A PROVA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO

MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO *

A relação jurídico-administrativa. A jurisdição na hierarquia. A prova no processo administrativo. A prova como princípio de defesa. O procedimento probatório. O conceito da verdade na prova. A prova administrativa. O procedimento probatório administrativo. A pretensão no direito administrativo. A prova como regra na ação. O princípio da legalidade. Conclusão.

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 legitima o exercício pleno da função jurisdicional, através dos diferentes órgãos e podêres 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.

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

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 podêres, regras cujo conteúdo impõe disposições expressas nascidas espontâneamente das necessidades do corpo-político.

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

É evidente que o direito também aqui aparece com caráter imperativo, não só investigando problemas concernentes à organização administrativa, como sobretudo 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]

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

Precisamente num tempo em que as controvérsia 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 administrativo ao direito é uma conseqüência dos sistemas jurídicos e da ordem constitucional: os mesmos princípios que se aplicam no procedimento civil podem ser aplicados no procedimento administrativo, apenas com reserva da jurisdição.

Não há dúvida que também o Direito Administrativo teòricamente 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.

[1] Ver SPIEGEL, Ludwig. Derecho Administrativo y Procesual. In: *Derecho Administrativo,* p. 87 e seg.

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 conseqüências 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 a matéria de *prova administrativa* e sua natureza, cumpre lembrar que entre o direito escrito e o direito não escrito, não preponderam distinções rigorosas que sejam absolutas, nesse caso impedindo manifestas relações que se tornam no mais das vêzes caracterìsticamente 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]

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

[2] SPIEGEL, Ludwig. Ob. cit., p. 178.

[3] *"Tal poder* (poder de mando), *contràriamente a un concepto bastante generalizado no es autoritario"* (Ver MENDEZ, Aparicio. *La Jerarquía*, p. 34).

[4] *Sinopse de Direito Administrativo Brasileiro*, p. 19.

[5] CIRNE LIMA, Ruy. Trab. cit., p. 19.

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 necessàriamente 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 quando considera na demanda a importância das partes que nela atuam, ligando os interêsses 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.

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 fatôres imprescindíveis ao conhecimento da orgânica estatal orientam o pesquisador para aquêles laços que unem govêrno 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 valôres jurídicos e institucionais.

O que importa na relação jurídico-administrativa são precisamente os laços que juntam podêres e órgãos dentro da realidade do Estado como corpo político ou como organização adequada à direção no plano dos serviços públics e suas espécies personificadas.

Trata-se aqui de conciliar o interêsse público com o direito dos administrados: a segurança jurídica para os que dependem da Administração através do contrôle das formas que a lei determinar para que os atos governamentais se legitimem na legalidade. [8]

Impossível aceitar a relação jurídico-administrativa como resultante de *juízos hipotéticos* dado os pressupostos da conduta do Estado

[6] Ver *La Garantía de Defensa como Princípio de Eficacia en el Procedimiento Administrativo.* In: *Revista de Direito Público,* n.º 10/16.

[7] GORDILLO, Agustin A. Trab. cit. In: *RDP* n.º 10/16.

[8] Ver DUEZ, Paul. *Le Contrôle des Formes* In: *Les Actes de Gouvernement,* p. 201/2.

na ordem administrativa, pois não incide essa relação jurídica senão sôbre 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 podêres, 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", invariàvelmente nascendo "da transferência ou do exercício de uma parcela do poder estatal". [10]

Considerando que a conduta jurídica estatal só pode caracterizar-se pela *relação,* capítulo importante na investigação do fenômeno político organizacional é aquêle que contrapõe ao interêsse público o privado, o direito do cidadão ao direito do Estado.

Pode-se dizer, 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 valôres.

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

[9] A doutrina *kelseniana* sôbre as proposições jurídicas como juízos hipotéticos é de difícil aceitação pelo Direito Administrativo. As conseqüências 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 *Teoría General del Derecho y del Estado,* pág. 53-138).

[10] CIRNE LIMA, Ruy. Trab. cit., p. 21.

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 porquê 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 preexistentes ou extinguir de vez os direitos existentes.

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

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

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

Quanto às causas de anulabilidade não há como não considerar a incompetência relativa ou a incapacidade, os vícios resultantes de êrro, dolo, simulação ou fraude, todos os 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.

De conformidade com a organização política, para que exista *jurisdição administrativa* bem qualificada, é necessário que se compreenda o problema da hierarquia e dos valôres hierarquizados, encarando as relações hierárquicas segundo critério integrador e orgânico. [11]

[11] Ver BONARD, Roger. La Hiérarchie Administrative. In: *Précis de Droit Administratif*, p. 267-8; BIELSA, Rafael. Su Institución y su Régimen Jurídico. In: *El Recurso Jerárquico*, p. 11-12; DERVILLE, R. Hugot. *Le Principe Hierarchique dans L'Administration Française*, p. 19-24; MENDEZ. Aparicio. *La Jerarquía. Concepto y Definición*, p. 8-20; LENTINI, Arturo. *Instituzioni di Diritto Amministrativo*, vol. I, p. 99.

Não há, pois, uma hierarquia sòmente 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* jurìdicamente conceituada. [12]

Apontando como falsa a posição 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 tôdas 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 jurìdicamente pelas diferentes unidades estatais.

