são os mais apropriados à 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 administrativo (115).

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 acôrdo com determinadas formas e dentro de prazos prescritos no direito (116).

56 — AS FALHAS NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

Afigura-se para nós, que as sempre denunciadas falhas do procedimento administrativo, no tocante sobretudo ao respeito que se deve ao princípio legal, resultam da inexistência de

114) Calvo Tácito — DESVIO DO PODER EM MATÉRIA ADMINISTRATIVA — pág. 9.

115) “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).

116) Ver CORSO DI DIRITTO AMMINISTRATIVO — Vol. II — pág. 42.

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 relêvo, não tenha provocado atenção maior dada a importância que se reveste no terreno do Direito Administrativo, como exigência técnica dos valores que atuam no contexto do complexo estatal (¹¹⁷).

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

57 — 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 amplas de comunicação jurídica, procurando novos códigos no domínio da fragmentação frequente, prometendo renovação na sistemática da processualística tradicional.

O caráter proteico 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

117) Aldo M. Sandulli — IL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO — págs. 17 e segts.

as implicações que possam atingir a natureza processual da controvérsia, de igual maneira ajustando-se nas peculiaridades essenciais ao processo administrativo.

58 — 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 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 administrado (118).

Realmente, reconhecem 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" (119).

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.

118) É de ver para compreensão de plano do problema: Marcello Caetano — GARANTIAS JURISDICIONAIS DOS ADMINISTRADOS NO DIREITO COMPARADO DE PORTUGAL E DO BRASIL — *Revista de Direito Administrativo* — 80/1; Manuel Ribeiro — INVALIDEZ DOS ATOS ADMINISTRATIVOS — *RDA* — 73/18; F. H. Mendes de Almeida — ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO DIREITO PRIVADO — *RDA* — 67/388; Lafayette Pondé — VONTADE PRIVADA NA FORMAÇÃO OU NA EFICÁCIA DO ATO ADMINISTRATIVO — *RDA* 63/16; Oswaldo Aranha Bandeira de Mello — EVOLUÇÃO CIENTÍFICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO — *RDA* — 83/1; Ruy Cirne Lima — O CÓDIGO CIVIL E O DIREITO ADMINISTRATIVO — *RDA* — 62/1; Seabra Fagundes — DA CONTRIBUIÇÃO DO CÓDIGO CIVIL PARA O DIREITO ADMINISTRATIVO — *RDA* — 78/1; Themistocles Cavalcanti — PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E O DESVIO DO PODER — *RDA* — 85/1.

119) Gabriel José Rodrigues de Rezende Filho — CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL — Vol. I — pág. 8.

59 — VERIFICAÇÃO DOS MOTIVOS E CONTROVÉRSIA

Prevalecendo motivos de justa pretensão para se recorrer à Administração, 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 administrativa**, posição que resguarda tanto a Administração como o administrado (120).

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 controvérsia (121).

60 — 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.

120) Ottorino Tentolini — *Le Singole Prove nel Giudizio Amministrativo* — ob. cit. págs. 119 e segts.

121) Ver *Le Prove nel Giudizio di Merito* — ob. cit. págs. 143 e segts.

Mas a impugnação, que legitima a contestação, não é uma atitude graciosa juridicamente autorizada, quando através do proceder eficaz probatório, chama a Administração à responsabilidade (122).

Tanto assim que o **processo** no seu amplo sentido prático e científico, compreende na espécie administrativa tôda a matéria atinente à organização administrativa, as 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.

61 — A MOTIVAÇÃO PROCESSUAL

Em consequência, 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 publicitário 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 jurídica (123).

Relativamente às questões de competência, de passagem referidas no correr dêste 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

122) "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).

123) Ver DERECHO PROCESAL CIVIL — pág. 42.

da organização administrativa, jamais podendo o inferior hierárquico discutir a competência do superior senão para aduzir razões e prová-las (124).

62 — 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.

63 — A DOUTRINA 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 quanto a importância do **procedimento administrativo** em favor ou contra o Estado (125).

124) Jaime Guasp — ob. cit. — pág. 144.

125) Consulte-se: Gascón y Marín — LAS GARANTIAS JURIDICAS DEL CIUDADANO Y LA EVOLUCION DEL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO — Madrid, 1917; Pi y Suñer — PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS — Barcelona, 1930; Martín Retortillo — NOTAS SOBRE EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO — Huesca, 1933; P. Bodda — LA NOZIONE DI CAUSA GIURIDICA DELLA MANIFESTAZIONE DI VOLONTA NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO — Torino, 1933; Carlos Moret — CONTROL JURISDICCIONAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS — B. Aires, 1934; Roger Bonnard — CONTROLE JURISDICTIONNEL DE L'ADMINISTRATION — Paris, 1934; Geremia Broccoli — LA CODIFICAZIONE DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO — Napoli, 1936; A. Corrado Puchetti — IL RICORSO AMMINISTRATIVO — Padova, 1938; Feliz Sarrià — TEORIA DEL RECURSO CON-

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 consequências probantes com repercussão imediata na unidade do processo, não prescindindo nunca cada ato de uma peculiar eficácia jurídica.

64 — AS GARANTIAS DO ADMINISTRADO

Na estrutura e composição do procedimento administrativo ou civil, considerando que a pluralidade dos atos processuais 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 afei-ta à existência do processo e à natureza da demanda.

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.