Tècnicamente, 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 inferiores 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 pú-

12 "El orden jerárquico no crea, pues, subordinación de personas, sino de funcionarios, o más precisamente, de órganos administrativos" (BIELSA. Ob. cit., p. 12).

13 Ver MENDEZ, Aparicio. *La Jerarquía*, p. 15.

14 MENDEZ, Aparicio. Ob. cit., p. 15.

15 "Para la ciencia de la administración y para el derecho administrativo el regimen orgánico tiene en cuenta cada unidad estatal" (MENDEZ. Ob. cit., p. 37).

blico, 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 de regime jurídico próprio, tendo em vista alcançar os seus fins essenciais, de govêrno ou de gestão dos serviços públicos. [16]

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

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

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

Considerando os diferentes graus da hierarquia administrativa, tôdas as funções implicam no exercício de faculdades jurisdicionais: invariàvelmente, 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 competência legal, pode um órgão do Estado realizar atos expressivos da vontade pública, ressalvando a necessidade de se determinar 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 jurídicos na esfera administrativa independer do exame de situações que se tornam equívocas quando contestadas e materialmente sujeitas a *prova*.

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

[16] 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., p. 7.

[17] FLEINER. Ob. cit., p. 23.

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

A Prova no Processo Administrativo

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 ocorreram os fatos, o nexo causal entre o ato danoso e o interêsse particular, não devendo a Administração jamais fugir das obrigações relacionais impostas por lei ou regulamentadas.

O que a doutrina mais moderna estabeleceu para a conceituação do *recurso administrativo*, transformou-se em postulado jurídico cuja tradição se encontra no princípio da responsabilidade do Estado, por onde se procura evitar os abusos de função ou os abusos de direitos. [19]

[18] GUAITA, Aurelio. *El Proceso Administrativo de Lesividad*, p. 11.

[19] A literatura é farta: MONCLARO, Pedro Menna Barreto. *Do Recurso Administrativo*, Curitiba, 1959; RAGNISCO, Leonida e ROSSANO, Michele. *I Ricorsi Amministrativo*, Roma, 1954; CRETELA JÚNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo*, vol. VI, Rio, 1969; BIELSA, Rafael. *El Recurso Jerárquico*, Rosário, 1939; LASCANO, David. *Jurisdicción y Competencia*, Buenos Aires, 1941; VILLAR, Romero y. *Derecho Procesal Administrativo*, Madri, 1944; PUCHETTI, Antonio Corrado. *Il Ricorso Gerárchico*, Pádua, 1938; SARRIA, Félix. *Teoría del Recurso Contencioadministrativo*, Córdoba, 1940; RANELLETTI. *Le Guarentigie della Giustizia nella Pùbblica Amministrazione*, Milão, 1946; D'ALESSIO. *Le Parti nel Giudizio Amministrativo*, Roma, 1915; SANDULLI, Aldo M. *Il Procedimento Amministrativo*, Milão, 1940.

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

Destarte, o procesos administrativo, não obstante os fins divergirem, é na essência idêntico às restantes espécies de processos, correspondendo a 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 têrmos que não confundem doutrinàriamente: "el proceso administrativo supone siempre la impugnación jurisdicional 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 necessàriamente 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.

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 objetivo o ato jurídico individual subjetivo ou jurisdicional, capaz de alcançar na controvérsia o exigível na demanda. [21]

Fàcilmente 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 a uma única decisão administrativa, sem que o administrado pudesse apelar para o contrôle 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 tolerar el uso y goce de un bien del Estado, en la exención de una carga real o personal, en todas las formas por

[20] GUAITA. Ob. cit., p. 10-11.

[21] Ver *Les Droits Publics Subjectifs des Administrés*, p. 38 e seg.

[22] Dou razão a Garcia Oviedo, quando teme pela inexistência de uma ordem jurídica estável, em virtude das situações subjetivas ficarem condicionadas a uma decisão administrativa (Ver *Derecho Administrativo*, p. 128).

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 aquêles vícios que comprovem, textualmente, a sua ineficácia declarada ou o seu objeto ilícito.

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

No Direito Administrativo, as formalidades que revestem o ato administrativo são exigíveis tanto no interêsse dos administrados, como em garantia da Administração, para o acêrto 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.

A Prova como Princípio de Defesa

Acontece que ainda não há, no direito brasileiro, uma lei geral sôbre normas de processo administrativo: apenas inúmeras disposições esparsas asseguram a defesa de direitos e interêsses legítimos dos administrados. [27]

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

23 SARRIA, Félix. *Teoría del Recurso Contencioso Administrativo*, p. 142.
24 ZUANICH, Alfredo R. *La Cosa Julgada en el Derecho Administrativo*, p. 61/2.
25 Ver SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Civil e Comercial*, vol. I, p. 19.
26 SANTOS, Moacyr Amaral. Ob. cit., vol. I, p. 20.
27 Ver TÁCITO, Caio. *O Abuso de Poder Administrativo no Brasil*, p. 33.

seus direitos, não são mais que medidas protelatórias, até que o exame da legalidade venha a ser feito pela única 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.

A regra, no processo, que exige a prova, ou a defesa, é regra de validez 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 ámbito administrativo, justamente donde nunca debe serlo, precisamente porque la decisión administrativa, a diferencía de la judicial, no solo debe tener en cuenta la solución normativa del caso, sino también los criterios ya mencionados de oportunidad, conveniencia, etc.". [30]

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

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

Nas razões, pelos argumentos levantados e pelas questões propostas, oferece-se livre margem à apresentação das provas que possam conduzir o litígio a uma solução harmoniosa, sem nunca permitir-se a violação 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:

[28] TÁCITO, Caio. Ob. cit., p. 37.
[29] WADE, H. W. R. *Administrative Law*, p. 141.
[30] GORDILLO, Agustin A. Trab. cit. In: *RDP* n.º 10/19.

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

b) que la produción de la prueba sea efetuada antes de que se 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]

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

a) audiencia de las partes;

b) enumeración de los medios de prueba;

c) fijación del plazo en que debe obrar la Administración;

d) determinación de los actos para los cuales la autoridad debe requerir la opinión de otras autoridades o consejos;

e) motivación sumaria de todos los actos que afectem 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 eqüidade 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]

Falando de imparcialidade, tôda decisão suscetível de afetar direitos ou interêsses não deve menosprezar a pessoa que foi alcançada pelo ato administrativo, dando-lhe elementos de aferição que possibilitem a defesa e a prova, não desnaturando o procedimento.

Não cabe ao Estado, como não deve 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 podêres públicos não se apresentem como inatingíveis, ou onde o poder de apresentar decisões

[31] GORDILLO. Trab. cit., In: *RDP* n.º 10/23.

[32] GRAU, Armando Emilio. *La Razonabilidad en el Procedimiento Administrativo Argentino. Ciencias Administrativas, La Plata*, n.º 27/31.

[33] GRAU, Armando. Trab. cit., loc. cit., 27/32.

[34] GRAU. Trab. cit., 27/32.

[35] Ver WADE, H. W. R. *Towards Administrative Justice*, p. 4.

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 podêres 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.

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 teorias quantificadoras.

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

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

Investigar as transformações e propor as soluções, dentro do que Pedro Delfino chama juntando de *criatividade, desenvolvimento e prospecção*, está claro que não é impor uma visão da sociedade política com propósitos de dominação das liberdades jurídicas. [38]

[36] SCHWARTZ, Bernard. *Direito Constitucional Americano*, trad. bras., p. 348.

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

[38] Dois livros de DELFINO, Pedro, *Introducción a la teoría de la administración*. Buenos Aires, 1967; *Administración y Desarrollo*. La Plata, 1970.

O poder jurisdicional da Administração tem o seu limite traçado pela lei: nesse limite as pessoas se obrigam e se obriga o Estado, numa extensão que aproxima 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.

Quanto 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.

No sistema brasileiro, impreciso por falta de normas basilares, a *matéria de prova administrativa* jamais foi considerada na exatidão do processo civil.

Num trabalho de quase meio século, Rafael Bielsa, discutindo a necessidade da jurisdição administrativa, defendia a aplicação subsidiárias 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 sòmente 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]

39 Ver *Relaciones del Código Civil con el Derecho Administrativo*. Buenos Aires, 1923.

40 BIELSA, Rafael. Ob. cit., p. 83.

41 Ver *La Prova Amministrativa*, p. 5/39.

42 "L'iniziativa per l'acquisizione delle prove nel processo amministrativo può essere presa in qualungue momento..." (TENTOLINI. Ob. cit., p. 93).

Na Itália, como informa Tentolini, onde se adotou um sistema inspirado de Justiça administrativa, o comportamento da Administração pública em matéria de prova não oferece restrições à atividade das partes, senão quanto ao limite previsto da sua possível admissibilidade. [43]

Não é de agora que se pode considerar a importância do ato administrativo frente aos direitos adquiridos e com respeito a terceiros interessados: em tal sentido as garantias correspondem 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 de a Administração atuar, não sòmente dentro do âmbito jurídico que se lhe determina, mas pela necessidade de que respeite os direitos estranhos, dando a êsses direitos a situação que a 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]

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 discricionàriamente, quando o faça deve fazê-lo:

1. sem que haja excesso no exercício funcional da autoridade, do órgão ou do poder;

2. 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 conseqüências lesivas.

[43] TENTOLINI. Ob. cit., Possibiliti limiti di ammissibilità delle prove nel giudizio amministrativo, p. 157 e segs.
[44] VELASCO, Recaredo F. de. *El acto administrativo*, p. 280.
[45] VELASCO. Ob. cit., p. 280.
[46] VELASCO. Ob. cit., p. 281.
[47] VELASCO. Ob. cit., p. 301 e segs.

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]

Não é esta a intenção do presente escôrço, mas sim a vontade de transpor para o Direito Administrativo uma experiência já positiva, diante da imperiosa necessidade de o 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]

Quanto ao legislador soviético, repudiou a tôdas as provas formais, não estando em conseqüência os tribunais limitados a nenhuma classe de provas, ficando apenas o direito probatório soviético sujeito a 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 justificàvelmente aceitável como fundamento da mesma decisão". [51]

48 Entre outras obras de direito comparado que merecem relêvo: BONNIER, Eduardo. *Tratado teórico e práctico de las pruebas en Derecho Civil y en Derecho Penal,* 2 volumes. Trad. esp., Madri, 1928; VISHINSKI, Andrei. *La teoría de la prueba en el Derecho Soviético.* Trad. esp., Buenos Aires, 1951; MENDES, João de Castro. *Do conceito de prova em Processo Civil.* Lisboa, 1961; GORPHE, François. *De la apreciación de las pruebas.* Buenos Aires, 1955; FURNO, Carlo. *Contributo alla teoria della prova legale.* Pádua, 1940; AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no civil e comercial.* São Paulo, 1954; e TENTOLINI, Ottorino. *La prova amministrativa.* Milão, 1950.