TENCIOSO ADMINISTRATIVO — Córdoba, 1940; J. Chatelain — CONTRIBUTION A L'ETUDE DE LA NOTION D'ABUS DES DROITS DANS LE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF — Paris, 1945; Carmona Romay — DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO — Havana, 1946; Luigi Galateria — TEORIA GIURIDICA DEGLI ORDINI AMMINISTRATIVI — Milano, 1950; Enrique Sayagués Laso — EL TRIBUNAL DE LO CONTENTIOSO ADMINISTRATIVO — Montevideo, 1952; Jorge Tristan Bosch — EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA — Montevideo, 1953; Renato Afessi — SISTEMA ISTITUZIONALE DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO ITALIANO — Milano, 1953; Ruy Cirne Lima — O CÓDIGO CIVIL E O DIREITO ADMINISTRATIVO — Porto Alegre, 1960; Pietro Vierga — IL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO — Palermo, 1964; Rafael A. Arnanz — DE LA COMPETENCIA ADMINISTRATIVA — Madrid, 1967; Jesus Gonzalez Perez — LOS RECURSO ADMINISTRATIVOS — Madrid, 1969; Jacques Puisoye — LE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF — Paris, 1969; Simone Grufeld — ORGANIZATION ADMINISTRATIVE — Paris, 1969; Briseno Sierra — PROCESO ADMINISTRATIVO EN IBEROAMERICA — México, 1968.

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 melhor adequadas, tornando os critérios indeterminativos e anti-técnicos, 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.

65 — 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 arguido 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 esclarecimento do fato ou para atender na amplitude as razões do contraditório ⁽¹²⁶⁾.

126) Ver: Themistocles Brandão Cavalcanti — DIREITO E PROCESSO DISCIPLINAR — Rio de Janeiro, 1966; Caio Tácito — PODER DISCIPLINAR E DEFESA — RDA — 37/345; Carlos S. de Barros Júnior — DO PODER DISCIPLINAR NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA — São Paulo, 1969.

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 Estado (127).

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 tôdas as garantias de prova (128).

66 — 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 modificada (129).

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

O artigo 8.º da Constituição Política de Portugal inclui entre os direitos, liberdades e garantias individuais dos cidadãos portugueses, "haver instrução contraditória, dando-se aos arguidos, 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 arguidos em geral", pois o preceito constitucional é válido no processo administrativo, em geral, e no disciplinar, em especial (130).

127) "Não se esqueceu, demais, 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 de defesa" (Barros Júnior — ob. cit. — p. 198).

128) Ver DO PODER DISCIPLINAR NO DIREITO ADMINISTRATIVO PORTUGUÊS — p. 163.

129) Marcello Caetano — MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO — Vol. II — p. 780.

130) Caetano — ob. cit. — p. 784.

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 arguido, com a discussão da prova reunida, fazer ele próprio a prova do que sustenta ⁽¹³¹⁾.

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” ⁽¹³²⁾.

67 — 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, auringo-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 subsidiária ⁽¹³³⁾.

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, podem conter:

a) a apreciação da legitimidade das partes;

b) a resolução das questões prévias ou prejudiciais;

131) Caetano — ob. cit. — p. 784.

132) Caetano — ob. cit. — Vol. I — p. 1.202.

133) Caetano — ob. cit. — Vol. II — ps. 1.261/2.

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

d) ordem para que as partes apresentem o rol das testemunhas ou requeiram a produção de prova (134).

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.

68 — 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 à organismos superiores, onde os recursos assentam em decisões irrevogáveis, ficando o debate no campo discricionário do controle administrativo (135).

Os estudos que se publicaram, entre eles o de cunho comparado e histórico de J. 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 administrativa (136).

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 se esperam

134) Caetano — ob. cit. — Vol. II — p. 1.265.

135) Ver EL PROCESO ADMINISTRATIVO EN IBEROAMERICA — ps. 272/3.

136) Cretella — PROCESSO ADMINISTRATIVO — Tratado — VI. VI — Rio de Janeiro, 1969.

ou de sistema ante os conflitos administrativos que são frequentes (137).

69 — 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 às mais variadas para cada posição específica, ou objetivando apenas a concretização asistemática 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 os 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-lhe nas linhas mestras de complexa arquitetura (138).

Não se coloca o problema, 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, consolidação de preceitos realmente normativos (139).

137) Consulte-se: Oswaldo Aranha Bandeira de Mello — PRINCÍPIOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO — Introdução — Vol. I — Rio, 1969; Alberto da Cruz Bonfim — O PROCESSO ADMINISTRATIVO — Rio, 1956; Carlos S. de Barros Júnior — COMPENDIO 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 Júnior — DIREITO ADMINISTRATIVO — Belo Horizonte, 1961.

138) Ver TRATADO — Vol. VI — p. 53.

139) Consultar: Jesus Gonzalez Perez — DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO — Madrid, 1955; José María Villar y Romero — DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO — Madrid, 1948; Romay Carmona — DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO — Havana, 1946.

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

70 — 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 THEMISTOCLES 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" (140).

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 circunscre-

140) Ver TRATADO — Vol. IV — p. 536.

vem-se a casos de conflitos isolados, em favor da Administração e contra o administrado, através de uma série de atos e operações que procuram excepcionalizar a posição e a atividade do Estado.

71 — 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 concêrto 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 dissociados ⁽¹⁴¹⁾.

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 sôbre o contencioso administrativo, preocupando-se já na época com as indispensáveis disposições reguladoras e recursais ⁽¹⁴²⁾.

A importância do **processo administrativo** não pode continuar apenas acadêmica e doutrinária, sem que se lhe dê uma estrutura correspondente a do **processo jurídico** que se desenvolve no interêsse 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.