49 Ver VISHINSKI, Andrei. *La teoría de la prueba en el Derecho Soviético.* Trad. esp., p. 195.

50 VISHINSKI, Andrei. Ob. cit., prólogo, p. 13/4.

51 MENDES, João de Castro. *Do Conceito de prova em Processo Civil,* p. 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 da apreciação do fato, procura distinguir acobertado pela realidade o conteúdo e os efeitos da prova, lembrando: — "... si tenga presente che la prova è sempre Istituto del Diritto Processuale, che essa, pois, spieghi una certa efficacia fuori del processo e prima che questo si instaurado...". [52]

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

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 êste seja instaurado.

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* sôbre 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 deferindo à *prova administrativa* em especial uma posição consentânea com as imposições reais de natureza jurídica, reconhecendo a evidência da prova no processo contencioso e também no processo gracioso "e em todo o campo da administração pública de direitos privados...". [55]

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

Quem se apresenta perante a Administração, ou frente a um serviço público, com uma pretensão, 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 lato desta expressão", [56] o caminho probante é o mesmo na verdade processual.

[52] Ver *Contributo alla teoria della prova legale*, p. 27.
[53] Ver *Ensayos de Derecho Procesal Civil.* Naturaleza Procesal de las *Normas sobre la Prueba.* In: p. 393 e segs.
[54] Ver *Sistema di Diritto Processuale Civile*, vol. I, p. 675.
[55] MENDES, João de Castro. Ob. cit., p. 736.
[56] MENDES, Castro. Ob. cit., p. 737.

As regras, que valem também nas relações entre particulares, mantêm-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.

Referindo-se a um sistema de provas legais na Argentina, tratando do processo trabalhista, Amilcar Baños ressalta a tarefa de esclarecer os fatos relevantes sob o prudente arbítrio do julgador: "en virtud de previsiones del legislador que fijan en abstrato el grado de eficacia o ineficacia de cada medio de prueba o conjunto de pruebas combinadas para la demonstración en juicio de la existencia de un hecho, negocio jurídico o contrato". [57]

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]

A operação probatória na admissão da prova, especificação, justificação, motivo, presunção, prova pré-constituída ou constituenda, representativa, genérica ou particular, jurìdicamente se resume na *apreciação* cujo objetivo reside em tirar conclusões de convencimento.

No Direito Administrativo, ou na realidade da relação administrativa, tanto a *produção* da prova como a *apreciação* da prova, são fases na sucessão do 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

57 BAÑOS, Heberto Amílcar. *La apreciación de la prueba en el proceso laboral*, página 7.
58 MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança e ação popular*, p. 6.
59 COSTA, Antonio Tito. *Recursos em matéria eleitoral*, p. 52/3.
60 COSTA, Tito. Ob. cit., p. 53.
61 COSTA, Tito. Ob. cit., p. 80/83.

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

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

Constitui *fato negativo* aquêle 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-o 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 um fim em si mesmo, mas a prova como um meio hábil pela qual a inteligência tenta 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 uma medida complementar, mas o convencimento que implica em decisão resultante de exame jurídico dos fatos e das situações caracterìsticamente controvertidas.

A Prova Administrativa

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.

[62] TENTOLINI, Ottorino. *La prova amministrativa.* Il Procedimento Probatorio Amministrativo, p. 84/118.

[63] Ver dois importantes clássicos: RICCI, Francesco. *Delle prove.* Turim, 1891; BONNIER, Eduardo. *Tratado de las pruebas en Derecho Civil.* Trad. esp., Madri, 1928.

[64] Ver *De la apreciación de las pruebas.* Trad. esp., p. 163.

BIBLIOTECA MARIO HENRIQUE SIMONSEN
FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

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 Gorphe, inclusive perante a Administração, o valor de cada classe de provas, senão ùnicamente determinar se cada uma das provas resulta conveniente ou prejudicial com respeito às condições práticas do processo. [66]

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 fôrça 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 jurìdicamente determinar.

Indubitàvelmente, 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.

Êsse o motivo por que a prova indiciária não tem acolhida no Direito Administrativo, onde os elementos se apóiam, na maioria dos casos, sôbre atos que resultam imprecisos na definição da vontade administrativa, tão-sòmente porque se podem suceder habitualmente, mas que sucedendo habitualmente não asseguram direitos. [67]

Pôsto 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.

65 GORPHE, François. Ob. cit., p. 163.
66 GORPH. Ob. cit., p. 35.
67 Apenas para consultar: GIANTURCO. Procedimento Lògico Normativo della Prova Indiziaria. In: *La Prova Indiziaria,* p. 333 e seg.
68 GIANTURCO, Vito. Ob. cit., p. 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 exata a lição de Chiovenda, na sua aplicação de pensamento informador, ao processo administrativo: "nella prova legale il momento probatorio 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.

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.

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.

[69] "Di Fronte al processo, il problema della verità va posto, non come problema da discutere, ma come problema da risolvere". FURNO, Carlo. Ob. cit., p. 9.

[70] Ver *Principi di Diritto Processuale Civile,* p. 811.

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

Nesse ponto, como no processo judicial, convalidar a certeza torna-se essencial para o intento e para o escopo, pois o efeito da convalidação opera sôbre a convicção, reforçando a vontade em função do conhecimento. [71]

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

Resulta preferível, como se deixou entender, que a eficácia da prova no processo administrativo objetive a 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 conseqüências do ato que se impugna, certeza se possível baseada sôbre precisas afirmações legais.

Jamais a *convicção* no processo administrativo será igual ou semelhante à *convicção* do juiz no processo comum: não havendo igualdade ou semelhança possíveis, as provas sòmente 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 aquêle 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.

[71] FURNO, Carlo. Ob. cit., p. 16.
[72] GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*, p. 345.

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 interêsse 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 tôda relação jurídica, a relação jurídico-administrativa pressupõe um acôrdo de vontades, tendendo para a satisfação de interêsses recíprocos, não sendo lógico que no processo administrativo precisamente não ocorra a igualdade de tratamento entre litigantes.

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

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

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

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

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

b) negli schiarimenti dell'Amministrazione;

c) nelle verificazioni da compiersi di questa, con l'assistenza delle parti". [75]

[73] REIS, José Alberto. *Processo Ordinário e Sumário*, p. 155.
[74] Ver *Istituzione di Diritto Processuale Civile*, p. 63.
[75] Ver *La Prova Amministrativa*, p. 65.

Tratando da iniciativa da prova no procedimento jurisdiciona' 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 interêsse público e coletivo. [76]

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.

Senão vejamos, quanto ao esfôrço 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 nações onde não exista a Justiça administrativa, a indispensabilidade do disciplinamento da prova para efeitos decisórios, é permitr o arbítrio da Administração no Estado de direito.

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 Vivamos: "los hechos relevantes para la decisión de un procedimento 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 suficiente,

[76] "In altre parole, nei giudizi civili è in gioco l'interesse privato e particolare dei soggetti, mentre nel giudizio amministrativo è in gioco anche l'interesse publico e collettivo" (TENTOLINI. Ob. cit., p. 197.
[77] TENTOLINI. Ob. cit., p. 5-84.
[78] VIVANCOS, Eduardo. *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo,* p. 144.
[79] VIVANCOS. Ob. cit., p. 144.

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 público-administrativa e a incapacidade dolosa da Administração, Cantucci confirma que "l'organizzazione dell'amministrazione esercita inoltre notevoli influenze modificatrici sulla disciplina privatìtica dei mezzi probari". [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.

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 aquêle complexo de atos e fatos, através dos quais a Administração consegue atingir a sua fundamental direção. [82]

Não há dúvida que o grande atraso 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]

Na Itália, de quase igual maneira, a responsabilidade do Estado sempre está configurada, não sendo de agora que a jurisdição administrativa protege o particular, dando-lhe faculdade de amplos recursos que asseguram também a orientação decisória 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 administrativo provar direito fundado no fato e na lei.

80 VIVANCO. Op. cit., p. 147-8.
81 CANTUCCI, Michele. *L'Attività di Diritto Privato Della Pèblica Amministrazione*, p. 146.
82 CANTUCCI. Ob. cit., p. 26.
83 Ley de 17 de julio de 1958 y disposiciones complementarias.
84 Ver *Codice Della Giustizia Amministrativa*. LA TORRE, Michele. Roma, 1951.
85 MARIANI, Domenico. *Trattazioni e Svolgimenti*. In: *Diritto Amministrativo e Costituzionale*, p. 42.

Quando se fala no Estado *explicar*, naturalmente que a expressão se atém ao conceito de *resposta*, em razão de um *evento danoso* em conseqüência de um *fato ilícito*, como se entende no direito privado. [86]

A função da prova, na ordem jurídica, com respeito a determinada categoria de interêsse, não é só a de obrigar o Estado a explicar ou a responder, mas a constatar sôbre 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 giurìdico della prova*, não se há de querer que a Administração, sòmente 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 apreciação da prova, afirmando um fato denuncia a controvérsia, negando um fato duvida da verdade legal, assim acontecendo na teoria geral do direito.

Precisamente no Direito Administrativo, a *matéria de prova* se apresenta como operação preparatória, efetuada e 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.

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 critério 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 ju-

[86] MARIANI. Ob. cit., p. 52.
[87] CARNELUTTI, Francesco. *La Prova Civile*, p. 56.
[88] GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*, p. 230.

rídico, para que produza tôdos 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, lembra que a teoria da ação torna manifesto o conhecimento contencioso. [90]

Nem todos os princípios que se ativam no processo civil incidem sôbre 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 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 interêsse 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 dêste 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 possìvelmente não contrariam a teoria e a prática do processo. [92]

Mas já é tempo de o Direito Administrativo firmar definitivamente as suas próprias regras, consolidar defintivamente 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 tôrno da Administração.