141) Cretella — TRATADO — Vol. VI — p. 61.

142) Henrique Rego Barros — APONTAMENTOS SÔBRE O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO — Rio de Janeiro, 1874.

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 princípios que devem ser observados e cumpridos para a justa aplicação de penas disciplinares (143).

Está evidente que o **poder disciplinar** possui regras específicas dentro de certas exigências indispensáveis, mas não é propriamente êle 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-se 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 unilateralidade (144).

143) Alberto Bonfim — O PROCESSO ADMINISTRATIVO — p. 19; Assis Ribeiro — DO PROCESSO ADMINISTRATIVO E SUA REVISÃO — p. 11.

144) Marcello Caetano — DO PODER DISCIPLINAR NO DIREITO ADMINISTRATIVO PORTUGUÊS — Coimbra, 1932; Carlos S. de Barros Júnior — DO PODER DISCIPLINAR NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA — São Paulo, 1969.

73 — 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.

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 impôr medidas e nem tolher a vontade do administrado (¹⁴⁵).

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 não seja mesmo em face da contestação do ato administrativo (¹⁴⁶).

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 válidamente antagônicas, figuram na relação processual dando expressão ao litígio, fornecendo elementos para a caracterização da controvérsia.

74 — 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 ad-

145) Cretella — TRATADO — Vol. IV — ps. 63/4.

146) Ver DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO — p. 55.

ministrar, considerado no sentido mais lato, importa, logicamente, o poder de julgar administrativamente, isto é, a jurisdição ou a Justiça Administrativa" (147).

A magnífica lição de PEREIRA DO RÊGO 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 **descobrimto da verdade** se tornam imprescindíveis a qualquer sistema jurídico consolidado (148).

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" (149).

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 cem anos.

75 — AS VIAS ADMINISTRATIVAS

Falar em inquéritos, papeis 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 apêlo ao judiciário, em definição de recurso ou classificação dêles, 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, ordena-

147) Vicente Pereira do Rego — ob. cit. — p. 158.

148) Uruguai — ob. cit. — ps. 112/114.

149) Alcides Cruz — ob. cit. — p. 261.

mento 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 inexistem 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.

76 — 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, ésta se ha dictado en virtud de una prueba, como en las instancias judiciales;

2. En el procedimiento jerárquico puede impugnarse esa decisión sea por falsedad 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 ⁽¹⁵⁰⁾.

150) Ver EL RECURSO JERARQUICO — ps. 87/8.

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.

77 — O REGIME PROBATÓRIO

Perante a Administração, no processo administrativo ou no juízo civil, está certo que a prova não possua 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.

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 comparando, 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.

78 — 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, sejam puramente administrativos ou governamentais. A desproteção torna-se flagrante inexistindo normas que garantam a prova e a defesa.

Claro está, que o recurso administrativo, qualquer êle 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 a 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.

79 — 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, o processo administrativo, deve exprimir uma soma de atos que se executam 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.

80 — DETERMINAÇÃO DO FENÔMENO PROCESSUAL

É preciso, sem dúvida, em razão de atos e fatos jurídicos, levar à 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 administrativo ⁽¹⁵¹⁾.

Em virtude de definição própria, específica, geral ou particular, como claramente adverte GUAITA, o processo administrativo não deixa de ser uma categoria especial do gênero processo, perfeitamente válida diante da especialidade, na sua essência jurídica perfeitamente idêntico às demais espécies processuais já consagradas ⁽¹⁵²⁾.

Na realidade, como pondera CRETELLA JÚNIOR, o **processo** é objeto de um setor especializado da ciência jurídica ⁽¹⁵³⁾.

151) Ver de Bielsa: RELACIONES DEL CÓDIGO CIVIL CON EL DERECHO ADMINISTRATIVO — Buenos Aires, 1928; SOBRE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO — Santa Fé, 1964.

152) Aurelio Guaita — EL PROCESO ADMINISTRATIVO DE LESIVIDAD — Barcelona, 1953.

153) ver CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO — ps. 453 e segts.

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** na sua conceituação.

81 — 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** 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.

82 — 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 1896 ⁽¹⁵⁴⁾.

Demais a mais a figura do **administrado** não deixa de ser figura de pessoa jurídica. É evidente, que o Estado de direito se violenta, quando revoga um direito concedido anteriormente e concedido com caráter irrevogável. **Provar** a violência, senão

154) L. Spiegel — ob. cit. — *Derecho Administrativo y Derecho Procesual* — ps. 87 e segts.

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.

83 — O FATO PROCESSUAL

Eis porque 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 brasileira (155). Mas irreal diante do **fato processual**. Ou da participação das partes que atuam na controvérsia. Quanto ao ato administrativo independe de processo ou de formalidades processuais. O que se pode discutir, ou não concordar, são 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 estatal (156).

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.

84 — O DIREITO NA ORDEM ADMINISTRATIVA

Diz MENDES DE ALMEIDA, que a primeira causa, que a lei aponta como determinante da anulabilidade do ato admi-

155) Cretella — ob. cit. — Conceituação do Processo Administrativo — CURSO — Título Sexto — Capítulo I

156) Ver OS ATOS ADMINISTRATIVOS NA TEORIA DOS ATOS JURÍDICOS — São Paulo, 1969.

nistrativo, é o **êrro** (157). Muito bem. Como, porém, ou através do que, **provar-se** êsse êrro, senão através de processo regular do qual participem os interessados?

Quanto ao êrro pode ser essencial ou acidental. Mas como **provar-se**, ou fazer a **prova**, sem processo? O êrro essencial, também chamado substancial, está certo que **vicia** o ato. O êrro 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 à considerações lógicas e jurídicas que envolvem a vontade manifesta do Estado, sempre que possa caracterizar o dolo e mesmo a culpa (159).

Para chegar-se ao dolo ou a culpa, ou à coação, como causas de anulabilidade dos atos jurídicos-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.

85 — 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 CRETELLA 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...” (159).

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.

157) F. H. Mendes de Almeida — ob. cit. — p. 54.

158) F. H. Mendes de Almeida — ob. cit. — ps. 56/57.

159) Cretella — CURSO — cit. — p. 455.

86 — A PROVA INSTRUMENTAL

Em tratando da **prova**, ainda que num regime contencioso-administrativo, onde o processo se inicia e se completa através de atos regulares, RAFAEL BIELSA, aponta como indispensáveis alguns tipos diferentes de modos de provar, a exemplo: o instrumental, o pericial, o testemunhal, como condição de um regime jurídico próprio ao processo administrativo ⁽¹⁶⁰⁾.

Assim ensinando:

"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"** ⁽¹⁶¹⁾.

87 — 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 êle 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**, genêricamente, aconselha-se pelo mesmo regime estabelecido pelas normas processuais comuns no juízo ordinário civil ⁽¹⁶²⁾.

160) Ver SOBRE LO CONTECIOSO ADMINISTRATIVO — Régimen de la Prueba — § 14

161) Rafael Bielsa — ob. cit. p. 251.

162) Bielsa — ob. cit. — p. 256.

88 — 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.

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 administrativa ⁽¹⁶³⁾.

89 — 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 atentem 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.

90 — 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;

163) Bielsa — ob. cit. — p. 258.

b) e, como parte, uma das partes, não pode invocar, para alheiar-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 ella, garantías que a veces resultan meras fórmulas liberales, cuando no hay un medio de substancia jurisdiccional con que defenderlas” (164).

A garantia política, no sábio entender de BIELSA, é de eficácia indireta, e, portanto, insuficiente (165).

91 — URUGUAI ANTES DE BIELSA

O brasileiro URUGUAI, muito antes de BIELSA, ressaltou a necessidade de uma organização administrativa contenciosa “que dê garantias” (166).

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** . . . (167).

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 GERAN-DO, quais deveriam ser as regras “gerais prescritas pela razão, pela equidade, pela prudência e interêsse público”, como estas:

a) a informação que corresponde ao processo em matéria contenciosa;

b) o exame que corresponde à discussão;

164) Rafael Bielsa — SOBRE LO CONTENCIOSO... — cit. — p. 324.

165) Bielsa — ob. cit. — p. 324.

166) Visconde do Uruguai — ENSAIO SÔBRE O DIREITO ADMINISTRATIVO — p. 85.

167) Uruguai — ob. cit. — p. 112.

c) a resolução que corresponde ao julgamento (168).

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 o dos recursos (169).

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 justiça (170).

92 — 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 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 "**jure imperii**" (171).

O conceito de responsabilidade do Estado como administrador e como poder público, não isenta a Administração do

168) Uruguai — ob. cit. — p. 112.

169) Uruguai — idem — ps. 112/3.

170) Uruguai — ob. cit. — p. 112.

171) Ver Pedro Guillermo Altamira — RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO — ps. 94 e segts.

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 **autoritarizar-se** pelo arbítrio em desfavor dos mesmos direitos que consagra (172).

93 — JURISDIÇÃO COMPETENTE

“Il n’y a pas possibilité de défendre sans attaquer” (173). E o ataque, na expressão processual, ou no sentido de defesa, com respeito à verdade que se pretende **provar**, exige processo regular, ordenado, 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 **“juicio administrativo”**, a que se refere BULLRICH (174)?

Muitos administrativistas modernos, e com muita razão prática e científica, sèriamente se preocupam com a estrutura e a organização do Estado, e, em consequência, da Administração (175). 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

172) Juan Ignacio Jiménez Nieto — POLITICA Y ADMINISTRACIÓN — Madrid, 1970.

173) Conhecida decisão da Côte Suprema de Paris.

174) Rodolfo Bullrich — LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO — ps. 276 e segts.

175) Ver: Harleigh B. Trecker — NOVAS PERSPECTIVAS DE ADMINISTRAÇÃO — Rio de Janeiro, 1967.

processo administrativo em plano que os economistas ou administradores pouco possam entender, mas que é o plano real das contendas de avaliação jurídica (176).

A eficácia de cada processo, na jurisdição competente, diz com o direito interrelacionando Administração e administrados. Maiores serão as implicações, mais complexos os relacionamentos, especialmente diante da nova especialidade científica denominada **administração do desenvolvimento**, somente agora enfrentada com seriedade (177).

94 — 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 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 pretendidos (178).

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 fôr o nome, dando ênfase a um desequilíbrio que atinge a capacidade do homem

176) Sue Spencer — apud Trecker — ob. cit. — p. 20.

177) Manuel Maria Natero Cordoba — CIENCIAS ADMINISTRATIVAS CONTEMPORANEAS — Cibernética — **Ciências Administrativas** — n. 32 — La Plata, 1970.

178) Natero Cordoba — loc. cit. — ps. 116/17.

para demandar ou discutir, pela insuficiência de garantias formalizadas, de garantias que podem ser políticas e não são jurídicas.

95 — 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 êle 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, reside:

- a) que nasce de um direito que se anuncia positivamente formulado;
- b) que surge de um interesse que se afirma materialmente violentado;
- c) que 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.