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 ação administrativa como imperativo da normal ordem jurídica.

Na prestação de serviços administrativos ou públicos, jamais as obrigações assumidas pela Administração podem ser consideradas sim-

89 GUASP. Ob. cit., p. 230.

90 Ver MICHELI, Jean Antonio. *Corso di Diritto Processuale Civile*, vol. I, p. 28.

91 Ver RAGGI, Luigi. *Diritto Amministrativo*. vol. I, p. 430.

92 Ver Svolgimento del Rapporto Processuale, Fine del Rapporto Processuale e Esecuzione delle Decisione. Ob. cit., vol. I, p. 443 e seg.

plesmente *unilaterais*, concedendo assim em contrapartida ao administrado obrigações que correspondem a direitos, compromissos que correspondem a interêsses, numa concomitância de valôres jurídicos que são afins.

Cantucci, genèricamente, explica que tôda a atividade pública da Administração não pode substancialmente diferenciar-se, considerando sempre a presença do interêsse público e do interêsse 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, no 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* conseqüentemente desaparecem ação e processo. [96]

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 processo, la pretensión procesal determina su mantenimiento, esto es, su subsistencia, hasta que el tratamiento que a la pretensión deba darse haya alcanzado su finalidad", pois "la pretensión procesal mantiene funcionamente en vida al proceso". [97]

A pretensão no Direito Administrativo não se desiguala 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, inequìvocamente, quer a pretensão no processo administrativo, constitui precisamente a pretensão processual-administrativa,

93 CANTUCCI, Michele. Ob. cit., p. 23/4.
94 MIELE, Giovani. *La Manifestazione di Volontá del Privato nel Diritto Amministrativo*, p. 23.
95 RANELLETTI, Oreste, *Le Guarentigie della Giustizia nella Pùbblica Amministrazione*, p. 26.
96 GUASP, Jaime. Ob. cit., p. 241.
97 GUASP. Ob. cit., p. 240.

fundada na relação jurídico-material que dá significação objetiva ao conflito resultante de um fato controverso ou de um ato contestado.

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

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

Liminarmente, direito de ação, pretensão processual e demanda correspondente ao processo incidem sôbre 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, pôsto que o que caracteriza substancialmente uma *pretensão* varia segunda a natureza do fim processual.

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

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

b) o *sujeito passivo da pretensão,* como aquêle que representa a possibilidade do reconhecimento da prestensão 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 interêsse ou o direito correspondentes à demanda e motivo da controvérsia.

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 govêrno e governados, Administração e administrados.

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

a) "...non è possibile disconoscere che la funzione del processo va considerata come funzione dello Stato destinata alla reintegrazione e all'attuazione del diritto obiettivo, vale a dire diretta a perseguire un pùbblico interesse";

b) "il problema consiste soltanto nel distribuire la materia tra il diritto sostanziale e quello formale, adottando per ogni complesso di diritti sostanziale un apposito sistema processuale";

c) "il processo é costituito da una serie di atti, dall'inizio alla fine, che creano man mano situazioni e repporti giurìdici, i quali, riuniti, produceno poi il risultato";

d) "ciò è conforme, del resto, al principio che la pùbblica amministrazione deve essere imparciale e deve provvedere, anche spontaneamente, a reitegrare il diritto al rispetto della legitimità violata";

e) "donde la necessità della ricerca della volontà negliatti amministrativi, e, una volta questi impugnati giurisdizionalmente, l'esperimento dei mezzi probatorii specificamente idònei a scopire codesta volontà nell'interesse supremo della verità". [98]

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 impugnato, *o que é prova?*

Quanto ao objeto e natureza Guasp responde:

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

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

c) "sólo excepcionalmente puede considerarse a un dato de hecho como exento de prueba";

d) "la necessitad de la prueba es la regla";

e) "para determinar la naturaleza jurídica de la prueba es preciso saber a qué sector jurídico básico pertence en quanto figura de derecho". [99]

Bem jurìdicamente analisando, tanto o conceito da prova, sua natureza jurídica, classe de prova, os sujeitos da prova, como o objeto 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.

[98] Ver *La Prova Amministrativa*, p. 194 e seg.
[99] Ver *Derecho Procesal Civil*, p. 333/340.

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 fôrça probatória.

Teòricamente, 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 inexatitude técnica em cada tipo de procedimento.

Variando os tipos de procedimento, no civil, eleitoral, penal, trabalhista, comercial ou administrativo, fundamentalmente o problema processual é o mesmo, de vez que as exceções de direito processual compreendem regras normativas e não jurídicas, princípios disciplinadores e não de direito. [100]

Naturalmente que qualquer tipo de processo não se compõe 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.

Não se pode deixar de aceitar como viva na sua existência uma *ordem jurídica processual,* resultante da realidade do Direito Processual e integrada na multiplicidade das múltiplas relações jurídicas, entre elas as relações do administrado com a Administração.

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

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

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

Evidentemente, prescindindo de outros pressupostos, caracterizando melhor a natureza do processo administrativo, Guasp, com aguda noção conceitual e doutrinária, explica que "se trata de un auténtico processo perteneciente al mismo *Genus Commune* que el civil, el penal o el del trabajo, diferenciandose de éstos en el especial carácter de las normas que sirven de fundamento a la pretensión y significándose, respecto a otros tipos de procesos administrativos, por su generalidad frente a la indole singular o especializada de los restantes". [101]

Certo que não cabe no corpo dêste pequeno 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 face 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 doutrinàriamente 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 sôbre um direito subjetivo, ou sôbre 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.