96 — 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. Ra-

zões de **ordem pública** ou razões de **interêsse público**, como expressões tão comumente empregadas para justificar normas de conduta governamental, ou práticas administrativas adotadas pelos govêrnos, 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 sôbre questões de direito, ou simplesmente qualificá-las.

97 — 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”** (179).

Num Estado de direito, não se desconhecem os elementos discricionários de que dispõe a Administração, mas não se dá a êtes um enfoque que transcenda à aplicação do próprio direito pelo Estado, conduzindo a distorsões que não se compreendem dentro da ordem jurídica.

98 — VONTADE DA ADMINISTRAÇÃO

Estamos convencidos: a vontade da Administração deve inserir-se em formas pre-determinadas. Essa chamada regra de ouro do Direito Administrativo, como informa CHARLES DEBBASH, de acôrdo com os princípios dominantes, foram instituídas no interêsse dos administrados (180).

179) Ver INTRODUCCIÓN A LA ADMINISTRACION PUBLICA — p. 34.

180) Debbash — OS MODOS NÃO FORMAIS DE EXPRESSÃO DA VONTADE DA ADMINISTRAÇÃO — Revista do Serviço Público — n. 1 — Vol. 102 — ps. 86 e segts.

Alguns pontos merecem relêvo 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 interêsse geral por uma interpretação construtiva da vontade da administração";

e) "pode, igualmente, proteger os interêsses particulares fundamentais, mediante a descoberta de objetivos ilegais visados pela administração, ainda que os mesmos não transpareçam, formalmente, num ato administrativo" (181).

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 é uma idéia que se harmoniza com a atividade concreta do Estado e seu regime jurídico.

99 — 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 direitos (182).

Falando do Direito Administrativo, como tôdas as criações históricas fecundas, à maneira exata como é entendido por SANCHEZ AGESTA,

— **"no es invención ni hallazgo de un hombre o un pueblo, sino una necesidad histórica, que corresponde a un orden de exigencias que la misma Historia plantea"** (183).

181) Charles Debbash — trab. cit. — loc. cit. — ps. 86 e segts.

182) Rafael Entrena Cuesta — CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO — p. 33.

183) Entrena Cuesta — om. cit. — p. 37.

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 técnica (184).

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** (185).

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.

100 — CONCLUSÃO

O Estado moderno, não há como duvidar, portanto, 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 está assegurada, ou de amplos meios que permitam a restauração da legalidade quando violada pela Administração, ou pelo Estado como poder.

Indubitável que permanece uma forte razão psicológica, jurídica 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 real do administrado.

184) Ver COURS DE DROIT ADMINISTRATIF COMPARÉ — citado por Entrena Cuesta — Paris, 1956/7 — ps. 27/28. 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 (ver ADMINISTRATIVE LAW — London, 1970 — **Introduction** — ps. 3 e segts.).

185) R. Entrena Cuesta — ob. cit. — p. 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 DIRITTO AMMINISTRATIVO INGLESE, em tradução feita no ano de 1969, em Milão, para Giuffrè Editore.

REGISTRO BIBLIOGRÁFICO

Por Ordem de Citação dos Autores

- Ludwig Spiegel — DERECHO ADMINISTRATIVO — Madrid, 1936.
- Aparicio Mendez — LA JERARQUIA — Montevideo, 1950.
- Ruy Cirne Lima — SINOPSE DE DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO — Pôrto Alegre, 1965.
- Paul Duez — LES ACTES DE GOUVERNEMENT — Paris, 1935.
- Hans Kelsen — TEORIA GENERAL DEL DERECHO Y DEL ESTADO — México, 1959.
- Roger Bonnard — PRÉCIS DE DROIT ADMINISTRATIF — Paris, 1935.
- Rafael Bielsa — EL RECURSO JERARQUICO — Rosário, 1939.
- Arturo Lentini — ISTITUZIONI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO — Milano, 1938.
- Fritz Fleiner — INSTITUCIONES DE DERECHO ADMINISTRATIVO — Madrid, 1935.
- Aurelio Guaíta — EL PROCESO ADMINISTRATIVO DE LESIVIDAD — Barcelona, 1953.
- Pedro Menna Barreto Monclaro — DO RECURSO ADMINISTRATIVO — Curitiba, 1959.
- Leonida Ragnisco e Michele Rossano — IL RICORSI AMMINISTRATIVO — Roma, 1954.
- José Cretella Júnior — TRATADO DE DIREITO ADMINISTRATIVO — Rio de Janeiro, 1969.
- David Lascano — JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA — B. Aires, 1941.
- Villar y Romero — DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO — Madrid, 1944.
- Antonio Corrado Puchetti — IL RICORSO GERARCHICO — Padova, 1938.
- Felix Sarria — TEORIA DEL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO — Córdoba, 1940.
- O. Ranelletti — LE GUARENTIGIE DELLA GIUSTIZIA NELLA PUBLICA AMMINISTRAZIONE — Milano, 1946.
- D'Alessio — LE PARTI NEL GIUDIZIO AMMINISTRATIVO — Roma, 1915.
- Aído M. Sandulli — IL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO — Milano, 1940.
- Roger Bonnard — LES DROITS PUBLICS SUBJETIFS DES ADMINISTRÉS — Paris, 1956.
- García Oviedo — DERECHO ADMINISTRATIVO — Madrid, 1962.
- Alfredo R. Zuanich — LA COSA JUZGADA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO — Buenos Aires, 1952.
- Moacir Amaral Santos — PROVA JUDICIÁRIA NO CIVIL E COMERCIAL — São Paulo, 1949/54.