[101] LÓPES RODÓ, Laureano. *El Coadyuvante en lo Contencioso-Administrativo*. Prólogo de Jaime Guasp, p. 2.

[102] Ver GARRIDO FALLA, Fernando. *Régimen de Impugnación de los actos Administrativos*. Madri, 1956; LÓPES RODÓ, Laureano. *El Coadyuvante*. Cit., Madri, 1943.

[103] LOPES RODÓ. In: Ob. Cit., Derecho Procesal Administrativo, p. 13/26.

[104] Ver DEBBBASCH, Charles. *Procedure Administrative et Procedure Civile. Comparaison des Solutions en Matière Administrative et Civile*, p. 28 e seg.

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 haja decisões administrativas que não importam em jurisdição, o problema da controvérsia sôbre um direito subjetivo, difìcilmente, 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*, 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 jurisdicionl 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 aquêles ou aquelas referentes aos princípios gerais da legislação, sem com isso afigurar-se qualquer modificação na ordem jurídica estabelecida. [108]

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 interêsses, a possível violação de obrigação por parte do Estado, desindividualizar a pretensão com desobediência manifesta de direitos que o Estado tutela. [109]

105 Ver *Introdução ao Direito Administrativo*, p. 43. Opinião fundada em ORLANDO, V. E. *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, vol. III, p. 159 e se.

106 ORLANDO, V. E. Ob. cit., vol. III, p. 159 e seg.

107 Ver *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 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 *Diritto Amministrativo*, vol. I, p. 6/7).

109 "Tem o processo administrativo a tarefa da legalidade dos atos administrativos. No fundo está o conflito de interêsses, 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., p. 48).

Irrelevante considerar, por fôrça do equilíbrio que deve informar a ordem jurídica, até onde a noção de interêsse geral possa prejudicar o *interêsse particular*, não obstante a permanência de valôres 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.

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 sanção, na teoria consubstancia uma figura jurídica afeiçoada 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 afirmando condições acaso conflitantes, uma imposição configurando na ordem jurídica interêsses opostos ou direitos em litígio.

Garrido Falla, doutrinàriamente, adverte:

a) "el principio de legalidad postula la primacía de la ley, es decir, la sumisión total de la acción administrativa al *Bloque de la Legalidad*";

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

c) "el princípio de la legalidad viene a convertirse así en el eje central de todo el régimen jurídico de la Administración pública, pues que es precisamente la hipótesis de su infracción la que justifica

110 SANDEVOIR, Pierre. *Études sur le Recours de Pleine Juridiction*, p. 304/5.
111 DUBOIS, Louis. *La Théorie de L'Abus de Droit et la Jurisprudence Administrative*, p. 13.

en conjunto de medios arbitrados por el Derecho para restabelecer el orden violado";

d) "si la Administración no actuase nunca ilegalmente, el objeto de nuestro estudio se converteria en completamente inutil". [112]

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

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

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

3) que qualquer autoridade administrativa há de ajustar sua atividade concreta (decisões sôbre determinados assuntos) às normas gerais ditadas por ela mesma, sem prejuízo da sua faculdade de derrogá-las. [113]

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 interêsses legítimos contra a ação estatal, os meios jurídicos recursais são os mais apropriados a essa proteção, senão os únicos remédios jurídicos 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 Zano Bini 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]

112 Ver *Régimen de Impugnación de los Actos Administrativos*, p. 3.
113 GARRIDO FALLA, Fernando. Ob. cit., p. 4.
114 TÁCITO, Caio. *Desvio do Poder em Matéria Administrativa*, p. 9.
115 "El concepto de recurso ha sido elaborado previamente por el Derecho procesal, de donde lo toma prestado el administrativo" (GARRIDO FALLA. Ob. cit., p. 287).
116 Ver *Corso di Diritto Amministrativo*, vol. II, p. 42.

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 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 de que se reveste no terreno do Direito Administrativo, como exigência técnica dos valôres que atuam no contexto do complexo estatal. [117]

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

Conclusão

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

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

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

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

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

[117] SANDULLI, Aldo M. *Il Procedimento Amministrativo*, p. 17 e seg.

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 interêsse 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 interêsses da coletividade e os interêsses particulares que se torna difícil traçar uma linha divisória perfeita entre aquêles 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.

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]

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 somatória de funções ou como instância

[118] É de ver para compreensão de plano do problema: CAETANO, Marcello. *Garantias Jurisdicionais dos Administrados no Direito Comparado de Portugal e do Brasil.* In: *Revista de Direito Administrativo,* n.º 80/1; RIBEIRO, Manuel. *Invalidez dos Atos Administrativos. RDA,* n.º 73/18; MENDES DE ALMEIDA, F. H. *Administração Pública no Direito Privado. RDA,* n.º 67/388; PONDÉ, *Lafayette. Vontade Privada na Formação ou na Eficácia do Ato Administrativo. RDA,* n.º 63/16; BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Evolução Científica do Direito Administrativo. RDA,* n.º 83/1; CIRNE LIMA, Ruy. *O Código Civil e o Direito Administrativo. RDA,* n.º 62/1; FAGUNDES, Seabra. *Da Contribuição do Código Civil para o Direito Administrativo.* RDA, n.º 78/1; CAVALCANTI, Themístocles. *Princípio da Legalidade e o Desvio de Poder.* RDA, n.º 85/1.