- Caio Tácito — O ABUSO DE PODER ADMINISTRATIVO NO BRASIL — Rio de Janeiro, 1959.
- H.W.R. Wade — ADMINISTRATIVE LAW — Oxford, 1961.
- Agustín A. Gordillo — LA GARANTIA DE DEFENSA COMO PRINCIPIO DE EFICACIA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO — RDP — n. 10/16.
- Armando Emilio Grau — LA RAZONABILIDAD EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO — *Ciências Administrativas* — La Plata — n. 27/31.
- H.W.R. Wade — TOWARDS ADMINISTRATIVE JUSTICE — Oxford, 1959.
- Bernard Schwartz — DIREITO CONSTITUCIONAL AMERICANO — Rio, 1966.
- Pedro Delfino — INTRODUCCIÓN A LA TEORIA DE LA ADMINISTRACIÓN — B. Aires, 1967.
- Pedro Delfino — ADMINISTRACIÓN Y DESARROLLO — La Plata, 1970.
- Rafael Bielsa — RELACIONES DEL CODIGO CIVIL CON EL DERECHO ADMINISTRATIVO — B. Aires, 1928.
- Ottorino Tentolini — LA PROVA AMMINISTRATIVA — Milano, 1950.
- Recaredo F. de Velasco — EL ACTO ADMINISTRATIVO — Madrid, 1929.
- Eduardo Bonnier — TRATADO TEORICO Y PRACTICO DE LAS PRUEBAS EN DERECHO CIVIL Y EN DERECHO COMERCIAL — Madrid, 1928.
- Andrei Vishinski — LA TEORIA DE LA PRUEBA EN EL DERECHO SOVIETICO — Buenos Aires, 1951.
- João de Castro Mendes — DO CONCEITO DE PROVA EM PROCESSO CIVIL — Lisboa, 1961.
- François Gorphe — DE LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS — B. Aires, 1955.
- Carlo Furno — CONTRIBUTO ALLA TEORIA DELLA PROVE LEGALE — Padova, 1940.
- G. Chiovenda — ENSAYOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL — B. Aires, 1940.
- F. Carnelutti — SISTEMA DI DIRITTO PROCESSUALE CIVILE — Padova, 1936/39.
- Heberto Amilcar Baños — LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROCESO LABORAL — Buenos Aires, 1954.
- Hely Lopes Meirelles — MANDADO DE SEGURANÇA E AÇÃO POPULAR — São Paulo, 1969.
- Antonio Tito Costa — RECURSOS EM MATÉRIA ELEITORAL — São Paulo, 1969.
- Francesco Ricci — DELLE PROVE — Turin, 1891.
- Vito Gianturco — LA PROVA INDIZIARIA — Milano, 1958.
- Jaime Guasp — DERECHO PROCESAL CIVIL — Madrid, 1961.
- Eduardo Vivancos — COMENTÁRIOS A LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO — Barcelona, 1959.
- Michele Cantucci — L'ATTIVITÀ DI DIRITTO PRIVATO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE — Padova, 1941.
- Michele La Torre — CODICE DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA — Roma, 1951.
- Domenico Mariani — DIRITTO AMMINISTRATIVO E COSTITUZIONALE — Roma, 1951.
- F. Carnelutti — LA PROVA CIVILE — Roma, 1947.

- Jean Antonio Micheli — CORSO DI DIRITTO PROCESSUALE CIVILE — Milano, 1959/60.
- Luigi Raggi — DIRITTO AMMINISTRATIVO — Padova, 1928/32.
- I. Jaeger — CORSO DI DIRITTO PROCESSUALE DEL LAVORO — Padova, 1936.
- Dallari — IL SISTEMA DELLE PROVE NEL GIUDIZIO AMMINISTRATIVO — Torino, 1920.
- Renato Alessi — LA RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE — Roma, 1937.
- Rafael Bielsa — EL ACTO JURISDICCIONAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Rosário, 1949.
- Fábregas del Pillar — PROCEDIMIENTO EN LAS RECLAMACIONES ECONOMICOS-ADMINISTRATIVAS — Madrid, 1943.
- M. Andreozzi — LA MATERIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA — Tucuman, 1947.
- Rafael Arnanz — DE LA COMPETENCIA ADMINISTRATIVA — Madrid, 1967.
- Lopes Calera — LA ESTRUCTURA LOGICO-REAL DE LA NORMA JURIDICA — Madrid, 1969.
- Micheli — L'ONERE DE LA PROVA — Padova, 1942.
- Laureano Lopes Rodó — EL COADYUANTE EN LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO — Madrid, 1943.
- Fernando Garrido Falla — REGIMEN DE IMPUGNACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS — Madrid, 1956.
- Charles Debbásch — PROCEDURE ADMINISTRATIVE ET PROCEDURE CIVILE — Paris, 1962.
- Carlos S. de Barros Júnior — INTRODUÇÃO AO DIREITO ADMINISTRATIVO — São Paulo, 1959.
- V. E. Orlando — PRIMO TRATADO COMPLETO DI DIRITTO AMMINISTRATIVO ITALIANO — Milano, 1897.
- Hely Lopes Meirelles — DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO — São Paulo, 1968.
- Pierre Sandevair — ÉTUDES SUR LES RECOURS DE PLEINE JURIDICTION — Paris, 1964.
- Louis Dubois — LA THEORIE DE L'ABUS DE DROIT ET LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE — Paris, 1969.
- Marcello Caetano — GARANTIAS JURISDICIONAIS DOS ADMINISTRADOS NO DIREITO COMPARADO DE PORTUGAL E DO BRASIL — RDA — n. 80/1.
- Manuel Ribeiro — INVALIDEZ DOS ATOS ADMINISTRATIVOS — RDA — n. 73/18.
- F. H. Mendes de Almeida — ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO DIREITO PRIVADO — RDA — n. 67/388.
- Lafayette Pondé — VONTADE PRIVADA NA FORMAÇÃO OU NA EFICÁCIA DO ATO ADMINISTRATIVO — RDA — n. 63/16.
- O. A. Bandeira de Mello — EVOLUÇÃO CIENTÍFICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO — RDA — n. 83/1.
- Ruy Cirne Lima — O CÓDIGO CIVIL E O DIREITO ADMINISTRATIVO — RDA — n. 62/1.