[119] REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Curso de Direito Processual Civil,* vol. I, p. 8.

[120] TENTOLINI, Ottorino. *Le Singole Prove nel Giudizio Amministrativo.* Ob. cit., p. 119 e seg.

[121] Ver Le Prove nel Giudizio di Mèrito. Ob. cit., p. 143 e seg.

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 contrôle jurisdicional desde que impugnado.

Mas a impugnação, que legitima a contestação, não é uma atitude graciosa jurìdicamente 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, às provas e à competência absoluta ou *ratione materiae,* compondo regime jurídico dentro da ordem jurídica.

Não se pode nunca negar, para 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.

Em conseqüência, jamais será equívoco afirmar que se harmonizam, no processo administrativo, os elementos de direito público e de direito privado, com a inevitável preponderância, porém, do caráter acentuadamente publicístico do procedimento, em razão dos atos que o motivam, ou da motivação processual.

Exata na prática a orientação doutrinária de Jaime Guasp, quando, entre os ramos do Direito Processual, não exclui o Direito Processual Administrativo como resultado do ordenamento jurídico do processo administrativo na variedade com que se apresenta na ordem 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 da organização administrativa, jamais podendo o inferior hierárquico discutir a competência do superior senão para aduzir razões e prová-las. [124]

Dentro do conjunto de atos que integram o processo, particularmente também o processo administrativo como instituição processual

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., p. 16).

123 Ver *Derecho Procesal Civil,* p. 42.

124 GUASP, Jaime. Ob. cit., p. 144.

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.

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 à importância do *procedimento administrativo* em favor ou contra o Estado. [125]

No momento petitório, em que a pretensão se transmuta em ação, o administrado como igualmente o particular se põem 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

125 Consulte-se: GASCÓN Y MARÍN. *Las Garantias Jurídicas del Ciudadano y la Evolución del Recurso Contencioso Administrativo.* Madri, 1917; PI Y SUÑER. *Procedimientos Administrativos.* Barcelona, 1930; RETORTILLO, Martin. *Notas sobre el Procedimiento Contencioso Administrativo.* Húesca, 1933; BODDA, P. *La Nozione di Causa Giuridica della Manifestazione di Volontà nel Diritto Amministrativo.* Torino, 1933; MORET, Carlos. *Control Jurisdicional de los Actos Administrativos.* Buenos Aires, 1934; BONNARD, Roger. *Controle Jurisdictionnel de L'Administration.* Paris, 1934; BROCCOLLI, Geremia. *La Codificazione del Diritto Amministrativo.* Nápoles, 1936; PUCHETTI, A. Corrado. *Il Ricorso Amministrativo.* Pádua, 1938; SARRIA, Felix. *Teoria del Recurso Contencioso Administrativo.* Córdoba, 1940; CHATELAIN, J. *Contribuition à L'Étude de la Notion D'Abus des Droits dans le Contetieux Administratif.* Paris, 1945; ROMAY, Carmona. *Derecho Procesal Administrativo.* Havana, 1946; GALATERIA, Luigi. *Teoria Giuridica Degli Ordini Amministrativi.* Milão, 1950; LASO, Enrique Sayagués. *El Tribunal de lo Contencioso Administrativo.* Montevidéu, 1952; BOSCH, *Jorge Tristan. El Procedimiento Administrativo en los Estados Unidos de América.* Montevidéu, 1953; ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano.* Milão, 1953; CIRNE LIMA, Ruy. *O Código Civil e o Direito Administrativo.* Pôrto Alegre, 1960; VIERGA, Pietro. *Il Procedimento Amministrativo.* Palermo, 1964; ARNANZ, Rafael A. *De la Competencia Administrativa.* Madri, 1967; GONZALEZ PEREZ, Jesús. *Los Recursos Administrativos.* Madri, 1969; PUISOYE, Jacques. *Le Contentieux Administratif.* Paris, 1969; GRUNFELD, Simone. *Organization Administrative.* Paris, 1969; SIERRA, Briseno. *Proceso Administrativo en Iberoamérica.* México, 1970.

dos efeitos que cada ato produz, efeitos que se entendem por conseqüências probantes com repercussão imediata na unidade do processo, não prescindindo nunca cada ato de uma peculiar eficácia jurídica.

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 afeita 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.

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

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

Indubitável que permanece uma forte razão psicológica em favor da *prova* no processo administrativo, pois a fixação das partes não corresponde às mesmas condições específicas do processo civil, considerando-se que a atividade estatal ou do Estado como pessoa não se iguala à atividade particular do indivíduo como administrado.

O Estado moderno é por excelência jurídico: o que dá fisionomia ao *regime administrativo* não é tão-sòmente o *princípio da legalidade*, mas a imposição de meios eficazes que ofereçam aos administrados a garantia de que a legalidade será respeitada, ou de amplos meios que permitam a restauração da legalidade quando violada pela Administração.