- M. Seabra Fagundes — DA CONTRIBUIÇÃO DO CÓDIGO CIVIL PARA O DIREITO ADMINISTRATIVO — RDA — n. 78/1.
- Themistocles B. Cavalcanti — PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E O DESVIO DE PODER — RDA — n. 85/1.
- Gabriel de Rezende Filho — CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL — São Paulo, 1965/66.
- Gascón y Marin — LAS GARANTIAS JURÍDICAS DEL CIUDADANO Y LA EVOLUCIÓN DEL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO — Madrid, 1917.
- Pi y Suñer — PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS — Barcelona, 1930.
- Martin Retornillo — NOTAS SÔBRE EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO — Huesca, 1933.
- Pietro Bodda — LA NOZIONE DI CAUSA GIURIDICA DELLA MANIFESTAZIONE DI VOLONTÁ NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO — Torino, 1933.
- Carlos Moret — CONTROL JURISDICCIONAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS — Buenos Aires, 1934.
- Roger Bonnard — CONTROLE JURISDICTIONNEL DE L'ADMINISTRATION — Paris, 1934.
- Geremia Broccoli — LA CODIFICAZIONE DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO — Napoli, 1936.
- J. Chatelain — CONTRIBUTION À L'ETUDE DE LA NOTION D'ABUS DES DROITS DANS LE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF — Paris, 1945.
- Carmona Romay — DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO — Havana, 1946.
- Luigi Galateria — TEORIA GIURIDICA DEGLI ORDINI AMMINISTRATIVI — Milano, 1950.
- E. Sayagués Laso — EL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO — Montevideo, 1952.
- Jorge Tristan Bosch — EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA — Montevideo, 1953.
- Renato Alessi — SISTEMA ISTITUZIONALE DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO ITALIANO — Milano, 1953.
- Ruy Cirne Lima — O CÓDIGO CIVIL E O DIREITO ADMINISTRATIVO — Porto Alegre, 1960.
- Pietro Vierga — IL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO — Palermo, 1964.
- Jesus González Perez — LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS — Madrid, 1969.
- Jacques Puisoye — LE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF — Paris, 1969.
- Simone Crunfeld — ORGANIZATION ADMINISTRATIVE — Paris, 1969.
- Briseño Sierra — PROCESO ADMINISTRATIVO EN IBEROAMERICA — México, 1968.
- Themistocles B. Cavalcanti — DIREITO E PROCESSO DISCIPLINAR — Rio de Janeiro, 1966.
- Caio Tácito — DIREITO DISCIPLINAR E DEFESA — RDA — n. 37/345.
- Carlos S. de Barros Júnior — DO PODER DISCIPLINAR NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA — São Paulo, 1969.
- Marcello Caetano — DO PODER DISCIPLINAR NO DIREITO ADMINISTRATIVO PORTUGUÊS — Lisboa, 1932.

- Marcello Caetano — MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO — Rio de Janeiro, 1970.
- O. A. Bandeira de Mello — PRINCÍPIOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO — Rio de Janeiro, 1969.
- Alberto da Cruz Bonfim — 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.
- F. H. Mendes de Almeida — NOÇÕES DE DIREITO ADMINISTRATIVO — São Paulo, 1956.
- Onofre Mendes Júnior — DIREITO ADMINISTRATIVO — Belo Horizonte, 1961.
- H. Rego Barros — APONTAMENTOS SÔBRE O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO — Rio de Janeiro, 1874.
- Assis Ribeiro — DO PROCESSO ADMINISTRATIVO E SUA REVISÃO — Rio de Janeiro, 1959.
- Vicente Pereira do Rêgo — ELEMENTOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO — edição, 1960.
- Visconde do Uruguai — ENSAIO SÔBRE O DIREITO ADMINISTRATIVO — edição, 1960.
- Alcides Cruz — DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO — Rio de Janeiro, 1914.
- Rafael Bielsa — EL RECURSO JERARQUICO — Rosário, 1939.
- H. W. R. Wade — DIRITTO AMMINISTRATIVO INGLESE — Milano, 1969.
- J. F. Garner — ADMINISTRATIVE LAW — London, 1970.
- Rafael Bielsa — SOBRE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO — Santa Fé, 1964.
- José Cretella Júnior — CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO — Rio/São Paulo, 1971.
- F. H. Mendes de Almeida — OS ATOS ADMINISTRATIVOS NA TEORIA DOS ATOS JURÍDICOS — São Paulo, 1969.
- Visconde do Uruguai — ENSAIO SÔBRE O DIREITO ADMINISTRATIVO — Rio de Janeiro, 1960.
- Pedro Guillermo Altamira — RESPONSABILIDAD EXTRA-CONTRACTUAL DEL ESTADO — Cordoba, 1941.
- Juan Ignacio Jiménez Nieto — POLITICA Y ADMINISTRACION — Madrid, 1970.
- Rodolfo Bullrich — LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO — Buenos Aires, 1920.
- Harleigh B. Trecker — NOVAS PERSPECTIVAS DE ADMINISTRAÇÃO — Rio de Janeiro, 1967.
- Manuel María Natero Cordoba — CIENCIAS ADMINISTRATIVAS CONTEMPORANEAS — Ciências Administrativas — La Plata — n. 32/100.
- Pedro Muñoz Amato — INTRODUCCION A LA ADMINISTRACION PUBLICA — México, 1954.
- Charles Debbash — OS MODOS NÃO FORMAIS DE EXPRESSÃO DA VONTADE DA ADMINISTRAÇÃO — Revista do Serviço Público — Vol. 102/86.
- Rafael Entrena Cuesta — CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO — Madrid, 1970.

ÍNDICE DA MATÉRIA

	págs.
Palavras de Proêmio	7
1 — O Valor da Prova	13
2 — A Atividade Normativa do Estado	13
3 — A Proteção dos Direitos	14
4 — Poder não Autoritário	15
5 — A Relação Jurídico-Administrativa	16
6 — Processo e Relação Jurídica	17
7 — Estrutura Lógica e Natural das Normas	18
8 — Conduta Estatal e Relação	19
9 — A Jurisdição na Hierarquia	19
10 — Atos Executórios e Procedimento	19
11 — Valores Hierarquizados	20
12 — Funções Diversificadas	21
13 — Horizontalidade e Verticalidade	22
14 — Instrução e Verdade Jurídica	24
15 — A Impugnação Jurisdicional	24
16 — A Proteção Jurisdicional	26
17 — A Temática no Direito Brasileiro	27
18 — A Prova como Princípio da Defesa	28
19 — O Congresso de Varsóvia	29
20 — A Defesa e a Prova	30
21 — O Procedimento Probatório	31
22 — O Limite traçado em Lei	32
23 — A Analogia em Matéria Administrativa	33
24 — A Jurisdicção da Ação	34
25 — Responsabilidade da Administração	35
26 — O Conceito da Verdade na Prova	35
27 — A Prova no Sentido Legal	36
28 — A Evidência da Prova no Processo	37
29 — O Justo Caminho Probante	38
30 — No Processo Eleitoral e Trabalhista	38
31 — A Apreciação da Prova	39
32 — A Prova Administrativa Específica	41
33 — Os Meios de Prova	42

	págs.
34 — O Pressuposto da Certeza	43
35 — A Prova na Formação do Convencimento	43
36 — A Finalidade da Prova	44
37 — O Procedimento Probatório Administrativo	46
38 — O Pedido Administrativo	46
39 — A Doutrina Italiana	47
40 — A Doutrina na Espanha	48
41 — A Superação do Dualismo	49
42 — A Função da Prova	50
43 — A Pretensão no Direito Administrativo	51
44 — As Obrigações não são Unilaterais	53
45 — Definição pelo Objeto	54
46 — Equivalência Relativa	54
47 — A Prova como Regra na Ação	55
48 — O que é a Prova	56
49 — Os Critérios Probantes	57
50 — A Realidade no Direito Processual	58
51 — Oposição e Controvérsia	59
52 — O Princípio da Legalidade	60
53 — Função Conciliatória do Direito	61
54 — O Primado da Lei	63
55 — Exteriorização da Administração	64
56 — As Falhas no Procedimento Administrativo	64
57 — Os Novos Códigos	65
58 — Racionalização do Processo Administrativo	66
59 — Verificação dos Motivos da Controvérsia	67
60 — A Impugnação Legitimando a Contestação	67
61 — A Motivação Processual	68
62 — A Prova como Ato Processual	69
63 — A Doutrina Comparada	69
64 — As Garantias do Administrado	70
65 — No Processo Disciplinar	71
66 — A Defesa na Acusação	72
67 — O Despacho Saneador Administrativo	73
68 — O Processo Administrativo no Brasil	74
69 — A Expressão Processo Administrativo	75
70 — O Processo Administrativo na Prática Brasileira	76
71 — A Importância do Processo Administrativo	77
72 — O Poder Disciplinar	78
73 — A Administração na Relação Processual	79
74 — Involução do Pensamento Jurídico	79
75 — As Vias Administrativas	80
76 — A Prova na Lição de Bielsa	81
77 — O Regime Probatório	82

	págs
78 — A Proteção dos Administrados.	83
79 — Tutela Jurídica Comum	83
80 — Determinação do Fenômeno Processual	84
81 — Tipicidade Elementar	85
82 — A Figura do Administrado	85
83 — O Fato Processual	86
84 — O Direito na Ordem Administrativa	86
85 — O Direito Jurídico	87
86 — A Prova Instrumental	88
87 — A Prova Pericial	88
88 — A Prova Testemunhal	89
89 — Administração e Estado de Direito	89
90 — Insuficiência da Garantia Política	89
91 — Uruguai antes de Bielsa	90
92 — Responsabilidade do Estado	91
93 — Jurisdição Competente	92
94 — As Estratégias Administrativas	93
95 — Direito, Interêsse, Ato	94
96 — Definição pelas Normas	94
97 — O Problema Administrativo	95
98 — Vontade da Administração	95
99 — O Estado de Direito	96
100 — Conclusão	97

